



LA CONVENCIÓN
SOBRE LOS
DERECHOS DEL NIÑO

20
AÑOS

Justicia y Derechos del Niño

SECCIÓN PRIMERA ARTÍCULOS PARA EL DEBATE

SECCIÓN SEGUNDA JURISPRUDENCIA

SECCIÓN TERCERA DOCUMENTOS

unicef 

número

11

Justicia y Derechos del Niño

número

11

unicef 

"JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO" Número 11

UNICEF

© Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

Director: Miguel Cillero

Comité editorial:

Miguel Cillero / Nicolás Espejo / Susana Falca / Gimol Pinto / Rodrigo Quintana

Asistente de edición: Carolina Silva

Esta publicación está disponible en www.unicef.cl

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

ISBN: 978-92-806-4479-1

Registro de Propiedad Intelectual: N° 184.999

Primera edición, 700 ejemplares

Santiago de Chile

Octubre de 2009

Diseño y diagramación: Mónica Widoycovich

Impresión: Andros Impresores

PRESENTACIÓN	5
SECCIÓN PRIMERA	
ARTÍCULOS PARA EL DEBATE	9
NIÑO, ADOLESCENTE Y DERECHOS CONSTITUCIONALES: DE LA PROTECCIÓN A LA AUTONOMÍA DOMINGO A. LOVERA PARMO	11
FORTALEZAS Y DEBILIDADES DEL LITIGIO ESTRATÉGICO PARA EL FORTALECIMIENTO DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y REGIONALES DE PROTECCIÓN A LA NIÑEZ EN AMÉRICA LATINA MARY BELOFF	55
LA LIBERTAD RELIGIOSA Y LA INFANCIA EN EL SISTEMA ESPAÑOL. UNA APROXIMACIÓN TEÓRICA Y POSITIVA LUIS VILLAVICENCIO MIRANDA	81
ENSAYO PARA PENSAR UNA RELACIÓN COMPLEJA: SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CAPACIDAD CIVIL Y REPRESENTACIÓN LEGAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DESDE EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL DERECHO ARGENTINO MARISA HERRERA	107
EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA JORGE VALENCIA COROMINAS	145
EL RECLUTAMIENTO Y LA PARTICIPACIÓN EN LAS HOSTILIDADES DE NIÑOS Y NIÑAS: AVANCES Y DESAFÍOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL SOLEDAD HERRERO LAMO DE ESPINOSA	165
APUNTES EN TORNO A LA DISCRIMINACIÓN EN LA ESCUELA: EL CASO CHILENO DE EMBARAZADAS, MADRES Y NIÑ@S VIVIENDO CON VIH Y EL DERECHO A LA EDUCACIÓN DANIEL CONTRERAS	193
LA POLÍTICA CRIMINAL PARA ADOLESCENTES Y LA LEY 20.084 JAIME COUSO SALAS	213
PELIGROSIDAD, ESE CUERPO EXTRAÑO AL DERECHO Y A LA JUSTICIA SUSANA FALCA, FABIÁN PIÑEYRO	247

BRASIL: MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS E O ADOLESCENTE	
AUTOR DE ATO INFRACIONAL	
JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA	269
RELEVAMIENTO A NIVEL NACIONAL DE DISPOSITIVOS PENALES	
JUVENILES EN ARGENTINA. ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS GENERALES	
A LA LUZ DE LOS INDICADORES EN MATERIA PENAL JUVENIL	
SÍNTESIS DE GIMOL PINTO Y GUSTAVO PIANTINO	289
ANOTACIONES PRONTUARIAS DE LOS ADOLESCENTES:	
UN TEMA PENDIENTE	
IVÁN FUENZALIDA SUÁREZ	313
EL MONITOREO DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD	
DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES: LA EXPERIENCIA	
DE LA DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN ARGENTINA	
DAMIÁN R. MUÑOZ	329
SECCIÓN SEGUNDA	
JURISPRUDENCIA	351
LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD. FACULTADES, VENTAJAS Y	
LIMITACIONES DEL PODER JUDICIAL PARA INCIDIR SOBRE LA FORMULACIÓN DE	
POLÍTICAS PÚBLICAS	
JAVIER M. PALUMMO	353
LA JUSTICIA FEDERAL Y EL PRINCIPIO DE JUSTICIA ESPECIALIZADA: TENSIONES	
EN LA JURISPRUDENCIA	
MARTINIANO TERRAGNI	377
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA, FALLOS 331:2691.	
“RECURSO DE HECHO DE GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO Y MUSA, LAURA	
SOBRE HÁBEAS CORPUS COLECTIVO A FAVOR DE MENORES DE 16 AÑOS	
PRIVADOS DE LIBERTAD EN EL INSTITUTO GENERAL SAN MARTÍN	
DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES”	391
SECCIÓN TERCERA	
DOCUMENTOS	409
INFORME DE LA SITUACIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES	
EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL EN LOS PAÍSES DEL MERCOSUR,	
PRESENTADO EN AUDIENCIA REGIONAL ANTE LA CIDH	411

PRESENTACIÓN

El 20 de Noviembre de 2009 se cumplirán veinte años desde que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó el texto de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN), instrumento jurídico que reconoce y consagra un amplio catálogo de derechos fundamentales de los niños y niñas.

Desde ese momento, el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), por expreso mandato de la Asamblea General, centró su energía y cooperación para lograr una rápida y universal ratificación de la CDN y para que la ciudadanía, y especialmente los niños, niñas y adolescentes pudieran conocer el contenido de sus disposiciones.

Asimismo, UNICEF ofreció su apoyo a los Gobiernos, a las organizaciones de la sociedad civil, a los Parlamentos y a las instituciones del sistema judicial, para que los Estados que ratificaran la Convención, dispusieran de todas las medidas para darle efectividad a los derechos de los niños. En este marco se impulsaron nuevas leyes y programas sociales; procesos de formación y capacitación de funcionarios judiciales y de la administración; fortalecimiento de los mecanismos de participación de los niños y numerosas iniciativas destinadas a difundir una cultura de respeto a los derechos de la infancia.

Veinte años después se puede afirmar que el impacto jurídico de este tratado internacional en América Latina ha sido, sin duda, relevante. En toda la Región se han impulsado reformas legislativas con el expreso propósito de adecuar las leyes internas a los principios, directrices y derechos contenidos en la CDN. También se han iniciado procesos de reformas a los sistemas judiciales para fortalecer la tutela judicial efectiva del nuevo estatuto de derechos de los niños, niñas y adolescentes. En muchos países tanto los textos constitucionales como la jurisprudencia han abierto espacios formales de reconocimiento y garantía de los derechos de los niños.

También se observa que en la comunidad y en los propios niños, niñas y adolescentes, ha aumentado la conciencia sobre sus derechos, y se aprecian esfuerzos permanentes por crear mecanismos para garantizar que puedan ejercerlos en su vida cotidiana, en la familia, la escuela y la comunidad.

El tiempo transcurrido permite dimensionar la magnitud y complejidad de la tarea emprendida, así como las múltiples dificultades para lograr que los niños puedan gozar de un modo igualitario de su derecho al desarrollo integral y la plena inserción en la sociedad. Las transformaciones de las relaciones sociales a las que nos obliga la Convención son de enorme profundidad cultural y estructural y ponen a prueba la capacidad de las instituciones políticas, sociales y jurídicas de los Estados para lograrlas. Queda aún mucho por hacer, pero se debe reconocer que se han logrado avances relevantes que permiten seguir progresando.

La serie de publicaciones Justicia y Derechos del Niño, elaborada en el marco del Curso de Protección Jurisdiccional sobre Derechos del Niño, pretende ser un aporte para avanzar en el cumplimiento de estos objetivos. Este número contiene diversos artículos que buscan generar una reflexión jurídica en el ámbito académico y profesional y contribuir al desarrollo de una teoría sobre los derechos de la infancia y la adolescencia que permita profundizar en distintos aspectos del funcionamiento del sistema de justicia.

Una reflexión acerca de la relación entre protección, libertades y autonomía de la infancia es el foco central del trabajo de Lovera; en una línea similar, aunque referido a un tema específico, Villavicencio entrega un completo análisis teórico y normativo sobre la libertad religiosa. En su artículo, Herrera también indaga sobre la idea de autonomía, en relación a la capacidad civil.

La diversidad y amplitud de los temas de la CDN se puede apreciar en la visión general que Valencia entrega sobre la evolución de la legislación peruana, y en temáticas tan diferentes como el profundo análisis que Herrero Lamo de Espinosa realiza sobre la participación de los niños en conflictos armados, o en el trabajo de Contreras que, en base a antecedentes empíricos, examina la igualdad y discriminación en el ámbito escolar.

En relación al sistema judicial, Beloff reflexiona sobre la importancia del litigio estratégico para el desarrollo de estándares internacionales de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. En la sección Jurisprudencia, Palummo y Terragni, analizan respectivamente cuestiones centrales sobre la justiciabilidad del derecho a la salud y la distribución de competencias judiciales en el sistema argentino.

Asimismo, en este número de Justicia y Derechos del Niño —en continuidad con los recursos y sentencias precedentes publicados el año pasado en esta misma serie— se ha incluido copia íntegra de la Sentencia de la Corte Suprema Argentina sobre los menores

de dieciséis años de edad privados de libertad en el Instituto General San Martín de la ciudad de Buenos Aires. Este pronunciamiento del máximo Tribunal renueva el debate sobre dos cuestiones centrales: la necesidad de la reforma legal a nivel nacional para su adecuación a la Convención, y los límites y funciones del sistema judicial en su carácter de máximo poder público encargado de proteger los derechos humanos de los niños.

Como es usual, en este número se dedica un amplio espacio a analizar aspectos teóricos y de funcionamiento del sistema de Justicia penal de adolescentes. El artículo de Couso propone una estrategia político-criminal, que integra criterios criminológicos y dogmáticos; Falca y Piñeyro reflexionan, de un modo crítico, sobre la función de la categoría peligrosidad, con expresa referencia al Derecho uruguayo; Costa Saraiva analiza las medidas socioeducativas que se pueden imponer a los adolescentes; y Fuenzalida escribe sobre la regulación de las anotaciones prontuariales en Chile. Finalmente, se publican un conjunto de artículos e informes (Pinto y Piantino, Muñoz y de un grupo de ONG's del MERCOSUR) relativos al monitoreo y estado de situación de los centros de privación de libertad de adolescentes.

UNICEF espera que los trabajos e informes presentados en este número contribuyan al debate académico y a la formación de Jueces, Fiscales y Defensores que participan del XII Curso Internacional de Especialización en Protección Jurisdiccional de Derechos del Niño y a la comunidad jurídica en general. Asimismo, agradece a los distintos autores su desinteresada colaboración, sin la cual esta publicación no sería posible.

*Oficinas de UNICEF de
Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Paraguay, Perú y Uruguay*

SECCIÓN PRIMERA

ARTÍCULOS PARA EL DEBATE

NIÑO, ADOLESCENTE Y DERECHOS CONSTITUCIONALES: DE LA PROTECCIÓN A LA AUTONOMÍA*

DOMINGO A. LOVERA PARMO**

con la colaboración de **ALBERTO CODDOU MC MANUS*****

*“It’s always been on my list to go away on holiday,
and forget about things at home”.*

Hannah Jones¹

1. Introducción

Hacia fines de 2008 la atención mundial se centraba en los alcances de la decisión de Hannah Jones (13 años), quien rehusó un trasplante de corazón que podría salvar su vida. La niña, agotada de los tratamientos, y apoyada por sus padres, dijo querer evitar “los traumas asociados a los hospitales con los que he vivido hasta ahora”, prefiriendo volver a casa a morir tranquila, con sus padres, sus dos hermanas y su hermano menor.² El Herefordshire Primary Care Trust —hospital en el que se desarrollaba su atención—, sin embargo, decidió presentar una solicitud para privar a los padres de la custodia de Hannah. Argumentaron que los padres estaban obstaculizando su tratamiento médico, lo que causaría en última instancia la muerte de la niña. Notas de prensa indican que bastó una hora de conversación entre Hannah y el oficial inglés de las oficinas de protección de infancia para que éste se “convenciera que debían abandonar la acción judicial”.³ El Hospital abandonó el caso ante la *High Court* y, desde entonces, los medios de comunicación han insistido en el hecho de que una niña de 13 años ha ganado en las cortes su derecho a morir con dignidad.⁴ Las críticas no se han hecho esperar y, como suele ocurrir, pocas veces se ha puesto la atención en la niña. Fernando Montes, por ejemplo, restó mérito a la decisión de Hannah:

“No es normal que a su edad [una niña] opte por renunciar a la vida, a no ser que tenga problemas familiares, de que está sufriendo mucho y que por eso prefiera no vivir. A esa

* Este artículo fue escrito en el marco de un proyecto de investigación financiado por UNICEF/CHILE y ejecutado por los autores entre el segundo semestre de 2008 y el primer semestre de 2009.

** Lic. en Cs. Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales (2002), Abogado (2003), LL.M. Columbia University (2007). Investigador asociado, Centro de Derechos Humanos, Universidad Diego Portales. Profesor de Derecho Universidad Diego Portales y Universidad Adolfo Ibáñez.

*** Lic. en Cs. Jurídicas y Sociales, Universidad de Chile (2009), Abogado (2009), Postítulo en Estudios de la Argumentación, Universidad Diego Portales (2009).

¹ *Teenager who won right to die: ‘I have had too much trauma,’* THE GUARDIAN, 11 noviembre, 2008.

² Patrick Barkham, *Hannah’s Choice,* THE GUARDIAN, 12 noviembre, 2008.

³ *Id.*

⁴ *Adolescente con leucemia ganó derecho a morir,* LA TERCERA, 11 noviembre, 2008.

edad los niños luchan por la vida y rechazan la muerte. Hannah optó por un camino diferente. ¿Por qué? ¿Hay algo más? Temo que su enfermedad no sea un problema cardíaco, sino una enfermedad al corazón. Es decir, temo que tenga una pena interior muy grande que no conozcamos”.⁵

En Chile se conoció de un caso similar en abril de 2009. Una madre rechaza continuar el tratamiento médico para combatir la leucemia de su hijo de 11 años. Prefiere, dice, tratarlo bajo las reglas de la medicina alternativa. Los médicos tratantes, quienes informaron de la situación, aseguraron que el niño no podría sobrevivir mucho tiempo más de no seguir bajo el tratamiento de quimioterapia —al que se había sujetado hasta hace poco tiempo atrás. Hasta ahí el caso es, digamos, de aquellos no sencillos, pero donde existe una buena batería de argumentos para obligar (judicialmente) a la madre a continuar el tratamiento tradicional.⁶ Esto, hasta que los medios de comunicación muestran al niño declarando no querer seguir la quimioterapia pues lo dejaba sin ánimo, sin energías, no pudiendo comer nada pues todo lo vomitaba después de las sesiones.⁷ Junto a lo anterior, debía enfrentarse a la traumática experiencia —similar al del caso de Hannah— de tener que volver al hospital donde varios de sus amigos (otros pacientes) habían muerto.⁸ Los médicos del Hospital Clínico Regional de Valdivia reaccionaron al igual que los médicos tratantes de Hannah, presentando una solicitud de medidas de protección a favor del niño. Pese a las declaraciones judiciales del niño, los médicos tratantes perseveraron en la acción y, a diferencia del caso inglés, acá la historia prosigue con una orden del Tribunal de Familia de Valdivia accediendo a la petición del Hospital.⁹

El tipo de discusiones que surgen con los episodios como los que acabamos de relatar indudablemente involucran aspectos morales. Es fácil que el centro de la atención se ponga en la dimensión moral del debate, por ejemplo, sobre la propiedad de la vida o la relación padre e hijos, y por lo mismo es sencillo perder de vista otro aspecto que acá queremos destacar: los derechos de los niños involucrados en esas decisiones. En Chile hemos sabido de este tipo de discusiones y, de la misma forma, hemos hecho caso omiso a los derechos (e intereses) de los niños involucrados.¹⁰

El objetivo de este trabajo es más modesto que sugerir la altura moral de la comunidad chilena para debatir de (y con) los niños, niñas y adolescentes. Este trabajo busca indagar

⁵ Hannah Jones: “Opté por una vida más corta, pero en casa”, *QUÉ PASA*, 22 noviembre, 2008.

⁶ Desde luego que el hecho que el caso se tome más complejo depende de una perspectiva que asume que los niños, niñas y adolescentes tienen —como Hannah— “algo” que decir respecto de la decisión sobre someterse (o no) a un tratamiento médico. En Chile, veremos, la perspectiva que nuestros tribunales han asumido respecto del derecho a la vida hace que este tipo de decisiones (y manifestaciones de voluntad) sea irrelevante incluso en el caso de los adultos —incluso, decimos, porque en ese caso pocos negaríamos que existe una autonomía de la voluntad.

⁷ *Madre es obligada por un tribunal a someter a su hijo a quimioterapia*, *EL MERCURIO*, 10 abril, 2009.

⁸ *Madre no quiere tratamiento de quimioterapia*, *EL DIARIO AUSTRAL*, 11 abril, 2009.

⁹ *Madre es obligada... supra nota 7.*

¹⁰ Este fue el tono de los debates en torno a la posibilidad de otorgar consejería técnica en materia de anticoncepción de emergencia a adolescentes de 14 años. MINISTERIO DE SALUD DE CHILE, Normas Nacionales sobre Regulación de Fertilidad, DS No 48 (03.02.2007).

sobre la altura de las decisiones judiciales relativas a los derechos de niños, niñas y adolescentes.¹¹ La altura ideal, a estos efectos, viene marcada —aunque no limitada— por la Convención sobre los Derechos del Niño,¹² la que nos proveerá de los estándares conforme a los cuales cotejaremos las decisiones nacionales¹³ y las interpretaciones constitucionales de nuestros tribunales. No sólo habrá referencia a las decisiones, las palabras de los jueces,¹⁴ sino también a las disposiciones constitucionales y legales pertinentes. Esta información debiera encaminarnos a definir el perfil constitucional de niños, niñas y adolescentes en Chile, en tanto personas libres e iguales.¹⁵ En efecto, en muchos de los casos que a continuación se revisan está en juego la aplicación (y vigencia) de derechos constitucionales como la libertad de expresión, la libertad de culto, la vida privada y la no discriminación. El ejercicio que ahora se emprende no sólo es relevante porque nos permitirá determinar dicho perfil, sino que es necesario, además, porque nuestros jueces son responsables interpretando la Constitución, debiendo ser sometidos al escrutinio de una comunidad.¹⁶

Para alcanzar el objetivo trazado el plan es el siguiente. En la sección que sigue inmediatamente (2) avanzaremos algunas ideas relativas a la relación que existe entre titularidad de derechos, de una parte, y ejercicio autónomo, de otra, prestando atención a la forma en que otros países han encarado decisiones a este respecto. Esta revisión servirá, sobre todo, para tener alguna idea sobre cómo se recoge la Convención en otras latitudes y —para insistir en la idea— para mirar la altura que alcanzan los niños y niñas de otros países. La sección siguiente (3) está destinada al análisis del caso chileno. Para ello hemos dividido las decisiones a analizar en dos grupos distintos, dependiendo de la *sede* en que han sido decididas. La primera *sede* bajo estudio es la del Tribunal Constitucional. Si bien el Tribunal ha tenido escasas ocasiones para pronunciarse sobre la Convención y sobre los derechos constitucionales de los niños, niñas y adolescentes, las veces que se ha aventurado en la tarea no lo ha hecho de la mejor forma. La segunda *sede* bajo estudio es la jurisdicción de protección. Conscientes de la enorme (y diversa) cantidad de casos (y situaciones) que se deciden en cortes de apelaciones y Corte Suprema, hemos escogido los casos más paradigmáticos y problemáticos. La ausencia de una práctica constitucional consistente a este respecto hace que la tarea de identificar patrones más o menos constantes en las decisiones sea muy difícil. La última sección (4) se reserva para algunas conclusiones.

¹¹ El juego de palabras lo he tomado de OSVALDO TORRES Y SOLEDAD SALAZAR, *LA ESTATURA DEL DERECHO: IGUALDAD, PARTICIPACIÓN CIUDADANA Y PERCEPCIÓN DE LOS MEDIOS EN LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES CHILENOS* (2006).

¹² Convención sobre los Derechos del Niño, Res. 44/25 20 Nov., 1989 (en vigor desde 2 de septiembre, 1990) (en adelante “la Convención” o “CDN”).

¹³ Además de la Convención, se atenderá a las decisiones de los órganos de los tratados relevantes al respecto.

¹⁴ Domingo Lovera, *Razonamiento Judicial y Derechos del Niño: de ventrilocuos y marionetas*, en JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO, N° 10, UNICEF, Santiago, pp. 45, 46 (2008).

¹⁵ El artículo 1° de la Constitución chilena dispone que “[l]as personas nacen libres e iguales en dignidad y derechos”. CONSTITUCIÓN DE CHILE (2005).

¹⁶ Jorge Contesse, *Responsabilidad por la interpretación constitucional*, en DERECHO Y HUMANIDADES, N° 11, Universidad de Chile, Santiago, p. 281 (2005).

2. Derecho internacional y derecho comparado: autonomía sobre derechos constitucionales

Se ha insistido hasta el cansancio en que la entrada en vigencia de la Convención produjo un fuerte cambio de paradigma en torno a los derechos de niños, niñas y adolescentes. En el contexto de la Convención, los niños dejan de ser objetos de política, regulación y protección, para pasar a convertirse en sujetos de derecho.¹⁷ Nuestras comunidades reconocen e integran a los niños y niñas como sujetos autónomos capaces de formarse su propia opinión, de manifestarla, y de ser tomados en serio. Y esa nueva condición impacta la labor de jueces y juezas decidiendo casos y adoptando “medidas concernientes a los niños” —para recuperar el lenguaje del artículo 3.1 de la CDN. El cambio, se dijo, venía motivado por el reconocimiento del interés superior del niño como piedra angular de las decisiones relativas a niños, niñas y adolescentes:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (art. 3.1).¹⁸

Desde luego que, así descrito, el interés superior del niño presenta escasos límites a la discrecionalidad decisional de jueces y demás autoridades públicas. Una de las primeras críticas que se formuló en contra del principio fue la extensión que abría a la arbitrariedad de la autoridad, pues prácticamente cualquier decisión podía terminar justificándose en el interés de los niños y adolescentes involucrados, cuestión particularmente cierta en el continente.¹⁹ Lo que vamos a proponer acá es que el cambio es cualitativo cuando se lo entiende en dos niveles o escalas: sobre la titularidad de derechos constitucionales, de un lado, y sobre la autonomía que se construye a partir del ejercicio de esos derechos, de otro.

A. Titularidad de derechos constitucionales

Primero, niños, niñas y adolescentes pasan a ser titulares de derechos constitucionales, lo que no es poco. Digamos que, en este nuevo escenario, niños, niñas y adolescentes son considerados ciudadanos con derechos y miembros (potenciales, si se define por referencia exclusiva al voto) de la comunidad política. Las situaciones que comentaremos mirando al derecho comparado, así como las que, luego, revisaremos en Chile, tienen un

¹⁷ Michael D. Freeman, *Tomando más en Serio los Derechos de los Niños*, en REVISTA DE DERECHOS DEL NIÑO, N° 3-4, UNICEF- Universidad Diego Portales, pp. 251, 258 (2006).

¹⁸ Convención sobre los Derechos del Niño, *supra* nota 12.

¹⁹ Julio Cortés, *Acerca del principio del interés superior del niño*, en INFANCIA Y DERECHOS HUMANOS: DISCURSO, REALIDAD Y PERSPECTIVAS, pp. 61, 64-70 (Corporación Opción ed., 2001).

hilo conductor común: ahí los niños y adolescentes son titulares de derechos que ellos mismos reclaman proteger, de modo de ir definiendo su propia personalidad, y de cuyo goce se encontraban privados bajo el supuesto de estar sujetos a un régimen especial de protección.²⁰ No es que antes no se protegiera su derecho a la vida. Sino que antes esa tutela descansaba exclusivamente en lo que el Estado y los jueces y los padres de esos niños y niñas opinaban que era una buena vida para ellos,²¹ pudiendo decirse que sus derechos se encontraban (solo) formalmente tutelados.²²

Por eso es que, en ese esquema, niños y niñas reclamando privacidad, libertad de expresión, o reclamando derecho a no someterse a ciertos tratamientos médicos y confidencialidad para consultar sobre métodos de anticoncepción, era impensable. Y por ello es que resulta importante insistir en que el cambio que introduce la Convención no sólo confirma la titularidad de los niños y adolescentes sobre sus derechos constitucionales,²³ sino que, además, y más importante, que ellos y ellas tienen un “rol protagónico [del que antes estaban privados] en la decisión de cómo ejercer y proteger sus derechos”.²⁴ Lo mismo se aplica a bebés e infantes: la Convención extiende la titularidad de derechos a todos los niños, incluso en la etapa de infancia y preadolescencia. Así, el Comentario General No 7 del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas dispone que “los niños pequeños son titulares de todos los derechos consagrados en la Convención”. De la misma forma, los niños y adolescentes están sujetos a medidas especiales de protección por la especial condición (de desarrollo) en que se encuentran, de manera que puedan ejercer progresivamente sus derechos.²⁵

Por supuesto que este “nuevo” estatus del niño no sólo se evidencia con el reconocimiento de la titularidad de los derechos constitucionales de los cuales gozan las personas mayores de edad. Además —y en esto ha sido clave la CDN— el niño es titular privilegiado de ciertas prerrogativas de las cuales goza por su especial condición de desarrollo. Así, la Convención “reafirma el reconocimiento de los niños como personas humanas... [atribuyéndoles la

²⁰ Miguel Cillero, *De la Tutela a las Garantías: Consideraciones sobre el proceso penal la justicia de adolescentes*, en REVISTA DE DERECHO DEL NIÑO, N°2, UNICEF- Universidad Diego Portales, pp. 53, 57 (2003).

²¹ La Corte Europea de Derechos Humanos, por caso, ha señalado que “en las consideraciones judiciales donde los derechos del artículo 8, de los padres y del niño, están comprometidos, los derechos del niño deben recibir la consideración superior. Si es necesaria cualquier ponderación de intereses, el interés del niño debe prevalecer”. *Yousef v The Netherlands* [2003] 1 FLR 210, ECtHR, reiterando recientemente el criterio en *Maire v Portugal* [2004] 2 FLR 653.

²² En demanda, se entiende, en lo que se reclamaba al Tribunal. Esa demanda al tribunal, justificada en la violación o amenaza de un derecho constitucional, se construía —y, veremos, muchas veces se sigue construyendo— con referencia exclusiva a los intereses de padres, madres, asistentes sociales, psicólogos y jueces, pero no de los niños. Cuando la autonomía de una persona depende de la decisión de otro, razonada, pero de la decisión de un tercero al fin y al cabo, no puede decirse que uno esté bajo su propio control. JEREMY WALDRON, *LAW AND DISAGREEMENT*, pp. 257-62 (1999).

²³ La Constitución chilena, por caso, siempre ha dispuesto que asegura derechos a “todas las personas ... que nacen libres e iguales en dignidad y derechos” (arts. 19 y 1 de la C.).

²⁴ Jaime Couso, *El niño como sujeto de derechos y la nueva justicia de familia. Interés Superior del Niño, Autonomía Progresiva y derecho a ser oído*, en REVISTA DE DERECHOS DEL NIÑO, N° 3-4, UNICEF- Universidad Diego Portales, pp.145, 148 (2006).

²⁵ COMMITTEE ON THE RIGHTS OF THE CHILD, *General Comment No 7 “Implementing child rights in early childhood”*, CRC/C/GC/7/Rev.1, 20 Sep., 2006, para. 3. Lo que el Comentario urge es la adopción de medias —legales, administrativas, judiciales e, incluso, culturales— que sean capaces de reconocer las diversas formas de comunicación que bebés e infantes son capaces de desarrollar, en tanto agentes sociales activos, sobre todo cuando esas formas de comunicación y participación sean ajenas a los patrones culturales y tradicionales dominantes (paras. 14-6). Lo que el comentario demanda, pues, es una apertura a formas no tradicionales de participación en la vida activa de una comunidad que, justamente por no ser tradicionales, se vuelven invisibles en medio del torbellino de los rasgos dominantes de nuestra sociedad. IRIS MARION YOUNG, *LA JUSTICIA Y LA POLÍTICA DE LA DIFERENCIA* 103-5 (Silvina Álvarez trad., Ediciones Cátedra 2000) (1990).

titularidad para demandar] igual respeto y protección de los derechos”,²⁶ sin que se cree, justamente por lo anterior, un sistema jurídico autónomo del niño.²⁷ La especificación de los derechos generales, por denominarlos de alguna forma, a la particular circunstancia de la vida de niños, niñas y adolescentes, es sólo eso: una especificidad que su específica condición reclama.²⁸

B. Derechos como condición de autonomía

El reconocimiento de los derechos y la atribución de su titularidad a los niños es un importante primer paso pero, como sugiere Freeman, no el único.²⁹ En efecto, si la concretización del principio del interés superior del niño supone el solo reconocimiento de derechos constitucionales, entonces el principio es irrelevante para el derecho. Y es irrelevante porque el reconocimiento de la titularidad de derechos podría haberse alcanzado sin necesidad de hacer referencia al interés superior del niño, por ejemplo, extendiendo los derechos constitucionales a los niños en tanto personas.³⁰ Por eso es que el reconocimiento de derechos debe ser complementado por una teoría de la autonomía, que haga posible el ejercicio individual de aquéllos.³¹ No en vano la Convención ordena a los estados garantizar

²⁶ Miguel Cillero, *El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, en JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO, N°9, UNICEF, Santiago, pp. 125, 130 (2007).

²⁷ Id., p. 125 (“[L]os dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios—nunca sustitutivos—de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas...”).

²⁸ Id., p. 130. Por ello es que los niños que se sometían a medidas de protección (i.e. privativas de libertad) sin disfrutar de las garantías del debido proceso eran doblemente afectados. Primero, no se les reconocían las garantías básicas de las que gozaba el adulto infractor y, de paso, era su propia condición o circunstancia especial de desarrollo la que justificaba (hoy sabemos que no lo hace) ese especial sistema. Véase, Julio Cortés, *La Ley de Menores y sus Problemas de Constitucionalidad*, en INFANCIA Y DERECHOS HUMANOS, supra nota 19, pp. 100-5; Miguel Cillero y Martín Bemales, *Derechos Humanos de la Infancia/Adolescencia en la Justicia “Penal de Menores” en Chile: Evaluación y Perspectivas*, 1 REVISTA DE DERECHOS DEL NIÑO 10, 26-9 (2002); Jaime Couso, *Notas para un estudio sobre la especialidad del derecho penal y procesal penal de adolescentes: el caso de la ley chilena*, 10 REVISTA JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO 97, 102-5 (2008). En sentido similar, CORTE IDH, *Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay*, Serie C. No 112, 2 Sep., 2004, para. 209 (“Esta Corte ha señalado que las garantías consagradas en el artículo 8 de la Convención [Americana sobre Derechos Humanos, sobre debido proceso] se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19 de dicho tratado [derechos de protección para los niños], de tal forma que se refleje en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño. Si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los niños, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”) y la Corte Europea de Derechos Humanos, *ECtHR, Nortier v Netherlands*, (Merits), Application No. 13924/88, 24 de Ago., 1993 (“[los] jóvenes enfrentando cargos criminales son titulares como los adultos de todas los beneficios que la Convención [Europea] establece para considerar que existe un juicio justo (...) las cuales deben entenderse en adición a todas las protecciones procedimentales disponibles para ellos). En la experiencia comparada se encuentran varios ejemplos similares, algunos con escasas referencias a la CDN (*In Re Gault*, 387 U.S. 1, 1967), otros que utilizan la CDN como estándar (Tribunal de Apelaciones de Familia 2º Turno Montevideo, *C.A.T.S., H.S.B.F., W.M.S. y G.M.S.*, 13 de febrero de 2002). En Chile, este es, al menos a nivel discursivo, el objetivo perseguido por la implementación de la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil (Ley 20.084, D. Of. 07.12.2005). Críticas aparte sobre su real propósito, se han conocido sentencias importantes en la línea que venimos acá mencionando. Corte Suprema, Rol No 2.300-09, 13 de Abril de 2009 (“[E]l núcleo de esta nueva normativa es consagrar un régimen menos riguroso respecto de los adolescentes infractores, que abarca desde el día de comisión del delito o desde que se ha dado principio a su ejecución, hasta el total cumplimiento de la sanción, limitando con su decisión la plena aplicación de sus disposiciones a situaciones expresamente regladas en la ley [y que salvaguardan al adolescente], lo que importa desconocer que su establecimiento lo ha sido en miras del interés superior del niño y de su plena integración social”).

²⁹ Freeman, *Tomando más en Serio los Derechos de los Niños*, supra nota 17, p. 258.

³⁰ Julio Cortés, *Acerca del principio del interés superior del niño*, supra nota 19, p. 71.

³¹ Michael Freeman agrega que “[u]na teoría plausible de los derechos necesita tomar en cuenta no sólo la igualdad [de dignidad y de derechos], sino también el valor normativo de la autonomía, la idea de que las personas como tales tienen un conjunto de capacidades que les permiten tomar decisiones independientes en relación con las opciones de vida convenientes. Para decirlo de otra forma, la integridad moral de los niños se alcanza cuando les reconocemos derechos y sobre ellos configuramos su autonomía. Es decir, existe autonomía cuando, primero, les reconocemos el goce de derechos constitucionales y, segundo, cuando son ellos mismos, los niños, quienes deciden cómo ejercer esos derechos. Freeman, *Tomando más en Serio los Derechos de los Niños*, supra nota 17, pp. 251, 271.

“al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.³²

De ahí la insistencia de Freeman de contar con una teoría de la autonomía que complemente la atribución (o el reconocimiento, en clave *iusnaturalista*) de titularidad de derechos constitucionales, puntapié inicial de la configuración de la propia vida, al tiempo que limite la discrecionalidad de las autoridades que toman decisiones relativas a sus intereses, entre ellas jueces y juezas, por cierto.³³ Conceder titularidad sin autonomía de ejercicio, en otras palabras, nos vuelve a situar en el mismo punto de partida en que nos encontrábamos cuando los derechos no les eran reconocidos a los niños y adolescentes: nos hace correr el riesgo de terminar definiendo los contornos de esos derechos desde el punto de vista de los adultos (en muchos casos de los padres de niños involucrados). Si esto es así —y muchas veces, es así— las cortes van a sentirse tentadas, por buenas razones, a preguntarse si la defensa de un derecho constitucional que se enarbola a favor de, o cuya eficacia reclama, un niño, está *en verdad* en su favor o en el de sus padres —y veremos experiencias nacionales en este sentido.³⁴ Las cortes, en este esquema, pueden verse —y se han visto— tentadas a *diferir* el ejercicio de los derechos para la mayoría de edad, para evitar el riesgo de defender los valores de los padres fuertemente inculcados a sus hijos.

En un orden de cosas tal, por lo tanto, la definición de lo que se puede decir (libertad de expresión) o la decisión relativa a los tratamientos médicos a los que hay que someterse (autonomía y vida privada), no se aloja en el niño, sino en sus padres —y en su defecto, en el Estado. Es decir, las relaciones entre padres (o Estado) e hijos se desarrollan en la vida cotidiana familiar de una forma que refleja, hasta cierto punto, las relaciones sociales históricas e institucionales de una sociedad histórica determinada, “presentes en las metáforas del discurso público [*el Estado no conversa cuando se patean las mesas*, como dijo la Presidenta al comienzo de las movilizaciones estudiantiles], en los ritos nacionales, en los programas sociales [con mirada asistencial y de protección sobre niños], en las leyes [sin reconocimiento de derechos], en las prácticas judiciales [los oímos pero no los escuchamos] y policiales [los reportamos a los padres]...”³⁵

Quizás ahora puede entenderse mejor porqué el reconocimiento de derechos debe ser complementado con una teoría de la autonomía, como lo sugiere Freeman. El solo reconocimiento de derechos no asegura la autonomía, pero puede ser motor de cambio, o expresión del cambio que se produce en las relaciones históricamente situadas de

³² Artículo 12.1.

³³ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, 28 Ago., 2002, p. 595.

³⁴ Un ejemplo en el derecho comparado lo constituye la opinión disidente del juez Black —curiosamente un gran defensor de la libertad de expresión— en *Tinker v. Des Moines Independent Community School District*, 393 U.S. pp. 503, 516 (1969).

³⁵ Ana Vergara, *La negociación de la infancia en la relación entre padres e hijos: vinculando ciencias sociales y vida cotidiana*, en *Niños y Jóvenes en el Chile de Hoy: Su Lugar en los Nuevos Contextos Familiares*, pp. 73, 81 (Ana Vergara y Paula Barros eds., 2008).

las ‘clases’ sociales de niños y adolescentes, de una parte, y de adultos, de otra. Esas relaciones, como hemos dicho, asignan deberes, pero reconocen, también, prerrogativas.³⁶ Si bien el reconocimiento de derechos no lo es todo, es relevante destacar que el mismo, muchas veces, esconde y dificulta la reestructuración de las relaciones jurídicas, ahogando los cambios que se verifican en lo que Vergara denomina las “relaciones cotidianas”. Mientras éstas cambian, y vuelven a definir las relaciones entre las clases niños / adultos, las categorías formales del derecho se encargan de impedir que ese cambio social se manifieste en cambios formales de su estructura. Así se comprende que el interés superior del niño haya sido utilizado —y, veremos, se siga utilizando— como una herramienta de paternalismo:

C. Ni pura voluntad: progresividad

Con todo, resulta relevante destacar dos cuestiones finales. Ni la sola voluntad del niño decide los asuntos en que se definen sus intereses, ni todos los niños, niñas y adolescentes se encuentran en un mismo nivel de desarrollo de su autonomía.

Primero, y según he sugerido en otro trabajo,³⁷ la intervención del niño no define el asunto sometido a conocimiento del juez, aunque sí es la consideración primordial que éste debe tener presente al decidir. Como ha señalado Freeman, es verdad que en ciertas ocasiones la irracionalidad de la decisión del niño debe ser considerada justamente para revocar o modificar la misma. Hay que lograr alcanzar el equilibrio entre permitir la manifestación de voluntad del niño, tomarla en serio, y cuidar que éste pueda desarrollarse hasta alcanzar la completa autonomía. Debemos abrir margen suficiente para que los niños se hagan responsables de sus propias decisiones, incluyendo los errores que de ellas se sigan, pero debemos evitar —al mismo tiempo— la irracionalidad en las mismas. Por supuesto que el criterio sigue siendo uno extremadamente amplio.

Freeman ha sugerido alguna solución: una decisión será manifiestamente irracional —y susceptible de ser revocada por un tribunal— cuando de aceptarse “socavaría futuras opciones de vida y dañaría intereses de modo irreversible”.³⁸ El problema es que, siendo sencillo imaginar casos que puedan socavar las opciones futuras de vida (i.e. un niño rechazando un tratamiento médico crucial para mantenerse con vida), no es fácil ponerse de acuerdo sobre cuáles son los casos que pueden dañar de modo irreversible los intereses del niño (¿Dejar de asistir al colegio? ¿Dejar de comer buscando una mejor figura? ¿Dedicarse al fútbol, antes que al estudio profesional o técnico?). El mismo Freeman, de hecho, más recientemente, ha criticado el hecho de que los jueces y juezas

³⁶ En el escenario ideal, el derecho debiera operar como un “referente simbólico... posibilitando un diálogo genuino respecto al reconocimiento de los jóvenes como iguales”. Ángela Boitano y María José Azócar, *¿Por qué es un problema social la vulneración de los derechos fundamentales de los adolescentes infractores de ley?*, en *Niñ@s y Jóvenes en el Chile de Hoy* 115, *supra* nota 35, p. 129.

³⁷ Lovera, *Razonamiento Judicial*, *supra* nota 14.

³⁸ Freeman, *Tomando más en Serio los Derechos de los Niños*, *supra* nota 17, p. 272.

cuestionen los deseos de los niños que manifiestan su disposición a no someterse a tratamientos médicos. En efecto, Freeman cita lo que es un estándar que, aplicado a los adultos, probablemente tampoco les permitiría rechazar tratamientos médicos cruciales para continuar con vida.³⁹

Segundo, no obstante los niños concurren como titulares de derechos constitucionales, ello no quiere decir que exista una esfera de autonomía completamente desarrollada o constituida en todos ellos. En el derecho comparado el criterio que se ha venido imponiendo es el de la *autonomía progresiva*, es decir, el criterio que asume que los niveles de autonomía de las decisiones de los niños varían de acuerdo a factores y circunstancias específicas de cada caso, atendiendo, en especial, la edad, madurez y capacidad de comprensión de los involucrados.⁴⁰ A medida que avanza la edad de niños y adolescentes, por tanto, disminuye la esfera de control que tanto el Estado y los padres tienen sobre ellos, abriéndose el campo a decisiones libres. Ahora bien, se comprende que los criterios recién expuestos son amplios y deben observarse caso a caso. Y esto quiere decir que deben evitarse los acercamientos abstractos en que se postulan dos extremos: o el niño define todo con su voluntad, o su voluntad es completamente irrelevante. Rodrigo Barcia prefiere referirse al principio del “ejercicio progresivo de los derechos del menor”, apuntando, acertadamente, a la diferencia que existe entre el estatuto patrimonial de capacidades —regulado preferentemente en el Código Civil—, por una parte, y el ejercicio de derechos constitucionales, por otra.⁴¹ La terminología que utiliza Barcia, además, permite sugerir que lo que, digamos, aumenta progresivamente, es la autonomía de los niños en el ejercicio de sus derechos, pero no su protección.

Volvemos al problema planteado más arriba: ¿qué tipo de decisiones vamos a permitirles tomar a los niños y a las niñas que muestren un grado de comprensión y madurez suficiente como para hacerlos responsables de sus decisiones, incluidos los errores? ¿Les vamos a permitir morir, a cambio de satisfacer su decisión autónoma de no defraudar su credo? La atención que Freeman llama sobre criterios que él mismo ha propuesto antes estriba justamente en el hecho de que los casos que han seguido el desarrollo de los estándares de madurez y competencia decisional de los niños han comenzado a construir el interés superior del niño como una categoría que permite *corregir*, e incluso *derribar*, la decisión autónoma del niño. Incluso cuando les reconocemos autonomía y madurez suficiente como para tomar sus propias decisiones, el interés superior del niño construido con independencia de ese mismo reconocimiento (normalmente *desde fuera* de ellos) podrá, siempre, triunfar sobre la voluntad (madura, capaz y cabalmente comprendida) del niño.

³⁹ Michael Freeman, *Rethinking Gillick*, 13 INTERNATIONAL JOURNAL OF CHILDREN'S RIGHTS, pp. 201, 208 (2005).

⁴⁰ MALCOLM DODDS, FAMILY LAW 126 (Old Bailey Press : 2004).

⁴¹ Rodrigo Barcia, *Sobre la capacidad de los adolescentes para recibir la denominada píldora del día después*, en REVISTA CHILENA DE DERECHO PRIVADO, N°7, pp. 137, 139-140 (2006).

D. Alguna experiencia comparada

¿Cómo impactan estas ideas la labor judicial y sus decisiones? En concreto, esto va a depender del caso específico. Sin embargo, la práctica nos ha mostrado que la respuesta judicial ha variado dependiendo de los distintos tipos de conflictos en los que se reclama la vigencia de los derechos constitucionales de niños, niñas y adolescentes. El derecho comparado nos enseña que los tribunales han debido resolver casos de conflictos entre el Estado, de una parte, y niños y sus padres, de otra. Asimismo, el desarrollo de las ideas acá reseñadas ha evidenciado una (en algunos casos, lenta) evolución en la configuración de la autonomía de niños, niñas y adolescentes en el ejercicio de sus derechos constitucionales —previsto que el ordenamiento jurídico se los reconoce. Veremos que, en concreto, esa esfera de autonomía (el interés superior del niño) se construyó en sus inicios con referencia casi exclusiva al interés del Estado y, el personal, de los jueces, para luego identificar el mejor interés de los niños con referencia exclusiva a los intereses de los padres. Como hemos señalado, sin embargo, los casos más complejos son aquellos en que se transita desde la identificación de los intereses del niño con el de sus padres, a los intereses del niño configurados autónomamente.

i. En interés de los niños, sin los niños. En un comienzo, en línea con lo señalado en la sección anterior, los tribunales asumieron —junto con las políticas estatales— el rol de guardianes de los niños, configurando su interés desde fuera, esto es, desde lo que ellos pensaron iba en el mejor interés de los niños, pasando por el respeto (a veces absoluto) de las decisiones parentales, a intromisiones estatales para salvaguardar —en contra del interés de padres e hijos— algún supuesto interés superior. A diferencia de lo que ocurría con los adultos, a quienes no se los concebía sin las libertades de religión, culto y pensamiento, a los niños se les cuestiona su titularidad y, cuando se los reconoce, el objeto de protección se construye desde fuera de ellos. Esto ha ocurrido, particularmente, por el hecho de que varias otras disposiciones de instrumentos legales, constitucionales e internacionales se refieren —al igual que la propia Convención— al derecho que debe reconocerse a los padres para educar a sus hijos conforme a sus propias convicciones religiosas.⁴²

Ejemplo de lo anterior es el caso de *Tropel*,⁴³ donde la Corte Suprema de los Estados Unidos debía pronunciarse sobre una ley del estado de Washington que permitía a “cualquier persona” solicitar judicialmente y “en cualquier momento” visitas, las que serían otorgadas si la corte consideraba que aquéllas podían servir al interés superior del niño.

⁴² Eva Brems, *Article 14. The Right to Freedom of Thought, Conscience and Religion, in A COMMENTARY ON THE UNITED NATIONS CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD 1* (Aren A. et al. eds., Martin Nijhoff Publishers 2006).

⁴³ *Troxel et vir. V. Granville*, 530 U.S. 57 (2000).

En el caso concreto, la abuela de las niñas Troxel había solicitado las visitas, a pesar de la oposición de la madre de éstas. La Corte Suprema de Washington había declarado la inconstitucionalidad de la ley, pues se trataba de (a) una intromisión estatal impermisible en los derechos de los padres a educar a sus hijos de la forma en que mejor lo estimasen y (b) que el Estado no contaba con la facultad de decidir las visitas, aun reclamando tratarse de una “mejor decisión”.⁴⁴ La Corte Suprema de los Estados Unidos confirmó la decisión, argumentando que la intromisión estatal violaba el derecho de los padres al debido proceso consagrado en la enmienda XIV, esto es, “la fuerte protección contra interferencias estatales en ciertas libertades y derechos fundamentales... incluido el derecho de los padres a tomar decisiones relativas al cuidado, custodia y control de sus hijos”.⁴⁵ La Corte sostuvo que el estatuto concedía demasiados poderes a los jueces quienes, por su sola apreciación, podían terminar configurando el interés superior del niño sin considerar la opinión de sus padres. La falta de consideración de la voluntad de los padres no es trivial cuando se trata del ejercicio de los derechos fundamentales, como era el derecho de los padres a decidir sobre el bienestar de sus hijos.

Lo curioso de la decisión, por cierto, es el hecho de que la Corte sugiere que el niño no es un mero objeto de política estatal, razón más que suficiente para que el Estado no tome preferencia en la configuración de su interés.⁴⁶ Luego de afirmar lo anterior, sin embargo, la Corte se refiere al interés preferente de los padres al decidir sobre el cuidado, interés y educación de sus hijos, sin referencia alguna a la opinión de estos al respecto.

En sentido similar la Corte decide *Wisconsin v. Yoder*,⁴⁷ donde la Corte Suprema debía pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes que imponían la obligatoriedad de educación después del octavo grado escolar (hasta los 16 años). La ley fue incumplida por un grupo de padres *amish* quienes reclamaron preferir la educación de sus hijos bajo los principios de su religión, antes que bajo un sistema obligatorio de educación.⁴⁸ En rigor, lo que la Corte argumentó no era que los estados no podían establecer sistemas educacionales obligatorios, sino que el interés del Estado por educar (incluso obligatoriamente) a los niños no quedaba al margen de poder ser —de ser el caso— balanceado con otros derechos fundamentales con los que puede colisionar.⁴⁹ En este caso, con la libertad de culto que consagra la primera enmienda.⁵⁰ Lo relevante es la forma en que la Corte configura la libertad de culto, en la que los niños aparecen, claramente, como un apéndice de la decisión de sus padres. En efecto, la Corte dispuso que la libertad de culto “incluía el tradicional interés de los padres por educar religiosamente a sus hijos... mientras los preparan para

⁴⁴ *Id.*, p. 62.

⁴⁵ *Id.*, p. 66.

⁴⁶ *Id.*, p. 65.

⁴⁷ 406 U.S. 205 (1972).

⁴⁸ *Id.*, p. 209.

⁴⁹ *Id.*, p. 214 (“Thus, a State’s interest in universal education, however highly we rank it, is not totally free from a balancing process when it impinges on fundamental rights and interests ...”).

⁵⁰ *Id.*

otras obligaciones”.⁵¹ En efecto, como ha señalado Burt al comentar este caso, la Corte configuró su decisión a partir de la libertad de culto de los padres y las prerrogativas de las que éstos gozan en la educación preferente de sus hijos, haciendo un flaco favor a los (no considerados) intereses de los niños.⁵²

Las prerrogativas de las que disfrutaban los padres en relación a sus hijos, entonces, les han permitido reclamar la protección de los derechos de aquéllos, sin su opinión y, además, las interpretaciones judiciales han dejado abierta la puerta a revocar esas decisiones parentales.⁵³

ii. En interés de los niños desde su autonomía. La obsesión de la Corte Suprema de los Estados Unidos con la evaluación de la legitimidad de la intervención estatal permite comprender que en *Yoder* se limite la autoridad del Estado “para intervenir en contra de los deseos de los padres, aun cuando tal intervención sea capaz de favorecer la autonomía del niño”.⁵⁴ Desde luego que *Yoder* puede no ser el mejor caso para llegar a la conclusión a la que arriba Burt, pues ahí tanto padres como hijos estaban de acuerdo. Y de hecho varios casos ingleses sugieren algo todavía más preocupante: padres e hijos pueden estar de acuerdo (i.e. en rechazar un tratamiento médico) y las cortes deciden, de todas formas, la facultad de definir el interés superior del niño —en el cual la opinión del niño es solo un elemento más. Quizás los casos más difíciles de analizar, en vistas del estándar que sugiere Burt, son aquellos en que los niños se levantan en contra de las decisiones de sus padres reclamando, en tribunales, titularidad y ejercicio autónomo de sus derechos.

Un primer paso en el sentido de reconocer derechos constitucionales autónomos a los niños lo encontramos en *Tinker*.⁵⁵ En él, la Corte Suprema reconoció a los niños involucrados (de 13, 15 y 16 años) la libertad de expresar su manifestación en contra de la invasión en Vietnam, llevando unas jinetas negras en sus brazos durante su asistencia al colegio, y pese a la prohibición de éste. La Corte argumentó que las facultades sancionatorias del establecimiento terminaban donde comenzaba el ejercicio de libertades fundamentales. Sostuvo que “difícilmente podría argumentarse que profesores y estudiantes se despojan de su libertad de expresión a la entrada del colegio”.⁵⁶ El

⁵¹ Id. Si bien más adelante la Corte se refiere a la libertad de culto de los niños, ésta aparece solo una vez que ya ha definido el derecho de los padres a educar a sus hijos sin interferencia del Estado (p. 215). Más clara es la referencia en las pp. 230-31 (“Contrary to the suggestion of the dissenting opinion of Mr. Justice Douglas, our holding today in no degree depends on the assertion of the religious interest of the child, as contrasted with that of the parents. It is the parents who are subject to prosecution here for failing to cause their children to attend school, and it is their right of free exercise, not that of their children, that must determine Wisconsin’s power to impose criminal penalties on the parent”).

⁵² Robert Burt, *Desarrollando derechos constitucionales de, en y para los niños*, en DERECHO Y GRUPOS DESAVANTAJADOS, pp. 169, 170-1 (Roberto Gargarella coomp., Gedisa 1999).

⁵³ Tal es el caso en South Glamorgan, donde un tribunal del Reino Unido sostuvo que “[l]a ley nos faculta para que en un caso apropiado, habiendo considerado todas las circunstancias, incluidos los deseos del niño lo suficiente grande como para tomar sus propias decisiones, podamos, sin embargo, revocar esa decisión del niño, aun cuando ese niño sea competente, *South Glamorgan County Council v W y B*, 1 FLR 574 (1993).

⁵⁴ Burt, *Desarrollando derechos constitucionales de, en y para los niños*, supra nota 52, p. 179.

⁵⁵ *Tinker*, supra, nota 34.

⁵⁶ Id., p. 506.

único estándar que permitiría a los establecimientos educacionales restringir la libertad de expresión de sus estudiantes, sería el interés de “evitar la interferencia material y substantiva con el trabajo educacional o la disciplina”, lo que una jineta negra en el brazo, parte de una manifestación silenciosa, no afectaba.⁵⁷

El segundo caso es *Gillick*.⁵⁸ En él, a diferencia de lo que ocurría en las situaciones antes descritas, la *House of Lords* del Reino Unido debía decidir el caso de padres contra la opinión de sus hijas. De conformidad a la Ley de Servicios Nacionales de Salud, de 1977, la Secretaría de Estado había considerado una obligación de los servicios de salud entregar asistencia y consejo médico anticonceptivo a las personas que así lo solicitaran, sin límite de edad para la consulta. El Departamento de Salud pronto emitió una circular señalando que, si los médicos recibían consultas de niñas menores de 16 años, debían atenderlas. El demandante, padre de 5 hijas bajo la edad de 16 años, buscaba que las autoridades locales de salud le aseguraran que ninguna de sus hijas recibiría consejo y tratamiento anticonceptivo sin que él no conociera de ese tratamiento y entregase su consentimiento al respecto. Una vez que las autoridades locales rechazaron una petición tal, el demandante presentó la acción contra el Departamento de Salud, buscando (i) que se declarara que las autoridades locales de salud y el Departamento de Estado habían actuado ilegalmente al emitir esa circular, toda vez que autoriza a los doctores a incurrir en el delito de alentar relaciones sexuales ilegalmente a niñas menores de 16 años; (ii) y que se declara contra la autoridad de salud que un doctor o que cualquier otro profesional trabajando en su clínica de planificación familiar no podría entregar consejos ni tratamientos anticonceptivos a cualquier hijo del demandante bajo la edad de 16 años sin su consentimiento, pues ello atentaría contra sus derechos parentales.

La *House of Lords* afirmó que los “derechos parentales para controlar al niño no existen en beneficio de los padres... [sino que] están establecidos en beneficio del niño y están justificados sólo hasta el punto en que le permitan al padre el cumplimiento de sus deberes hacia el niño... Por cierto que el consentimiento de los padres debe normalmente ser consultado, pero ese consentimiento puede muchas veces no estar disponible de inmediato. En condiciones que el paciente, no importa si niño o niña, es capaz de entender lo que se le propone y de expresar sus propios deseos, no veo dónde puede haber una buena razón para sostener que él o ella carece de la capacidad para expresarlo válida y efectivamente”. En efecto, prosiguió, “[d]espués de todo, un menor de 16 años puede, claro, con ciertos límites, contratar... demandar y ser demandado, entregar evidencia y testimonio bajo juramento”. A medida que el menor de edad se

⁵⁷ Id., p. 511. Posteriormente en *Fraser*, la Corte va a mantener que el estándar antes mencionado (argumentando que, en ese caso en concreto, el colegio lo alcanzaba) y agregando, lamentablemente, que, junto al estándar de limitación al discurso, la misma latitud concedida al discurso de los adultos no se encontraba disponible a los niños en el contexto de una escuela pública. *Bethel School District No. 403 v. Fraser*, 478 U.S. 675-6 (1986).

⁵⁸ *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority*, 3 All ER 402 (1985).

aproxima a la adultez legal la autoridad parental va decreciendo, siendo claro que las decisiones relativas a los tratamientos médicos a que se someterá un adolescente pueden ser determinadas por el mismo adolescente:

“Es preciso tener en cuenta que un niño llega a ser independiente en la medida que va creciendo; mientras el niño es mayor, la autoridad parental va —correspondientemente— disminuyendo. Por lo mismo, la ley no reconoce ninguna regla de autoridad parental absoluta sobre alguna determinada edad. En cambio de ello, los derechos parentales son reconocidos por el derecho sólo en cuanto ellos son necesarios para la protección del niño, por lo que esos derechos ceden frente a los derechos del niño a tomar sus propias decisiones cuando ha alcanzado el suficiente entendimiento e inteligencia para ser capaz de tomar una decisión [informada] a su propio cargo”.⁵⁹

En el contexto de los casos que venimos analizando, por supuesto que *Gillick* tiene mucha importancia. En lo fundamental, además de los argumentos recién transcritos, es importante destacar que se insiste en la importancia de distinguir la capacidad patrimonial del niño y del adolescente —como insiste Barcia⁶⁰— de la titularidad y capacidad para el ejercicio de derechos constitucionales. En *Gillick* la *House of Lords* insiste en la necesidad de distinguir la edad legal de la capacidad para comprender y poder tomar decisiones razonadas, algo que se juega más en la tierra del entendimiento y la inteligencia que en la de las reglas legales. Si bien el caso evaluaba la constitucionalidad de la circular que entorpecía y, en casos, privaba a las adolescentes del acceso a la contracepción de emergencia, su impacto fue de tal envergadura que —como lo señala Freeman— todos los casos en que se encontraba involucrada la decisión de un niño o un adolescente, en adelante, fueron evaluados a la luz del estándar de competencia decisional de *Gillick*.⁶¹

3. El caso chileno: difícil de asir

De acuerdo a la Convención, como hemos dicho, en todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño, debiendo los Estados Parte comprometerse 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 (arts. 3.1 y 3.2).

Este estándar posee en Chile aplicación inmediata en el contexto de los casos que los tribunales deban resolver desde comienzos de los 90. Esta cuestión fue, en su momento, valorada por el Comité de Derechos del Niño: señaló que era un aspecto positivo que “la

⁵⁹ *Id.*

⁶⁰ *Supra* nota 41.

⁶¹ Freeman, *Rethinking Gillick*, *supra* nota 39, p. 201.

Convención sobre los Derechos del Niño pose[a] aplicación inmediata y que sus provisiones pueden, y en la práctica han sido, invocadas ante los tribunales locales”.⁶² Sin embargo, tampoco se estaba en presencia del mejor escenario posible. En efecto, la Constitución chilena carecía (y carece) de referencias a los niños, niñas y adolescentes,⁶³ y las disposiciones relativas a la salvaguarda de los intereses del niño debían (y deben) buscarse a nivel legal, especialmente en el Código Civil y leyes complementarias de familia. Tal era el caso del artículo 36 de la Ley de Menores,⁶⁴ el que señalaba que “[e]l juez de letras de menores en todos los asuntos de que conozca apreciará la prueba en conciencia y, si fuere posible, deberá oír siempre al menor púber y al impúber, cuando lo estimare conveniente. Además de los informes que solicite a los asistentes sociales, podrá requerir informes médicos, psicológicos u otros que estimare necesarios”. Se trataba, como se aprecia, de una facultad concedida al tribunal antes que de una obligación, la que operaba sólo en la medida que aquél lo considerara posible, y que convivía con otras normas de clara orientación paternalista, como es el caso del artículo 234, inciso 3º del Código Civil:

“Cuando sea necesario para el bienestar del hijo, los padres podrán solicitar al tribunal que determine sobre la vida futura de aquél por el tiempo que estime más conveniente, el cual no podrá exceder del plazo que le falte para cumplir dieciocho años de edad”.⁶⁵

Como se aprecia, el principio tampoco se encontraba explícitamente reconocido en aquellas fuentes, lo que preocupó al Comité. En efecto, el Comité recomendó al Estado chileno llevar adelante “esfuerzos especiales en orden a armonizar completamente la legislación [nacional] existente con las provisiones de la Convención relativas a los principios generales, así como asegurar que el interés superior del niño, tal cual se establece en el artículo 3 de la Convención, sea la primera consideración en todas las acciones que conciernen a los niños, incluidas las llevadas adelante por el Parlamento”⁶⁶. La modificación al artículo 242 del Código Civil es la respuesta a las recomendaciones del Comité, disponiendo —desde 1998— que “para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, el interés superior del hijo, y tendrá en cuenta sus opiniones en función de su edad y madurez”.⁶⁷ La ley que crea los nuevos Tribunales de Familia, por su parte, vigente desde 2005, incorpora varias otras normas relevantes. En línea con la

⁶² Committee on the Rights of the Child: Chile, *Concluding Observations of the Committee on the Rights of the Child: Chile*, CRC/C/15/add.22. (25 de Abril, 1994), para. 4°.

⁶³ Un buen ejemplo lo constituye la constitución colombiana: “Son derechos fundamentales de los niños: la vida, la integridad física, la salud y la seguridad social, la alimentación equilibrada, su nombre y nacionalidad, tener una familia y no ser separados de ella, el cuidado y amor, la educación y la cultura, la recreación y la libre expresión de su opinión. Serán protegidos contra toda forma de abandono, violencia física o moral, secuestro, venta, abuso sexual, explotación laboral o económica y trabajos riesgosos. Gozarán también de los demás derechos consagrados en la Constitución, en las leyes y en los tratados internacionales ratificados por Colombia. La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de asistir y proteger al niño para garantizar su desarrollo armónico e integral y el ejercicio pleno de sus derechos. Cualquier persona puede exigir de la autoridad competente su cumplimiento y la sanción de los infractores. Los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás”. CONSTITUCIÓN COLOMBIA (1991), art. 44.

⁶⁴ Ley 16.618 (D. Of. 08.03.1967).

⁶⁵ La referencia a esta disposición en Julio Cortés, *Acerca del principio del interés superior del niño*, supra nota 19, pp. 78-9.

⁶⁶ Committee on the Rights of the Child: Chile, supra nota 62, para. 14.

⁶⁷ Este artículo fue introducido por la Ley 19.585 (D.Of. 26.10.1998).

tesis sostenida en este trabajo, el artículo 16 inciso 1º dispone —bajo el epígrafe “interés superior del niño” — que el objetivo de la ley es garantizar a los niños, niñas y adolescentes “el ejercicio y goce pleno y efectivos de sus derechos y garantías”.⁶⁸ El inciso 2º agrega que el interés superior del niño, junto con el “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”.⁶⁹

A continuación examinaremos dos tipos de decisiones de instancias judiciales chilenas, animados en la búsqueda de algunas que logren satisfacer el estándar de reconocimiento en la titularidad de derechos, y su defensa autónoma—esto es, desde el niño, niña o adolescente. Una práctica constitucional como la chilena, sin embargo, procesalmente avanzada pero argumentativamente arcaica—como alguna vez se sugirió⁷⁰—demanda una prevención: carece, Chile, de una práctica sistemática en la identificación de las decisiones relevantes. La ausencia de una comunidad respetuosa del precedente, tanto en la labor judicial como en la práctica argumentativa en general—salvo cuando se recurre a ellos ad-hoc, esto es, identificando sólo aquellas decisiones que sirven a la teoría del caso de turno⁷¹—puede terminar posando un halo de inevitable discrecionalidad sobre la selección que acá hacemos. En ambas instancias, veremos, los avances que evidencia la regulación legal en materia de familia se echan de menos.

3.1. Tribunal Constitucional

El Tribunal Constitucional (TC) concentra, desde 2005, el control de constitucionalidad de las leyes. De conformidad a su actual regulación constitucional el TC se encuentra facultado para revisar la constitucionalidad de proyectos de ley, esto es, ejerce un control de carácter preventivo (art. 93 Nos 1 y 3 de la C.), así como de los preceptos legales, esto es, controla represivamente la constitucionalidad de aquéllos (art. 93 Nos 6 y 7 de la C.). El TC ha tenido escasas oportunidades de pronunciarse sobre los derechos del niño. Escogemos tres decisiones que poseen especial relevancia para efectos de este estudio. En una de ellas, en el que TC debía pronunciarse sobre la constitucionalidad de varias disposiciones del proyecto de ley sobre Jornada Escolar Completa (JEC), veremos que el TC intenta establecer una relación razonable entre la libertad de enseñanza y derecho a la educación. Para configurar este último derecho, sin embargo, el TC considera innecesario realizar cualquier referencia a los derechos del niño en el marco de la CDN. En el segundo de los casos bajo análisis, relativo al aumento de las penas en el proyecto de Ley de Responsabilidad Penal Adolescente, el Tribunal efectúa —como nunca antes y como nunca hasta ahora— referencias explícitas a

⁶⁸ Ley 19.968 (D. Of. 30.08.2004).

⁶⁹ De acuerdo a la Ley 19.968, el interés superior del niño será, también, principio rector del proceso de mediación. Art.103 letra e).

⁷⁰ CARLOS PEÑA, PRÁCTICA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES 155 (1997).

⁷¹ Daniela Accatino, *El Precedente Judicial en la Cultura Jurídica Chilena*, 20 ANUARIO DE FILOSOFÍA JURÍDICA Y SOCIAL 559, 570-1 (2002).

la CDN. Sin embargo, veremos que esas referencias, así como las consecuencias que extrae de ella, no son las más adecuadas, sobre todo porque prescinde de las interpretaciones auténticas de la misma. Finalmente, el tercer caso se refiere al requerimiento de inconstitucionalidad presentado por parlamentarios de la Alianza por Chile en contra del decreto que establecía las normas nacionales sobre fertilidad, en la que, junto con autorizarse la distribución gratuita de la denominada “píldora del día después”, se establecía el derecho de consejería en materia de anticoncepción para adolescentes mayores de 14 años. Como veremos, el caso presenta similitudes sorprendentes con *Gillick* y *Carey*, aunque el TC acá prefirió esgrimir razones formales para evitar pronunciarse.

Jornada Escolar Completa. Las normas que configuran, digamos, el sistema de escolaridad completa actualmente vigente en el país, han pasado varias veces y por diversos motivos por el control del TC. El proyecto fue objeto de un primer requerimiento, decidido por el TC en junio de 2004 (JEC I)⁷² —que sentará las bases de este comentario. Después se interpusieron otros dos requerimientos: el primero fue fallado en junio de ese mismo año (JEC II)⁷³ y el segundo en octubre (JEC III).⁷⁴ Además, y con ocasión del control obligatorio del proyecto,⁷⁵ el TC declaró inconstitucional otras disposiciones en Octubre de 2004.⁷⁶ A grandes rasgos, el proyecto modificaba la financiación de la educación pública y subvencionada, ampliando, además, la participación de apoderados y estudiantes en los establecimientos educacionales.⁷⁷ Los parlamentarios de la Alianza por Chile que presentaron el requerimiento objetaron las disposiciones relativas a los nuevos requisitos establecidos para solicitar la financiación estatal: las personas que quisieran ayuda económica del Estado para —como dispone la Constitución— “abrir, organizar y mantener establecimientos particulares” (art. 19 No 11 de la C.), deberían reservar un 15% de sus matrículas a estudiantes que presenten condiciones de vulnerabilidad económica. Objetaron, asimismo, la creación de los denominados Consejos Escolares que, teniendo carácter consultivo, estarían integrados por diversas autoridades del establecimiento (el director, el sostenedor y un docente elegido por sus pares), el presidente del Centro de Padres y el Presidente del Centro de Alumnos.⁷⁸ Para justificar su reclamo argumentaron que la libertad de enseñanza asegurada en la Constitución habilita a las personas a “organizar interiormente los establecimientos educacionales”.⁷⁹

⁷² Tribunal Constitucional, Rol No 410 (14 de junio, 2004).

⁷³ Tribunal Constitucional, Rol No 413 (26 de junio, 2004).

⁷⁴ Tribunal Constitucional, Rol No 423 (18 de octubre, 2004).

⁷⁵ De acuerdo a la regulación constitucional, el TC revisa de forma preventiva y obligatoriamente, los proyectos de ley que versen sobre materias orgánicas constitucionales y los proyectos de ley interpretativos de la Constitución (art. 93 No 1 de la C.).

⁷⁶ Tribunal Constitucional, Rol No 422 (18 de octubre, 2004).

⁷⁷ Tomás Vial, *El Fallo del Tribunal Constitucional sobre el proyecto que modifica el régimen de Jornada Escolar Completa y sus repercusiones respecto del derecho a la educación y a la libertad de enseñanza*, en REVISTA DERECHOS DEL NIÑO, N° 3-4, UNICEF- Universidad Diego Portales, pp. 284, 285 (2006).

⁷⁸ Para hacer justicia al requerimiento, y a los intereses de los parlamentarios signatarios, cabe precisar que, sobre la misma base de la libertad de enseñanza, cuestionaron la constitucionalidad de las disposiciones que prohibían la cancelación de matrículas por no pago de aranceles y la facultad del Ministerio de Educación para fijar los montos máximos a cobrar por derechos de postulación.

⁷⁹ Tribunal Constitucional, Rol No 410, *supra* nota 72, p. 7.

El TC rechazó ambos reclamos (aunque aceptó otros puntos). El TC comenzó fijando el núcleo de la libertad de enseñanza, definiéndola como “el derecho a abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales”, lo que permite a su titular la posibilidad de organizar internamente el establecimiento de acuerdo al ideario del proyecto educativo que le parezca.⁸⁰ Esa libertad asegura el derecho de desplegar esas atribuciones “sin injerencias o intromisiones lesivas para el núcleo esencial” de la libertad,⁸¹ salvo los límites que impongan la moral, las buenas costumbres el orden público o la seguridad nacional —“únicas cuatro restricciones susceptibles de ser aplicadas”.⁸² Luego, el TC estableció relaciones entre la libertad de enseñanza y el derecho a la educación. Sobre la primera, aclaró que titularidad de esa libertad corresponde a “todos los establecimientos de enseñanza, públicos o privados; se hallen reconocidos por el Estado o no lo hayan sido; en fin, trátese o no de establecimientos subvencionados”.⁸³ Sobre el segundo, concluyó que el derecho a la educación siempre se verá afectado y condicionado por la libertad de enseñanza, que es la que permite el proceso educativo. Dicho de otra forma, sin libertad para enseñar, el derecho a la educación se reduce a la enseñanza informal (i.e. de la familia)⁸⁴ —asumiendo, por supuesto, que la libertad de enseñanza es la que permite al Estado fundar las escuelas públicas. Finalmente —aspecto relevante para comprender varias decisiones en materia de recurso de protección— el TC declara que la libertad de enseñanza comprende, también, el derecho de “los padres... de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos... que juzguen coherente con el ideario formativo de sus hijos”.⁸⁵

El TC había indicado que las únicas restricciones a que se sujetaba la libertad de enseñanza eran las que imponían la moral, las buenas costumbres, el orden público o la seguridad nacional —más aquéllas restricciones de carácter específico difuminadas en la Constitución.⁸⁶ Agregó que el Estado posee facultades de regular las condiciones conforme a las cuales concederá recursos económicos a quienes quieran ejercer la libertad de enseñanza —ayudados por los recursos fiscales— a condición de que las exigencias no sean inadecuadas o desproporcionadas.⁸⁷ Sobre las subvenciones, específicamente, agregó que éstas no son una prerrogativa discrecional del Estado, sino, cosa distinta, “una obligación

⁸⁰ Id.

⁸¹ Id., c. 11.

⁸² Id., c. 12.

⁸³ Id., c. 10. El problema de este argumento, se ha señalado, es que el TC atribuye titularidad de derechos (en este caso de libertades) constitucionales al Estado, contrariando —como ha afirmado Rodrigo Correa— “la tradición liberal de los derechos fundamentales, de la que el artículo 19 de la Constitución Política es heredero... [y para la cual] los derechos constitucionales son derechos de la persona natural, en cuanto tal y en cuanto ciudadano, frente al Estado. No son derechos de unos organismos estatales (establecimientos educacionales municipales) frente a otros organismos estatales (Congreso Nacional, Presidente de la República y administración central)”. Rodrigo Correa, *Tribunal Constitucional*, 2 REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ 758-60 (2005). También comentarios críticos en Vial, *El Fallo del Tribunal Constitucional*, *supra* nota 77, pp. 290-2.

⁸⁴ Vial, *El Fallo del Tribunal Constitucional*, *supra* nota 77, p. 287.

⁸⁵ Tribunal Constitucional, Rol No 410, *supra* nota 72, c. 15 (en estricto rigor el TC debió haberse referido al ideario formativo suyo —de los padres— para con sus hijos).

⁸⁶ Como ocurre, por caso, con la prohibición que tienen los establecimientos educacionales para propagar tendencias político-partidistas, id., c. 14.

⁸⁷ Correa, *Tribunal Constitucional*, *supra* nota 83, p. 758.

ineludible, cuya justificación radica en la importancia excepcional que tienen la educación y la enseñanza en el desarrollo libre de la personalidad y de la sociedad en general”.⁸⁸ En lo que respecta a la exigencia que asiste a los establecimientos que deseen aportes fiscales de contar con un 15% de estudiantes socioeconómicamente vulnerables, el TC sostuvo que la exigencia era de aquellas adecuadas y proporcionadas, en la medida que no afectaba el núcleo fundamental de la libertad definido más arriba —y, en particular, por tratarse de una condición que se impone en igualdad a todos los establecimientos que deseen optar por las subvenciones, sean éstos públicos o privados y con independencia de su proyecto educativo.⁸⁹

En materia de consejos escolares, normas cuya constitucionalidad el TC no reprochó, cabe destacar que el TC afirmó que estos consejos buscan aumentar la participación de toda la comunidad escolar (c. 36), destacando —como suele hacerlo cuando revisa disposiciones que involucran participación de la comunidad⁹⁰— su carácter no vinculante. Lo importante, a efectos de este estudio, es verificar el razonamiento del TC. La obligatoriedad de constituir estos consejos —argumentaron los requirentes— significaba una limitación a la libertad de enseñanza distinta a las permitidas por la Constitución. El TC, en cambio, sostuvo que “no hay nadie más interesado... que los propios padres de los alumnos y los educandos mismos en que el proyecto educativo diseñado funcione en forma eficiente y adecuada” para, pese a mencionar el interés de los estudiantes, terminar afirmando que “si la libertad de enseñanza... comprende también el derecho de los padres de escoger el establecimiento educativo para sus hijos, no parece constitucionalmente reprochable que ellos tengan el derecho a ser informados y a emitir opiniones no necesariamente vinculantes sobre el respectivo establecimiento elegido”.⁹¹ Como se aprecia, la libertad de enseñanza se configura a partir del derecho (explícito) de los padres a escoger el establecimiento educacional para sus hijos, sin referencia alguna a la titularidad al derecho a la educación y a la participación de estos últimos —en tanto niños, niñas y adolescentes.⁹²

Finalmente, resulta de importancia destacar la norma del proyecto propuesto relativa a la transparencia y objetividad de los procesos de selección de los estudiantes, conforme a la cual los establecimientos son obligados a respetar, entre otras, las garantías establecidas por los tratados internacionales vigentes en favor de los alumnos, alumnas y sus familias. El TC sostuvo que dicha disposición, aplicable a todos los establecimientos educacionales, es parte de los requisitos mínimos que el Estado puede exigir a cada uno de los niveles de enseñanza, básica y media (c. 68).⁹³ Lo curioso es que el TC declaró la inconstitucionalidad de otra disposición casi idéntica, con la única

⁸⁸ Tribunal Constitucional, Rol No 410, *supra* nota 72, c. 19.

⁸⁹ *Id.*, c. 51.

⁹⁰ Véase, en particular, Tribunal Constitucional, Rol No 1.050 (3 de abril, 2008).

⁹¹ Tribunal Constitucional, Rol No 410, *supra* nota 72, c. 56.

⁹² En sentido similar, véase Vial, *El Fallo del Tribunal Constitucional*, *supra* nota 77, pp. 310-1 (argumentando, además, la nula referencia a las obligaciones que surgen en materia de participación desde la Constitución y los tratados internacionales).

⁹³ La referencia la toma del art. 19 No 11, inciso final.

diferencia de ser establecida como condición para solicitar la subvención escolar y de mencionar —expresamente— la CDN. Para ese caso, el TC ordenó la necesidad de regular los procesos de selección por medio de una ley orgánica constitucional —cosa que, en la especie, no ocurría.⁹⁴

Como se aprecia de este sucinto análisis, el TC no efectúa referencia alguna a los derechos del niño que surgen del derecho internacional de los derechos humanos en materia de educación. Como ha dicho Tomás Vial, “[e]n lo que respecta al tema educativo, existen numerosas normas contenidas en tratados internacionales ratificados por Chile y plenamente vigentes” a los que podría haberse efectuado alguna referencia. Ni la CDN ni la condición de los niños, niñas y adolescentes como titulares de derecho es siquiera mencionada. Lo anterior no carece de explicación: en el contexto específico de la revisión que efectúa el TC está facultado para cotejar las disposiciones del proyecto con la Constitución, y constreñido —en parte importante— por el objetivo específico del reclamo efectuado en el requerimiento.

Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (LRPA)

El segundo caso en comento suscitó importante debate. Un grupo de parlamentarios de la Concertación de Partidos por la Democracia planteó una cuestión de constitucionalidad al TC, argumentando la inconstitucionalidad de uno de los preceptos del proyecto de ley que modificaba —y que, de hecho, modificó— la LRPA. En concreto, los requirentes objetaban, según sus palabras, el establecimiento como “única sanción posible, para el tramo de penalidad superior a 5 años, la de internación en régimen cerrado”⁹⁵ —esto es, sin eufemismos, y como ha sugerido la Corte Interamericana de Derechos Humanos, una pena privativa de libertad.⁹⁶ Entre otros argumentos, los requirentes reclamaron la violación del artículo 37 b) de la CDN.⁹⁷ La imposición de una única condena de régimen cerrado —sostuvieron en su reclamo— “restringe la posibilidad del sentenciador a una única condena... [sin] dar alternativa alguna a la privación de libertad respecto de penas que superan los cinco años”, lo que significaba no considerar el interés superior del niño ni los estándares del derecho internacional que ordenan la utilización de las penas privativas de libertad como instrumento de *ultima ratio*.⁹⁸

⁹⁴ Como ha señalado Correa, del hecho que las únicas limitaciones a que se pueda someter la libertad de enseñanza sean las que derivan de la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional, no se sigue que todas las regulaciones a la educación deban realizarse por medio de una ley orgánica constitucional. Correa, *Tribunal Constitucional*, *supra* nota 83, pp. 743-4.

⁹⁵ Tribunal Constitucional, Rol No 786 (13 de junio, 2007).

⁹⁶ Corte IDH, *Condición Jurídica y Derechos del Niño*, *supra* nota 33, p. 604; criterio aplicado en Cámara Nacional Criminal y Correccional de la Capital Federal de Buenos Aires, C. 22.909 “Famoso, Elizabeth y otro s/ procesamiento e internación” (17 de marzo, 2004) (“[C]ualquier medida que implique la reclusión de aquélla [persona] en un establecimiento de régimen cerrado del que no pueda ausentarse voluntariamente supone privación de libertad, cualquiera que sea el nombre que se le dé a la medida que así lo dispone ...”).

⁹⁷ Convención sobre los Derechos del Niño, *supra* nota 12, art. 37: “Los Estados Partes velarán porque: b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención... se llevará a cabo de conformidad a la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda”.

⁹⁸ Véase, en especial, Corte IDH, *Caso “Instituto de Reeduación del Menor”*, *supra* nota 28.

¿Qué decidió el TC?⁹⁹ Mientras despachaba las cuestiones formales, es relevante prestar atención a la toma de posición del TC: mientras los requirentes cuestionaban la relación que existiría entre los objetivos perseguidos por las reformas (responsabilización y reinserción social de los adolescentes) y la sanción única de internación en régimen cerrado, el TC sostuvo que la “indicación parlamentaria aludida tiene una relación directa y sustantiva con aquella [la responsabilización y reinserción social], pues tales objetivos se cumplen si, como sostiene su autor [Larraín], se trata de eliminar la opción del juez de aplicar la internación en régimen semicerrado ...”¹⁰⁰ Sobre las bases de las reglas de la legislación común, agregó que “las reglas de determinación de la naturaleza de las penas contempladas en el artículo 23 del aludido cuerpo legal [LRPA] consultan varias posibilidades para que el tribunal considere modalidades diversas de cumplimiento, según la naturaleza del delito cometido, entre las cuales se encuentra la mayor o menor extensión, así como la intensidad de la privación de libertad”.¹⁰¹ Como se aprecia, el TC recoge el hecho de que el sistema de responsabilidad penal juvenil es uno de carácter especial: se debe tener en cuenta un fin preventivo especial, cuestión que no ocurre en la legislación penal ordinaria. Sin embargo, no se entiende la coherencia entre el énfasis de la prevención especial (en tanto fin de la pena y criterio orientador de la actividad del juez) y la posibilidad que tiene el juez para imponer la pena máxima: la internación en régimen cerrado. En otras palabras, no se justifica debidamente el que una pena privativa de libertad pueda servir a un fin preventivo especial, estándar que —como hemos venido sugiriendo— es más estricto en el caso de adolescentes y niños.

El TC entendió satisfechos los mandamientos del derecho internacional al asegurar que “la protección de los derechos de los adolescentes se ha encontrado especialmente presente en la gestación y desarrollo de toda la legislación sobre responsabilidad penal en que ellos puedan incurrir, la que, sin duda, ha tenido presente que, de conformidad con el artículo 37 letra b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, no prohíbe la privación de libertad de los adolescentes, sino que impide que ella sea ilegal o arbitraria, exigiendo también que sólo proceda conforme a la ley y en carácter de último recurso, por el período más breve posible, a juicio del mismo legislador”.¹⁰² El razonamiento del TC parece sugerir que se respeta la CDN en la medida que ésta es invocada durante los trámites de discusión legislativa, sin reparar

⁹⁹ Omitiremos, en este comentario, las referencias al debate sobre el lugar que cabe al derecho internacional en el sistema constitucional chileno. Con todo, cabe precisar que Hernán Larraín, quien presentó la indicación que se impugnaba, y quien, además, alegó la causa ante el TC —solicitando el rechazo del recurso— sostuvo que de justificarse la infracción a la CDN esto acarrearía responsabilidad internacional para el Estado de Chile, pero no un problema de constitucionalidad. Tampoco abordaremos en mayor medida, y salvo en el sentido que especificamos de inmediato, las argumentaciones en que se reclamaban vicios de forma (iniciativa exclusiva para el Presidente en ciertas materias y concordancia de la indicación con las ideas matrices del proyecto), resueltas —y rechazadas— a un Tribunal Constitucional, Rol No 786, *supra* nota 95, cs. 7 a 24.

¹⁰⁰ Agrega, además, que el sistema de responsabilidad penal adolescente con sus respectivas modificaciones permite “apreciar que los objetivos perseguidos por el legislador no se agotan con la determinación de la pena asignada al delito sino que el juez que la impone tiene un rol activo e integral en asegurar el necesario equilibrio que debe existir entre el intento de rehabilitar al condenado y la necesidad de proteger a la sociedad frente a las conductas delictivas de los adolescentes” —haciendo eco, esta vez, y a diferencia del caso que analizamos a continuación, del reclamo mediático. Id., cs. 22 y 23.

¹⁰¹ Id., c. 23.

¹⁰² Id., c. 28.

en la especialidad que su auténtica interpretación demanda, y sin prestar atención a la forma específica en que se institucionaliza su correcta aplicación —más allá de la consagración de principios generales orientadores.¹⁰³ En efecto, de acuerdo a los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, los Estados Partes deben velar porque la privación de libertad de los niños y adolescentes se lleve a cabo por el menor tiempo posible y considerando su especial condición de vulnerabilidad, para lo cual deben adoptarse las medidas especiales que impidan abusos generalizados.¹⁰⁴ Además, la privación de libertad —siendo la pena más severa— debe “tener un carácter excepcional... limitada por... los principios de necesidad y proporcionalidad, indispensables en una sociedad democrática”, durando un plazo razonable¹⁰⁵ y siendo siempre preferible —salvo en caso de necesidad definida a la luz de los estándares del derecho internacional— la aplicación de medidas supletorias (i.e. supervisión estricta, custodia permanente, asignación a una familia, traslado a un hogar o instituciones educativas, libertad vigilada, programas de enseñanza de formación profesional, entre otras).¹⁰⁶

Del razonamiento del TC, sin embargo, no logra advertirse de qué forma se recoge la idea del sistema de responsabilidad penal juvenil como un sistema especial, con criterios específicos. ¿Cuál sería la especialidad y el énfasis si la interpretación de la Convención, a este respecto, se reduce a impedir que la privación sea ilegal o arbitraria? De hecho, el TC —más adelante— va a afirmar, junto con reiterar que no analiza el mérito de las decisiones legislativas (c. 29), que “lo que corresponde al Tribunal Constitucional es cerciorarse de que las penas obedezcan a fines constitucionalmente lícitos y de que no se vulneren los límites precisos que la misma Carta ha impuesto como ... en el caso del artículo 19 N° 1, que prohíbe la aplicación de apremios ilegítimos, del artículo 19 N° 7, inciso segundo, letras g) y h), que impiden establecer la pena de confiscación de bienes o la de pérdida de los derechos previsionales, todo lo cual tiende, finalmente, a dar cumplimiento al deber que el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución impone a los órganos del Estado en orden a respetar y promover los derechos esenciales del ser humano”.¹⁰⁷ El TC, así, contradice su propio estándar de evaluación: había señalado que la especialidad de la jurisdicción penal adolescente se encontraba garantizada en los términos de la CDN (c. 28), pero ahora afirma que el respeto al artículo 5° de la Constitución se logra no cotejando las decisiones estatales con los instrumentos internacionales, sino que sólo

¹⁰³ En efecto, el TC afirmó “que todo el sistema de responsabilidad penal del adolescente, en nuestro país, está basado en la necesidad del respeto a sus derechos y, en particular, del ‘interés superior’ del mismo. Ello se comprueba al examinar en detalle la normativa contenida en la Ley N° 20.084 y, específicamente, su artículo 2°, que establece... [que] “[e]n la aplicación de la presente ley, las autoridades tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes.” Id., c. 27.

¹⁰⁴ Corte IDH, Caso “Instituto de Reeducación del Menor”, supra nota 28., paras. 222-6.

¹⁰⁵ Id., paras. 228-9.

¹⁰⁶ Id., para. 230 (esto es, medidas todas más costosas que el encierro).

¹⁰⁷ Tribunal Constitucional, Rol No 786, supra nota 95, c. 30.

vigilando que se respeten las disposiciones constitucionales.¹⁰⁸ No queremos —ni es tarea de este trabajo— sugerir si acaso los tratados internacionales deben ser parte de los estándares conforme a los cuales el TC evaluará la constitucionalidad de las decisiones legislativas.¹⁰⁹ Sólo queremos afirmar que el TC contradice su propia argumentación, primero, y que evidentemente la especialidad que el derecho internacional del niño y adolescente reclama para su sometimiento a sanciones criminales no puede satisfacerse si el TC mira solo a las reglas generales, segundo—al menos de la forma en que, hemos visto, acá lo hace.¹¹⁰

En el voto concurrente del Ministro Jorge Correa manifiesta su desacuerdo con parte del razonamiento del voto de mayoría del TC, intentando aclarar el significado de la especialidad de la justicia juvenil —abordando aquellas materias que el voto de mayoría no consideró. Correa comienza su aclaración señalando que el TC debe evaluar “si la norma impugnada y no todo el proyecto legal, como se hace en el considerando 27º, resulta compatible con el principio del interés superior del niño; si el precepto legal cuestionado pugna con la regla de que la pena debe ser siempre usada como último recurso, que los requirentes fundan en el artículo 37.b de la Convención sobre los Derechos del Niño y, por último, si el precepto legal pugna con la norma contenida en el artículo 40 de la referida Convención, en cuanto ésta obliga a contemplar penas alternativas”,¹¹¹ como pareciendo sugerir —en línea con lo que se ha comentado más arriba— que el examen debe centrarse en las consecuencias específicas y prácticas de la disposición impugnada antes que en el lenguaje utilizado.

¹⁰⁸ Se ha sugerido que la adecuada atención a la especialidad de la justicia procesal de adolescentes se satisface no sólo considerando normas de procedimiento, sino que, también, “a las normas sustantivas que establecen la responsabilidad de ellos y sus consecuencias”. Es decir, la decisión de privar de libertad a un adolescente como atribución de penas por la comisión de crímenes y/o delitos puede contrastarse con los estándares del derecho internacional de los derechos humanos, donde la situación especial del niño y el adolescente se ha avanzado más. Mauricio Duce, *El derecho a un juzgamiento especializado de los jóvenes en el derecho internacional de los derechos humanos y su impacto en el diseño del proceso penal juvenil 3* (14 de junio, 2009) (manuscrito no publicado, aceptado en la Revista *Ius et Praxis*). En sentido similar, Francisco Geisse y Germán Echeverría, *Bases y Límites para la Responsabilidad Penal de los Adolescentes*, en *REVISTA DE DERECHO*, v.14, Universidad Austral de Chile, Valdivia, pp. 99, 105-7 (2003). Esto no quiere decir, por supuesto, que el legislador no pueda realizar el cotejo, interpretación y aplicación de esos estándares, pero la argumentación del TC a este respecto es confusa y no permite apreciar cuál es, en concreto, la especialidad a que se refiere —y que admite reconocer. En similar sentido, Jaime Couso ha señalado que “el hecho que el legislador haya deducido de esos principios determinadas reglas [procesales o sustantivas] diferenciadas, no implica que la eficacia de esos principios (generales y especiales), se agote ... [pues] exige[n] también a los tribunales tenerlos en cuenta al resolver cuestiones más concretas que las que contempla el legislador, o incluso al interpretar el alcance y validez de las reglas legales”, cuestión que podría exigirse, también, al TC. Jaime Couso, *Notas para un estudio sobre la especialidad del derecho penal y procesal penal de adolescentes: el caso de la ley chilena*, en *JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO*, N°10, UNICEF, Santiago, pp. 97, 100-1 (2008).

¹⁰⁹ Esto es lo que en derecho comparado se ha denominado ‘bloque de constitucionalidad,’ que no solo comprende —según el caso— disposiciones del derecho internacional, sino que “normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizadas como parámetro de control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integradas a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la Constitución”. UNIVERSIDAD DEL ROSARIO, *LA CONSTITUCIÓN POR CONSTRUIR: BALANCE DE UNA DÉCADA DE CAMBIO CONSTITUCIONAL 70-1* (2001); Hernán Olano, *El Bloque de Constitucionalidad en Colombia*, en 1 *REVISTA DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES*, pp. 231, 232-3 (2005). En el caso chileno resulta institucionalmente complejo sugerir esta idea, si consideramos que el mismo TC revisa la constitucionalidad de los tratados internacionales (art. 93 Nos 1 y 3 C.). Si los tratados internacionales forman parte del estándar de evaluación constitucional (son parte, digamos, del ‘bloque’), entonces parece producirse una contradicción importante entre la propuesta (sumarlos al bloque) y el arreglo institucional (su sometimiento a control del TC).

¹¹⁰ Mauricio Duce ha avanzado los requerimientos específicos que la justicia juvenil debiera contemplar. Sugiere —en línea con lo que hemos venido sosteniendo acá— que el reconocimiento de los derechos del niño supone no solamente la ampliación (a su respecto) de las garantías básicas del debido proceso, sino que exige, además, el reforzamiento o ampliación de las garantías del debido proceso (fortalecimiento de la libertad y restricciones a la prisión preventiva; exigencias más estrictas respecto a la extensión temporal del proceso; mayores resguardos al derecho a la defensa; y exigencias más estrictas a la renuncia de trabajo), modificaciones en la estructura general del procedimiento y una política amplia de diversificación de respuestas y desestimación de casos. Mauricio Duce, *El derecho a un juzgamiento especializado*, *supra* nota 108.

¹¹¹ Tribunal Constitucional, Rol No 786, *supra* nota 95, c. 3 de la concurrencia.

Luego, sin embargo, insiste en el hecho de que, a pesar que los estándares del derecho internacional ordenan que la privación de libertad sea sólo una medida de último recurso, y por el menor plazo posible, “[l]os preceptos internacionales invocados no establecen, sin embargo, cuál sea ‘el período más breve que proceda’ ni precisan cuáles son las razones determinantes que justifican, de manera más estricta que para los adultos, el uso de la privación de libertad. Ambas cuestiones quedan entregadas a la discreción de cada Estado...”¹¹² En efecto —como ha señalado Duce, citando al Comité de Derechos del Niño— “corresponde a los Estados decidir la naturaleza y el contenido exacto de las medidas que deben adoptarse para evitar los procesos judiciales [mirando a las salidas alternativas], manifestando especial preocupación por fijar algunos principios que debieran orientar el caso de las remisiones...”¹¹³ ¿Dónde radica el error de la interpretación de Correa? Según el (entonces) Ministro del TC, las normas del derecho internacional ordenan que la privación de libertad sea aplicada como medida de último recurso y por el menor tiempo posible, justamente porque se trata de “restricciones al derecho del Estado a privar de libertad a un menor que ha delinquido [que] se fundan en el entendimiento de que la familia es el ámbito primordial para el desarrollo del niño, de modo tal que debe favorecerse su permanencia en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para privarlo de libertad, en función, precisamente, del interés superior del niño”.¹¹⁴

No vale la pena insistir sobre algo que ya se ha mencionado: el modelo tutelar de adolescentes, ese que los privaba de libertad sin garantías, es el que la CDN reclama derogar. El modelo tutelar es el mismo que justificaba las privaciones de libertad bajo el pretexto de satisfacer el interés de los mismos que resultaban encerrados, un modelo —como ha dicho Cortés— “de los ‘salvadores del niño,’ que comienza... bajo un discurso que daba primacía a las buenas intenciones humanitarias de protección de los ‘menores.’”¹¹⁵ En otras palabras, el problema del razonamiento de Correa es crear posible justificar la privación de libertad en aras del interés superior del niño, una interpretación (sin duda, pero) inadecuada de la CDN que debe entenderse estableciendo “especialmente en el ámbito de las garantías frente al sistema de persecución de infracciones a la ley penal, [que] se restrinja absolutamente la posibilidad de aplicar medidas en razón del interés superior del niño que puedan afectar su derecho a la libertad personal o su integridad”.¹¹⁶ Quizás el error no es del Ministro Correa, sino justamente del hecho de intentar avanzar la protección de derechos sobre la base de conceptos que luego demandan su concreción legislativa y judicial. Cuando el campo

¹¹² *Id.*, c. 4.

¹¹³ Mauricio Duce, *El derecho a un juzgamiento especializado*, *supra* nota 108, p. 38.

¹¹⁴ Tribunal Constitucional, Rol No 786, *supra* nota 95, c. 4 de la concurrencia.

¹¹⁵ Julio Cortés, *¿Cómo entender la ley de responsabilidad penal de adolescentes dentro de las transformaciones históricas globales del control social punitivo? Algunas reflexiones críticas y propuestas de acción*, en JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO, N°10, UNICEF, Santiago, pp. 147, 150-1 (2008).

¹¹⁶ En la misma idea confluyen los argumentos de (Cortés 2007). Cillero, *El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención*, *supra* nota 26, p. 138.

(dogmático y/o internacional) se encuentra poco desarrollado, entonces se dispone de terreno fértil para agregar —a la interpretación— las opiniones facciosas/propias,¹¹⁷ aunque despreocupadas de su (aún escaso) desarrollo internacional. Siguiendo a Beloff —en su crítica a la OC/17— “la larga discusión [en la Corte IDH] en torno de esta problemática categoría —históricamente utilizada como un cheque en blanco que permitía el ejercicio de las facultades discrecionales de los jueces y funcionarios tutelares— no la definió, no intentó interpretarla en el marco de las normas que estaba analizando, ni resolvió los problemas ya clásicos que existen en torno del ‘interés superior del niño’ ... siquiera [mencionó] tangencialmente este complejo concepto sin pronunciarse claramente sobre él, cuando tampoco había sido tema sometido a su consideración. En conclusión, en este punto fundamental la Corte ni fijó regla alguna”.¹¹⁸

Normas Nacionales sobre Fertilidad

El Ministerio de Salud, siguiendo una decisión previa del TC,¹¹⁹ dictó el Decreto Supremo No 48 estableciendo las “Normas Nacionales sobre Regulación de la Fertilidad” (las Normas).¹²⁰ Al regular la inequidad reproductiva producto de la condición de género y la mayor vulnerabilidad de ciertos grupos, y animadas por reducir el embarazo no deseado en adolescentes y adultos, las normas establecían —entre otras regulaciones— la entrega gratuita en consultorios públicos, previa consultorías médicas especializadas, de la denominada ‘píldora del día después’ (Píldora Anticonceptiva de Emergencia, o PAE).

Si bien esa regulación en concreto fue la que motivó el requerimiento, y la que mayor atención mediática alcanzó, las Normas contemplaban, además, la implementación de consejerías técnicas para adolescentes mayores de 14 años en materia de anticoncepción, las que serían confidenciales, esto es, sin conocimiento ni consentimiento de los padres.¹²¹

Apenas se dictaron las Normas, y como si el TC hubiese preparado a propósito el camino, un grupo de parlamentarios de la Alianza por Chile presentó un requerimiento de inconstitucionalidad en contra del Decreto. Junto con reclamar la eventual afectación del derecho a la vida del que está por nacer, reclamaron la inconstitucionalidad de las disposiciones que establecían las consejerías para adolescentes: en concepto de los recurrentes, que la consejería se efectuara bajo condiciones de confidencialidad, esto es, sin conocimiento ni consentimiento de los padres, afectaba el derecho preferente de educar a sus hijos —según se consagra en el artículo 19 No 10 inciso 3° de la Constitución. Lejos de permitir afectar ese derecho preferente, la Constitución ordena al Estado hacer justamente lo contrario

¹¹⁷ He tomado esta idea de FERNANDO ATRIA, *LA FORMA DEL DERECHO* (MS), pp. 290-300.

¹¹⁸ Mary Beloff, *Lucas y Sombras de la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: “Condición Jurídica y Derechos del Niño”*, en JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO, N°9, UNICEF, Santiago, pp. 49, 70 (2007).

¹¹⁹ Tribunal Constitucional, Rol No 591, 11 de enero, 2007 (calificando la resolución exenta No 548 del Ministerio de Salud como inconstitucional por vicio de forma, al reunir todos los elementos sustantivos de un Decreto Reglamentario, sin serlo).

¹²⁰ (D. Of. 3.02.2007).

¹²¹ Según se aprecia, los hechos son, en lo medular, bastante similares a los de los casos *Gillick* y *Carey*, mencionados más arriba.

a lo que proveen las Normas —según sostuvieron los parlamentarios *pro vida*: “otorgar especial protección al ejercicio de este derecho”. Además de lo anterior, finalmente, aseguraron que amparar la relación adolescente-médico bajo el secreto profesional de este último, supone “tergiversar... la confidencialidad de la relación profesional, ya que ésta supone la existencia de un enfermo y los menores adolescentes a quienes van dirigidas las actividades administrativas de que se trata, no padecen enfermedad alguna...”¹²²

En los considerandos decimotercero a decimosexto el TC resume la impugnación que contiene el requerimiento dirigida a la consejería que se da a los adolescentes en el marco de confidencialidad, sin consentimiento ni conocimiento de los padres, y expone los argumentos conforme a los cuales rechaza el requerimiento en este sentido. El TC, luego de efectuar una breve referencia a la norma constitucional infringida, señala que el Decreto no adolece del vicio de inconstitucionalidad respecto del derecho preferente de los padres a educar a sus hijos. Para ello, argumenta que el derecho de los padres a la educación preferente de sus hijos se compone de dos facultades: las formales y las informales. Respecto de las primeras (formales), el TC sostuvo que éstas se reducían a la facultad constitucional que asiste a los padres para poder escoger el establecimiento educacional en el cual sus hijos serán instruidos de acuerdo a su “ideario educativo”.¹²³ Sobre las segundas, y citando la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, sostuvo que la educación informal comprende “todo proceso vinculado con el desarrollo del hombre y la sociedad, facilitado por la interacción de unos con otros y sin la tuición del establecimiento educacional”, es decir, en aquellas formas de educación “no estructurada[s] y sistemática[s] del núcleo familiar”, en la que los padres intervienen como agentes principales.¹²⁴

Avanzando la idea de que la educación sexual es un aspecto de la educación que no puede escindirse de los valores que la justifican, y de la cual los padres no pueden ser excluidos, el TC afirma, sin embargo, “que las Normas no vulneran el derecho de los padres a educar a sus hijos ni les impiden el cumplimiento del deber que les incumbe...”¹²⁵ En efecto, agrega que “[l]as normas sobre consejería en condiciones de confidencialidad no impiden, en efecto, a los padres de las adolescentes escoger el establecimiento educativo de sus hijas ni transmitir a éstas conocimientos y valores sobre la vida sexual”,¹²⁶ lo que sugiere que el punto central del análisis del TC es el hecho de que las Normas permitan las consejerías pero que no las obliguen —lo que, por cierto, afectaría la autonomía de la voluntad tanto de adolescentes como de cualquier persona.¹²⁷ Pese a lo breve de las referencias, el TC realiza una mención final que merece —dentro de un fallo muy complejo— atención: el TC

¹²² Todas estas referencias, en la sentencia del Tribunal Constitucional, Rol No 740, 18 de abril, 2008.

¹²³ *Id.*, c. 15.

¹²⁴ *Id.*, cs. 14-5.

¹²⁵ *Id.*, c. 16.

¹²⁶ *Id.*

¹²⁷ Para una explicación de cómo tal interpretación afectaría la autonomía de los adolescentes ver *Informe en Derecho: Interés Superior del Niño, Autonomía y Confidencialidad*, Jaime Couso, Nicolás Espejo y Domingo Lovera, Centro de Derechos Humanos UDP, noviembre de 2007.

sostuvo que, mientras las Normas dejan incólume el derecho de los padres a participar preferentemente en el proceso educativo formal e informal de sus hijos, razón suficiente para rechazar el requerimiento a este respecto, las mismas tampoco “vulneren el ejercicio legítimo de los derechos de las adolescentes, que también debe ser respetado”.¹²⁸ Es decir, el TC reconoce, en un pasaje cuya importancia podría cobrar fuerza en futuros litigios, que los adolescentes, así como cualquier otra persona, son titulares de los derechos constitucionales y, además, cosa no menor, que a ellos y ellas corresponde proteger en su ejercicio (legítimo), esto es, ya no como apéndices de un ejercicio que se define desde fuera de ellos (i.e. por sus padres), sino que a partir de ellos mismos.

Si bien la declaración anteriormente mencionada es relevante, el TC pierde la oportunidad —o la deja pasar, según sea el punto de vista— de avanzar algunas otras consideraciones respecto de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Quizás una de las dimensiones que podría haberse desarrollado en materia de adolescentes es la de su derecho a la vida privada en materia de decisiones médicas y de salud. En el derecho comparado, en especial en los Estados Unidos, hemos visto que las cortes han resguardado la esfera de atribuciones para que los adolescentes puedan mantener sus decisiones en materia de salud al margen del conocimiento de terceras personas, incluidos sus padres. No en vano —aunque no mereció referencia del TC— la legislación nacional sobre protección a la vida privada define como datos sensibles aquellos “datos personales que se refieren a las características físicas o morales de las personas, tales como los hábitos personales, el origen racial, las ideologías y opiniones políticas, las creencias o convicciones religiosas, *los estados de salud físicos o psíquicos y la vida sexual*” (el destacado es nuestro).¹²⁹

Conclusiones

Como se aprecia, los tres grupos de decisiones analizadas, leídas de buena fe, evidencian tres momentos distintos y, si el TC se toma en serio su jurisprudencia, no distantes. Primero, en JEC, el TC avanza importantes conclusiones relativas al derecho a la educación en relación a la libertad de enseñanza consagrada en la Constitución. Sin embargo, según vimos, prescinde de referencias al derecho internacional del niño, ni lo menciona a éste como titular de derechos constitucionales. Casi en todo momento el punto de atención del TC lo constituye el Estado —a quien limita su discrecionalidad en la financiación de la educación pública (y privada)—, los particulares que quieran lucrar con la educación y los padres, en tanto titulares del derecho a escoger el establecimiento educacional para sus hijos. Salvo algunas referencias vagas a la importancia de la participación escolar —en la cual, dicho sea de paso, también intervienen los padres— JEC pasa por alto el desarrollo del derecho internacional en materia de titularidad del niño y adolescente sobre

¹²⁸ Tribunal Constitucional, Rol No 786, *supra* nota 95, c. 16.

¹²⁹ Ley 19.628, Sobre Protección de la Vida Privada y Protección de Datos Personales (D. Of. 28.08.1999), art. 2, letra g).

el derecho a la educación. En LRPA las circunstancias cambian, y marcan un segundo momento en la, digamos, pequeña evolución de la jurisprudencia del niño en el TC. Acá el TC incorpora dentro de sus estándares de revisión —en parte llevado a hacerlo por los propios requirentes— a la CDN. Es un primer paso, sin embargo, insuficiente. Insuficiente porque el voto de mayoría del TC incorpora la CDN sólo formalmente, toda vez que su evaluación se aleja del desarrollo que la misma ha tenido en el derecho internacional, construyéndola a su antojo —y verificando únicamente las referencias a la CDN durante el proceso legislativo, que es con lo que el TC parece contentarse. El voto concurrente identificado, que construye de alguna forma más acertada los estándares del derecho del niño, vuelve, sin embargo, a los mismos errores en que incurrió el modelo tutelar sobre el cual —y en contra del que— se estructuró la CDN. Finalmente, en PAE, el TC tuvo entre manos un caso de características similares a los que en el derecho comparado han servido para avanzar la titularidad de los niños y adolescentes sobre derechos constitucionales, su ejercicio autónomo, y su derecho a la vida privada. ¿Qué razones explican la cautela del TC? Quizás el hecho de que la píldora terminó siendo declarada, finalmente, inconstitucional, algo que en el derecho comparado no había ocurrido,¹³⁰ o el ejercicio de sus “virtudes pasivas”,¹³¹ de las que no siempre hacen gala.

3.2. Recursos de Protección

El recurso o acción de protección fue pensada como una acción informal que permitiera la defensa rápida de las personas que reclamaban la amenaza, perturbación o privación del ejercicio legítimo de sus derechos constitucionales.¹³² En efecto, el artículo 20 de la Constitución, que la consagra, no se refiere a formalidades. La situación cambió a comienzo de los 90 cuando la Corte Suprema regula la forma de presentación y tramitación del recurso por medio de un auto acordado, en 1992, cuando dispuso que el recurso se podrá interponer “por el afectado o por cualquiera otra persona en su nombre, capaz de parecer en juicio, aunque no tenga para ello mandato especial, por escrito en papel simple y aún por telégrafo o télex” (el destacado es nuestro).¹³³

Esto podría querer decir, primero, que nuestra Constitución reconoce titularidad y autonomía a nuestros niños y adolescentes para ejercer acciones de tutela de sus derechos constitucionales y, segundo, que es posible encontrar una amplia variedad de acciones de protección presentadas por adolescentes en ejercicio de su capacidad procesal cons-

¹³⁰ Curiosamente porque a los adultos, y a los adolescentes, también se les reconoce el derecho a la vida privada, el que abarca la posibilidad de tomar decisiones relativas a la procreación.

¹³¹ Alexander M. Bickel, *The Supreme Court, 1960 Term*, 75 HARVARD LAW REVIEW 40 (1961).

¹³² Antecedentes en JOSÉ CEA, 2 DERECHO CONSTITUCIONAL CHILENO: DERECHOS, DEBERES Y GARANTÍAS 628-30 (2004); JUAN EBRÁZURIZ Y JORGE OTERO, ASPECTOS PROCESALES DEL RECURSO DE PROTECCIÓN 15-9 (1989); Humberto Nogueira, *El Recurso de Protección en Chile*, 3 ANUARIO IBEROAMERICANO DE JUSTICIA CONSTITUCIONAL 157, 161 (1999); Lautaro Ríos, *El Recurso de Protección y sus Inovaciones Procesales*, 20 REVISTA CHILENA DE DERECHO 453, 453 (1993).

¹³³ Corte Suprema, *Sobre Tramitación del Recurso de Protección de Garantías Constitucionales* (D. Of. 27.06.1992).

titucional. Sí a la primera pregunta, no a la segunda. La razón puede deberse a que las relaciones sociales sobre las cuales se estructuran las relaciones entre padres e hijos en Chile son de aquellas en que los padres, generalmente, aparecen hablando por sus hijos. Así, en casi todos los recursos que se revisarán a continuación (i) los recurrentes son los padres actuando en nombre de sus hijos, (ii) reclamando, además, la violación de *sus* (propios) derechos constitucionales.¹³⁴

Libertad de expresión.

En materia de libertad de expresión nos encontramos con una serie de casos en que se reclama violación, perturbación o amenaza de dicha libertad al interior de establecimientos educacionales (o con motivos de la relación educacional), cuando éstos sancionan formas de expresión (que van desde el uso del pelo largo a la participación en movilizaciones) contrarias a los reglamentos escolares. Ello obliga a que las decisiones judiciales que se comentan ahora, contengan referencias (casi ineludibles) a la libertad de enseñanza y el derecho a la educación —muy en línea con la decisión del TC en JEC.

En 1999, el Liceo San Francisco de Asís de Arauco canceló la matrícula de tres de sus estudiantes, según sostuvo la recurrente, pues “son médicos que tienen recursos suficientes para trasladar a sus hijos a otro colegio”.¹³⁵ Aquí la madre recurre demandando la vulneración de sus derechos, y los de sus hijos. El Liceo recurrido sostuvo que, tratándose de un colegio particular subvencionado, podía escoger a sus estudiantes libremente. La Corte de Apelaciones de Concepción argumentó que el Liceo “no ha dado ninguna razón de fondo para excluirlos del Colegio como podrían ser, por ejemplo, no acatar las reglas del Establecimiento, vulnerar la disciplina, no cumplir los apoderados con puntualidad sus obligaciones económicas para con el colegio ...”¹³⁶ La ausencia de razones, junto al excelente rendimiento académico de los estudiantes, llevó a la Corte a sostener que los recurridos basaban su decisión de no renovar las matrículas únicamente en la autonomía de la voluntad contractual que —aseguraron— prohíbe que las personas sean obligadas a contratar cuando no lo quieren. La Corte se pregunta si la renovación de los contratos de prestación de servicios educacionales es una decisión que pueda depender de la sola voluntad de una de las partes. Descansando en la teoría del abuso del derecho (c. 4), concluye que resulta “incuestionable que quien matricula a un hijo en un colegio, lo hace considerando un grupo de factores que estima fundamentales para la formación integral de ese hijo, de tal suerte que entiende que si el Colegio lo acepta contrae, a lo menos tácitamente, el compromiso de mantener la matrícula hasta el término normal de sus estudios...”¹³⁷ Sin embargo, el colegio puede esgrimir

¹³⁴ En el período 1990-1998, los padres recurren a favor de sus hijos en 89 oportunidades —solo superados por personas que recurren a favor de terceros (302) y quienes lo hacen a título individual (2.733). GASTÓN GÓMEZ, DERECHOS FUNDAMENTALES Y RECURSO DE PROTECCIÓN 597 (2005).

¹³⁵ Corte de Apelaciones de Concepción, Rol No 199, 24 de febrero, 1999.

¹³⁶ *Id.*, c. 1.

¹³⁷ *Id.*, c. 5.

“razones justificadas para modificar esa realidad, razones que en el caso *sub lite* no se han invocado por el establecimiento recurrido”.¹³⁸ La decisión carece de referencias a los derechos del niño, y prácticamente todo el razonamiento se desarrolla en torno a los derechos patrimoniales de los padres.

Los conflictos que se analizan a continuación, en los que hay establecimientos educacionales involucrados, plantean la necesidad de evaluar si acaso los estudiantes pueden invocar en su favor el ejercicio legítimo de derechos constitucionales para transformar las decisiones de cancelación de matrículas o sanciones en acciones arbitrarias o ilegales. Dicho de otra forma, si el colegio esgrime su reglamento y los hechos que configuran una hipótesis de infracción al mismo, lo que queremos evaluar es qué ocurre cuando esas infracciones coinciden con el ejercicio legítimo de libertades y derechos constitucionales.

Luego de las movilizaciones estudiantiles de 2006 varios colegios tomaron medidas disciplinarias en contra de los estudiantes que participaron en ellas. La razón, en general, es que los estudiantes que participaron en las movilizaciones se habían involucrado en actividades ajenas al quehacer estudiantil, infringiendo los reglamentos escolares. Los recursos fueron presentados, nuevamente, por los padres de los estudiantes involucrados y en escasas ocasiones se hizo referencia a los derechos y a las libertades involucradas.¹³⁹

En el caso del recurso de protección interpuesto en contra del Colegio Carolina Llona de Cuevas,¹⁴⁰ la Corte descansó en el carácter pacífico de las movilizaciones, asignando a los estudiantes un rol fundamental en el contexto social de las mismas. Argumentó que los estudiantes se encontraban participando en marchas relevantes que no sólo redundarían en consecuencias para quienes participaban en ellas, sino que, en especial, para las generaciones futuras.¹⁴¹ Así hizo referencias a movilizaciones pasadas: “[es] pertinente recordar que históricamente numerosos movimientos estudiantiles han sido el motor de cambios y evoluciones sociales, siendo las tomas una de las formas que tradicionalmente se han utilizado por los alumnos, lo cual puede parangonarse con los movimientos huelguísticos en materia de derecho laboral y particularmente, del área sindical, que están legalmente reconocidos”.¹⁴²

Sostuvo que las sanciones eran arbitrarias pues se imponían sobre estudiantes a modo de reproche por haber participado “en un legítimo acto de protesta, no violento y que, por lo tanto, no ameritaban dicha reacción o al menos, no en la intensidad en que ésta se produjo”.¹⁴³ En el derecho comparado las cortes han estado mucho más dispuestas

138 *Id.*

139 En general, los recursos se justificaban en la violación de los derechos que surgen del contrato de prestaciones de servicios educacionales sobre los cuales se reclamaba propiedad. Una parte importante de estos recursos los comentó uno de nosotros en UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, INFORME ANUAL SOBRE DERECHOS HUMANOS 2008 64-8 (2008).

140 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol No 5.717-2006, 12 de diciembre, 2006.

141 *Id.* c. 5.

142 *Id.*, c. 8.

143 *Id.*, c. 5.

a proteger la libertad de expresión de los estudiantes cuando están involucrados en actividades políticas que cuando pretenden la protección de un discurso sin mensajes —digamos— relevantes.¹⁴⁴ La Corte Suprema revocó la decisión argumentando que de los antecedentes recopilados aparece claro que fue “necesario que personal de la Vigésimo Quinta Comisaría de Carabineros de la Comuna de Maipú detuviera a los alumnos en cuyo favor se recurre por esta vía, dentro del establecimiento educacional recurrido, el cual tenían ocupado ilegalmente”, (c. 3) considerando la sola actuación de Carabineros como suficiente para calificar la conducta de los estudiantes como disruptiva.¹⁴⁵ Afirmó que “no puede sino concluirse que los hechos antes descritos constituyen actividades reñidas con la conducta que debe observar un alumno dentro de un establecimiento educacional y que son contrarias al Reglamento de Convivencia Escolar que los rige”,¹⁴⁶ no sin antes representarles a los recurrentes el hecho de constituir un sector minoritario dentro del establecimiento y sin preguntarse sobre la afectación de derechos constitucionales a partir de reglamentos establecidos con conductas genéricas, vagas e imprecisas.¹⁴⁷

Un tercer grupo de casos se decidió en contra del Liceo José Victorino Lastarria. La Corte de Apelaciones de Santiago acogió las acciones en primera instancia en que los padres —otra vez— recurrían a favor de un número de sus hijos —46 estudiantes.¹⁴⁸ Citando la CDN la Corte sostuvo que el Liceo recurrido había afectado los derechos de los estudiantes a la propiedad, a la igualdad y a un debido proceso, señalando que, de acuerdo a aquélla, “los Estados Partes de la Convención [deben] adoptar todas las medidas que sean adecuadas ‘para velar porque la disciplina escolar se administre de modo compatible con la dignidad humana del niño y de conformidad con la presente Convención,’”¹⁴⁹ limitando, claramente, las facultades sancionatorias de los establecimientos. Junto con criticar la indeterminación de las faltas contenidas en el reglamento escolar (vaguedad de las imputaciones), calificó de ilegal y arbitrario el acto que ordenaba la cancelación de las matrículas.¹⁵⁰ Establecidas la ilegalidad y la arbitrariedad del acto, la Corte afirmó que los estudiantes se han visto privados de su derecho a la igualdad, al ser perseguidos selectivamente y sin criterios razonables que permitan comprender su “imputación” (c. 13); de propiedad sobre diversas facultades (c. 14); y del derecho a un debido proceso,

¹⁴⁴ ERIC BARENDT, FREEDOM OF SPEECH 496-8 (2005).

¹⁴⁵ El hecho no carece de importancia. Durante 2008 se conoció de una peculiar práctica de intervención de funcionarios de Carabineros en las movilizaciones estudiantiles. En vez de detener legalmente a los estudiantes, tomaban a los líderes (ilegalmente) detenidos, y los “esparcían” por Santiago para descabezar los movimientos. UNIVERSIDAD DIEGO PORTALES, INFORME, *supra* nota 139, pp. 70-2.

¹⁴⁶ Corte Suprema, Rol No 37-2007, 30 de enero, 2007.

¹⁴⁷ En efecto, de acuerdo al artículo 6° de la Constitución, las disposiciones de la Constitución obligan a toda persona, institución y grupo, mientras que —como vimos antes— la libertad de enseñanza, sobre la cual se erigen los reglamentos de convivencia interna, también posee límites que observar y, en todo caso, debe ser siempre ponderada con los demás derechos constitucionales con los que puede entrar en conflicto. Sobre los reglamentos internos, en particular, y sobre la falta de adecuación de los mismos a los estándares constitucionales véase Lidia Casas y Jorge Correa, *Conductas discriminatorias, abusivas e infundadas en contra de los estudiantes en la selección y marginación en los establecimientos de Educación Básica y Media: diagnóstico y caracterización del problema*, 1 REVISTA DERECHOS DEL NIÑO 173 (2002), en especial pp. 218-22 (sobre ausencia de participación en la elaboración de los reglamentos; la irrelevancia de los fines de los proyectos educativos en su diseño; la ausencia de reconocimiento de derechos; desproporcionalidad de las sanciones; y la ausencia clara de las conductas sancionables, entre otros puntos).

¹⁴⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol No 5.589-2006, 19 de enero, 2007.

¹⁴⁹ *Id.*, c. 6 A.

¹⁵⁰ *Id.*, c. 9 A, B y C.

extensivo para todas aquellas hipótesis en que se vaya a aplicar una sanción (c. 15). En su voto concurrente el ministro Carlos Cerda incorporó referencias a la libertad de expresión y al contexto social en que se desarrollaron las movilizaciones, señalando que los estudiantes, por el solo hecho de serlo, no se despojan de sus derechos constitucionales en la puerta de entrada del colegio.

Junto con reconocer la titularidad de derechos constitucionales a los estudiantes, en específico de la libertad de expresión,¹⁵¹ sitúa sus reclamos en el contexto de demandas sociales y políticas. La Corte Suprema confirmó la decisión, pero sólo sobre la base de la violación del derecho a la igualdad ante la ley —que se habría visto afectado al aplicarse sanciones sólo a quienes aparecían sindicados como dirigentes del movimiento.¹⁵²

En Valparaíso los estudiantes también recibieron el respaldo de la Corte de Apelaciones, al acoger el recurso que un grupo de estudiantes había interpuesto contra el director del Liceo “Santiago Escuti Orrego”.¹⁵³ Los estudiantes no reclamaron la violación de la libertad de expresión, sino de la igualdad, del debido proceso, del derecho de los padres a escoger el establecimiento de educación de sus hijos, del derecho a la educación y del derecho de propiedad. Acá los alumnos fueron representados por un estudiante de Derecho que actuó a nombre de aquéllos. La razón por la cual se acoge el recurso fue la violación de los principios del debido proceso, principalmente por no haber sido escuchados en el proceso de imposición de las sanciones.¹⁵⁴ En otro caso, varios estudiantes que habían participado en movilizaciones y que fueron expulsados interpusieron un recurso de protección en contra del Colegio “Miguel Luis Amunátegui”.¹⁵⁵ Esta vez los estudiantes recurrieron personalmente junto a sus padres y reclamaron directamente la violación de su derecho a emitir opinión y de informar. Junto a ello, argumentaron la violación del debido proceso (en especial por la falta de proporcionalidad de las sanciones), de su derecho a la educación y del derecho de los padres a escoger el establecimiento educacional para sus hijos. El recurso fue rechazado pues, en concepto de la Corte, la medida disciplinaria se habría adoptado en razón de los antecedentes académicos de los estudiantes y no por el hecho de que éstos hayan tomado parte en movilizaciones estudiantiles —tal como había argumentado la dirección del establecimiento, por lo demás, al momento de expulsar a los estudiantes.¹⁵⁶

Finalmente, un recurso de protección es rechazado por la Corte de Apelaciones de Santiago, a favor del Colegio (recurrido) “Benjamín Vicuña Mackenna”. De acuerdo a los

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

El ejercicio de ese derecho no queda reservado a los adultos. A los niños se lo consagra el artículo 12 de la Convención pertinente”.

Corte Suprema, Rol No 852, 28 de mayo, 2007. “[H]abiendo participado un número indeterminado de alumnos en los actos de ocupación de que se trata, se decidió sancionar sólo a una minoría, sin que se hubiese determinado en forma previa, ni conste de los antecedentes, el grado de participación que en los mismos a cada uno le cupo que ameritara tal sanción. Siendo así, el acto resulta a todas luces arbitrario” (c. 5).

Corte de Apelaciones de Valparaíso, Rol No 377, 20 de septiembre, 2007.

154 Id., c. 3.

155 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol No 3.321-2007, 25 de septiembre, 2007.

156 Id., c. 2.

recurrentes (los padres de los estudiantes, en esta ocasión), sus hijos habrían sido vulnerados en su derecho a la igualdad, su derecho de propiedad y su libertad de expresión —de nuevo.¹⁵⁷ Según la Corte —y al menos en esta descripción lleva razón— para que un recurso de protección sea acogido, los recurrentes, quienes reclaman la vulneración de sus derechos (o, como en este caso, de otras personas a cuyo nombre se recurre), deben encontrarse ejerciendo legítimamente un derecho.¹⁵⁸ La Corte concluyó que acá no lo hacían, señalando que se trataba sólo de un grupo minoritario de estudiantes,¹⁵⁹ que voluntariamente se había puesto al margen de la ley puesto que “no existe texto legal ni doctrina alguna que legitime una ‘toma.’” La acción de los recurrentes no sólo fue calificada de ilegal (“no hay texto legal”), sino que, además, de arbitraria. En efecto, la Corte sostuvo que los estudiantes no tenían ningún motivo para reclamar en contra de su establecimiento.

El último caso que repasamos sobre libertad de expresión no se refiere a las movilizaciones estudiantiles, aunque se encuentra de alguna forma relacionado. Se trata de un estudiante de 15 años deseoso de “prestar un servicio a la comunidad escolar y de aportar al mejoramiento de su colegio” —según asevera su madre recurriendo a su nombre.¹⁶⁰ El adolescente, señala la recurrente, lleva adelante su obra por medio de la citación a reuniones y la difusión de material relativo a las reformas propuestas a la educación pública chilena. Al momento de ir a pagar la renovación de la matrícula, el director del Liceo “Experimental Artístico y de Aplicación de Antofagasta” les informó que ésta no se renovaría pues su hijo estaba más interesado en desarrollar actividades políticas en el establecimiento que en sus estudios. La recurrente reclamó la violación de los derechos a la igualdad y a la propiedad, de su hijo, y el derecho a elegir el establecimiento de su hijo —en su caso particular.

El colegio confirmó la versión de la recurrente al señalar que la no preocupación del estudiante por su educación “se puede observar con un conjunto de propaganda utilizada durante todo el año, y que demuestran desarrollar inquietudes políticas partidarias más que intereses estudiantiles del nivel que cursan los alumnos de la enseñanza media”¹⁶¹ (mensajes como “Contra la educación de mercado, contra la Loce de Pinochet y su hermana, la L.G.E. del negocio transparente de la Concertación y la Derecha. Ni Loce ni L.G.E. Luchemos contra la precarización de la educación, el trabajo y el arte”).¹⁶² La Corte citó el inciso 2° del artículo 6° de la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, el cual dispone que “[l]os establecimientos o instituciones educacionales, cuya enseñanza sea reconocida oficialmente, no podrán

¹⁵⁷ Los recurrentes señalaron que en este caso la libertad de expresión se había exteriorizado en la forma de las manifestaciones relatadas.

¹⁵⁸ Esto es lo que dispone el artículo 20 de la Constitución.

¹⁵⁹ *Id.*, c. 2 (De los hechos del recurso “aparece que un grupo de alumnos, evidentemente minoritarios dentro del colegio y liderados por los recurrentes, a raíz de una supuesta ‘votación democrática,’ decidieron y materializaron una ‘toma’ del establecimiento educacional al que pertenecían, poniéndose así voluntariamente al margen de la Ley y de los Reglamentos por los que se rige el colegio”).

¹⁶⁰ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol No 36, 6 de marzo, 2009.

¹⁶¹ *Id.*

¹⁶² *Id.*

orientarse a propagar tendencia político partidista alguna”.¹⁶³ La Corte no entiende que se trata de una disposición destinada a la configuración de los proyectos educativos de los establecimientos educacionales, pero que no puede imponerse a los estudiantes, por lo que esa disposición no resuelve el caso presentado. Y como no lo hace, la Corte fija su atención en el reglamento interno del colegio, sin analizar la amplitud de las causales ni los procedimientos contenidos en él, para terminar concluyendo que “no se advierte que hubiera existido de parte del Director del Liceo Experimental Artístico, algún acto u omisión arbitrario o ilegal”.¹⁶⁴ La Corte Suprema va a revocar la decisión,¹⁶⁵ señalando que no hay elementos que permitan probar la existencia de actos de indisciplina de parte del estudiante. Además, “la [sola] circunstancia de que el ‘Manual de Convivencia Escolar’ del colegio recurrido autorice la caducidad de la matrícula en casos de suma gravedad luego de oír al consejo de profesores de curso o al consejo general de profesores y que el contrato de prestación de servicios educacionales fue suscrito sólo por el año lectivo 2008, no son razones jurídicas que puedan justificar el cese de la relación educativa”.¹⁶⁶

La Corte califica las acciones del estudiante como manifestaciones de la libertad de expresión que la Constitución asegura a todas las personas, señalando que la única motivación del colegio —analizadas las excelentes calificaciones y asistencia del estudiante— fue contravenir dicha libertad.¹⁶⁷ Esa limitación es arbitraria, pues “no es razonable expulsar de alguna comunidad a una persona a causa de que ésta sustente ideas que se califican de contrarias a los valores que reconoce la entidad, entre otras razones, porque se la excluye no obstante el derecho de expresión que le asiste”.¹⁶⁸

Como se aprecia, la Corte Suprema avanza un argumento que no se había atrevido a sostener en los casos sobre movilizaciones estudiantiles. En los recursos que rechazó sobre las movilizaciones, la Corte —salvo en los casos detallados— no estuvo dispuesta a aceptar el carácter expresivo de esos actos ni a escrutar la constitucionalidad de las cancelaciones de matrícula, bastándole sólo verificar (i) la existencia de un reglamento escolar, (ii) sin importar la amplitud de sus causales ni (iii) la discrecionalidad de procedimientos (cuando los hay) y decisiones. Acá, en cambio —y en línea con el argumento sostenido en derecho comparado¹⁶⁹— argumenta sobre la base de la especial protección que el discurso de crítica política (y el discurso político, en su más amplia acepción¹⁷⁰) posee. Esto no quiere decir que los demás discursos carezcan de protección en el especial contexto educacional pues, como se ha señalado, niños y adolescentes no dejan sus derechos constitucionales en la puerta de entrada de los establecimientos.

¹⁶³ Ley 18.962 (D. Of. 10.03.1990).

¹⁶⁴ Corte de Apelaciones de Antofagasta, Rol No 36, *supra* nota 160, cs. 3, 4 y 5.

¹⁶⁵ Corte Suprema, Rol No 1.740, 23 de abril, 2009.

¹⁶⁶ *Id.*, c. 2.

¹⁶⁷ *Id.*, c. 3.

¹⁶⁸ *Id.*

¹⁶⁹ BARENDT, FREEDOM OF SPEECH, *supra* nota 144.

¹⁷⁰ Bobbio, por caso, señalaba que la política se refiere “a todo lo relativo a la ciudad, es decir, ciudadano, civil, público y, por lo tanto, sociable y social ...”, lo que abre considerablemente el ámbito de discursos protegidos bajo la fórmula discurso político. Norberto Bobbio, *Teoría General de la Política* 175 (Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello trads., Editorial Trotta 2003).

Derecho a la educación, autonomía, libertad de enseñanza y sanciones disciplinarias

En un segundo grupo de casos, la doctrina de nuestras cortes ha sido igual de variante, aunque algo más consistente a favor de los colegios. Este tipo de casos ya no involucran la libertad de expresión —o no lo hacen directamente— y se refiere a las situaciones más comunes que suelen presentarse en los establecimientos educacionales: facultades disciplinarias de los colegios versus comportamiento de los estudiantes.

Un caso paradigmático en este sentido lo representan aquellas situaciones que Gómez denomina como relativas a “exigencias de presentación personal —vestimenta, corte de pelo, muestra de afecto”,¹⁷¹ entre otras. En 1998 un padre presentó una acción de protección en contra de un establecimiento educacional. Reclamó que las exigencias del colegio relativas a la presentación personal (prohibiendo, entre otros, el uso del pelo largo y aros, en hombres, y el uso de tinturas para el pelo, en mujeres) implicaban una invasión en la vida privada de sus hijos, así como una afectación de su derecho preferente a educar a sus hijos.¹⁷² La Corte de Apelaciones de Valdivia acogió el recurso en primera instancia, señalando que las exigencias en cuestión no aparecían detalladas en el reglamento.¹⁷³ Pese a que la libertad de enseñanza implica que el Estado reconoce a los educadores plena libertad para ejercer su cometido garantizando la calidad de la enseñanza, ello en caso alguno significa que sólo los particulares que deciden ejercer la mencionada libertad posean derechos. Con referencia expresa a la CDN, la Corte argumentó que “el niño tiene derecho a recibir educación... y agrega que el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación y que dicha responsabilidad incumbe primero a sus padres”.¹⁷⁴ Esta referencia nos permite reconocer el principio que guía la decisión de la Corte: el del derecho preferente de los padres a educar a sus hijos, antes que la titularidad de derechos constitucionales de los mismos estudiantes, como si el principio del interés superior del niño se configurara desde fuera de éstos —y con exclusiva referencia a los deseos de los padres.¹⁷⁵ Así, concluye afirmando que las exigencias en cuestión son “intrascendente y del todo ajeno al fin perseguido por la educación, porque tales convenciones sociales o modas corresponden evidentemente a la vida privada de los individuos y en el caso de autos y atendida la edad y condición de educandos, son de responsabilidad de sus padres...”¹⁷⁶

La Corte Suprema va a revocar la decisión reconociendo una amplísima libertad para la configuración de los proyectos educativos particulares, “que no se refiere sólo a determinar

¹⁷¹ GASTÓN GÓMEZ, *DERECHOS FUNDAMENTALES Y RECURSO DE PROTECCIÓN* 189 (2005).

¹⁷² Lo que explica, en parte y además de lo dicho anteriormente, que acá el padre recurra *por* sus hijos.

¹⁷³ Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol No 8.589, 28 de julio, 1998, c. 2.

¹⁷⁴ *Id.*, c. 7.

¹⁷⁵ En este sentido, Jaime Couso, *Moda, Libertad de Expresión y Derechos del Niño en la Educación en Chile*, en *REVISTA DERECHOS DEL NIÑO*, N°1, UNICEF-Universidad Diego Portales, pp. 309, 312-5 (2002).

¹⁷⁶ Corte de Apelaciones de Valdivia, Rol No 8.589, *supra* nota 173, c. 8.

los contenidos programáticos de las asignaturas o a los métodos docentes que utiliza, sino también a definir la filosofía educacional, expresada en los principios y valores que la inspiran y en los objetivos que pretende”.¹⁷⁷ Agrega que esa libertad les permite “imponer normas de presentación personal y de conducta para sus alumnos”, lo que va configurando la deseable pluralidad que garantiza —*de verdad*— el derecho de los padres a escoger el establecimiento educacional para sus hijos.¹⁷⁸ No está en lo cierto la Corte. La pluralidad educacional se promueve desde el Estado al no existir modelos educativos únicos, pero el pluralismo no es la garantía que concretiza la libertad de los padres para escoger el establecimiento educacional para sus hijos.¹⁷⁹ Como ha señalado Fernando Atria, la libertad de los padres para escoger el establecimiento educacional de sus hijos se protege justamente en el caso inverso: cuando se disminuye o se escruta estrictamente la discrecionalidad del establecimiento para expulsar a sus estudiantes.¹⁸⁰

Lo que este tipo de casos sugiere es un tipo de debate mucho más transversal a la moda y a las exigencias de presentación personal: ¿qué tan intensas pueden ser las regulaciones disciplinarias de los establecimientos educacionales? Nuestras cortes se han puesto, claramente, del lado de la libertad de enseñanza, la que ha servido para que los colegios puedan reclamar su derecho a escoger los estudiantes con los cuales quieren desarrollar su “proyecto educacional” y, también, para poder deshacerse de los estudiantes indeseables, sea por sus propias características, sea por las de sus familias.¹⁸¹

En 2003 el Colegio Franciscano María Reina canceló la matrícula de una niña de 6 años. Habiendo sido sorprendida comiendo goma de mascar en clases, la profesora comunicó esto a su madre en la libreta de comunicaciones. La alumna, ante el temor de ser regañada por su madre, arrancó las hojas. El establecimiento argumentó que, de acuerdo al contrato de prestación de servicios educacionales, es facultativo para éste el decidir perseverar, habiendo decidido, en este caso, no hacerlo (i) en virtud de las faltas graves y reiteradas de la estudiante (de 6 años) y (ii) de la nula contribución de los padres al proyecto educativo del colegio.¹⁸² La Corte de Apelaciones va a acoger el recurso, señalando que “no existe antecedente en autos que acrediten que la apoderada de Natalia ... haya incurrido en las conductas que ameritan imponer la máxima sanción que en definitiva se impuso, esto es, que haya ocasionado conflictos o problemas por tener actitudes como las que se describen en la norma a que se hace alusión [El apoderado que ocasione conflictos o

177 Corte Suprema, Rol No 2.670, 30 de septiembre, 1998, c. 9.

178 *Id.*, cs. 12 y 13.

179 GÓMEZ, DERECHOS FUNDAMENTALES, *supra* nota 171, p. 344 (reclamando, acertadamente, que la Corte confunde pluralidad educacional con la libertad).

180 FERNANDO ATRIA, MERCADO Y CIUDADANÍA EN LA EDUCACIÓN 14-9 (2007).

181 *Id.*, p. 235. En contra de la facultad de las cortes revisando límites constitucionales a los controles disciplinarios, Rodrigo Correa, *Derechos Constitucionales*, 1 REVISTA DE DERECHO UNIVERSIDAD ADOLFO IBÁÑEZ, pp. 585-6 (2004). Correa afirma que las cortes tienen la facultad de revisar solo la legalidad, en el caso de los establecimientos educacionales privados, no pudiendo esperar que “se conviertan en paneles de revisión de medidas disciplinarias conforme a los estándares disciplinarios establecidos por todo tipo de asociaciones”.

182 Corte de Apelaciones de Santiago, Rol No 5.854, 17 de febrero de 2003. “Los padres de Natalia no se interesaron en la educación de su hija sino hasta el momento en que se les notificó la no renovación de la matrícula, lo que implica que no cumplieron con el compromiso que asumieron”, reclamaron los recurridos.

problemas como: actitudes despectivas, irónicas o prepotentes con cualquier miembro de la comunidad escolar, deberá dejar su cargo de apoderado, nombrando a otra persona en su reemplazo. En caso de persistir estos conflictos, no le será renovado el convenio de matrícula”.¹⁸³ Además, sostuvo que el mismo reglamento limita la aplicación de las sanciones al seguimiento de un procedimiento que en este caso no se ha implementado (c. 8), por lo cual la imposición de la sanción de cancelación de matrícula es arbitraria. Va a agregar, finalmente, que considerando que la educación está destinada a “que el niño pueda desarrollarse en forma integral mediante la transmisión y el cultivo de valores, conocimientos y destrezas, capacitándosele para convivir y participar en la comunidad en forma responsable y activa... en forma continua y durante el transcurso de todas las primeras etapas de su vida”, los establecimientos no pueden invocar la autonomía de la voluntad contractual a su antojo para limitar dicho proceso.¹⁸⁴ En cambio —advierte la Corte—, pueden invocar dicha autonomía de no perseverar si es que “se configur[a]n las causales que se establezcan expresamente en el reglamento respectivo”.¹⁸⁵ Por lo tanto, concluye la Corte, el colegio ha violado el derecho de los padres a escoger el establecimiento educacional que estimen conveniente para la educación de sus hijos.¹⁸⁶

La Corte Suprema va a revocar la decisión argumentando que el colegio ha actuado legal (citando las normas sobre educación vagamente) y razonablemente (sin indagar sobre si los hechos justifican la medida). Si bien —agrega la Corte— no es necesario indagar sobre la supuesta infracción a garantías constitucionales, decide darse el lujo de agregar que “la libertad de un ciudadano de escoger determinado establecimiento de enseñanza para sus hijos, no significa que dicho establecimiento está en la obligación de recibirlo ni tampoco mantenerlo en él, a menos que se pacte lo contrario. En este caso el derecho de elección de los padres entra en colisión con el derecho del establecimiento de consagrar causales de rechazo, y el uno no tiene por qué primar respecto del otro”.¹⁸⁷

Esta es la jurisprudencia que se ha confirmado en decisiones de reciente pronunciamiento.¹⁸⁸ Si la Corte Suprema no está dispuesta a substituirse en la aplicación del reglamento, ni a medir su intensidad ni razonabilidad, ¿está dispuesta a acoger las acciones cuando el reglamento contenga disposiciones que violen o se aplique afectando derechos constitucionales? En el caso de estudiantes embarazadas, desde el año 1991 y hasta el año 2000, regía la Circular No 247,¹⁸⁹ sobre el ingreso y permanencia de estas jóvenes

¹⁸³ Id., cs. 6 y 7.

¹⁸⁴ Id., c. 13 (“Los padres... al celebrar un determinado contrato de prestación de servicios educacionales adquieren el derecho a exigir al establecimiento educacional la renovación del respectivo contrato al año siguiente...”).

¹⁸⁵ Id.

¹⁸⁶ Id., c. 14.

¹⁸⁷ Corte Suprema, Rol No 894, 8 de abril, 2003, c. 11.

¹⁸⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol No 8.372, 3 de febrero, 2006, c. 11 (“[C]ierto es que los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos, pero éste no es un derecho absoluto, y debe estar al cumplimiento de los reglamentos del colegio o establecimiento, en su caso”). Corte Suprema, Rol No 3.354, 25 de septiembre, 2006, c. 4 (de la normativa constitucional y legal “no emana la exigencia u obligación para que algún establecimiento de enseñanza deba recibir a cualquier alumno y mantenerlo en sus aulas”).

¹⁸⁹ Ministerio de Educación, 27.02.1991.

en establecimientos educacionales. La Circular intentaba impedir actos discriminatorios de esta índole, ordenando que las estudiantes que se encuentren en estado de gravidez terminaran sus estudios en el mismo establecimiento en que se encuentran inscritas con la calidad de alumnas regulares. Pese a ella, los establecimientos seguían reclamando la autonomía constitucional para definir sus proyectos educacionales y —en línea con la jurisprudencia relatada hasta ahora— para definir sus propios reglamentos internos.¹⁹⁰

En 1997 la Corte de Apelaciones de La Serena rechazó un recurso de protección interpuesto por una estudiante de 15 años y con 6 meses de embarazo, cuya matrícula fue cancelada. El recurso fue presentado por los padres de la estudiante, en su favor, quienes reclamaron la violación del derecho a la igualdad de ésta, así como la libertad para escoger el establecimiento educacional para sus hijos, en su caso. El colegio argumentó que la medida se adopta en virtud del reglamento interno del establecimiento, destinado a “mantener una situación de equilibrio entre los educandos para que éstos se desarrollen en marcos éticos y morales...”¹⁹¹ El tribunal confirmó la medida señalando que, de acuerdo al reglamento del colegio, es cierto que las alumnas que sean madres no podrán renovar su matrícula. Examinada la constitucionalidad de la disposición reglamentaria, la Corte concluyó que no infringía la igualdad ante la ley pues el reglamento se aplicaba a todos los estudiantes por igual¹⁹² —sugiriendo, quizás, la Corte, que la prohibición se aplicaba a los estudiantes hombres también—, que el derecho de los padres a escoger el establecimiento educacional de sus hijos debe ejercerse dentro de los límites establecidos por las propias instituciones.¹⁹³ La Corte Suprema confirmó la decisión. El posterior litigio internacional comenzado por la recurrente y sus padres terminó con medidas de reparación del Estado chileno que incluyeron —entre otras— la reforma al artículo 2° de la LOCE que desde entonces dispone que ni la maternidad ni el embarazo podrán ser impedimento para el ingreso o mantención en los establecimientos educacionales.¹⁹⁴

En 2008, la Corte de Apelaciones de Santiago debía pronunciarse sobre el caso de una alumna que fue sorprendida con una cámara fotográfica al interior de un establecimiento educacional, en circunstancias que el reglamento interno lo prohibía. De acuerdo al mismo, además, se le permitía al colegio requisar la cámara y devolverla posteriormente a los apoderados de la estudiante; la inspectora fue más lejos y revisó el contenido de la cámara. Al revisar las fotografías, la inspectora se encuentra con imágenes que califica de “pornográficas”, lo que configura una causal grave que le permite al establecimien-

¹⁹⁰ El entonces rector de la Universidad de los Andes, Raúl Bertelsen, por caso, alegó que dicha autonomía le permitía definir con plena libertad el reglamento interno del establecimiento. El reglamento, que contenía disposiciones generales sobre sanciones a quienes incurrieran en conductas “que atente[n] contra la moral y las buenas costumbres” así como en “actuaciones moralmente censurables”, había servido de base para suspender por un año —a modo de sanción— a una estudiante soltera que había quedado embarazada luego de tener relaciones con su pareja. Bertelsen, el mismo que se opuso, primero a través de un informe en derecho y luego como juez del TC, a la distribución de la denominada ‘pildora del día después,’ argumentó que la sanción se aplicaba no por tratarse de “un simple embarazo, sino [por] la actividad sexual de una mujer soltera que ha derivado en ello, hecho impropio y que consideran que para la moral cristiana es grave...” Tanto la Corte de Apelaciones de Santiago como la Corte Suprema acogieron el recurso de protección presentado por los padres de la estudiante, calificando la suspensión como arbitraria. Corte Suprema, Rol No 20.123, 28 de diciembre, 1992.

¹⁹¹ Corte de Apelaciones de La Serena, Rol No 21.633, 24 de diciembre de 1997.

¹⁹² *Id.*, c. 3. ¹⁹³ *Id.*, c. 5.

¹⁹⁴ Ley No 19.688 (D. Of. 5.08.2000).

to cancelar la matrícula de la estudiante. Los padres, que recurren a favor de su hija, reclaman la violación del derecho a la privacidad de ésta, y de su libertad a escoger el establecimiento educacional para su hija. La Corte de Apelaciones acoge el recurso en primera instancia,¹⁹⁵ mientras la Corte Suprema, una vez más, va a revocar la decisión. En una decisión de media plana, la Corte va a argumentar que el colegio está legalmente facultado para dictar y aplicar los reglamentos internos (c. 1), siendo razonable la medida, además, pues se ha adoptado “en consideración el contexto de la conducta reprochada a la alumna, sus efectos en la comunidad escolar y la situación personal de aquélla, lo que los llevó a concluir que atentaba contra el proyecto educativo y formativo que el establecimiento promueve”.¹⁹⁶

Libertad de culto: el caso de los niños testigos de Jehová

En el derecho nacional los casos que involucran niños y adolescentes testigos de Jehová se han referido, principalmente, a la posibilidad de decidir sobre su salud (y vida, finalmente) sobre la base de sus propias convicciones religiosas. En 1992, la Corte de Apelaciones de Copiapó acogió un recurso de protección presentado por el director del Hospital de Copiapó. En la acción se solicitaba a la Corte ordenar la transfusión de sangre de un joven de 20 años, quien se negaba al tratamiento —junto a su familia— basado en su libertad de culto. La Corte, para acoger el recurso interpuesto a favor y en contra del joven, sostuvo que no era necesario arriesgar la vida del paciente innecesariamente y que el paciente, una vez que solicitaba la intervención médica para recuperar la salud, se sometía a las decisiones del médico.¹⁹⁷ Se inaugura, así, una doctrina bastante consistente de nuestras cortes al respecto —con algunos cambios que se han comenzado a evidenciar, como anotaremos hacia el final de esta sección.

En 1999 el director del Hospital Luis Calvo Mackenna recurrió de protección a favor (y en contra) de un niño y sus padres, todos testigos de Jehová, quienes se opusieron a las transfusiones de sangre ordenadas por el equipo médico. La Corte acogió el recurso, ordenando la transfusión de sangre sin realizar consideración alguna frente a las preferencias religiosas del niño.¹⁹⁸ Sostuvo que “la negativa de los padres a reponer la sangre perdida pone en grave peligro su vida [la de su hijo] y es ilegal porque priva de la integridad física y de la vida a una persona”, todos ellos derechos garantizados por la Constitución. Sin indagar

¹⁹⁵ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol No 3.620, 31 de julio, 2008, cs. 18 y 19 (argumentando que “esta Corte no comparte el criterio del recurrido sobre que la inspectora... pueda requisar y revisar el contenido interno de la información privada que se guarnece dentro de una máquina fotográfica de cualquier alumna, a lo sumo sus facultades llegan hasta retirar la máquina y ponerla a disposición de los padres, con el debido resguardo de los datos, sin por ningún motivo enterarse de su contenido).

¹⁹⁶ Corte Suprema, Rol No 4.877, 4 de diciembre, 2008, c. 2. El voto disidente del Ministro Pierry destaca que la fotografía en cuestión no es otra cosa que “una broma entre estudiantes, quizás de mal gusto y grosera, pero que además de no constituir ‘material pornográfico’ no se difundió entre los alumnos, ya que permanecía como imagen en la cámara fotográfica de la alumna expulsada”. C. 5 de la disidencia. El Ministro no se preocupó, tampoco, de la privacidad de las imágenes contenidas en la cámara, pero también es cierto que la Corte no se encargó de definir el supuesto carácter pornográfico de la imagen.

¹⁹⁷ Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol No, 3.569, 24 de marzo, 1992, c. 7.

¹⁹⁸ Corte de Apelaciones de Santiago, Rol No 3.618, 20 de octubre, 1999.

mayormente en las preferencias del niño (por ejemplo, éste podría querer la transfusión) —y en los antecedentes no existe evidencia de que ello haya ocurrido— la Corte centró su atención en la conducta de los padres que calificó de “manifiestamente ilegal... [al] atenta[r] en contra de la integridad física de la vida del menor de que se trata”.¹⁹⁹

En 2001 la Corte de Apelaciones de San Miguel vuelve a acoger un recurso de protección presentado a favor (y en contra) de un niño de 13 años y sus padres. Sostuvo, para ello, que “constituye una obligación de los médicos tratantes del menor en cuyo favor se recurre procurar por todos los medios y técnicas ... mantener la vida y salud del paciente, practicándose las transfusiones de sangre en los términos que corrientemente se precisan y administran para la enfermedad y complicación de la entidad que el enfermo padece, en las ocasiones en que ello sea necesario, *incluso contra la voluntad de éste (que en el presente caso es un menor de edad)* y de sus familiares, que por motivos de la fe religiosa que profesan se oponen en aceptar este tratamiento médico. Ello, por cuanto debe primar la preservación de la vida y salud del paciente por sobre cualquier otra clase de consideraciones, aun de orden religiosa, que la pongan en riesgo” (el destacado es nuestro).²⁰⁰

La Corte sugiere claramente que los niños se encuentran incapacitados para manifestar su opinión y ejercer su libertad de culto. De hecho, la Corte siquiera se preocupó de evaluar el grado de madurez del niño para poder expresar sus intereses. Un año más tarde, la Corte de Apelaciones de Iquique debe decidir un caso que presenta características un tanto diversas. Y ello porque acá son los padres los que recurren en contra del centro hospitalario, demandando la posibilidad de que su hijo —afectado de graves quemaduras— “recibiera curaciones de su abuela materna, sea fuera del recinto hospitalario, o al interior de él, porque en su cultura existe un conocimiento ancestral de prácticas curativas, hoy denominadas como medicina indígena, altamente efectivas y probadas en diversas quemaduras”.²⁰¹ La Corte de Apelaciones rechazó el recurso —decisión luego confirmada por la Corte Suprema, argumentando que “el accionar de los médicos tratantes y del Director del Hospital Regional, no ha sido ni arbitrario ni ilegal, por cuanto todas sus acciones estuvieron orientadas a lograr la recuperación del menor... mediante tratamientos destinados a preservarle la vida y cuyo diagnóstico y tratamiento está entregado por nuestra legislación vigente a los profesionales médicos, de tal manera que procede rechazar el recurso interpuesto, en cuanto se estima vulnerado” el derecho a la vida.²⁰²

En lo referente a la libertad de conciencia y culto, también invocada por los recurrentes, la Corte afirmó que “de acuerdo con lo manifestado por los médicos tratantes, se está frente a un caso médico debidamente analizado en que las quemaduras eran de tal riesgo para la vida del niño y estaba expuesto a contraer infecciones, frente a los cuales los

199 *Id.*, c. 3.

200 Corte de Apelaciones de San Miguel, Rol No 297, 2001, c. 5.

201 Corte de Apelaciones de Iquique, Rol No 39.162, 27 de diciembre, 2002.

202 *Id.*, c. 4.

padres del menor pierden la autonomía de decidir, y será el médico tratante quien asuma la representación para hacer el tratamiento clínico que corresponda”.²⁰³ Sin embargo, no resulta del todo claro qué quiere decir la Corte acá. Si una persona se encuentra en una situación médica grave, ¿pierden sus familiares directos toda posibilidad de decidir respecto a los tratamientos médicos a que debe sujetarse? Si quien está grave es un niño, ¿pierden los padres ese derecho? ¿Lo pierde el niño mismo (en caso de poder adoptar sus propias decisiones? Si se consideran los efectos acotados de las decisiones judiciales y del recurso de protección, uno tendría que concluir que este razonamiento se refiere únicamente a personas graves que no pueden manifestar su propia voluntad, caso en el cual sus familiares directos —incluso sus padres, como acá— quedan privados de la posibilidad de decidir su suerte médica. El caso es más complejo cuando se trata de adultos o de niños y adolescentes capaces de manifestar su propia opinión, y en el caso de situaciones médicas igualmente graves, pero donde los tratamientos se prolongan en el tiempo (i.e. cáncer).

Las decisiones anteriormente reseñadas no hacen otra cosa que confirmar la tendencia de nuestras cortes en orden a considerar que el derecho a la vida es uno de carácter absoluto y de jerarquía superior cuando se lo compara con los demás derechos constitucionales.²⁰⁴ Los casos sugieren, además, que si bien las cortes han estado dispuestas a conceder (y no podría haber sido de otra forma) titularidad de derechos constitucionales a niños y adolescentes, se encuentran mucho más indispuestas a reconocerles la capacidad de poder ejercer autónomamente esos derechos. Es cierto que los recién reseñados son casos, digamos, ‘sensibles’ para nuestros jueces, y frente a esos casos ‘sensibles’ nuestros jueces han sido capaces de olvidar sus argumentos anteriores y de acomodar otros nuevos.²⁰⁵ Pero el hecho mismo de que las acciones de protección estén configuradas acá sobre la base de presentaciones “a favor” y “en contra” de una misma persona es razón suficiente para concluir que, al menos respecto al derecho a la vida, y siendo irrelevante que su titular sea niño, adolescente o adulto, se encuentra proscrita la posibilidad de reclamar ejercicio autónomo: el director del hospital, el rector de la universidad, el alcalde, y cualquier persona, puede solicitar al Estado definir por mí (y por los niños y adolescentes) el ejercicio de derechos, eliminando —o restringiendo severamente— cualquier forma de autonomía.²⁰⁶ Quisiéramos sugerir que, a este esquema, contribuye la forma en que se presentan las acciones de protección: cuando son los padres quienes recurren *actuando a*

²⁰³ *Id.*, c. 5.

²⁰⁴ GÓMEZ, DERECHOS FUNDAMENTALES, *supra* nota 171, pp. 251-2.

²⁰⁵ Sobre la forma dispar en que la Corte enfrentó, en un período de tiempo relativamente breve, dos casos bastante similares sobre derecho a la vida, decidiendo uno en un sentido y el otro en uno muy diverso, véase Jorge Contesse y Domingo Lovera, *Acceso a tratamiento médico para personas viviendo con VIH/SIDA: Éxitos sin victoria en Chile*, 8 SUR-REVISTA INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, pp. 148, 160 (2008).

²⁰⁶ Gastón Gómez ilustra un interesante caso, donde la Corte de Apelaciones de Santiago rechaza el recurso justamente porque con la fórmula “a favor y en contra” no logran configurarse los supuestos constitucionales de la acción: “Esta cautela... sólo es eficaz cuando una persona es afectada en el ejercicio de su derecho por acto u omisión arbitrario de otra, lo cual impide su aplicación cuando se confunden en un mismo individuo la persona que ocasiona el mal con la que lo soporta”. GÓMEZ, DERECHOS FUNDAMENTALES, *supra* nota 171, p. 265. En efecto, este argumento no responde a las razones por las cuales las cortes debieran restringir la utilización de la fórmula “a favor y en contra” en el caso de los demás derechos.

nombre de sus hijos, pues resulta evidente que la Corte se verá tentada a determinar si en última instancia se está protegiendo el ejercicio autónomo de los derechos constitucionales del niño o los propios del padre o la madre.

Lo anterior no quiere decir que no existan casos en que esta confusión (o imposición) de intereses padres/hijos puede producirse y deba rechazarse: ello ocurrirá toda vez que el niño esté incapacitado (no patrimonialmente) para poder manifestar su opinión y mantener sus propias convicciones. La Corte de Apelaciones de Copiapó sostuvo que “[l]as decisiones que los padres adopten en materias religiosas respecto de sus hijos son válidas y, por ende, deben ser respetadas y protegidas por el ordenamiento jurídico, mas no son absolutas y tienen como límite, en lo que nos interesa, el derecho a la vida y a la salud física y psíquica. Luego, tratándose del no nato, existiendo protección constitucional que debe valorarse, como se vio, a la luz de los derechos de la madre, conforme a lo señalado, debe convenirse que, la práctica de convicciones religiosas, de igual modo en el caso anterior, no autorizan para poner en riesgo la vida del que está por nacer”.²⁰⁷ En sentido similar decidió la Corte de Apelaciones de Rancagua, respecto a un infante de menos de un mes de vida que había nacido prematuramente. Para la continuación de los tratamientos médicos los doctores estimaban absolutamente necesaria la transfusión de sangre, a la cual se negaban los padres del menor, arguyendo su religión. La Corte sostuvo que “[p]or sobre cualquier objeción de conciencia que pudiera asistir a los padres de un menor —por muy dignos de respeto que sean—, no puede dejarse de lado que ellos son personas distintas al menor, quien es un ser único y autónomo, a cuyo respecto sus padres tienen el deber fundamental de velar por su bienestar y, si su decisión se contrapusiera al interés del niño, pudiendo ella incluso llegar a poner en peligro su vida, corresponde que la Corte, obedeciendo el imperativo llamado contenido en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, acoja la acción de protección, adoptando las medidas necesarias para amparar el interés superior del niño, representado, en la especie, por su legítimo derecho a recibir la asistencia médica necesaria y oportuna para seguir con vida y poder gozar de todos y cada uno de los derechos inherentes a su calidad de persona”.²⁰⁸ Como decimos, en estos casos acoger los recursos parece justificado, aun cuando la amplitud de los argumentos —como hemos visto— permite que estos mismos sean utilizados para negar la libertad de culto al niño en condiciones de manifestar su propia opinión, construyendo el interés superior del niño *desde* fuera de él.

Conclusiones

Del análisis de las acciones de protección, parte importante de ellas en el contexto de la relación estudiante-colegio, hemos podido verificar que (i) los padres aparecen casi

²⁰⁷ Corte de Apelaciones de Copiapó, Rol No 230, 9 de agosto de 2008.

²⁰⁸ Corte de Apelaciones de Rancagua, Rol No 1.034, 2008, c. 1.

exclusivamente actuando en nombre de sus hijos e hijas y (ii) reclamando la violación de derechos constitucionales de éstos y éstas, pero configurados desde aquéllos. En efecto, en casi todas las acciones analizadas los padres comparecen judicialmente a nombre de sus hijos, lo que trae como consecuencia que el interés superior del niño, considerado como la posibilidad de ejercer autónomamente derechos constitucionales, sea construido sin su participación —a menos que asumamos que los padres han consensuado con sus hijos las estrategias judiciales. De hecho, de los recursos analizados en la relación estudiante-colegio puede aprenderse que los padres reclaman invariablemente el derecho a escoger el establecimiento de enseñanza de sus hijos, como si la infracción de derechos constitucionales de los cuales son titulares sus hijos afectara, más que los derechos de los niños y adolescentes, el suyo propio a ejercer esa libertad.²⁰⁹

Con todo, resulta relevante, al menos en cuanto concierne el punto de partida de este análisis, el hecho de que (iii) las cortes reconocen a niños y adolescentes titularidad sobre derechos constitucionales. Y ello, aunque evidente al amparo del texto constitucional, debe destacarse. Sin embargo, (iv) las cortes no han tenido la posibilidad de enfrentarse a casos en que los propios niños y adolescentes reclaman la violación de sus derechos. Sin estos casos la evaluación queda trunca: carecemos de elementos que nos permitan determinar si las cortes, junto con reconocer la titularidad de derechos, estarían dispuestas a aceptar el ejercicio autónomo de derechos. Con todo, los casos sobre testigos de Jehová, por ejemplo, sugieren algo: que niños y adolescentes no son lo suficientemente razonables como para escoger y practicar su propia religión. Finalmente, (v) cabe anotar las escasas referencias al interés superior y otras referencias a la CDN.

En el caso de las acciones de protección intentadas en contra de establecimientos educacionales, específicamente, y por tratarse de un tema siempre presente, es preciso destacar que los puntos de atención de nuestras cortes se han centrado en: (i) verificar la existencia de reglamentos escolares; (ii) verificar si los hechos descritos (en la acción de protección o en la contestación de éstos) caen dentro de las causales de incumplimiento de los deberes estudiantiles que ameritan; (iii) y evaluar la proporcionalidad de las sanciones, aunque esto último en menor medida, y de manera muy restringida.

4. Conclusiones

El presente trabajo ha pretendido explorar el perfil constitucional del niño en Chile. El modelo, según expusimos en la segunda sección, es uno en que el niño aparece revestido de la titularidad de derechos, así como de la facultad (que le reconoce el sistema jurídico) de ejercer esos derechos autónomamente, y en la medida que su capacidad aumenta

²⁰⁹ Esto es algo que resulta especialmente evidente en el caso analizado sobre exigencias de presentación personal, donde la prohibición de llevar el pelo largo —entendieron los padres recurrentes, en ese caso— antes que afectar el derecho a la vida privada de su hijo afectaba su libertad de escoger el establecimiento educacional para sus hijos.

progresivamente. Un primer mito a derribar, junto con tratarse de una conclusión constitucional equivocada, y sin referencia en el texto de la Constitución, es el de conferir el ejercicio autónomo de derechos constitucionales a niños y adolescentes únicamente a partir de la mayoría de edad patrimonial.

La tercera sección indagó en los casos constitucionales en que se ha definido titularidad y ejercicio autónomo de derechos constitucionales. Mientras nuestra jurisprudencia ha ratificado la titularidad de derechos, patrones culturales (a los niños hay que protegerlos), así como prácticas bien asentadas en nuestra comunidad (padres reclamando *por* sus hijos, muchas veces *sin éstos*), han impedido que se les reconozca la facultad de ejercerlos autónomamente. Conspira a lo anterior el hecho de que nuestras cortes y Tribunal Constitucional en escasas ocasiones hagan referencias a los estándares del derecho internacional desarrollados en materia de derechos del niño e infancia. Y cuando lo hacen, como vimos en *LRPA*, se hace de forma incorrecta. ¿Hay razones para confiar en que este panorama puede cambiar? Decisiones más recientes, revitalizadas en una justicia de familia que comienza a ejercer y a tomarse más en serio el rol del niño como sujeto de derechos, permiten augurar un buen pronóstico. Sin embargo, ello no dispensa a las cortes de apelaciones y Tribunal Constitucional de su deuda.

FORTALEZAS Y DEBILIDADES DEL LITIGIO ESTRATÉGICO PARA EL FORTALECIMIENTO DE LOS ESTÁNDARES INTERNACIONALES Y REGIONALES DE PROTECCIÓN A LA NIÑEZ EN AMÉRICA LATINA*

MARY BELOFF**

“Instead of being the currency of a social justice or conscience-driven movement, ‘human rights’ has increasingly become the specialized language of a select professional cadre with its own rites of passage and methods of certification. Far from being a badge of honor, human rights activism is, in some of the places I have observed it, increasingly a certificate of privilege”.

*Chidi Anselm Odinkalu, Why More Africans Don’t Use Human Rights Language?****

1. El sentido de esta presentación es contribuir al conocimiento de los avances que se han logrado —y pueden lograrse— a partir de un uso estratégico y creativo del sistema regional —coordinado con el sistema universal— de protección de derechos humanos de la niñez.

Plantearé brevemente de dónde venimos, dónde nos encontramos actualmente y hasta dónde se podría llegar mediante una utilización original de los sistemas de protección de derechos humanos a partir de la idea fuerza de que **no todos los problemas vinculados con la protección, promoción y defensa de los derechos humanos de niños y niñas se resuelven necesariamente y de forma adecuada con un enfoque sólo concentrado en el litigio estratégico** ante el sistema regional de protección de derechos humanos.

2. La primera cuestión que quiero plantear, a manera de introducción, trata de la relación paradójica entre la infancia y la ley en nuestra región a lo largo del siglo XX.

Esta relación paradójica se puede explicar de manera sencilla. La idea de que los niños tienen derecho a una protección especial existe prácticamente desde que se fundaron nuestros países. También está instalada en el derecho internacional desde las primeras normas producidas por la Liga de Naciones.¹ En este sentido, la idea de que los niños

* Este texto fue publicado originalmente con mínimas modificaciones en AA.VV. Defensa pública: garantía de justicia, Buenos Aires, Ministerio Público de la Defensa, 2008, págs. 359/390. Agradezco a la Defensoría General de la Nación la autorización para volver a reproducirlo en este libro.

** Profesora de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

*** En Human Rights Dialogue 2.1 Winter 1999 Human Rights for All?

¹ Los cinco principios de Ginebra sobre Derechos del Niño de 1924 son un ejemplo claro de ello.

son sujetos de derecho internacional no comienza con la Convención sobre los Derechos del Niño. Este tratado es, hasta la fecha, su expresión más acabada, más completa, un hito en un largo proceso jurídico-cultural, ejemplo de un *continuum* en la historia de la protección jurídica a la infancia más que ejemplo de una ruptura (más allá de lo relacionado con la mayor exigibilidad que implica el tratado como norma convencional respecto de normas no convencionales).

Esta idea de protección especial a la niñez desde el punto de vista jurídico en sentido fuerte —esto es, con estatus convencional— existe en el sistema interamericano antes que en el sistema universal. Efectivamente, el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) fue aprobado en el año 1969 en tanto que la Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada en 1989, es decir, veinte años después. De todos modos, el grado de desarrollo de esa idea básica de “protección especial de la niñez” en la Convención sobre los Derechos del Niño no tuvo precedentes en normas internacionales anteriores.

El problema —analizado desde un marco teórico actual— radicaba en que esa idea de protección especial era decodificada en una clave filantrópica, asistencialista y, por lo tanto, al margen de los derechos de primera generación, de ciudadanía; no obstante, estaba fuera de discusión, sobre la base de un paternalismo que entonces se creía justificado, que los niños se alimentaran, fueran a la escuela, recibieran vacunas, crecieran al amparo de una familia, tuvieran casa y todo lo que hoy, en el lenguaje moderno de los derechos humanos, llamaríamos derechos económicos, sociales y culturales (DESCs). Ciertamente, el precio que la infancia pagaba por que se garantizara esa protección era altísimo.²

Lo curioso —que aquí llamo paradójico— que ha tenido lugar en el proceso de reformas legales relacionadas con la introducción de estándares de derechos humanos de la niñez en las últimas dos décadas en América Latina es que esta profunda intuición cultural y legal de “protección especial a la niñez” —que, vale la pena recordar, está presente con una centralidad que hace imposible ignorarla en todas las normas internacionales y regionales de derechos humanos— parece haberse perdido o, al menos, debilitado considerablemente, y haber sido sustituida por un enfoque liberal clásico, centrado en las garantías y derechos de primera generación. Un ejemplo emblemático de lo que se afirma es la forma en la que la discusión sobre la respuesta estatal al delito de los jóvenes domina y fagocita la agenda de los derechos humanos de toda la infancia en general.

3. En otro orden de ideas, esta paradoja da cuenta de una característica distintiva de este proceso de dos décadas que puede ser resumida como de un reduccionismo doble: legal y

² Una caricatura de un dibujante argentino resume extremadamente bien el punto. Se trata de la imagen de unas niñas institucionalizadas a las que les están afeitando la cabeza. En un cartel de la pared se lee: “Necesitamos que nos protejan de los que nos protegen”.

penal. Ello está comenzando a ser señalado por algunos autores de otras regiones³ sobre la base de investigaciones que constatan la enorme distancia entre la exitosa instalación de una narrativa de derechos humanos de los niños y las condiciones concretas de vida de la infancia en el continente.

El mencionado reduccionismo se advierte en la presentación de la introducción de estándares de derechos humanos de la niñez sólo en confrontación con los sistemas tutelares clásicos para menores de edad marginalizados o infractores de la ley penal instalados en la región a partir de la tercera década del siglo XX (los consejos tutelares o juzgados de menores); no como la discusión de la reformulación, en general, de la relación entre los adultos y la infancia en el continente, o bien entre los niños y el Estado con sus políticas y leyes.

Este fenómeno estrictamente latinoamericano (en ninguna otra región del mundo la introducción de la Convención sobre los Derechos del Niño fue planteada de esta forma de ruptura con el pasado y predominantemente legal-penal) de traducir la incorporación de tratados de derechos humanos sólo como un ejercicio de reinención o la reconstrucción del sistema de protección legal a la niñez en clave filantrópico-tutelar se explica por diversos motivos. En especial, debe tenerse presente que al momento de ratificarse los tratados de derechos humanos con relevancia en la materia —en particular la Convención sobre los Derechos del Niño—, este sistema de protección para una parte de la infancia marginalizada se encontraba en una crisis terminal avanzada; una profunda crisis teórica, porque las teorías de la explicación etiológica de la desviación criminal y de la resocialización habían sido deslegitimadas en gran parte del mundo desarrollado más de veinte años antes; y una profunda crisis empírica expresada en críticas tales como: los menores delincuentes “entran por una puerta y salen por la otra”, o bien “los reformatorios fabrican delincuentes”. Desde este punto de vista, el operador del sistema tutelar de menores (judicial o administrativo) estaba completamente en crisis por la falta de sentido de sus prácticas, a lo que se sumaba la ausencia de legitimación del marco conceptual que había sostenido esas prácticas por décadas.

El vacío generado por la crisis descrita más arriba fue llenado por un instrumento internacional con una enorme fuerza performativa: la Convención sobre los Derechos del Niño, tratado que lleva lo políticamente correcto en materia de derechos humanos al paroxismo. El *timing* fue ideal para transformar la crisis del tutelarismo en la oportunidad para introducir exitosamente en los diferentes países esta Convención en particular —y, en general, el derecho internacional de los derechos humanos en cuanto tenían que ver con la niñez—, con un impacto inusitado en términos políticos y comunicacionales si se lo compara con la incorporación de otras normas internacionales aún de derechos humanos.

4. Una de las críticas que se hacía al sistema tutelar en esos primeros años se relacionaba con la ausencia de estándares legales-constitucionales tanto en sus marcos teóricos

³ Philippe de Dinechin ha criticado fuertemente lo que él denomina “la proposición teórica de los doctrinarios latinoamericanos”, “fundada sobre el concepto de un derecho utópico” y que “no resuelve la cuestión de la efectividad de la CIDN en países donde la condición de los niños es a menudo dramática” en su tesis doctoral *La réinterprétation en droit interne des conventions internationales sur les droits de l’homme. Le cas de l’intégration de la Convention des droits de l’enfant dans les droits nationaux en Amérique latine*, defendida el 10 de mayo de 2006, *Institut des Hautes Études de l’Amérique latine, Université de Paris 3*.

cuanto en las normas específicas. Para ponerlo más claro: más allá de que este dispositivo estuviera creado por ley, la práctica tutelar —fuera judicial o administrativa—, no partía de una preocupación planteada como necesidad de satisfacer derechos de los niños en sentido general (incluidos los de ciudadanía), sino en ayudar a esos niños a salir de su “situación de riesgo”, marginalidad o cualquiera que fuera la situación problemática que hubiera dado origen a las actuaciones administrativas o judiciales.

De este modo, la intervención tutelar no consideraba necesario detenerse en “formalidades legales”, en razón de que el paternalismo que justificaba esa intervención prevalecía sobre argumentos procesales formales (en rigor, hasta bien avanzada su crisis, ni siquiera se formulaban los planteos).⁴ De ahí la idea de que el complejo tutelar operaba “al margen de la ley” —constitucional.

Con ese presupuesto, una concepción idealista/liberal —y por cierto muy resistida en los primeros años de este proceso, tanto por sectores identificados con el pensamiento político “progresista” (asociado con los movimientos de base y en general con la izquierda política en los diferentes países) cuanto por sectores “conservadores” (tutelaristas clásicos)— planteó la necesidad de la reforma legal no sólo como un imperativo de justicia —repugnaba a cualquier reflexión humanista el hecho de que un menor sufriera las consecuencias de una pena sin ser juzgado con garantías de debido proceso o bien fuera tratado del mismo modo que un infractor cuando ni siquiera se le imputaba un delito, sólo para ayudarlo—, sino como herramienta que efectivamente iba a impactar en la realidad del problema de forma eficaz. Si la ley tutelar era parte del problema, una ley que se opusiera radicalmente a la anterior debía razonablemente ser parte de la solución. Los debates en torno de la reforma legal en Paraguay con importantes referentes del movimiento de defensa de derechos de los niños reflejan claramente esta cuestión.

La predominancia de un enfoque meramente legal en la agenda de promoción y defensa de los derechos humanos en la niñez en América Latina —o en la decodificación de lo que significa hoy la protección a los niños en clave de derechos humanos o con un enfoque de derechos o con cualquiera de las expresiones que ahora se estila usar—, cobra así sentido. Por cierto, la idealización de la capacidad de la ley para producir cambios sociales responde a un enfoque liberal clásico no explicitado en esos primeros años de propuestas de transformaciones.

Por otro lado, a la centralidad de la reforma legal penal en la reformulación de la agenda de protección a la niñez debe agregarse la falta de una discusión e implementación posterior de una ingeniería institucional adecuada para soportar la nueva legalidad. Aún a

⁴ En el fondo, esto fue lo que se discutió en el famoso caso de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos, *in re Gault* (1967). Es notable cómo los sistemas procesales se asociaron o disociaron de las ideas tutelares clásicas. El sistema adversarial anglosajón, focalizado intensamente en una lectura constitucional liberal del proceso penal, rápidamente determinó la ilegitimidad de los procedimientos tutelares; en cambio los sistemas inquisitivos latinoamericanos acompañaron y potenciaron las intervenciones tutelares al estar ambos dispositivos “al margen” de una intensa preocupación por la vigencia de las garantías procesales. En este sentido, el enorme proceso de transformaciones de las prácticas y jurisprudencia de la justicia nacional y federal de menores en la República argentina así como en las jurisdicciones provinciales que tienen sistemas procesales adversariales modernos, con independencia del cambio del régimen de fondo en lo penal de menores, confirma lo expuesto.

partir de un enfoque legal penal podría haberse previsto la necesidad imperiosa de asociar las reformas legales a reformas institucionales concretas (más allá de su enunciación en la ley) que incluyeran presupuesto, perfiles profesionales, capacitación, infraestructura, prácticas sistematizadas y protocolos de actuación, recursos técnicos y materiales, etc. Gran parte de las dificultades que hoy se advierten en la implementación de las nuevas leyes penales para adolescentes latinoamericanas se explica por este motivo.

Casi veinte años de reformas legales permiten concluir que, más allá de la trascendencia en todo sentido de cambiar leyes obsoletas, ese enfoque en América Latina —planteado como predominante— no fue del todo adecuado si lo que se pretendía era realmente impactar en las condiciones efectivas de vigencia de los derechos de los niños del continente. Las colegas de Paraguay tenían razón en su intuición política de fondo, ello con independencia de que tener leyes adecuadas a la Constitución y a la época sea un imperativo elemental de justicia.⁵

5. Me concentraré ahora en los problemas derivados del doble reduccionismo legal y penal característico de la discusión sobre protección y defensa de los derechos humanos de la niñez al que acabo de referirme. Este enfoque supone un modelo de Estado liberal que, curiosamente, no es el que puede reconocerse en el derecho internacional (y regional) de los derechos humanos de la infancia. Este *corpus juris* plantea un modelo de Estado que tiene fuertes deberes de prestación positiva, al igual que las Constituciones de todos los países de la región, esto es, la garantía de derechos económicos, sociales y culturales de la niñez.

La dificultad comunicacional surge como consecuencia de haber promovido la reforma de la respuesta al delito de los jóvenes en América Latina no como un programa liberal tradicional sino como una agenda vinculada con la promoción y defensa de los derechos humanos de la niñez en general. Los mecanismos liberales clásicos de punición creados para la infancia en el continente eran necesarios en tanto el modelo anterior avanzaba por razones paternalistas sobre esas garantías básicas; sin embargo, el modelo derivado de los tratados implica un paternalismo justificado y complementario de esas garantías procesales y civiles fundamentales, como se verá más adelante. La prevalencia del primer enfoque sobre el segundo implicó, junto con otras razones, que no hubiera espacio para avanzar respecto del contenido de la protección, aun para la protección de los infractores.⁶

En la frase que tomo prestada y me permito reformular de nuestro colega de Chile, Julio Cortés, ¿Qué se ha logrado en América Latina con la forma en la que se introdujo la cues-

⁵ Sería muy importante que desde las diferentes ciencias sociales en el ámbito científico universitario se comenzara a documentar sistemáticamente y a analizar por qué el proceso que se describe tuvo estas características. Ello introduciría una mirada independiente y externa a los actores que participaron en él ausente hasta la fecha. Ver sobre el punto de DINECHIN, Philippe, cit. *supra* y la nota al pie 7 de BELOFF, Mary, *Quince años de vigencia de la Convención sobre Derechos del Niño en la Argentina* en Kemelmajer de Carlucci, Aida (comp.), *Homenaje a Cecilia Grosman*, Santa Fe, Rubinzal Culzoni, en prensa.

⁶ La Opinión Consultiva N° 17 de la Corte Interamericana, que se analiza más adelante, es un buen ejemplo de lo aquí planteado: entender la respuesta penal diferenciada al delito del menor de edad como parte constitutiva de la protección especial derivada del art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y demás normas internacionales.

El análisis y puesta en práctica de dispositivos renovados de protección a la niñez —infractores incluidos— es hoy el nudo crítico en la región para evitar retrocesos autoritarios en el tema.

ción de los derechos humanos de los niños en el continente mediante reformas legales? Criminalizar con garantías procesales a los menores de dieciocho años de edad. ¿Esto es un avance? Evidentemente lo es, y muy importante; pero no es una victoria completa y final como a veces se la presenta, un logro, una meta que alcanzamos y que ahora nos permite descansar tranquilos con la sensación del deber cumplido. El hecho de que un adolescente al que se imputa un delito (sobre todo si es grave) sea juzgado y eventualmente sancionado con todas las garantías de las que por su edad es titular constituye un estándar mínimo elemental en cualquier nación civilizada. La paradoja —contenida en el artículo 4º de la Convención sobre los Derechos del Niño— es que la infancia, para ser reconocida en sus derechos de primera generación, en sus derechos de libertad y debido proceso, perdió en sus derechos de sobrevivencia o económicos, sociales y culturales. Obtener garantías procesales frente a la imputación de un delito fue indudablemente una victoria, pero una victoria pírrica del mismo modo que lo fue en los Estados Unidos en los años 60.⁷

Planteada de este modo, una agenda de promoción y protección de los derechos humanos de la infancia cuyo *obstinato* es cómo se responde al delito de los jóvenes con garantías, requiere ser actualizada y renovada con el objetivo de lograr la garantía concreta de los derechos económicos, sociales y culturales de la niñez y los derechos de primera generación de la niñez. Se trata de aquellos derechos que, respecto de la infancia, nunca estuvieron en discusión. Ni siquiera se los planteaba de la forma que los introduce la Convención sobre los Derechos del Niño en el art. 4, “hasta la medida de las posibilidades” del Estado-Parte, con el mismo estándar que utilizan los tratados generales de derechos humanos cuando se refieren a estos derechos.⁸

6. En lo que sigue me concentraré en el proceso histórico de ingreso de la cuestión de la protección a la niñez al sistema interamericano de derechos humanos que, por las razones que espero puedan comprenderse luego de la introducción precedente, reprodujo este doble reduccionismo (legal y penal). De no poder andar, ahora se anda, pero con una enorme dificultad en ese caminar que eventualmente podría conducirnos al punto de partida.

En los comienzos de la década del 90 todavía en América Latina era posible distinguir, en las coaliciones sociales y en los movimientos que involucraban a actores gubernamentales y de la sociedad civil, dos sectores o grupos claramente diferenciados: el de las organizaciones que tenían que ver con la militancia en derechos humanos concentrada en el continente en lo que era el trabajo ante el sistema interamericano, con un enfoque profesional legal de litigio; y otro grupo de entidades e instituciones que trabajaban con

⁷ Una funcionaria muy comprometida y destacada de la justicia comentaba hace un tiempo que se sorprendía y preocupaba enormemente al escuchar que algunos funcionarios y magistrados de la nueva justicia especializada de la Provincia de Buenos Aires afirmaban que no les importaba lo que sucediera con el joven imputado una vez dictada la sentencia. Es interesante este nuevo perfil profesional, en tanto aún en la justicia penal general, donde no rigen derechos de protección especial (salvo respecto de minorías específicas), siempre se ha valorado negativamente al magistrado que se desentiende de las consecuencias concretas de las condenas que emite sobre la vida del condenado.

⁸ Aun desde el punto de vista penal esa actualización tendría impacto en el funcionamiento de los nuevos sistemas de justicia para adolescentes creados en la región en las últimas dos décadas al permitir el desarrollo de políticas preventivas, tema al que me referiré más adelante.

diferentes enfoques en terreno e intentaban introducir una mirada renovadora de las prácticas a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño. En esa época, por ejemplo, era importante acercarse a las experiencias europeas de transformación de los sistemas asistenciales en sistemas de protección promotores de los derechos fundamentales de la niñez.⁹ Se trataba de grupos que trabajaban de manera aislada: el de protección a los niños de alguna forma perpetuaba lo que yo llamo el “autismo autoinducido” del derecho tutelar de menores clásico; y el de defensores de derechos humanos, con una agenda muy marcada por la tragedia política de América Latina vinculada con el terrorismo de Estado de los años 70.

Por otro lado, la Convención sobre los Derechos del Niño impactó en América Latina en un momento en el que había una discusión importante sobre los alcances y potencialidades de las nuevas democracias latinoamericanas. Con inteligencia se presentó entonces la incorporación de los tratados al derecho interno —en particular en materia de niñez, que es lo que aquí se está analizando—, conectada con el proceso de ampliación y fortalecimiento del Estado de derecho y de la ciudadanía plena.

Sobre el tema hubo un artículo clave, que fue muy difundido en la región, del profesor italiano Alessandro Baratta, que contiene una sabia intuición al conectar el proceso italiano de una década atrás con lo que estaba pasando en América Latina en ese momento; esto es, plantear la reconstrucción de las políticas y legislaciones de niñez a partir de un enfoque vinculado con el fortalecimiento del Estado de derecho, la democracia y la ciudadanía.

Por otro lado, los organismos y el sistema de protección de derechos humanos requerían una renovación de su agenda tradicional por diversos motivos, entre los cuales no fue menor el relacionado con el financiamiento. El propio sistema burocrático y de la cooperación internacional también necesitaba tomar aire nuevo sin que ello significara que los reclamos de justicia por las atrocidades del pasado se hubieran extinguido.

Esta necesidad burocrático-institucional de renovación coincide con la introducción de la Convención sobre los Derechos del Niño en la región y con la traducción, en contenidos de los tratados internacionales, de la protección a la niñez en términos de derechos humanos. Unos necesitaban a otros y, de alguna manera, como subproducto de los procesos de modernización del Estado y reforma legal que ya venían dándose en el continente sobre todo en el tema de la justicia penal, se celebra una alianza exitosa entre el movimiento de derechos humanos y quienes tradicionalmente habían trabajado temas de protección de la niñez.

Hay algunos ejemplos de lo consciente que fue esta estrategia. En el año 1999 tuvo lugar, luego del tradicional Curso interamericano de derechos humanos organizado por el IIDH, otro curso apoyado por UNICEF centrado en temas de protección de derechos humanos a

⁹ La cooperación italiana y la española desarrollaron muchos programas de apoyo a niños en circunstancias especialmente difíciles (como se los denominaba entonces) en diferentes países del continente en esos años, que permitieron la circulación de expertos e información sobre las experiencias europeas en la región.

la niñez, con el mismo formato que el Curso anual del IIDH, que por primera vez de manera focalizada reunió en esa institución temas de la niñez como temas de derechos humanos. La sentencia de fondo en el caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala¹⁰ de noviembre de ese año puede ser interpretada como el primer producto de esa confluencia de actores sociales que hasta entonces tenían agendas y habían trabajado de forma separada.

7. Una vez que se sentaron las bases conceptuales del tema en el sentido de que ya nadie discute en América Latina que la protección a la niñez debe plantearse a partir de un enfoque de ciudadanía y de protección de derechos humanos de niños y niñas, y de que las instituciones encargadas de defender los derechos humanos y los derechos de los niños en el continente se pusieron de acuerdo para trabajar en forma conjunta, se comenzó a percibir la riqueza del uso del sistema interamericano de protección de derechos humanos para avanzar en esta agenda común (si bien había actores que, con mirada anticipatoria, habían advertido esta posibilidad e iniciado sus experiencias más tempranamente, como ocurrió con el litigio relacionado con el caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay” conocido como “Panchito López”).¹¹

En poco menos de una década se produjeron una serie de casos y de resoluciones que consolidó lo que hoy es posible llamar —en un sentido más amplio que el utilizado por la Corte Interamericana en el caso “Villagrán Morales y otros vs. Guatemala”—¹² el *corpus juris* de protección de derechos humanos de la niñez en el continente. *Corpus juris* es una expresión en latín simple y elocuente para aludir no sólo a las normas, a los tratados y declaraciones, sino también a las interpretaciones que se han hecho sobre esas normas.

Hoy se cuenta con más de lo que se contaba hace veinte años cuando se inició este proceso, gracias al uso inteligente y creativo que se ha hecho del sistema interamericano de protección de derechos humanos para la defensa de los derechos de niños y niñas (también ciertamente del Comité de Derechos del Niño de Ginebra). Las normas existen desde hace muchas décadas, pero además hoy se cuenta con interpretaciones que se han hecho sobre esas normas, aporte fundamental porque en muchos casos se trata de disposiciones bastante genéricas y ambiguas.

8. A los fines de que esta presentación esté completa, voy a repasar brevemente los hitos del sistema interamericano en el proceso que se relata.

8.1. La primera sentencia que se emitió sobre la cuestión de los derechos humanos de la niñez contenida en el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) de 1969 fue la sentencia de fondo en el caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala.¹³ Esta

¹⁰ Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63.

¹¹ Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C N° 112.

¹² Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No. 63.

¹³ Corte IDH. Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C N° 63.

sentencia tuvo lugar treinta años después de aprobada la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Nadie había litigado en el sistema un caso sobre la base del artículo 19 de ese tratado (medidas especiales de protección a los niños por su condición de tales), más allá que fuera invocado en algunas resoluciones e informes previos de la Comisión Interamericana.¹⁴

Aquí hubo una estrategia, una voluntad de tener un caso sobre “niños” (advirtiéndose además del nombre de las partes el caso tiene sobrenombre). Se lo quería presentar como un caso de niños para que la Corte se pronunciara expresamente sobre el artículo 19 de la CADH.

El asunto básicamente trata de los vejámenes, torturas y asesinatos de los que fueron víctimas muchachos mayores y menores de 18 años. Recuerda episodios que lamentablemente tienen lugar con cierta periodicidad en países latinoamericanos, en particular en América Central.

Desde el punto de vista fenomenológico, las víctimas no eran “niños de la calle” o lo que en América Latina se considera un “niño de la calle”.¹⁵ Sin embargo, más allá del dato fenomenológico o perceptivo, se construyó y litigó el caso para exigir al sistema que se pronunciara sobre el artículo 19 de la CADH ya no tan joven, de más de treinta años. ¿Qué mejor caso que uno que tuviera por protagonistas a personas que, técnicamente, legalmente eran niños, conforme la CDN?¹⁶ Así se litigó este caso gracias al buen criterio de dos organizaciones que pertenecían a dos ámbitos entonces bien diferenciados: la que fue, por años, la principal institución especializada en litigio ante el sistema interamericano (Centro por la Justicia y el Derecho Internacional, CEJIL) y una organización muy importante de atención directa a niños en Centroamérica (Casa Alianza). Fue un consorcio muy fructífero. Si bien la idea de protección a la niñez estaba instalada, por primera vez se interpretó el artículo del tratado de derechos humanos regional más importante que establece que los niños tienen derecho a medidas especiales de protección. La sentencia reconoce que los

¹⁴ Ver, entre otros, el Informe sobre la situación de los derechos humanos en Brasil, OEA/Serv.L/V/II.97, Doc. 29 rev. 1 del 29 de septiembre de 1997, el Tercer Informe sobre la Situación de los Derechos Humanos en Colombia, OEA/Serv.L/V/II.102, Doc. 29 rev. 1 del 29 de septiembre de 1997. También el Cuarto Informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, donde se menciona el caso seguido por la muerte del joven Anstrau Villagrán Morales, si bien no contiene una referencia específica al art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en OEA/Serv.L/V/II.83, Doc. 16 rev., 1 de junio 1993. Hay, no obstante, informes de país sobre la situación de los derechos de los niños que no mencionan el art. 19 de la Convención Americana (por ejemplo, el informe sobre la República Dominicana de 1999).

Por otro lado, el Informe sobre la situación de los derechos humanos de los solicitantes de asilo en el marco del sistema canadiense de determinación de la condición de refugiado invoca el art. VII de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre que establece las medidas especiales de protección para los niños en OEA/Serv.L/V/II.106, Doc. 40 rev., 28 de febrero de 2000.

¹⁵ Hace quince años, aproximadamente, el fenómeno del “niño de la calle” como problema originado en los años 80 se estaba transformando desde el punto de vista conceptual. El “niño de la calle” como construcción problemática estaba desapareciendo y se comenzaba a instalar un enfoque orientado a de-construir al “niño de la calle” como un niño que, eventualmente, como cualquier otro niño, sobre todo perteneciente a sectores en situación de desventaja social y económica, puede tener dificultades con el ejercicio de sus derechos (a la salud, a la educación, etc.). Esto es lo que de forma simplificada se conoce como “enfoque de derechos”. Por eso llama la atención el énfasis del caso en reivindicar la categoría de “niños de la calle”. Actualmente en Europa tiene lugar un proceso inverso. Se está reconceptualizando la cuestión de los niños que viven en las calles a partir de lo que se conoce como el fenómeno de las “poblaciones callejeras”. Este enfoque curiosamente parece mucho más cercano al caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala que el superado de los “niños de la calle”.

¹⁶ Cf. Art. 1° CDN: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

Estados latinoamericanos tienen el deber de asegurar estas medidas. Desde este punto de vista, el intento por dar visibilidad al artículo 19 de la Convención Americana resultó fundamental en lo que tiene que ver con litigio estratégico en cuestiones de promoción y defensa de los derechos humanos de la niñez.¹⁷

i. La importancia de la sentencia de fondo en el caso “Villagrán Morales y otros v. Guatemala” —más allá del acto de justicia extraordinario que significó— radica, entre otros factores, en la afirmación fuerte (al estar contenida en una sentencia de un tribunal internacional) de que los niños tienen derecho a medidas especiales de protección en América Latina. La Corte Interamericana de Derechos Humanos está defendiendo la idea de especialidad, de protección especial; pero no en la concepción del tutelarismo clásico de especialidad como autonomía científica. La Corte Interamericana defiende la *especialidad en el sentido de que el niño tiene protección adicional a la que las leyes aseguran a todas las personas* en general. Esto representa para mí (y para la Corte Interamericana de Derechos Humanos) el artículo 19 de la Convención Americana. De allí se desprenden todos los deberes de prestación positiva del Estado respecto a la infancia, en particular en materia de derechos de tercera generación que no han sido aún considerados en sentido fuerte en el proceso que vengo relatando.

ii. El segundo estándar importante de esta sentencia, muy relacionado con lo anterior, está contenido en el párrafo 144 dentro del capítulo referido al derecho a la vida. Allí la Corte Interamericana fija un estándar trascendental. Dice que el derecho a la vida no sólo debe ser interpretado en la forma liberal clásica (los Estados deben abstenerse de interferir y de privar a sus habitantes arbitrariamente de la vida —por ejemplo, está prohibida la pena de muerte—), sino que agrega que los Estados están obligados —tienen un deber de prestación positiva— a *garantizar la vida en condiciones dignas*. En otras palabras, *garantizar las condiciones que permitan vidas dignas de ser vividas*.

Este párrafo es estremecedor y, a la vez, de una potencialidad poco habitual en decisiones del sistema. En este sentido, llama poderosamente la atención que no se haya desarrollado una línea de litigio estratégico sobre la base de este estándar. Es extraordinario que una sentencia internacional establezca que los Estados están obligados a garantizar condiciones para permitir vidas dignas; pero la sentencia no determinó cómo se pone contenido a “vida digna” ni cuáles son esas condiciones. Es un enorme avance jurídico-cultural complementario y superador del enfoque sólo concentrado en la responsabilidad internacional del Estado por violación del derecho a la vida en los casos en los que agentes estatales privaban arbitrariamente de la vida a los habitantes (tema del que centralmente trata el caso en análisis).

Esta sentencia tiene ya diez años: ¿de quién es la responsabilidad de no haber exigido que la Corte Interamericana ponga contenido cierto a este deber de prestaciones

¹⁷ Un análisis de esta sentencia se encuentra en Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, del Puerto, 2004, Cap. III.

positivas dirigido a garantizar “condiciones para una vida digna”? En este punto vuelve a ser un dato llamativo el hecho de que el litigio estratégico ante el sistema interamericano de derechos humanos haya priorizado las cuestiones relacionadas con los adolescentes infractores respecto de otros temas de protección a los derechos humanos de niños y niñas.

iii. El tercer punto central en la sentencia del caso “Villagrán Morales y otros v. Guatemala” que se comenta está contenido en el párrafo 194. Desde el punto de vista jurídico es el párrafo más importante. Aquí por primera vez la Corte Interamericana de Derechos Humanos, mediante la aplicación de una regla de derecho internacional, resolvió que en el sistema regional se pueden interpretar tratados del sistema universal. Si bien es una regla de enorme complejidad (porque el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Interamericana es un acto soberano expreso y está limitado por la CADH) su incorporación al sistema es un avance fuera de serie porque permite incorporar un tratado del sistema universal íntegramente dedicado a la niñez al sistema interamericano de protección de derechos humanos que no cuenta con muchos artículos que regulen específicamente el tema; en rigor, sólo uno en la CADH: el art. 19, el art. VII de la Declaración Americana y el art. 16 del Protocolo de San Salvador.

Concretamente la Corte Interamericana dijo que para saber qué significan las “medidas especiales de protección” a un niño derivadas del art. 19 de la CADH es preciso recurrir al amplio *corpus juris* universal de protección de derechos de la niñez, por excelencia la Convención sobre los Derechos del Niño. No restringió la interpretación del art. 19 que enmarcaba el caso sólo en las normas del sistema sino que la amplió a todas las normas internacionales útiles para defender los derechos humanos de la niñez. Definitivamente es un logro muy importante. De todos modos el problema radica en que, sentado lo anterior, cuando la Corte Interamericana intentó poner contenido a la Convención sobre los Derechos del Niño (bastante genérica y vaga en muchos aspectos) simplemente transcribió los artículos, sin interpretarlos.

iv. Para concluir con los temas importantes derivados del caso “Villagrán Morales y otros v. Guatemala” debe destacarse la sentencia de reparaciones, donde la Corte fijó algunos criterios que trascendieron el de la reparación meramente económica e ingresaron en un plano de reparación simbólica. Como ejemplo puede citarse el de poner los nombres de las víctimas a la escuela más cercana al lugar donde ocurrieron los hechos.

Las sentencias de este caso no son un producto jurídico complejo, con argumentos sofisticados ni con desarrollos argumentales memorables, y superponen argumentos relacionados con la protección a la niñez (deberes de prestación positiva del Estado) con libertades negativas y garantías procesales; sin embargo, el caso “Villagrán Morales y otros v. Guatemala” estableció por primera vez una relación de integración entre el sistema regional y el universal en materia de protección de derechos humanos de la niñez y fijó criterios muy importantes para la defensa de los derechos humanos de la niñez.

La referencia a estándares en materia de justicia juvenil no agregó nada nuevo ya que a esa altura éstos estaban fuera de discusión —teórica— en el continente y habían sido incorporados por gran parte de las legislaciones latinoamericanas en la materia. Tampoco respondió esta sentencia a la pregunta que todos se hacían desde entonces: ¿cómo se protege a los niños —sobre todo a los más desaventajados—, una vez que se reemplaza legislativamente el sistema tutelar clásico?

8.2. A partir de esta dificultad en la competencia contenciosa de la Corte basada en la falta de definición del concreto contenido de la protección a la niñez surgió la idea de pedir al Tribunal, en su competencia consultiva, que definiera cuáles eran los límites del paternalismo justificado¹⁸ hacia la niñez en América Latina. Ésa es la pregunta que originalmente motivó la Opinión Consultiva Nº 17 “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”, si bien el desarrollo del proceso de consulta y emisión de la decisión derivó luego hacia otro camino más centrado en la cuestión de la justicia juvenil —lo que por otro lado verifica la afirmación precedente relacionada con la forma en la que los temas relacionados con los menores de edad y el delito han absorbido toda la agenda relacionada con la protección y defensa de los derechos humanos de la niñez en general.

Lo que está detrás de esa pregunta es el tipo de Estado que puede sostener y dar cumplimiento a los tratados de derechos humanos relacionados con la niñez. Un modelo sólo concentrado en derechos y garantías de ciudadanía entendida de la forma clásica responde a un modelo de Estado liberal o gendarme¹⁹ sólo preocupado por el deber de no interferir ni dañar (libertades negativas en la formulación de Berlin).²⁰ Un enfoque del caso “Villa-grán Morales vs. Guatemala” o de la Opinión Consultiva Nº 17 podría haber respondido a esta idea: asociar marginalidad y pobreza con delincuencia y discutir los alcances de las garantías procesales para los menores de dieciocho años de edad; sin embargo, la Corte Interamericana esboza un enfoque superador que, como se planteó, ingresa en los deberes de prestación positiva de los Estados latinoamericanos y sienta las bases para preguntarse: ¿Qué modelo de Estado debe existir en América Latina de conformidad con las exigencias de los tratados de derechos humanos de la niñez? ¿Un modelo de Estado más cercano a la órbita anglosajona o más de tipo social-democrático característico de la Europa continental, de donde en definitiva deriva nuestra herencia política y jurídico-cultural?

Una lectura integral de los tratados de derechos humanos en cuanto se refieren a la protección de la niñez destaca claramente la necesidad de que el Estado trascienda su rol gendarme y avance con políticas sociales concretas sobre grupos que requieren protección especial. Los tratados definitivamente autorizan una cuota de paternalismo hacia la infancia pero ¿cuánta?, ¿cuál es el paternalismo justificado frente a la infancia en el continente?, ¿con qué límites?, ¿cómo se implementa?, ¿por qué poder del Estado?

¹⁸ Garzón Valdés, Ernesto, ¿Es éticamente justificado el paternalismo jurídico? En Revista “DOXA” Nº 5, 1988, págs. 155/173.

¹⁹ Nozick, Robert, *Anarquía, estado y utopía*, México, Fondo de Cultura Económica, 1974.

²⁰ Berlin, Isaiah, Cuatro ensayos sobre la libertad, Madrid, Alianza, 1998.

Desde hace tiempo es claro que el paternalismo del modelo tutelar clásico no estaba justificado porque privaba de garantías fundamentales, de primera generación, a niños y jóvenes; pero la alternativa en el derecho internacional de los derechos humanos no es un enfoque liberal que haga de cuenta que los niños son adultos.²¹ El derecho internacional de los derechos humanos asume un Estado con intensos deberes de prestación positiva hacia la niñez (paternalismo justificado). En definitiva, cuáles son entonces los deberes de prestación positiva que los Estados latinoamericanos tienen respecto de la infancia y qué límites se tienen que autoimponer cuando cumplen con esas prestaciones positivas, fueron las preguntas que condujeron, originalmente, a la Opinión Consultiva 17.

Las complejidades de estos procesos determinaron que el pedido que finalmente formulara la Comisión Interamericana se distanciara de esta precisa inquietud inicial y quedara como una petición bastante confusa de aspectos mayormente penales con aspectos de protección en una medida menor. Como consecuencia de ese pedido que no logró remontarse a lo largo del trámite ni siquiera por los aportes de los otros participantes en el proceso, la Opinión Consultiva N° 17 básicamente es un texto referido a la cuestión penal de los menores de edad, que reitera estándares ya consagrados y reconocidos en el derecho interno de gran parte de los países, que no agrega ningún criterio nuevo y, por lo contrario, a algunos fuera de discusión los presenta de forma confusa o, lo que es aún más grave, los debilita.²²

La Opinión Consultiva N° 17 es un texto jurídicamente pobre; ha tenido no obstante una enorme fuerza política, performativa, casi mítica y comparable con el impacto de la CDN en América Latina. En términos ideales habría sido mejor, desde el punto de vista jurídico, esperar un pedido mejor formulado;²³ pero eso es historia ficción. La Corte Interamericana, por amplia mayoría, consideró necesario pronunciarse sobre el tema. Por eso su valor es más político que jurídico; más aún, para sorpresa de un positivista lógico, su invocación provoca resultados casi por un efecto mágico. Se la hace decir más o menos lo que cada uno quiere que diga, por lo que se la puede invocar genéricamente para sostener posiciones de lo más diversas. Por eso ahora es bastante frecuente leer sentencias que citan a la Convención sobre los Derechos del Niño, al interés superior del niño y a la Opinión Consultiva N° 17 sin ningún análisis, como si todas estas herramientas normativas de diferente rango fueran lo mismo y no requirieran explicaciones o desarrollos específicos. Las mismas conclusiones a las que anteriormente se arribaba con menos invocación normativa, ahora son sostenidas con mayor mención de normas pero sin modificar o derivar razonablemente de los supuestos del caso algunas conclusiones en función de los nuevos elementos jurídicos que se incorporan al sistema legal.

²¹ Parfraseo la frase de Massimo Pavarini y Matilde Beti al analizar críticamente el proceso de desmanicomialización que tuvo lugar en Italia en los años 80 cuando afirman: "Hicimos de cuenta que los locos estaban cuerdos" en PAVARINI, Massimo y BETI, Matilde, *La tutela social de la/la locura. Notas teóricas sobre la ciencia y la práctica psiquiátricas frente a las nuevas estrategias de control social*, en "Revista Delito y Sociedad", Buenos Aires, Año 8, N°. 13, 1999, págs. 93/112.

²² Ver sobre el punto Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, del Puerto, 2004, Cap. IV.

²³ El voto del juez Jackmann que rechazó el pedido demuestra estas deficiencias.

La Opinión Consultiva 17 intentó resolver un problema complejo pero no lo logró, probablemente por una dificultad que trasciende al Tribunal y lo meramente jurídico. Me parece que el hecho de que no lo haya resuelto no fue sólo una dificultad del Tribunal, sino el reflejo de un obstáculo cultural que existe en América Latina: no sabemos cómo se hace para proteger a un niño —particularmente al que está en seria desventaja familiar y social— en un sentido diferente al tutelar clásico. Frente a la falta de definición del contenido concreto de la protección especial de la niñez, del contenido concreto de sus derechos, todos pierden. Pierde el Estado porque no tiene claridad sobre qué es lo que va a proteger ni cómo y pierde la sociedad civil porque no sabe qué ni cómo exigirle al Estado que haga lo que debe hacer.

Esto nos lleva al punto inicial relacionado con el reduccionismo legal-penal característico de este proceso latinoamericano de incorporación de tratados de derechos humanos de la niñez al derecho interno. Los juristas no están entrenados para poner contenido a la protección especial, más allá de las intuiciones correctas que cualquier persona pueda tener sobre el tema. El contenido de la protección —ya sea para definir una política pública o bien para definir el contenido concreto de una sentencia que ordena proteger a un niño— debe ser desarrollado por disciplinas no jurídicas relacionadas con la intervención psicosocial, aquéllas a las que en portugués se alude con la expresión *pedagogia*.²⁴

Quizás por la concentración de la discusión en cuestiones legales no se ha dedicado tiempo a pensar la reconstrucción de la protección desde todos los otros puntos de vista de las diferentes disciplinas no jurídicas. Hay muchos especialistas talentosos en la región preparados y dispuestos a trabajar en este tema, pero, en general, no son convocados a las reuniones sobre “derechos del niño”. Si se organiza una reunión sobre educación, van los expertos en educación; si se organiza una reunión sobre temas de salud, asisten los expertos en salud; pero en las reuniones de protección a la niñez nos reunimos los especialistas “en derechos del niño”. Parece una profecía autocumplida que perpetúa el autismo autoinducido del derecho tutelar de menores pero en lenguaje de derechos humanos. Si en las reuniones sobre “niños” participaran expertos en educación, salud, urbanismo, economía, derecho, etc., quizás se quebraría esta característica autorreferencial de los especialistas en infancia que tantos problemas trajo al tutelarismo clásico (¡y a los niños!).

La razón adicional a la ya explicada es que el complejo tutelar, por su encuadre etiológico-positivista, no se preocupaba por la legalidad de sus intervenciones. La idea de que era preciso “legalizar” el tema permitía considerar que ello resolvería los problemas (si la ley tutelar los crea por estar al margen de las garantías, si se la cambia los problemas se resolverán); pero no se pensó o bien no se concentró suficientemente la energía en cómo renovar a todas las otras disciplinas desde un enfoque centrado en la promoción de los derechos de niños y niñas. Por eso es muy frecuente en nuestros países, por ejemplo,

²⁴ Gomes da Costa, *Pedagogia de la presencia*, Buenos Aires, Losada, 1997.

que cuando un juez ordena una medida para un joven adicto a la pasta base (problema, al igual que el de las pandillas, que hace diez años no tenía en la región ni remotamente las dimensiones que tiene hoy), se desconoce cómo abordarlo eficientemente con un enfoque nuevo desde el ámbito público y a la larga se genere una dinámica de no intervención con una retórica de respeto a la autonomía y a los derechos del niño o niña.

8.3. La siguiente sentencia de la Corte Interamericana que debe ser mencionada es “Instituto de Rehabilitación del Menor vs. Paraguay”²⁵ —caso conocido como “Panchito López”—, emitida luego de más de diez años de ocurridos los hechos que originaron el litigio.

Se trata de un caso directamente relacionado con la justicia juvenil, de menores de edad detenidos en condiciones deplorables en un establecimiento de la ciudad de Asunción. “Panchito López” era conocido en toda América Latina por sus lamentables características. La sentencia llegó después de varios intentos fallidos de soluciones amistosas (un procedimiento que el sistema tiene para no llegar a la condena al Estado) probablemente por varios incendios que hubo y que provocaron la muerte de varios jóvenes allí alojados.

La sentencia condenó a Paraguay como responsable de la violación de una cantidad de derechos, entre otros del artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y sostiene que el deber de prestación positiva que la Corte Interamericana había establecido en “Villagrán Morales y otros v. Guatemala” se acentúa respecto de niños que están bajo la custodia del Estado —regla general de la jurisprudencia del sistema— y además que se encuentran en especial situación de vulnerabilidad como quienes estaban detenidos en “Panchito López”. De alguna forma esa Corte crea un sistema que agrega niveles de protección especial, como las capas de una cebolla si se me permite la metáfora.²⁶

Para concluir con este caso debe mencionarse que a pesar de que ha pasado bastante tiempo desde el dictado de la sentencia, sorprendentemente todavía se encuentran en proceso de pago las reparaciones pecuniarias.

Nótese hasta ahora cómo el sistema interamericano trata con gran preocupación la cuestión penal juvenil: “Villagrán Morales y otros vs. Guatemala” se litiga como un caso relacionado con la justicia penal de menores y “Panchito López” es claramente un caso penal —se trata de menores de edad privados de la libertad.

8.4. Luego se emite una sentencia en el “Caso de las niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico vs. República Dominicana”²⁷ conocido como caso de las niñas haitiano-dominicanas. Fue planteado por una clínica legal²⁸ de los Estados Unidos y ello probablemente haya

²⁵ Corte IDH. Caso “Instituto de Reeducación del Menor” vs. Paraguay. Sentencia de 2 de septiembre de 2004. Serie C N° 112.

²⁶ En otras palabras, la Corte estaría afirmando, en este caso, que el deber de protección especial de un Estado hacia un niño que no está en situación de desventaja social en el continente es menor que el que tiene respecto de un niño marginalizado y que, además, se encuentra bajo la custodia del Estado.

²⁷ Corte IDH. Caso de las Niñas Dilcia Yean y Violeta Bosico vs. República Dominicana. Interpretación de la sentencia sobre excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas (artículo 67 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos). Sentencia de 23 de noviembre de 2006 Serie C N° 156.

²⁸ “Legal clinic” es el nombre que tienen los cursos de enseñanza práctica con casos reales en las Facultades de Derecho de los Estados Unidos.

influido en las diferentes características del caso respecto de los presentados hasta ese momento por litigantes latinoamericanos. Fue el primer asunto resuelto con una sentencia que incorporó al sistema una agenda diferente que rompió con la centralidad de lo penal juvenil en el reclamo por los derechos humanos de niños y jóvenes en el sistema interamericano.

El caso se relaciona con los conocidos problemas de discriminación de la población haitiana en la República Dominicana que aquí se tradujo en la falta de inscripción, reconocimiento de nacionalidad, documentación, educación y también acceso a la salud de niñas de padres haitianos y madres dominicanas. Es un caso orientado a que el Estado cumpla con sus obligaciones de prestación positiva respecto de estas niñas. Conforme el último informe del Comité de Ginebra sobre la República Dominicana existen algunos problemas con las reparaciones derivadas de la sentencia, sobre todo en lo relacionado con las reformas legales e institucionales que deben implementarse para resolver el tema de fondo.

8.5. El último caso que mencionaré en este breve repaso se relaciona con las medidas provisionales adoptadas respecto de Brasil llamado “Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el *Complexo do Tatuapé* de la FEBEM.”²⁹ Es la primera vez que se hace lugar a una medida cautelar vinculada con derechos de la niñez y condiciones de detención. El proceso se encuentra en pleno trámite.

8.6. Hay otros casos en los que niños y niñas son víctimas pero no han sido planteados como casos relacionados directamente con los alcances del art. 19 de la CADH. De alguna manera la Corte Interamericana ha cesado en su interés de poner contenido cierto a ese artículo, quizás consciente de las dificultades señaladas más arriba. A lo sumo se considera que se trata de una garantía transversal que agrega exigibilidad al resto de los derechos. En esta inteligencia no se trataría de un derecho específico, sino que la condición de ser niño agregaría exigibilidad a todos los derechos en general.

El enfoque actual de la jurisprudencia de la Corte Interamericana es caso por caso, por lo que quizás se pueda encontrar otro asunto que sí permita discutir específicamente los alcances de este art. 19 de la CADH en función de todo el resto de normas internacionales de protección de derechos humanos de la niñez, que contribuya a vencer el profundo obstáculo cultural y conceptual que entrafía.

9. Luego de este resumen respecto de cómo ingresa al sistema interamericano de protección de derechos humanos la cuestión de la protección de los derechos humanos de los niños junto con las normas del sistema universal, me gustaría formular algunas conclusiones —sin pretensión de que se constituyan en certezas definitivas— relacionadas con la agenda de promoción y defensa de los derechos humanos de niños y niñas en el continente latinoamericano.

²⁹ Resoluciones sobre medidas provisionales respecto de Brasil en el asunto de *los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complexo do Tatuapé” de la Fundação Casa*, de fechas 17 de noviembre de 2005, 30 de noviembre de 2005, 4 de julio de 2006, 3 de julio de 2007 y 10 de junio de 2008.

9.1. La primera cuestión se relaciona con la necesidad de que otras disciplinas ocupen el centro en las acciones vinculadas con la promoción, protección y garantía de los derechos fundamentales de la niñez en América Latina, además de la jurídica, sobre la base de los argumentos enunciados más arriba.

En esta línea es una misión imposible pedir principalmente a los abogados que contribuyan a superar el legalismo punitivista que por momentos domina a nuestras sociedades. Creo que el proceso relatado en estas páginas lo demuestra cabalmente. Si se pretende superar ese enfoque es preciso que participen otros profesionales y otras disciplinas.

9.2. La segunda se relaciona con la necesidad de coordinar el trabajo y las agendas de las diferentes instituciones que pertenecen en ocasiones aún a la misma órbita institucional con el objetivo de optimizar recursos y conseguir resultados concretos. En definitiva, se trata de organismos públicos financiados por los Estados (incluido el Comité de Derechos del Niño de Ginebra), por lo que habría que aplicarles las reglas de *accountability*, transparencia y coordinación exigibles a organismos públicos en otras instancias.

En la OEA existe desde hace muchas décadas un instituto especializado dedicado a la protección de los derechos del niño. Se trata del Instituto Interamericano del Niño. A lo largo de todo el proceso al que me referí el Instituto Interamericano del Niño perdió su visibilidad y su incidencia en la región, básicamente por la crisis del modelo tutelar que históricamente había guiado su agenda. El proceso de pérdida de identidad institucional que obviamente implicó una pérdida de espacio fue lógicamente ocupado por el organismo rector en materia de derechos humanos de la región.

En particular, y con el sentido que se viene desarrollando —aplicación de estándares internacionales—, el artículo 19 de la CADH no guiaba la agenda del Instituto Interamericano del Niño. El Instituto tenía un enfoque diferente al de los tratados de derechos humanos; básicamente, se trataba de una agenda vinculada al minorismo clásico y, desde el punto de vista del derecho internacional, preocupada por temas de derecho internacional privado. De hecho, existen cuatro tratados de derecho internacional privado en los que el Instituto Interamericano del Niño intervino en la década del 80.³⁰ En esos años no se conectó la discusión de estas normas de niños del derecho internacional privado con el proceso que se estaba dando de incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño al derecho latinoamericano.

Por otro lado, en lo que tiene que ver con el tema en análisis —la definición de estrategias para mejorar el respeto de los estándares de protección a la niñez en el continente—, la función específica de la Comisión Interamericana dentro del sistema de protección es el aseguramiento de justicia en los casos en los que no se la haya

³⁰ La Convención interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores fue aprobada el 24 de mayo de 1984 y entró en vigor el 26 de mayo de 1988; la Convención interamericana sobre restitución internacional de menores fue aprobada el 15 de julio de 1989 y entró en vigor el 4 de noviembre de 1994; la Convención interamericana sobre obligaciones alimentarias fue aprobada el 15 de julio de 1989 y entró en vigor el 6 de marzo de 1996; y la Convención interamericana sobre tráfico internacional de menores fue aprobada el 18 de marzo de 1994 y entró en vigor el 15 de agosto de 1997.

obtenido por otros medios a nivel local. Dentro de la gran agenda de promoción y defensa de los derechos humanos de la mencionada Comisión, el sentido principal y característico del sistema interamericano de protección de derechos humanos es el litigio a través de peticiones individuales; no es la definición de políticas ni el poner contenido a la protección especial de la niñez.

Desde este punto de vista, en un intento por ordenar la cuestión de los deberes de prestación positiva del Estado y las cuestiones que tienen que ver con garantías-liberales clásicas (como las procesales) ambas instancias en la OEA tendrían que coordinar actividades (IIN y CIDH): la CIDH con el enfoque más legal de litigio y el IIN con un enfoque más interdisciplinario. Ello requiere también un nuevo diseño de las Relatorías temáticas de la Comisión —en este caso de la Relatoría de la Niñez—, cuyo funcionamiento depende de proyectos específicos del mismo modo que las ONGs y parcialmente el IIN (todos en competencia por los mismos escasos recursos). Este diseño institucional se asemeja a una ecuación en la que todos pierden, motivo por el que sería muy importante, tanto a nivel regional gubernamental cuanto de la sociedad civil, un acuerdo programático y estratégico sobre las incumbencias de cada actor involucrado —estatal, regional, internacional y no gubernamental— para que cada institución pueda —sin superponerse— insistir, requerir, reclamar y trabajar en lo mejor que tiene para dar a los niños, niñas y adolescentes de la región.

En este tema, el rol que las coaliciones no gubernamentales de protección de derechos humanos de niños y niñas pueden cumplir para que la aludida articulación y coordinación entre los diferentes organismos del sistema sea exitosa es crítico, en la medida en que las organizaciones de la sociedad civil son en gran medida reguladores de la demanda y deciden la agenda de los organismos. Del mismo modo lo es respecto de la debilidad basada en los mecanismos de designación de integrantes de estos cuerpos internacionales. Las coaliciones cumplen un rol crítico en exigir que sean verdaderos expertos quienes ocupen estos lugares —además de por las razones obvias relacionadas con la mejor calidad del trabajo resultante— de modo de contribuir al fortalecimiento del valor simbólico de estas instituciones y sus miembros.

9.3. Otro tema importante se relaciona con el tiempo, con los tiempos del sistema y los tiempos de los niños.

Hace unos años se ha comenzado a plantear en algunos talleres la cuestión de la utilización de las medidas cautelares del sistema en casos que involucran derechos de niños.³¹ Ésta sería una alternativa al litigio mediante peticiones individuales más eficiente cuando se trata de estos derechos por el efecto inmediato que las caracteriza. El litigio de casos en el sistema interamericano lleva mucho tiempo; es muy lento y es razonable que así sea porque se supone que antes deben haberse agotado los recursos

³¹ Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, del Puerto, 2004, Cap. V.

internos del país demandado. Si no hay una situación de excepción, en los Estados democráticos es razonable el procedimiento que reclama que se cumplan todas las etapas del proceso que implican que transcurra mucho tiempo hasta que el caso llega al sistema regional.

Éste es uno de los temas donde más claramente se puede percibir la especificidad de la niñez como sujeto diferenciado de un adulto. El tiempo es diferente para unos y para otros. No es lo mismo un año en la vida de un niño de 14 o de 16 como quizás sí lo es en un adulto de 40 o 50. Territorio de la subjetividad y de la sensibilidad, el tiempo da sentido concreto a la idea de protección especial de la niñez, de considerar que los niños son niños. Más allá de los eventuales narcisismos, intereses políticos o agendas circunstanciales, un uso del sistema que se tome en serio la protección especial a la niñez debe preocuparse por utilizar alternativas a la vía lenta (peticiones individuales).

Desde este punto de vista el litigio de caso es casi contraintuitivo respecto de la condición de ser un niño porque el efecto que va a tener —de llegarse a una sentencia— va a ser para un adulto.

Por eso es preciso imaginar otras formas de usar el sistema —aun desde el punto de vista legal—, tales como las medidas cautelares de la Comisión o eventualmente de la Corte Interamericana. La Comisión Interamericana puede adoptar medidas cautelares “En caso de gravedad y urgencia y toda vez que resulte necesario de acuerdo a la información disponible” (...) “para evitar daños irreparables a las personas”.³² Estas medidas son algo diferentes de las medidas cautelares que puede adoptar la Corte Interamericana, llamadas medidas provisionales. Éstas consisten en que en “cualquier estado del procedimiento, siempre que se trate de casos de extrema gravedad y urgencia y cuando sea necesario para evitar daños irreparables a las personas, la Corte, de oficio o a instancia de parte, podrá ordenar las medidas provisionales que considere pertinentes, en los términos del artículo 63.2 de la Convención”. Si se trata de asuntos aún no sometidos a su conocimiento, “la Corte podrá actuar a solicitud de la Comisión” y si los casos ya se encuentran en conocimiento de la Corte, “las víctimas o las presuntas víctimas, sus familiares o sus representantes debidamente acreditados, podrán presentar directamente a ésta una solicitud de medidas provisionales en relación con los referidos casos”.³³

Sobre el uso de estas medidas por la Comisión se ha comenzado a discutir bastante ya que hasta hace poco tiempo la regla era que se utilizara con frecuencia para casos relacionados con libertades civiles, por ejemplo de periodistas amenazados, pero que se rechazara respecto de pedidos vinculados con derechos económicos, sociales y culturales aunque la víctima fuera un niño (por ejemplo, un caso de riesgo de vida por

³² Conforme el art. 25 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Comisión en su 109° período extraordinario de sesiones, celebrado del 4 al 8 de diciembre de 2000, y modificado por última vez su 132° período ordinario de sesiones, celebrado del 17 al 25 de julio de 2008.

³³ Conforme el art. 25 del Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aprobado por la Corte en su LXI período ordinario de sesiones celebrado del 20 de noviembre al 4 de diciembre de 2003.

falta de un tratamiento médico en los servicios públicos de un país). La razón por la que en general no se admiten estos pedidos de medidas cautelares se relaciona con la delgada línea que separa a este tipo de medidas y la injerencia directa en las políticas públicas de los Estados vedada al sistema. A ello se suma la creencia de que estos pedidos generarían un efecto catarata y un saturamiento y posterior debilitamiento general del sistema por usarlo “para todo”.

Existen otras alternativas en el “menú de opciones” del sistema que se están utilizando recientemente en cuestiones vinculadas con derechos de niños y niñas como las visitas *in loco* y las audiencias temáticas. El impacto de la utilización de estas herramientas es muy difícil de determinar.³⁴

9.4. A fin de poner contenido concreto al art. 19 de la CADH de modo de saber cuál es el alcance legal de la protección de niños y niñas en el continente un litigio estratégico³⁵ en casos de DESCs muy específicos por cierto enriquecería considerablemente el sistema.³⁶

Esto nos conduce a otro tema que es el del reclamo de DESCs de niños ante el sistema. Podría construirse un argumento sobre la base de reconocer la objeción recién planteada del siguiente modo: es razonable una posición restrictiva del sistema interamericano en materia de DESCs en general, pero la regla que establece el derecho a protección especial de niños habilita una excepción. De este modo se establecería una diferencia con el estándar que se usa con adultos; caso contrario, aplicar la misma regla para adultos y para niños vaciaría de contenido la regla de protección especial (adicional) prevista por el “amplio *corpus juris*” internacional de protección de derechos humanos de la niñez.

Esta tarea se facilita con el tratado adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos conocido como Protocolo de San Salvador, que es una convención adicional sobre derechos económicos, sociales y culturales. En ese tratado hay algunos derechos con los que se puede también litigar ante el sistema y uno de esos derechos es el derecho a la educación, derecho de niños por excelencia. También podría utilizarse la Convención de *Belém do Pará* cuando se trate de niñas.

³⁴ Es complejo estimar para cuánto sirve una audiencia o una visita *in loco*. Las audiencias son muy complicadas de preparar, involucran a muchísimos actores, demoran mucho tiempo y duran unos minutos. Actualmente hay mucho entusiasmo con las audiencias pero en rigor se hacen presentaciones que podrían remitirse por escrito, compiten entre sí diferentes actores por tener un espacio que, en definitiva, todos merecen para ser oídos (por tomar sólo un ejemplo, véase el caso reciente de México con los diferentes pedidos de diferentes organizaciones por diversos problemas vinculados con violaciones a derechos humanos en el país: con qué reglas priorizar los pedidos o quién debe tener audiencia en detrimento de otra solicitud?). Casos generales de violaciones sistemáticas de derechos humanos de una población pueden involucrar también a niños.

Me da la impresión de que el gran entusiasmo que se percibe en este momento con esta modalidad es un poco desproporcionado y que el cálculo costo-beneficio no cierra bien en estos casos. A lo mejor habría que pensar en otras instancias más económicas tales como conferencias virtuales y ciertamente explorar las potencialidades de las visitas *in loco* al aprovechar los desplazamientos de los comisionados a los países.

³⁵ Una perspectiva crítica del litigio estratégico puede encontrarse en Feeley, Malcom et al., *Los casos sobre condiciones carcelarias y la burocratización de los correccionales americanos: impacto, influencias e implicancias* en Revista “Nueva Doctrina Penal”, Buenos Aires, del Puerto, N° 2008 B, págs. 385/430; y una guía para el litigio estratégico especialmente orientado a defender derechos de niños y niñas se encuentra en Patrick Geary, Simpson Thacher & Bartlett LLP, *Guía sobre litigio estratégico: una introducción*, CRIN, Londres, 2008.

³⁶ Por las razones expuestas sumadas a la centralidad que los temas de seguridad tienen en las agendas políticas de los países del continente, en la pasada década desde los organismos internacionales se dio una alta prioridad a la reforma del sistema juvenil penal y poca prioridad a la institucionalización de los mecanismos de defensa de los derechos de la infancia. Como se señaló antes, razones de principios exigen una inversión de esas prioridades, aun también para satisfacer exigencias relacionadas con la seguridad.

Quizás como efecto espejo del reduccionismo legal y penal de las reformas latinoamericanas en temas relacionados con los derechos de la niñez antes mencionados, el litigio ante el sistema se ha concentrado, directa o indirectamente, en la justicia juvenil. Por ello, una forma de completar esta agenda liberal clásica con un enfoque orientado a la exigencia de los deberes de prestación positiva a los que los Estados latinoamericanos están obligados por los tratados requiere inteligencia estratégica e institucional para superar un tipo de utilización del sistema que podría, más allá del acto absoluto de justicia que significa cada una de las sentencias que han recaído en los diferentes casos llevados al sistema, ser leído como un avance limitado en la promoción y defensa de los derechos humanos de los niños, en general y en sentido positivo (no lo que el Estado tiene que dejar de hacer para no interferir ni dañar sino lo que tiene que hacer para generar las condiciones que permitan que los niños vivan vidas dignas de ser vividas, en palabras de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Es preciso insistir en la generación de mensajes claros y mecanismos precisos para que los agentes estatales sepan lo que tienen que hacer para garantizar esos derechos, que ya no hay duda de que están reconocidos.

En general y en ámbitos serios, ya no hay más debate conceptual ni jurídico en nuestros países respecto a cuáles deben ser los estándares referidos a la justicia juvenil, más allá de la eventual reacción represiva de endurecimiento de las leyes penales expresada en un reclamo de rebaja de edad de imputabilidad que sigue en el continente a hechos violentos perpetrados por jóvenes; sin embargo, hay muy pocos programas exitosos, sostenidos en el tiempo, eficientes en términos de reducción de la violencia y del reingreso de los jóvenes al sistema (especializado o ya penal general).

Por otro lado, debe señalarse que el litigio estratégico, en general, ha sido bastante pobre en relación con los derechos de niños y niñas, aun respecto de la cuestión penal juvenil. Que los estándares legales estén claros no significa que no se sigan violando derechos humanos de los adolescentes infractores de la ley penal, del mismo modo como se violan los derechos de los adultos procesados o condenados con independencia de que no se discute cuáles derechos deben serles reconocidos frente a una imputación penal.³⁷ En rigor, luego de casi veinte años de reformas legales en América Latina, hoy los sistemas penales juveniles tienen los mismos problemas que los sistemas penales de adultos, básicamente la distancia enorme entre la declaración retórica de derechos y garantías y su vigencia efectiva (falta de defensores o técnicamente deficientes, ausencia de programas, superpoblación en los centros de detención, etc.). Por eso ya no resulta necesario litigar para que se determine que un niño tiene derecho a un abogado defensor —todas las legislaciones lo reconocen expresamente—, sino ver qué se hace a nivel interno para asegurar que el niño tenga efectivamente un abogado defensor idóneo y adecuado. Más

³⁷ Debe de todos modos insistirse con el hecho de que, a pesar de todas las reformas legales, no fueron creadas las instancias de verificación y exigibilidad de esos nuevos marcos jurídicos, lo que determina que niños, niñas y adolescentes continúen encerrados en condiciones deplorables, no tengan acceso real a un debido proceso, los niños víctimas no sean tratados de una manera acorde a su dignidad y a sus derechos, etc.

allá del valor de una sentencia que condena al Estado y establece reparaciones para la víctima (en el sentido kantiano de valor absoluto de la sentencia en este caso), desde una perspectiva estratégica deberían medirse costos y evaluar qué es más conveniente en cada situación concreta en particular.

9.5. Otro punto que debería considerarse es el de la concreción de políticas públicas orientadas a la restitución de los derechos de niños y niñas.³⁸

No puedo desarrollar este punto que evidente y principalmente requiere de un enfoque no jurídico. Sólo voy a hacer un comentario respecto de la política criminal como política pública en su punto de contacto con la política social no represiva. Es preciso volver a debatir y concretar políticas preventivas. Hasta ahora de lo que se ha hablado es de lo que el Estado tiene/puede/debe hacer una vez que un joven cometió o se le imputa haber cometido un delito. Los penalistas se dedican a justificar y limitar esa reacción estatal. Como el tutelarismo focalizaba en la prevención, su desplazamiento implicó borrar la prevención de la agenda de temas relacionados con la protección de la niñez y la delincuencia juvenil. Por otro lado, su eliminación también implicó borrar —o en el mejor de los casos postergar— cualquier indagación teórica sobre los niños víctimas de delitos que requirieran protección especial como niños y como víctimas.

Debe reconocerse que la prevención fue un invento del positivismo al instalar la idea de que era importante intervenir antes de que se cometiera el delito. El problema fue el marco que sostuvo esa posición y las consiguientes políticas que se implementaron que tuvieron consecuencias terribles para la humanidad. No obstante la idea no es desatinada a punto tal que todas las normas internacionales que tratan del tema priorizan el factor preventivo sobre los aspectos represivos. Por lo tanto, recuperar esa correcta intuición reconocida normativamente como base de una política criminal en materia de menores de edad y dotarla de un sentido diferente en un marco de promoción de derechos humanos de la infancia debería guiar el trabajo de los actores relevantes. Prevención debería ser leído hoy como garantía de derechos económicos, sociales y culturales de la niñez.

Algo parecido sucede con la idea de especialidad que también es preciso recrear. Se supone que los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos son sistemas especiales para niños, pero en la práctica funcionan igual que los sistemas penales para adultos, con excepción de las penas reducidas que se aplican y alguna opción adicional de solución procesal anticipada.

El tutelarismo clásico inventó la especialidad entendida como autonomía científica. Fue una intuición correcta sostener que los niños requieren mayor protección que los adultos; de hecho, más allá de los excesos conocidos de este paternalismo injustificado, los tratados internacionales no abandonan una concepción paternalista sobre la infancia. Si no se

³⁸ Sin dudas, haber logrado el estándar del párrafo 144 respecto de la "vida digna" en la sentencia del caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala es parte de la riqueza del sistema; pero debería insistirse en el tipo de políticas públicas que los Estados deberían implementar para no solamente no violar los derechos sino restituirlos a aquellos que no los han vivido.

preserva, profundiza y desarrolla la idea de especialidad y protección especial se corre el riesgo de repetir la experiencia norteamericana en el sentido de que el precio de las garantías liberales, procesales, sea el de ser tratado como un adulto (incluida hasta hace algunos años la pena de muerte).³⁹

En resumen, las ideas de prevención y especialidad fueron dos intuiciones correctas del tutelarismo positivista que hay que reinventar a partir de un enfoque actual e integral de protección de derechos humanos. En este sentido, no puede pedirse al derecho penal que ponga contenido a estas ideas porque la disciplina opera sobre los límites y para limitar, no para poner contenido.

9.6. Por otro lado, deben tenerse presentes los riesgos que desarrolla Stanley Cohen en su libro extraordinario *Estados de negación*⁴⁰ respecto de la narrativa de derechos humanos: el de la banalización, el de la autorreferencia y la fatiga de compasión. Recursos limitados de todo tipo exigen una definición precisa de los objetivos de litigar ante el sistema interamericano que condicionarán los casos que se litiguen; de otro modo se puede generar el efecto de banalizar la discusión de los derechos, de provocar el desgaste de los problemas y su empobrecimiento en la agenda del movimiento de derechos humanos en términos de visibilidad y relevancia, y el de contribuir al funcionamiento autorreferencial de la burocracia.

Otro problema de la relación entre objetivos y resultados es lo que podríamos llamar el efecto no deseado o “rebote” (*backlash*) del caso. Con algunas decisiones está ocurriendo en muchos países que generan un efecto completamente contrario al que se buscaba y que reafirma una concepción muy autoritaria. Hay un caso en Perú muy emblemático sobre este punto.

En cuestiones vinculadas con derechos económicos, sociales y culturales una sentencia podría significar una camisa de fuerza para avanzar en la agenda de los actores sociales sobre el tema. Este *corset* podría ser una variante del efecto “backlash”. ¿Cuánta presión pueden soportar el sistema y los Estados con un escenario de intenso litigio sobre derechos económicos, sociales y culturales? Por estas razones también el litigio estratégico tiene que considerar con inteligencia el contexto nacional y político.

9.7. Sobre el litigio estratégico me gustaría sólo problematizar el modelo norteamericano tal como es presentado en América Latina. Éste cautiva a muchos abogados en la región que lo incorporan acríticamente cuando ha sido muy criticado aún por los propios profesores en los Estados Unidos. La forma en la que las jóvenes generaciones de los mejores abogados que hay en la región concentran toda su energía en el litigio estratégico es muy importante pero me parece que no conduce necesariamente a transformaciones estructurales porque nuestros países no se transforman —por su historia y por sus características

³⁹ Ver *supra* nota 20.

⁴⁰ COHEN, Stanley, *States of Denial. Knowing about atrocities and suffering*, Polity Press, 2001; en español *Estados de negación. Ensayo sobre atrocidades y sufrimiento*, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, 2005.

legales— por decisión de los jueces. Nuestros países se transforman por decisiones de los actores políticos. Los jueces son actores políticos, pero con una incidencia muy pequeña comparada con la que tienen en el ámbito anglosajón.

Si se comparan las grandes transformaciones en la relación del derecho con la vida social en la Europa continental y en el mundo anglosajón, los grandes cambios en temas críticos de la vida social en Europa continental se dieron por una discusión intensamente política en las legislaturas; no fueron debidas a decisiones de los tribunales, como ocurrió principalmente en los Estados Unidos. Curiosamente, como ya mencioné, nuestra herencia jurídico-cultural es de la Europa continental, por lo que debería considerarse realizar algunos ajustes al enfoque tradicional de la clínica legal norteamericana en los abordajes de problemas complejos de la región.

Desde este punto de vista, no trasladar automáticamente el modelo norteamericano y utilizar instrumentalmente el litigio estratégico como herramienta política podría integrar un abordaje con mayor impacto en las prácticas sociales y en las políticas públicas.

9.8. Otro punto importante es qué se busca —en particular qué buscan las coaliciones de organizaciones de protección a la niñez— con el litigio ante el sistema interamericano. ¿Qué es lo que los litigantes quieren obtener con los casos que llevan ante el sistema interamericano?

Quizás debí haber planteado esta pregunta desde el principio pero su desarrollo habría derivado hacia otros temas. En concreto, la pregunta es si se litigan los casos como fines en sí mismos —en un sentido liberal kantiano, para obtener la justicia que no se obtuvo a nivel nacional— o bien se litigan como medios para obtener fines diferentes: reformas legales o estructurales, cambios en el gobierno, políticas públicas, eventualmente reconocimiento, instalación de temas o de instituciones en el debate regional, por qué no también aunque suene algo cínico, financiamiento, etc.

Da la impresión de que muchas veces, cuando se discuten estos temas en ámbitos político-académicos, se superponen y confunden argumentos. Hay crítica y/o frustración cuando no se logra tal objetivo, pero en realidad cuando se litigó el caso se estaba buscando otro. Por ejemplo, se afirma que se ha agravado la situación de la violencia contra los jóvenes marginales en la región, en particular los asesinatos aun en países ya condenados por la Corte Interamericana como Guatemala (desde esta lógica, ¿para qué “habría servido” el caso “Villagrán Morales y otros vs. Guatemala?”), que en la República Dominicana no se ha avanzado con el problema planteado por el caso de las niñas haitiano-dominicanas, etc.; pero esa frustración por la falta de impacto de los casos en la realidad de los países puede atribuirse al segundo objetivo (el litigio como medio para obtener reformas estructurales), no al primero, que sólo se vería frustrado si no se cumple con las sentencias en lo que atañe específicamente a las reparaciones a las víctimas.

Insisto en la importancia de que las víctimas obtengan sus sentencias reparatorias por un imperativo elemental de justicia: que un tribunal establezca que lo que sufrió fue injusto y que tiene derecho a una indemnización —más allá de que nunca reciba el dinero— tiene un valor extraordinario en términos de dignidad humana; pero, en términos de la vida social, los últimos veinte años de litigio ante el sistema demuestran que no es la sentencia lo que hace la diferencia. Allí lo que hace la diferencia, por lo menos en América Latina, es la política.

Surge así la posibilidad de pensar el litigio estratégico como una actividad paradójicamente menos legal y más política. Como abogada puedo pensar en los intereses de las partes que litigan y desde allí explorar cómo se construye un litigio más político, pero en rigor son los diferentes actores sociales que intervienen en estos procesos quienes deberían ponderar y definir qué es lo más conveniente en cada caso. No está demostrado en la historia del uso del sistema que una sentencia convenga más —para los intereses de los peticionantes— que un informe o que una audiencia. Hay que medir la conveniencia económica, el tiempo que insumen los casos, sobre todo desde la perspectiva de organizaciones con recursos materiales bastante limitados.

Por otro lado, el enfoque más instrumental y político conduce a la pregunta respecto de qué tipo de Estado se quiere construir en América Latina. Ésa es una pregunta que el sistema interamericano difícilmente pueda responder —por lo menos de manera abierta y directa. Para saber qué Estados se quieren o, mejor aún, qué se quiere de los Estados, el enfoque tiene que ser bastante local, focalizado en las situaciones nacionales más que regionales.⁴¹ Desde este punto de vista, la discusión debería ser nacional y los actores sociales a nivel interno deberían explorar cómo se articulan satisfactoriamente para producir resultados efectivos en la vida política de sus comunidades.

Retomo la cuestión de qué es lo que se busca del sistema, porque son bien diferentes las estrategias y las acciones a implementar según lo que se busque de un sistema de justicia supranacional. En ese sentido, tiene que haber una decisión consciente de qué es lo que se procura con un caso. Los abogados, por regla general, lo que buscan con los casos es o debería ser la justicia, la solución justa del caso (la mayoría de las veces nuestra imaginación es muy limitada como para poder pensar todo lo demás, por eso es tan importante la participación de profesionales de otras disciplinas en esta discusión). ¡Cuánto no podría servir ese caso para otros fines, para satisfacer otros intereses públicos e igualmente legítimos! Por otro lado se complica la cuestión desde un punto de vista ético con la instrumentalización ya no del caso, sino de las víctimas que quizás no compartan la perspectiva más amplia y simplemente quieran la justicia que no obtuvieron en sus países.

Para concluir sobre este tema me gustaría dejar la idea de que deberíamos estar muy atentos a evitar la instrumentalización de las víctimas cuando se litigan los casos, más allá

⁴¹ A menudo se enfatiza en un enfoque exageradamente regional para responder preguntas que no pueden ser respuestas con ese enfoque sino con uno mucho más acotado.

de la instrumentalización del caso en el sentido antes aludido. Para ello se debe considerar primero, y antes que nada, la opinión del niño o eventualmente de su familia y analizar si realmente en ese escenario lo que más conviene es llevar el caso al sistema; o bien se podría, con inteligencia estratégica y fuerza política, encontrar una solución más rápida, más cercana y más efectiva para la real vigencia de los derechos de ese niño singular.

10. Como cierre me gustaría recordar un episodio con ustedes que me permite reafirmar el valor moral y simbólico que tiene el sistema interamericano de protección de derechos humanos para las personas más desaventajadas del continente, más allá de que sin duda tanto desde el punto de vista técnico jurídico cuanto desde el punto de vista político pueden hacerse enormes críticas, como también se le pueden hacer al sistema universal.

El ejemplo es enormemente conmovedor.

Tuvimos el honor con Susana Villarán —entonces Relatora de la Niñez de la Comisión Interamericana— de ser invitadas al acto de reparaciones de la sentencia del caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala. El Estado quería terminar la cuestión rápidamente pero los peticionantes organizaron un acto público para dar cumplimiento a la sentencia en cuanto exigía que se denominara a una escuela cercana al lugar de los hechos con el nombre de los niños víctimas en el caso junto con el nombre “Niños de la esperanza”. En esa reunión, el director de Casa Alianza tuvo un discurso memorable que no soy capaz de repetir porque no me han sido dadas sus dotes retóricas, pero sí voy a recordar algo que no tuvo tanta visibilidad y que fue tan conmovedor para nosotros como ese discurso, palabras que con el tiempo me siguen resonando y poniendo la piel de gallina. En un momento se nos acercó la hermana de una de las víctimas y nos dijo: “tenían que venir ustedes de afuera para que nos trataran como gente”.

A mí me parece que esta idea tan básica de “ser tratado como gente” es suficientemente poderosa como para guiar las agendas de protección de derechos humanos de la niñez en general y, específicamente, de utilización del sistema interamericano para que éste pueda dar el máximo posible. Como toda burocracia, por mejor que sea, no va a autosuperarse si no es con la presión externa generada por la inteligencia, creatividad y compromiso verdadero con el disfrute efectivo por parte de los niños del continente de los derechos de los que son titulares, por parte de todos los usuarios actuales y potenciales del sistema interamericano de protección de derechos humanos.

LA LIBERTAD RELIGIOSA Y LA INFANCIA EN EL SISTEMA ESPAÑOL. UNA APROXIMACIÓN TEÓRICA Y POSITIVA

LUIS VILLAVICENCIO MIRANDA*

1. Introducción

En el presente trabajo intentaré analizar algunos de los complejos problemas asociados al reconocimiento de la titularidad del derecho a la libertad religiosa a niños, niñas y adolescentes, en particular los referidos a los posibles conflictos que pueden suscitarse entre dicha libertad y el derecho a la vida de éstos,¹ deteniéndome en particular en la legislación y jurisprudencia españolas.

Suele sostenerse, siguiendo una de las elaboraciones más típicas y tradicionales de la dogmática civil, que tratándose de niños y niñas es obligatorio distinguir entre la titularidad y la capacidad efectiva de ejercer los derechos.² Así, una persona mayor de edad, por regla general, posee tanto capacidad de obrar, es decir, la aptitud para ser titular de derechos, como capacidad de ejercicio, esto es, la posibilidad de ejercerlos por sí misma. En cambio, las personas menores de edad si bien tienen la capacidad de obrar —no podría ser de otro modo puesto que a ésta se le considera como un atributo de la personalidad— no pueden actuar jurídicamente por sí mismas ya que no tienen el grado de madurez necesario y, por lo mismo, el ejercicio de sus derechos queda entregado a un representante.

Pues bien, la distinción recién apuntada, heredera como se dijo de la dogmática civil, particularmente en el ámbito del derecho de familia, inspiró en buena medida la doctrina tutelar que permitió el desarrollo del derecho de menores durante la primera mitad del siglo XX.³ Un rama del derecho que se caracterizaba por la negación total del carácter de sujetos de derecho a los niños, niñas y adolescentes, los que sencillamente eran objeto de protección por parte del Estado, el que por medio de la potestad tutelar velaba, como un buen padre de familia, por los derechos de los niños, niñas y adolescentes sin tomar en cuenta ni sus

* Doctor en Derecho por la Universidad Autónoma de Madrid. Profesor e investigador de la Escuela de Derecho de la Universidad de Valparaíso, Av. Errázuriz 2120, Valparaíso, Chile. E-mail: luis.villavicencio@uv.cl

¹ Para los efectos de este trabajo, niño o niña es toda persona menor de 14 años y adolescente toda persona de 14 años o más y menor de 18 años.

² Véase un análisis crítico en PUENTE ALCUBILLA, V.: "Minoría de edad, religión y derecho", Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales, Subdirección General de Publicaciones, Madrid, 2001, pp. 34-47.

³ En pocas palabras, la potestad tutelar del Estado opera como una patria potestad anómala que el propio Estado ejerce sobre los niños, niñas y adolescentes, reemplazando el poder que las leyes civiles entregan a los padres y que éstos no pueden ejercitar por encontrarse inhabilitados por cualquier razón. Véase CILLERO, M.: "Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva", en *"Justicia y Derechos del Niño"*, N° 3, UNICEF, Buenos Aires, 2001, especialmente pp. 51-52.

opiniones ni intereses.⁴ Dicho paradigma tutelar ha sido sobrepasado —sobre todo desde la adopción de la Convención sobre Derechos del Niño— por la doctrina de la protección integral, la que se traduce, en términos generales, en la obligación de la familia, la comunidad y el Estado de adoptar todas las medidas que sean indispensables para restablecer el goce de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que se han visto privados, perturbados o amenazados por medio de mecanismos efectivos que sopesen adecuadamente los intereses de éstos y el grado de madurez progresivo que van adquiriendo.⁵

Uno de los desafíos centrales del paradigma de la protección integral radica, precisamente, en articular los mecanismos jurídicos que permitan una respuesta adecuada y flexible a la autonomía progresiva de los niños, niñas y adolescentes. Es evidente que un adolescente de 17 años no se acuesta un día sin tener la capacidad de ejercer ningún derecho por sí mismo y se despierta al día siguiente, con 18 años, tocado por la vara mágica del ordenamiento que lo transforma en un sujeto autoconsciente y reflexivo, capaz de tomar decisiones maduramente y enfrentarse a los desafíos de su vida. Por el contrario, el proceso de la niñez a la adultez es un camino progresivo, paulatino y el sistema jurídico no puede ser indiferente a dicho proceso.

De este modo, pareciera que la postura tradicional de que los niños no poseen capacidad de ejercicio y, por lo tanto, otros pueden decidir por ellos⁶ nos sirve para algunos casos, pero aparece como totalmente inoperante y tosca para otros. Por ejemplo, claramente, un niño de cinco años no puede pretender que el Estado no adopte medidas coercitivas para evitar que éste se infiera algún daño o ponga en peligro su vida. Sin embargo, ¿puede sostenerse lo mismo, tan enfáticamente, respecto de un adolescente de 14 años? Una de las difíciles preguntas de las que pretenderé hacerme cargo en las líneas que siguen se refiere precisamente a esta cuestión crucial: ¿puede un adolescente decidir sobre su propia vida o integridad física?, ¿en qué casos y con qué límites o resguardos? Y, particularmente, ¿puede un adolescente aduciendo convicciones religiosas o morales poner en peligro su vida o, sencillamente, optar por el suicidio al negarse a que se le administre un determinado tratamiento médico?⁷

⁴ Para un análisis general de las características del paradigma tutelar pueden verse GARCÍA MÉNDEZ, E.: "Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral", Forum Pacis, Santa Fe de Bogotá, 1994; MILLÁN, P. y VILLAVICENCIO MIRANDA, L.: "La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección", en "Revista de Derechos del Niño", N° 1, Universidad Diego Portales, Santiago, 2002, pp. 44-48; y PEÑA, C.: "El derecho civil en su relación con el derecho internacional de los derechos humanos", en "Sistema Jurídico y Derechos Humanos", Cuadernos de Análisis Jurídico, serie Publicaciones Especiales, N° 6, Universidad Diego Portales, Santiago, 1996, pp. 626-630.

⁵ Véase BELOFF, M.: "Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar", en "Justicia y Derechos del Niño", N° 1, UNICEF, Santiago, 1999, pp. 16-20.

⁶ Esta afirmación requiere una aclaración. Si bien, por ejemplo, un niño de 5 años o menos no puede pretender que sus opiniones sean vinculantes para los demás, de ello no se sigue que su opinión no sea relevante. En efecto, conforme al paradigma de la protección integral, los pareceres de todo niño o niña deben ser considerados y sopesados para efectos de adoptar las medidas que mejor protejan sus derechos, es decir, siempre deben ser escuchados con el objeto de determinar la mejor forma de velar por su interés superior.

⁷ En el presente trabajo no analizaré la cuestión de si la vida es o no un derecho irrenunciable, puesto que presupongo su carácter disponible. En mi concepto, toda persona adulta y competente puede decidir libremente sobre su destino vital, incluyendo también la eutanasia activa voluntaria. Lo contrario sería tratarla como menos que un ser humano, es decir, entrometerse ilegítimamente en su esfera de autonomía personal, aun cuando fuera para evitar un daño, o sea, una acción paternalista injustificada. Sobre la eutanasia en general véase DWORKIN, R.: "El dominio de la vida", Ariel, Barcelona, 1994, especialmente pp. 93-135 (Traducción de Ricardo Caracciolo y Víctor Ferreres). Respecto de las relaciones entre la eutanasia, los derechos del paciente y el consentimiento informado véase ZÚÑIGA FAJURI, A.: "Derechos del paciente y eutanasia en Chile", en "Revista de Derecho" (Valdivia), diciembre 2008, volumen XXI, N° 2, pp.111-130. Disponible en: http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502008000200005&lng=es&nrm=iso&tlng=es

Con el fin de responder estas preguntas es necesario explicar antes por qué y en qué sentido los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho. Sólo una vez superada dicha pregunta, se estará en condiciones de articular el sentido y alcance de la libertad religiosa para niños, niñas y adolescentes, especialmente cuando el ejercicio de dicha libertad es contradictorio con la supervivencia de los mismos.

Para abordar satisfactoriamente las preguntas presentadas termino estas palabras preliminares adelantando la estructura del trabajo. En primer lugar, analizaré brevemente, desde la teoría de los derechos, la forma en que puede justificarse la consideración de los niños, niñas y adolescentes como titulares de derechos subjetivos. En segundo lugar, una vez sostenida la inclusión de niños, niñas y adolescentes en el universo de los titulares de derechos fundamentales, presentaré cómo éstos son reconocidos como sujetos de derechos en el sistema español. En tercer lugar, desarrollaré, en sus aspectos más generales, la libertad religiosa como un derecho básico del cual son titulares activos los infantes, deteniéndome en los diferentes cuerpos normativos que regulan esta libertad. En cuarto lugar, me centraré en las dificultades que plantea la adecuada ponderación de los límites a la libertad religiosa tratándose de niños, niñas y adolescentes, especialmente aquellas que se relacionan con la negación por parte de éstos a recibir un tratamiento médico que violenta sus convicciones religiosas. En quinto lugar, analizaré algunos fallos del Tribunal Constitucional relevantes sobre la materia objeto del presente trabajo. Y para finalizar, avanzaré algunas conclusiones que me permitan esbozar algunas puertas de salida a los enmarañados problemas tratados.

2. ¿En qué sentido los niños, niñas y adolescentes son titulares de derechos?

El filósofo Neil MacCormick⁸ sostuvo que la idea de los derechos de los niños es difícil de encuadrar dentro de las teorías tradicionales referidas a qué significa tener un derecho a algo.⁹ En este sentido, los derechos de los niños son, entonces, una compleja prueba para las teorías que explican, en general, la noción de “derecho”. Veamos, pues, si las diferentes doctrinas existentes sobre la cuestión de la atribución de los derechos tienen una respuesta satisfactoria cuando hablamos de los derechos de la infancia. Y mi punto de partida será el siguiente: cualquier teoría de los derechos debe enunciarse de tal forma que incluya a los niños, niñas y adolescentes como titulares de derechos; de lo contrario, es una teoría conceptualmente insatisfactoria y, además, moralmente indeseable.

⁸ Véase “Los derechos de los niños: una prueba para las teorías del derecho”, en *“Derecho legal y socialdemocracia. Ensayos sobre filosofía jurídica y política”*, Tecnos, Madrid, 1990, pp. 129-137 (traducción de M. Lola González Soler). Véase, además, en el ámbito hispanoamericano, los trabajos de HIERRO, L.: “Tienen los niños derechos”, en *“Revista de Educación”*, N° 294, enero-abril, 1991, pp. 221-233 y “¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto”, en *“Sistema”*, Revista de Ciencias Sociales, Fundación Sistema, Madrid, N° 46, enero de 1982, pp. 45-61. También puede consultarse del mismo autor, “Los derechos de la infancia. Razones para una Ley”, en *“Estudios jurídicos en homenaje al profesor Aurelio Menéndez”*, Volumen 4, Civitas, Madrid, 1996, pp. 5473-5493.

⁹ En otra parte he revisado los muchos problemas que existen al intentar determinar la clase de los titulares de derechos, especialmente cuando se trata de derechos humanos. Véase “¿Derechos humanos para quiénes? Reflexiones sobre algunas cuestiones embarazosas”, en *“Revista de Derecho”* (Valdivia), diciembre 2008, volumen XXI, N° 2, pp. 33-51. Disponible en http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502008000200002&lng=es&nrm=iso&tlng=es

En términos generales, existen dos tipos de teorías que responden de forma diversa a la pregunta por la titularidad de los derechos.¹⁰ Por un lado, están las teorías de la voluntad y, por otro, las del interés. Las primeras ponen el acento en el poder o discreción del titular del derecho; en cambio, las segundas, priorizan el beneficio o el interés del titular. Dicho en otras palabras, las teorías de la voluntad —también denominadas de la elección— sostienen que tener un derecho supone el reconocimiento moral o jurídico de la voluntad o discreción del titular que lo autoriza para entrometerse, en algún sentido, en la esfera de actuación de otros. Y las teorías del interés —conocidas también como del beneficiario— postulan que tener un derecho es detentar un cierto beneficio o interés, del cual se derivan deberes (morales o jurídicos) que se imponen sobre uno o más sujetos que deben respetar dichos intereses o beneficios. Como se ve, las teorías de la voluntad se vinculan directamente con la fundamentación tradicional de los derechos civiles, particularmente aquellos de carácter patrimonial, cuyo origen se encuentra en las doctrinas liberales clásicas, herederas de las revoluciones del siglo XVIII, que justificaban la atribución de derechos subjetivos en la soberanía individual, manifestación de la libertad e igualdad originarias del ser humano considerado con un agente racional y plenamente autónomo.¹¹

Claramente, en consecuencia, las teorías de la voluntad dejan fuera a los niños.¹² Ahora bien, esto no significa, necesariamente, la incorrección de un principio moral que conllevara la protección de los niños y niñas, sin embargo, dicha preocupación no podría expresarse mediante la técnica de los derechos. Esta afirmación que, a simple vista, parece inocua fue, por el contrario, origen de la postergación durante mucho tiempo de los intereses de los niños, niñas y adolescentes. En efecto, gracias a ellas se construyó la noción del derecho de menores tradicional, es decir, aquél que edificaba sobre el supuesto que los niños debían estar supeditados a la tutela heterónoma familiar o estatal y que, por lo mismo, debían ser considerados como meros recipientes de las políticas o cuidados diseñados por otros, sustentados en la buena voluntad y lagenerosidad propias de un buen padre de familia, que deciden por ellos sin considerar su opinión ni su autonomía progresiva. Por estas mismas razones, tampoco es satisfactoria la solución de la representación por parte de terceros de los intereses de los niños, niñas y adolescentes. Debemos, entonces, para tomarnos los derechos de éstos en serio, entenderlos de un modo distinto.

¹⁰ Véase HIERRO, L.: “¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problemas de un concepto”, ob. cit.

¹¹ Véase HIERRO, L.: “¿Tiene los niños derechos?”, ob. cit. y “Los derechos de la Infancia. Razones para una ley”, ob. cit. Precisamente, en razón de esa libertad e igualdad de los seres humanos, que sólo se predica de una parte de éstos, que reúnen en el estado de naturaleza dichas características, fueron excluidos de la comunidad moral no sólo los niños, sino que también las mujeres y los no propietarios.

¹² Un buen ejemplo de una teoría de la voluntad de los derechos que excluye a los niños, es el caso de la línea argumental trazada por Hart: “Es importante para toda la lógica de los derechos que, mientras se descubre a la persona que ha de beneficiarse con el cumplimiento de un deber considerando lo que sucederá si no se cumple el deber, a la persona que tiene un derecho (a quien se *debe* el cumplimiento) se la descubre examinando la transacción o situación antecedente o las relaciones de las partes donde surgió el ‘deber’. Estas consideraciones debieran inclinarnos a no extender a los animales y los niños, a quienes debemos tratar bien, la noción de un derecho al buen trato, porque la situación moral puede describirse de manera sencilla y adecuada afirmando que es malo maltratar animales o niños, o que no debemos tratarlos mal, o bien, en el sentido generalizado que del ‘deber’ tiene el filósofo, que tenemos el deber de no tratarlos mal. Si el uso común sanciona el que hablemos de los derechos de los animales o los niños, hace un uso ocioso de la expresión ‘un derecho’, que confundirá la situación con otras situaciones morales diferentes donde la expresión ‘un derecho’ tiene una fuerza específica y no puede ser sustituida por las otras expresiones morales que he mencionado”. HART, H.L.A.: “¿Existen derechos naturales?”, en *Filosofía política*, Fondo de Cultura Económica, México D.F., 1974, pp. 92 y 93 (traducción de E.L. Suárez)..

Esa otra manera es, precisamente, las que nos ofrecen las teorías del interés o del beneficiario. Para MacCormick, “la atribución de un derecho a determinada clase de seres parece exigir las siguientes presunciones: respecto a la clase en cuestión (en nuestro caso, niños), existe cierta acción u omisión (en nuestro caso, las acciones y omisiones que conllevan el cuidado, alimento y cariño) cuyo cumplimiento, en el caso de todos y cada uno de los miembros de esa clase, satisfará, protegerá o mejorará cierta necesidad, interés o deseo de cada una de tales personas; y, en segundo lugar, la satisfacción de esa necesidad, interés o deseo es de tal importancia que sería incorrecto negarla a cualquier persona independientemente de las ventajas ulteriores que ello supone”.¹³

Por lo tanto, la noción de derecho debe ser reformulada, conforme a la teoría del interés de MacCormick, con el fin de incluir a los niños, niñas y adolescentes como titulares de los mismos. Así, esta nueva enunciación se expresa del siguiente modo: Todos los miembros de la clase C (niños, niñas y adolescentes) tienen derecho a recibir un determinado T (tratamiento), siempre que T sea un bien de tal importancia que sea incorrecto negarlo a cualquier miembro de la clase C.¹⁴

Según todo lo dicho, en conclusión, no requerimos —como pensaba Hart— forzar la teoría para postular que los niños, niñas y adolescentes tienen derechos. Del mismo modo, tampoco debe violentarse la teoría para afirmar que éstos tienen derechos, aunque no puedan hacerlos valer por sí mismos en todos los casos y muchos de ellos sean irrenunciables —por ellos mismos o a través de otros en su nombre—. En vez de todo eso, debemos sostener que todo niño, niña y adolescente tendrá un derecho si existe una necesidad cuya satisfacción se sustenta en razones suficientes para exigir en todo caso. Desde este enfoque, esquivamos el peligro de aseverar débilmente que es bueno tratar bien a los niños sino que, al contrario, probada la existencia de un derecho, sustentado a su vez en una necesidad, debe determinarse sobre quiénes recae el deber correlativo, estableciéndose los sujetos pasivos obligados.¹⁵

3. Los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho en el ordenamiento jurídico español

He intentado, hasta ahora, aclarar en qué sentido podemos argumentar que los niños, niñas y adolescentes son titulares, teóricamente, de derechos subjetivos. Lo que quisiera realizar, en este apartado, es recorrer el ordenamiento jurídico español para sistematizar el reconocimiento que éste atribuye a aquéllos como sujetos activos de derechos. En primer lugar, obviamente, gozan de todos y cada uno de los derechos reconocidos en la Constitución española.¹⁶ Lo anterior no merece discusión. Sin embargo, quisiera resal-

¹³ MACCORMICK, N.: ob. cit., p. 133.

¹⁴ Ibid.

¹⁵ HIERRO, L.: “¿Tienen los niños derechos?”, ob. cit., pp. 227 y 228.

¹⁶ Cfr. PUENTE ALCUBILLA, V., ob. cit., pp. 29-33...

tar algunas ideas generales que me parecen relevantes. La primera de ellas se refiere a la dignidad de la persona humana, reconocida en el artículo 10.1 de la Constitución española relacionada con el principio de igualdad contenido en el artículo 14 de la Ley Fundamental. Si el artículo 10.1 proclama la dignidad para todas las personas, no cabe hacer una distinción arbitraria entre personas mayores de edad y menores de edad para efectos de la titularidad de los derechos, puesto que el propio artículo 14 señala que nadie puede ser discriminado por cualquier condición o circunstancia personal y la edad es, precisamente, una circunstancia personal, específicamente una cualidad adscrita de la cual no son responsables los niños, niñas y adolescentes.

La segunda cuestión general que quisiera destacar es que la propia Constitución en el artículo 39.4 dispone que “los niños gozarán de la protección prevista en los acuerdos internacionales que velan por sus derechos”. Con este mandato, se obliga directamente a los poderes públicos a elaborar las políticas que sean necesarias para dar una protección integral a todos los niños, niñas y adolescentes, en particular la creación de las condiciones adecuadas para que éstos puedan desenvolverse al interior de sus familias.

En fin, la última idea preliminar que me parece relevante se refiere a la remisión que hace la Constitución a las normas internacionales como criterios rectores en la interpretación de las normas constitucionales relativas a los derechos fundamentales. De este modo, la Convención sobre los Derechos del Niño no sólo forma parte del ordenamiento jurídico español sino que, además, sirve como elemento hermenéutico central para la aplicación de las disposiciones referidas a derechos cuando se trata de niños.¹⁷

Ahora bien, en un ordenamiento jurídico complejo como el español, no sólo la Constitución y la Convención sobre los Derechos del Niño regulan materias relacionadas con la infancia. Lo hacen también el Código Civil¹⁸ y la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor. Sobre la última haré algunos comentarios puesto que me parece un cuerpo normativo relevante, para efectos de desarrollar y explicitar los derechos de los niños, niñas.

La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor,¹⁹ de 15 de enero de 1996, pretende —como señala su exposición de motivos— construir “un amplio marco jurídico de

¹⁷ El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre la interpretación del alcance del artículo 10.2 en una sentencia relacionada, precisamente, con los niños. Se trata de la Sentencia del Tribunal Constitucional (en adelante STC) 36-1991. Véase especialmente el fundamento jurídico (F.J.) 5.

¹⁸ Como rebasan, con creces, los límites que me he propuesto en este trabajo no me referiré a la Convención sobre los Derechos del Niño ni al Código Civil, salvo en lo que sean relevantes y pertinentes para desarrollar y articular específicamente la libertad religiosa de los niños, niñas y adolescentes.

¹⁹ La Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor no pretende ser un código de la niñez y la adolescencia que integre la totalidad de las disposiciones sectoriales que los afectan. Esto se debe, fundamentalmente, a que el ordenamiento jurídico español es complejo y se consideró inviable pretender agotar las materias que selectivamente aborda, puesto que esto acarrearía la reiteración inútil de preceptos que ya están recogidos en otras normas de rango similar o superior y rompería la sistemática del ordenamiento vigente. Además, la particular superposición de competencias constitucionales y estatutarias de las comunidades autónomas no permite una regulación global. Así, el objetivo de la ley es, en general, cubrir las lagunas detectadas y adaptar la normativa vigente a la nueva realidad derivada de la Convención sobre los Derechos del Niño y de las demandas sociales emergentes. La opción española se ubica en las antipodas, por ejemplo, del Estatuto Brasileño del Niño y del Adolescente (Ley N° 8.069 de julio de 1990), cuerpo normativo que de forma pionera en el mundo intentó regular los derechos de la infancia y adolescencia en forma sistemática de acuerdo a los parámetros del paradigma de la protección integral impuestos por la Convención sobre los Derechos del Niño. Es el mismo caso de la regulación venezolana (Ley Orgánica Para la Protección del Niño y del Adolescente de septiembre de 1998) que establece una regulación muy detallada.

protección que vincula a todos los Poderes Públicos, a las instituciones específicamente relacionadas con los menores, a los padres y familiares y a los ciudadanos en general”. Lo anterior como una necesidad impuesta debido a que las “transformaciones sociales y culturales operadas en nuestra sociedad han provocado un cambio en el status social del niño y como consecuencia de ello se ha dado un nuevo enfoque a la construcción del edificio de los derechos humanos de la infancia (...) Este enfoque reformula la estructura del derecho a la protección de la infancia vigente en España y en la mayoría de los países desarrollados desde finales del siglo XX, y consiste fundamentalmente en el reconocimiento pleno de la titularidad de derechos en los menores de edad y de una capacidad progresiva para ejercerlos”.

Consecuentemente con estos presupuestos, la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor se erige sobre “una concepción de las personas menores de edad como sujetos activos, participativos y creativos, con capacidad de modificar su propio medio personal y social; de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás”. De este modo, la exposición de motivos concluye que “no existe una diferencia tajante entre las necesidades de protección y las necesidades relacionadas con la autonomía del sujeto, sino que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente la protección a la infancia es promover su autonomía como sujetos. De esta manera podrán ir construyendo progresivamente una percepción de control acerca de su situación personal y de su proyección de futuro. Este es el punto crítico de todos los sistemas de protección a la infancia en la actualidad. Y, por lo tanto, es el reto para todos los ordenamientos jurídicos y los dispositivos de promoción y protección de las personas menores de edad. Esta es la concepción del sujeto sobre la que descansa la presente Ley: las necesidades de los menores como eje de sus derechos y de su protección”.

Veamos sumariamente el modo en que la ley en comento recoge estos principios rectores que la inspiran. En primer lugar, me interesa destacar que el artículo 2.1. reconoce el interés superior del niño como principio general en los siguientes términos: “En la aplicación de la presente Ley primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir. Asimismo, cuantas medidas se adopten al amparo de la presente Ley deberán tener un carácter educativo”. No me parece, con todo, correcta la formulación que hace la ley del interés superior del niño. Creo que es demasiado restrictiva y vaga, perdiendo la oportunidad de concretizar la forma en que la Convención recoge este principio. Claramente se trata de una repetición innecesaria del artículo 3.1. de la Convención, contraria a la propia inspiración de la ley en orden a no repetir derechos y estándares que ya forman parte del ordenamiento jurídico español. Por último, la alusión a que las medidas que se adopten tendrán siempre un carácter educativo me parece equívoca en cuanto constituye una contaminación del paradigma tutelar.

En vez de lo anterior, la ley perdió una buena oportunidad de consagrar el interés superior del niño como otro principio fundamental que se articula, como parte integrante de la misma bisagra, con el principio que reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho. Así, éste no es sólo una enunciación inspiradora o programática, sino una norma imperativa que impone un cierto deber de conducta que consiste en la satisfacción plena de los derechos de los niños y, además, la consideración primordial de sus intereses y derechos por sobre otros. El interés superior del niño debe entenderse de modo tal que produzca la mejor satisfacción de sus derechos y, por lo mismo, radica en el propio interés del niño que vaya asumiendo progresivamente su ciudadanía plena y un mecanismo para lograrlo se relaciona directamente con el derecho del niño, niña y adolescente a formar su propia conciencia, elegir sus creencias y expresarlas, las que constituyen, a su vez, los fundamentos directos del reconocimiento para éstos de la libertad religiosa.²⁰

Otro aspecto a destacar es la alusión que se hace a la capacidad de obrar en el artículo 2.2. Éste dispone que “Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”. Conuerdo con Puente que este precepto lo que pretende es enfatizar la importancia que tiene la capacidad natural, por aplicación del principio de dignidad de la persona y la autonomía progresiva. La apuesta es, entonces, no por la capacidad de obrar general del niño, pero sí por la toma en consideración de su madurez como elemento clave para articular sus derechos.²¹

También me parece relevante la remisión que hace la ley en su artículo 3 a la Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño, los tratados internacionales sobre derechos humanos y cualquier otra norma del ordenamiento jurídico español que les reconozca derechos a los niños, niñas y adolescentes. Este precepto merece varios comentarios. En primer lugar, esta norma de reenvío es fundamental para efectos de la completitud e interpretación sistemática del sistema jurídico español en la materia que nos interesa. En segundo lugar, es destacable que el precepto determine como directriz interpretativa los tratados internacionales y, especialmente, la Convención sobre los Derechos del Niño, es decir, cualquier asunto en el que se encuentren comprometidos los derechos de los niños, niñas y adolescentes debe ser resuelto interpretando las normas del caso de conformidad, primero, a la Convención y luego a los demás tratados internacionales que sean pertinentes. En este sentido el precepto es una reiteración pero también una especificación del ya citado artículo 10.2 de la Constitución española. En tercer lugar, como la disposición hace referencia a todos

²⁰ Véase BARATTA, A.: “Infancia y democracia”, en GARCÍA, E. y BELOFF, M. (comps.), *“Infancia, ley y democracia en América Latina”*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1998, pp. 50 y ss.; y CILLERO, M.: “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en *“Justicia y Derechos del Niño”*, N° 1, UNICEF, Santiago, 1999, pp. 45-62.

²¹ Más adelante esta cuestión será relevante a la hora de evaluar los límites a la libertad religiosa. Véase PUENTE ALCUBILLA, V.: ob. cit., pp. 73 y 74.

los demás cuerpos normativos que establezcan derechos para los niños, niñas y adolescentes, debe entenderse que el capítulo I (denominado “Derechos del Menor”) de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor sólo regula aquellos derechos que merecían una especial atención, debido a sus aspectos más problemáticos, lo que exigía articularlos de modo específico.²² Con todo, el epígrafe “Derechos del Menor” no es el más feliz, precisamente porque no es una enumeración exhaustiva de los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Por último, cada uno de los derechos regulados especialmente se articula sobre la base de dos principios cruciales, por un lado, el interés superior del niño y, por otro, la autonomía progresiva. Así, por ejemplo, tratándose de la libertad ideológica (artículo 6) la ley determina que los padres o los tutores, en su caso, deben cooperar para que el niño, niña y adolescente ejerza dicha libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral. Es decir, los padres y tutores deben velar para que el niño vaya desarrollando su autonomía progresiva, pero colocando especial atención que lo anterior no conlleve una vulneración de su interés superior (desarrollo integral en las palabras de la ley). Este paso, que parece muy modesto, es crucial en mi opinión. Si se entiende bien lo que manda la ley, los niños no son objetos de protección para sus padres o tutores sino, cosa distinta, son sujetos de derechos que requieren el auxilio de éstos para alcanzar la ciudadanía plena. Por lo mismo, sus deberes de orientación y apoyo deben estar encaminados a ese objetivo, por lo que siempre la opinión del niño debe ser escuchada y tomada en consideración, cada vez con mayor intensidad hasta desaparecer por completo los deberes de orientación y apoyo cuando el adolescente alcance la mayoría de edad.²³

4. Los niños, niñas y adolescentes y la libertad religiosa

En este apartado lo que haré es analizar las cuestiones relacionadas con la titularidad por parte de los niños, niñas y adolescentes de un derecho específico: la libertad religiosa. Éste es un derecho fundamental, de importancia trascendental en la formación de la personalidad de toda persona, y crucial para asegurar la debida evolución de facultades de todo niño o niña y la consolidación de su desarrollo integral. No es el objetivo de este trabajo analizar la libertad religiosa como derecho fundamental, baste decir que ésta es, en mi opinión, una de las especificaciones de la libertad ideológica, consagrada en el artículo 16 de la Constitución española, que opera, al mismo tiempo, como principio constitucional, estrechamente relacionada con los valores superiores de la libertad, la igualdad y el pluralismo y como un derecho individual que permite a las personas escoger, con interdicción de cualquier tipo de coacción, el sistema de creencias, religiosas o no, que más se adecuen a sus convicciones y planes de vida personales. El Tribunal Constitucional ha sostenido,

²² Los derechos que regula la ley de forma específica, en los artículos 4 a 9, son, en orden, los siguientes: derecho al honor, a la intimidad y a la propia imagen; el derecho a la información; la libertad ideológica; el derecho de participación, asociación y reunión; derecho a la libertad de expresión; y derecho a ser oído.

²³ Fundamental para esta interpretación es el artículo 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

por su parte, que “la libertad religiosa, entendida como un derecho subjetivo de carácter fundamental (...) se concreta en el reconocimiento de un ámbito de libertad y de una esfera de *agere licere* del individuo”.²⁴

Lo que sí me interesa es detenerme en aquellos cuerpos normativos que regulan específicamente la libertad religiosa de los niños, niñas y adolescentes. Me referiré especialmente a la Convención sobre los Derechos del Niño y a la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor.²⁵

La Convención sobre los Derechos del Niño reconoce en su artículo 14 la libertad religiosa en los siguientes términos: “**1.** Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

2. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso, de los representantes legales, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades.

3. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás”.²⁶

Quisiera decir algunas palabras sobre la adecuada interpretación de esta disposición. Respecto del primer párrafo, su redacción es deficiente, por cuanto enuncia muy escuetamente la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión, sin referirse a la protección de la libre configuración de las creencias, su elección y la posibilidad de cambiarlas. Por esta razón, es necesario, siguiendo lo dispuesto en el artículo 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño,²⁷ interpretar sistemáticamente este párrafo con las demás disposiciones de la propia Convención y, sobre todo, recurriendo a los demás tratados internacionales pertinentes, con el fin de configurar adecuadamente el

²⁴ STC 24-1982, F.J. 1. Sobre la libertad religiosa en general pueden revisarse las obras que siguen. Para una aproximación desde la doctrina constitucional, con especial atención a la jurisprudencia del Tribunal Constitucional véase LÓPEZ CASTILLO, A.: “La libertad religiosa en la jurisprudencia constitucional”, Aranzadi, Navarra, 2002; y para un análisis desde una perspectiva más bien histórica véase MARTÍNEZ DE PISÓN, J.: “Constitución y libertad religiosa en España”, Dykinson, Madrid, 2000. Respecto de los valores superiores consagrados en el artículo 1 de la Constitución Española, véase PECES-BARBA, G.: “Los valores superiores”, Tecnos, Madrid, 1986 y SANTAMARÍA, J.J.: “Los valores superiores en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional”, Universidad de Burgos, Dykinson, Madrid, 1997. Para un análisis más pormenorizado de la protección internacional —ámbito universal y europeo— de la libertad religiosa, puede verse GARCÍA-PARDO, D.: “La protección internacional de la libertad religiosa”, Servicio de Publicaciones, Universidad Complutense, Madrid, 2000.

²⁵ Existen otras regulaciones relevantes, sobre todo en el ámbito europeo. Cito, como la más importante, la resolución del Parlamento Europeo sobre una Carta Europea de Derechos del Niño, de 8 de julio de 1992, que, respecto de las cuestiones que aquí interesan, recoge algunos principios mínimos, entre ellos, el reconocimiento para todo niño del derecho a la objeción de conciencia; el derecho de todo niño a la libertad de conciencia, de pensamiento y de religión, sin perjuicio de las responsabilidades que las legislaciones nacionales reservan en estos ámbitos a los padres o tutores; la necesidad de adoptar un control más estricto de las actividades de las sectas y movimientos religiosos, con el fin de proteger a los niños; y el derecho de todo niño a gozar de su propia cultura y a practicar su propia religión o sus propias creencias.

²⁶ Sobre el proceso de redacción de este precepto y sus singularidades, puede verse PUENTE ALCUBILLA, V.: ob. cit., pp. 134-143. Precisamente por las dificultades en su concreción final, es el artículo con más reservas, declaraciones e interpretaciones, después del artículo 21 referido a la adopción.

²⁷ El artículo 41 de la Convención establece: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado”.

derecho, incluyendo tanto el derecho a la elección de la religión u otras creencias como la facultad de modificarlas, desecharlas o cambiarlas.

Ahora sólo me interesa la relación del artículo 14 con otras disposiciones de la propia Convención que sean relevantes. En particular, es importante hacer la conexión con el artículo 29.1. que se refiere a los fines de la educación. Si uno de los fines de la educación es desarrollar la personalidad, este fin sólo se alcanzará si se permite al niño, niña y adolescente, conforme a la evolución de sus facultades, configurar sus creencias de forma tal que moldee su personalidad, preparándose para convertirse en un ciudadano que merece igual respeto y consideración que los demás. Sin el reconocimiento de la libertad religiosa, entendida en términos amplios como libertad ideológica, es imposible que un niño desarrolle adecuadamente su personalidad.

Sobre el segundo párrafo, debo decir que se trata de una especificación del principio general establecido en el artículo 5 respecto del derecho y deber de los padres o quienes ejerzan el cuidado personal del niño, niña y adolescente, de prestar la ayuda necesaria, conforme a la autonomía progresiva de éstos, para que puedan ejercer adecuadamente sus derechos. De este modo, el artículo 14.2. permite modular el ejercicio de la libertad religiosa del niño, habiendo regresivamente una intromisión por parte de los padres hasta que ésta desaparezca por completo.

Con todo, es decisivo resaltar que el derecho-deber de los padres hay que llevarlo a cabo de tal modo que constituya una guía y orientación, pero en ningún caso la sustitución o la suplantación de la voluntad e intereses de la persona menor de edad. Por ende, debe negarse —por impropia— cualquier interpretación restrictiva de este precepto tendiente a trasladar a los padres o tutores el goce de los derechos que le corresponden en propiedad a los niños, niñas y adolescentes.²⁸ Por último, el párrafo tercero del artículo 14 no presenta mayores dificultades interpretativas puesto que recoge las limitaciones típicas a los derechos.

Ahora bien, tratándose de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor, reconoce en el artículo 6 la libertad religiosa en los siguientes términos:

- “**1.** El menor tiene derecho a la libertad de ideología, conciencia y religión.
- 2.** El ejercicio de los derechos dimanantes de esta libertad tiene únicamente las limitaciones prescritas por la Ley y el respeto de los derechos y libertades fundamentales de los demás.
- 3.** Los padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral”. No hay en este precepto ninguna novedad relevante respecto del comentado artículo 14 de la Convención.

En suma, tanto la Convención como la Ley Orgánica reconocen la libertad religiosa de los niños, niñas y adolescentes, modulando su ejercicio de conformidad con la evolución

²⁸ PUENTE ALCUBILLA, V.: ob. cit., pp. 145 y 146.

de sus facultades. Quizás el paso siguiente, que exige el adecuado reconocimiento de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, sea la superación definitiva de la dicotomía minoría de edad y mayoría de edad, para introducir un criterio objetivo y flexible que permita distinguir la adolescencia como una etapa significativamente distinta de la niñez y la plena adultez.

5. Límites al ejercicio de la libertad religiosa por los niños, niñas y adolescentes

Todo derecho, incluido por cierto la libertad religiosa, no es absoluto; es decir, posee una serie de restricciones que constituyen frenos al ejercicio ilegítimo de una potestad. En lo que sigue analizaré los límites a la libertad religiosa, particularmente aquellos específicamente aplicables a este derecho cuando los sujetos activos son niños, niñas y adolescentes.

Algunas consideraciones generales sobre los límites

Como se sabe, la libertad religiosa tiene una doble dimensión.²⁹ Por un lado, la dimensión interna que se refiere a la configuración, en el fuero íntimo, de las creencias y convicciones morales y religiosas que una persona se va dotando para sí. Desde esta perspectiva, esta dimensión interna es irrelevante para el Derecho.³⁰ Por otro lado, se encuentra la dimensión externa, la que sí interesa al derecho, que se refiere a la manifestación de tales creencias maduradas en la conciencia de la persona. Así, por ejemplo, son concreciones de dicha dimensión externa, entre otras, el proselitismo, el culto o la enseñanza religiosa. Y en las expresiones que forman parte de la dimensión externa de la libertad religiosa, pueden producirse vulneraciones de los derechos de otras personas o violar algunos otros intereses o bienes que se consideran valiosos por el ordenamiento jurídico. Las restricciones específicas al ejercicio de la libertad religiosa las señala el artículo 16 de la Constitución, que relacionado con el artículo 3 de la Ley Orgánica de Libertad Religiosa, determinan que los límites son los derechos fundamentales de los demás, así como la salvaguardia de la seguridad, la salud, la moralidad pública, todos ellos elementos constitutivos del orden público.

Ahora bien, tratándose de la libertad religiosa de niños, niñas y adolescentes, por las características especiales a las que ya he aludido, tanto la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 14.2.) y la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor (artículo 6.3.) establecen

²⁹ En lo que sigue he seguido de cerca a RODRIGO LARA, M. B: "La libertad de pensamiento y creencias de los menores de edad", memoria presentada para optar al grado de doctora, Universidad Complutense de Madrid, 2004, especialmente pp. 267 y ss. Disponible en <http://eprints.ucm.es/tesis/der/ucm-t27514.pdf> Fecha última consulta: 12 de junio de 2009.

³⁰ Este problema se relaciona con la cuestión de la libre configuración de la conciencia. Para la mayoría de la doctrina, la formación de la conciencia es irrelevante jurídicamente. Sin embargo, algunos autores entienden que dicha formación debe ser garantizada jurídicamente, es el caso de Martín Sánchez en España. Cfr. MARTÍN SÁNCHEZ, I.: "El derecho a la formación de la conciencia y su tutela penal", Tirant lo Blanch, Valencia, 2000. En nuestro medio véase ZÚÑIGA FAJURI, A.: "La libre formación del pensamiento en el caso 'La última tentación de Cristo'", en "Libertad de Expresión en Chile", Felipe González (ed.), Universidad Diego Portales, Santiago, 2006, pp. 285-318.

límites especiales al ejercicio de la libertad religiosa por parte de niños, niñas y adolescentes. Dichas limitaciones especiales se sustentan en la singularidad del ejercicio de un derecho por parte de personas —las menores de edad— en pleno desarrollo de sus facultades.

En efecto, por ejemplo, el artículo 6.3. de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor dispone que los “padres o tutores tienen el derecho y el deber de cooperar para que el menor ejerza esta libertad de modo que contribuya a su desarrollo integral”. De manera tal que —y relacionando la disposición citada con el artículo 162 del Código Civil español que establece que los padres tienen la representación legal de sus hijos menores de edad no emancipados, exceptuándose de la representación los actos relativos a derechos de la personalidad u otros que el hijo pueda realizar por sí mismo de acuerdo con su madurez— el niño, niña o adolescente ejercerá por sí mismo el derecho a la libertad religiosa, pero los padres y tutores deberán orientarlos y ayudarlos en dicho ejercicio con el fin de preservar su interés superior; ayuda y orientación que irán decreciendo a medida que el niño vaya adquiriendo una madurez superior que determine que tiene el juicio suficiente para actuar por sí mismo.

Directamente relacionado con lo anterior, se encuentra lo dispuesto en el artículo 9.1. de la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor que establece el derecho para todo niño, niña y adolescente de ser oído en el ámbito familiar respecto de cualquier decisión que le afecte en su esfera personal, familiar o social. De la articulación de este último precepto y el artículo 6.3. del mismo cuerpo legal, se sigue que es deber de los padres siempre y en todos los casos escuchar al niño —no importa su edad— cuando se trata del ejercicio de la libertad religiosa; pero, además, ese deber de escuchar será cada vez más intenso a medida que el niño vaya creciendo hasta llegar a un punto en que la opinión pueda ser vinculante para sus padres. Un buen ejemplo sería la determinación del tipo de enseñanza religiosa que el niño desea recibir: si se trata de un niño pequeño —digamos de 5 años— los padres tienen el derecho de educar a su hijo en las creencias que les parezcan mejores, siempre y cuando no se pongan en peligro otros derechos del niño y además escuchando en todo caso su opinión. En cambio, si se trata de un adolescente de 14 años o más, creo que éste debe ser respetado en su decisión de ser cambiado a otro colegio si no está satisfecho con la educación valórica que recibe.

En suma, de no tomarse en serio la autonomía progresiva, los esfuerzos de la Convención y la Ley Orgánica de Protección Jurídica del Menor serán inútiles, en el sentido de que no se preparará al niño para su edad adulta y persistiremos en la ficción civilista de que el niño es un incapaz que termina el día como tal y al día siguiente despierta, con toda la madurez necesaria, para ser titular pleno de derechos y ser responsable de sus actos.³¹

³¹ Son muchas las materias específicas en que entran en juego los límites a la libertad religiosa de la persona menor de edad; aquí sólo se analizará una de ellas, esto es, la objeción a tratamientos médicos, específicamente cuando de ella se sigue un peligro vital inmediato para el niño. Sin embargo, hay muchas otras áreas relevantes en las que se producen conflictos entre la libertad religiosa de niños, niñas y adolescentes y los límites especiales que dicha libertad tiene, entre otras, pueden destacarse las tensiones que se producen en el ámbito de la enseñanza y las relaciones paterno filiales. Para un análisis detallado puede verse PUENTE ALCUBILLA, V.: ob. cit., especialmente pp. 157 y ss.

La objeción de conciencia a tratamientos médicos. ¿Puede un niño, niña o adolescente elegir la muerte?

Con seguridad, uno de los casos más dramáticos que puede producirse respecto de los conflictos posibles entre el ejercicio de la libertad religiosa y sus límites es la objeción a tratamientos médicos, cuando de ella se siguen consecuencias graves para la salud o, sencillamente, la muerte.³² Las situaciones que pueden darse son varias: a) el rechazo de un tratamiento médico por parte de una persona adulta. En mi opinión este caso no presenta ninguna dificultad porque, como dije más arriba, la vida es un derecho disponible;³³ b) un niño se niega a que se le practique un determinado tratamiento médico, pero como no tiene suficiente juicio, los médicos actúan tomando en consideración la opinión de sus padres; c) un adolescente niega su consentimiento para que se le practique un determinado tratamiento, aún contra la voluntad de sus padres; y d) un niño, niña o adolescente, que no pueden manifestar su opinión respecto de si está de acuerdo o no con recibir determinado tratamiento, y los padres pretenden decidir por él o ella.

Quisiera comentar las situaciones b), c) y d) por separado y exponer cuáles son, según mi punto de vista, las soluciones que deben darse a cada una de ellas. Tratándose de la situación b) creo que los padres no pueden, en el caso que se encuentre en peligro la vida o la integridad física del niño o niña, asumir la representación de las palabras vertidas por él o ella, por mucho que el ordenamiento jurídico les reconozca el derecho de inculcar a sus hijos las convicciones religiosas que crean más convenientes. En una

³² Aunque no estaba en juego la libertad religiosa, hace algunos meses causó impacto mundial la noticia de una niña británica de 13 años que rechazó un trasplante de corazón, de dudosa eficacia, que buscaba prolongar su ya desgraciada vida, afectada desde los cinco años por una peculiar forma de leucemia. Hannah Jones escogió asumir el hecho probable de acortar su existencia a cambio de pasar sus días en casa rodeada de quienes la aman. Este asunto no alcanzó a fallarse por los tribunales, pero supuso un extenso debate ampliamente divulgado por los medios de prensa. Debo agregar que hace muy poco Jones cambió de parecer y, justo después de cumplir 14 años, decidió aceptar la opción del trasplante.

³³ El Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre un caso en que estaba en juego la vida de los recurrentes en amparo y éstos se negaban a que se les practicara un tratamiento médico, fallando en contra y ordenando que se les alimentara a los recurrentes contra su voluntad expresa si éstos caían en inconciencia. Se trata de la STC 120-1990, que resolvió el caso de la huelga de hambre de algunos miembros del GRAPO. La doctrina del Tribunal puede resumirse sobre la disponibilidad de la propia vida, en sus propias palabras, del siguiente modo: "(...) tiene, por consiguiente el derecho a la vida un contenido de protección positiva que impide configurarlo como un derecho de libertad que incluya el derecho a la propia muerte. Ello no impide, sin embargo, reconocer que, siendo la vida un bien de la persona que se integra en el círculo de su libertad, pueda aquélla fácticamente disponer sobre su propia muerte, pero esa disposición constituye una manifestación del *agere licere*, en cuanto que la privación de la vida propia o la aceptación de la propia muerte es un acto que la ley no prohíbe y no, en ningún modo, un derecho subjetivo que implique la posibilidad de movilizar el apoyo del poder público para vencer la resistencia que se oponga a la voluntad de morir, ni, mucho menos, un derecho subjetivo de carácter fundamental en el que esa posibilidad se extienda incluso frente a la resistencia del legislador, que no puede reducir el contenido esencial del derecho. En virtud de ello, no es posible admitir que la CE garantice en su artículo 15 el derecho a la propia muerte" (STC 120-1990, F.J. 7). Ahora bien, respecto del conflicto entre libertad religiosa y la administración de tratamientos médicos, que no pongan en peligro la vida, el Tribunal Constitucional se pronunció en la STC 166-1999, negando un amparo en que el recurrente pretendía el reintegro de gastos médicos ocasionados por su tratamiento en una clínica privada, ya que éste argumentaba que el hecho de acudir a la medicina privada se produjo al no serle garantizado por los facultativos de la Seguridad Social un tratamiento que, adecuado a sus creencias religiosas, excluyera en todo caso la transfusión de sangre en la intervención quirúrgica que se le había de practicar, y que el no reembolso de los gastos médicos reclamados significa una penalización económica a sus creencias religiosas. El Tribunal Constitucional sostuvo que "Es cierto que al garantizar el art. 16.1 CE la libertad religiosa y al declararse la aconfesionalidad del Estado en el núm. 3, del mismo precepto, no se desentiende por ello del problema, sino que, conforme se añade en el mismo núm. 3, «los poderes públicos tendrán en cuenta las creencias religiosas de la sociedad española y mantendrán las consiguientes relaciones de cooperación con la Iglesia Católica y las demás confesiones». De ahí que la Ley Orgánica de Libertad Religiosa disponga que para la aplicación real y efectiva de ese derecho, los poderes públicos adoptarán las medidas necesarias para facilitar la asistencia religiosa en los establecimientos públicos militares, hospitalarios, asistenciales, penitenciarios y otros bajo su dependencia, así como la formación religiosa en centros docentes públicos (art. 2.3). Pero de estas obligaciones del Estado y de otras tendientes a facilitar el ejercicio de la libertad religiosa, no puede seguirse, porque es cosa distinta, que esté también obligado a otorgar prestaciones de otra índole para que los creyentes de una determinada religión puedan cumplir los mandatos que les imponen sus creencias" (STC 166-1999, F.J. 4).

situación en la que un niño puede morir o sufrir secuelas graves debe primar su derecho a la vida por sobre la libertad religiosa de los padres, no importa cuán intensas sean dichas convicciones ni los efectos que los padres atribuyan a la administración del tratamiento. A la vez, la manifestación de voluntad del niño debe considerarse inverosímil y ser desechada, una vez que se le ha escuchado, puesto que no posee la suficiente madurez para poder tomar una decisión sobre la vida o la muerte. En definitiva, en tal situación debe echarse mano al interés superior del niño que, en este caso, se traducirá en preservar su vida, incluso a costa de hipotecar las creencias religiosas del propio niño y/o las de sus padres.

Ahora bien, tratándose de la situación c), la cuestión es distinta. Si queremos tomarnos en serio la autonomía progresiva debemos ser capaces de delimitar una zona en la que la opinión del adolescente debe ser considerada seriamente como un juicio reflexivo y propio de un individuo que está muy cerca de alcanzar la plena madurez intelectual. Luego, si el adolescente niega su consentimiento para que se le practique un tratamiento médico, éste no debe administrársele. Con todo, como el adolescente todavía no es mayor de edad y aún está en juego su interés superior, por supuesto con mucha menor intensidad que tratándose de un niño, deben extremarse los resguardos para asegurar que no se cometa un error o se sobrevalore la opinión del adolescente. Dichos resguardos deberían ser los siguientes: en primer lugar, al adolescente se le debe informar por el médico a cargo detalladamente y en privado, es decir, sin la presencia de los padres —a menos que éstos sean contrarios a la negativa— de su cuadro clínico como así también, con la misma detención, de las consecuencias que se siguen de la negativa al tratamiento médico, especificando claramente los casos en que ésta acarreará la muerte o una secuela crónica grave; en segundo lugar, dicha información deberá realizarse otra vez en las próximas 24 horas que sigan a la primera por otro médico; en tercer lugar, en ambos casos la negativa del adolescente debe ser clara, precisa, sin vacilaciones, por escrito y practicada en la plenitud de sus facultades mentales, previa pregunta de si comprende todo lo que se le ha dicho y las consecuencias que se siguen de su decisión; en cuarto lugar, si faltare cualquiera de los requisitos previos, el equipo médico procederá a administrar el tratamiento médico, es decir, resolverá la situación como si se tratara del caso d).

En fin, tratándose de la situación d), el tratamiento deberá administrarse, sin distinción si se trata de un niño o adolescente, porque al no conocerse la voluntad expresa y real del niño, niña o adolescente, debe primar el derecho a la vida, sin posibilidad de que otros actúen por ellos, ni siquiera en los casos que hubiera algún tipo de disposición o testamento vital realizado por el adolescente. La misma regla debe aplicarse en casos de intervenciones de emergencia o en las que se pueda producir una secuela funcional grave, sin que haya tiempo para recabar ningún tipo de opinión o consentimiento.

La Ley 41/2002 —reguladora de la autonomía del paciente a nivel estatal— puede darnos algunas pistas respecto de la forma en que la legislación española resolvería el dilema que

venimos describiendo cuando establece, en su artículo 9,³⁴ las reglas aplicables al consentimiento informado tratándose de personas menores de edad. Sin embargo, la disposición citada como veremos a continuación es muy confusa.³⁵ Al parecer, el precepto distingue tres situaciones distintas: a) las personas menores de edad no emancipadas —cualquiera sea su edad— que carecen de capacidad intelectual y emocional para comprender el alcance de la intervención; b) las personas menores de edad emancipadas o con dieciséis años cumplidos; y c) las personas menores de dieciséis años o no emancipadas, pero con suficiente madurez para entender el alcance de la intervención.³⁶

En la situación a) no cabe duda que opera el consentimiento por representación. No obstante, si la persona menor de edad tiene doce años cumplidos debe escucharse su opinión, aunque ello no impide que el consentimiento se otorgue válidamente contra la opinión del niño. Tratándose de niñas y niños menores de 12 años la ley no establece la obligación de escucharlos, pero por aplicación de las reglas generales siempre debería ser así. La prestación del consentimiento habrá de realizarse de conformidad a las exigencias señaladas en el artículo 9.5 de la ley en comento, esto es, garantizando el respeto a la autonomía privada del paciente. “Tales criterios se concretan en que la decisión tomada por el representante sea adecuada a las circunstancias y proporcionada a las necesidades del paciente, que actúe a su favor y que se respete su dignidad”.³⁷ Sobre esta primera hipótesis que recoge la normativa me parece que no hay nada que objetar, salvo que habría sido mejor que la disposición estableciera expresamente que siempre deberá escucharse a todo niño o niña, cualquiera sea su edad.

En la situación b) pareciera que el consentimiento por representación se encuentra vedado, pues los adolescentes emancipados y los que tuvieran dieciséis años cumplidos deberían otorgar el consentimiento por sí mismos. Sin embargo, una lectura atenta del precepto en cuestión nos obliga a concluir que el criterio principal escogido por el legislador es la madurez y no la edad, operando este último más bien como accesorio al presumir que los adolescentes

³⁴ El artículo dispone: “3. Se otorgará el consentimiento por representación en los siguientes supuestos:

a) Cuando el paciente no sea capaz de tomar decisiones, a criterio del médico responsable de la asistencia, o su estado físico o psíquico no le permita hacerse cargo de su situación. Si el paciente carece de representante legal, el consentimiento lo prestarán las personas vinculadas a él por razones familiares o de hecho.

b) Cuando el paciente esté incapacitado legalmente.

c) Cuando el paciente menor de edad no sea capaz intelectual ni emocionalmente de comprender el alcance de la intervención. En este caso, el consentimiento lo dará el representante legal del menor después de haber escuchado su opinión si tiene doce años cumplidos.

Cuando se trate de menores no incapaces ni incapacitados, pero emancipados o con dieciséis años cumplidos, no cabe prestar el consentimiento por representación. Sin embargo, en caso de actuación de grave riesgo, según el criterio del facultativo, los padres serán informados y su opinión será tenida en cuenta para la toma de la decisión correspondiente”.

³⁵ Varios autores coinciden en que la redacción del precepto es confusa y, además, se perdió una buena oportunidad de regular todo lo relacionado con la capacidad de las personas menores de edad en el ámbito sanitario. Véase, por ejemplo, ALMENARA BARRIOS, J., CÓZAR MURILLO, V., GARCÍA ORTEGA, C.: “La autonomía del paciente y los derechos en materia de información y documentación clínica en el contexto de la Ley 41/2002”, en *“Revista Española de Salud Pública”*, N° 4, julio-agosto 2004, p. 474; BERROCAL LANZAROT, A.: “El valor de la autonomía del paciente en la Ley 41/2002, del 14 de noviembre, reguladora de los derechos y deberes de los pacientes”, en *“Estudios en homenaje a Marcia Muñoz de Alba Medrano. Bioderecho, tecnología, salud y derecho genómico”*, David Cienfuegos Salgado y María Carmen Macías Vázquez (coord.), Instituto de Investigaciones Jurídicas, Universidad Autónoma de México, México D.F., pp. 122-132; y DOMÍNGUEZ LUELMO, A.: “Derecho sanitario y responsabilidad médica”, Lex Nova, segunda edición, Valladolid, 2007, pp. 353-368.

³⁶ BERROCAL LANZAROT, A.: ob.cit., pp. 122-132. Cfr. RODRÍGUEZ LÓPEZ, P.: “Incapacidad de los pacientes para recibir información y para prestar el consentimiento”, en *“Revista de Derecho vLex”*, N° 36, marzo 2006, especialmente pp. 45-53.

³⁷ BERROCAL LANZAROT, A.: ob. cit., pp. 123 y 124.

emancipados y de dieciséis años o más tienen suficiente madurez.³⁸ En consecuencia, si una persona de dieciséis años no tiene la suficiente madurez para llegar a una decisión libre, consciente y seria se aplicará el mismo criterio apuntado para la posición a). Varias críticas pueden hacerse a esta solución normativa. En primer lugar, no calza bien con el principio de la autonomía progresiva ya que todo indica que un adolescente está en condiciones de prestar el consentimiento informado y debería respetarse su decisión. En segundo lugar, la posibilidad de consultar a los representantes legales del adolescente pone en entredicho la confidencialidad de los datos relativos a su salud. En tercer lugar, la ley ha entregado al médico la calificación de la madurez del adolescente, lo que supondrá que el facultativo en la práctica diaria, con el objetivo de blindarse frente a futuras demandas, tenderá a solicitar siempre la autorización de los padres o judicializar la decisión para efectuar cualquier tipo de intervención médica.

En el caso c) si consideramos que el criterio articulador de la norma es la madurez —y relacionando el artículo 9.3 con el artículo 162 del Código Civil español— deberíamos concluir que antes de los dieciséis años se excluye el consentimiento por representación si la persona menor de edad es “capaz de comprender el alcance de la intervención, ya que éstos carecen de facultades para intervenir en el ámbito de sus derechos de la personalidad, requiriéndose sólo aquélla, cuando el menor precisamente no posee la suficiente capacidad natural”.³⁹ Aunque esta inferencia pueda parecernos acertada, no es consistente con la intuición de que la edad es un factor muy relevante para determinar el grado de autonomía que debe reconocerse a una persona menor de edad. De modo que, como ya señalé, el criterio cronológico debería haber tenido más peso para el legislador.

Ahora bien, la ley agrega —en cualquiera de las hipótesis que distinguí— que en una situación de grave riesgo, calificada como tal por el facultativo, los padres deberán ser informados y su opinión se tomará en cuenta para la toma de la decisión correspondiente. La redacción del precepto nuevamente es muy poco feliz ya que parece relativizar el derecho del adolescente a prestar su aquiescencia hasta tal punto, cuando hay una situación de grave riesgo, que vacía la obligación de que en estos casos no opere el consentimiento por representación. Además, si la calificación del grave riesgo depende del facultativo, éstos acudirán a la vía judicial en todos los casos para prevenir cualquier responsabilidad posterior. En suma, la forma en que el artículo 9 regula el consentimiento informado no permite resolver, de manera satisfactoria, el conflicto entre la vida como valor abstracto y el derecho de un adolescente a negarse a recibir un tratamiento médico en virtud de convicciones religiosas (o de otro tipo), amparadas por la libertad religiosa. En vez de eso —como he venido explicando— todo nos lleva inevitablemente a preguntarnos cómo la jurisprudencia ha resuelto el conflicto que nos preocupa.

³⁸ La ley 21/2000 de la Generalitat de Catalunya (sobre los derechos de información concernientes a la salud y la autonomía del paciente, y la documentación clínica) en su artículo 7.2 d) opta por una redacción mucho más clara que evita equívocos: “En el caso de menores, si éstos no son competentes, ni intelectual ni emocionalmente, para comprender el alcance de la intervención sobre su salud, el consentimiento debe darlo el representante del menor, después de haber escuchado, en todo caso, su opinión si es mayor de doce años. *En los demás casos, y especialmente en casos de menores emancipados y adolescentes de más de dieciséis años, el menor debe dar personalmente su consentimiento*” [la cursiva es mía].

³⁹ BERROCAL LANZAROT, A.: ob. cit., p. 127.

6. La negación a un tratamiento médico de un niño, niña o adolescente y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional

En este acápite expondré y someteré a crítica la forma en que el Tribunal Constitucional ha solucionado un caso real en que un niño se negaba a recibir un tratamiento médico. Pero antes realizaré algunos comentarios generales sobre la jurisprudencia del más alto tribunal español en materia de libertad religiosa e infancia.

Con ocasión de la sentencia 141-2000, el Tribunal Constitucional tuvo la oportunidad de pronunciarse sobre las posibles tensiones que podrían producirse entre la libertad religiosa de un hijo y la de su padre. El supuesto del caso era, en términos generales, la situación de un progenitor —el recurrente— que impugnaba una sentencia por considerar que la misma había vulnerado su derecho a la libertad ideológica y religiosa al restringir su régimen de visitas a sus hijos menores con motivo de su pertenencia al Movimiento Gnóstico Cristiano Universal de España.

El Tribunal Constitucional otorgó el amparo, pero antes se refirió extensamente al conflicto entre la libertad religiosa de los hijos y la de sus padres, que es lo que ahora nos interesa. En efecto, argumentó que en el marco de las relaciones paterno-filiales, ni el derecho de educar a los hijos ni el ejercicio de la libertad religiosa de los padres puede desconocer que los hijos son, a su vez, titulares del mismo derecho. El Tribunal Constitucional afirma así que frente al derecho de los padres “frente a la libertad de creencias de sus progenitores y su derecho a hacer proselitismo de las mismas con sus hijos, se alza como límite, además de la intangibilidad de la integridad moral de estos últimos, aquella misma libertad de creencias que asiste a los menores de edad, manifestada en su derecho a no compartir las convicciones de sus padres o a no sufrir sus actos de proselitismo, o más sencillamente, a mantener creencias diversas a las de sus padres, máxime cuando las de éstos pudieran afectar negativamente a su desarrollo personal. Libertades y derechos de unos y otros que, de surgir el conflicto, deberán ser ponderados teniendo siempre presente el «interés superior» de los menores de edad (arts. 15 y 16.1 CE en relación con el art. 39 CE)”.⁴⁰

Quisiera, en lo que sigue, analizar una sentencia particularmente relevante del Tribunal Constitucional en la materia que nos interesa⁴¹ que se pronunció sobre un recurso de amparo presentado contra las sentencias dictadas por la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo que conociendo un recurso de casación anularon la sentencia previa de la Audiencia Provincial de Huesca que había absuelto a los recurrentes de amparo del delito de homicidio, condenándolos como autores de un homicidio por omisión a las penas de dos años y seis meses de prisión, concurriendo con el carácter de atenuante muy calificada la de haber actuado bajo arrebato o estado pasional.

⁴⁰ STC 141-2000, F.J. 5.

⁴¹ Sentencia 154-2002. Dictada por el pleno, acordada por la unanimidad del Tribunal, cuyo ponente fue el magistrado Pablo Cachón.

Los hechos relevantes del caso son los que siguen. Un niño de trece años de edad Testigo de Jehová —al igual que sus padres— sufre una caída a consecuencia de la cual es llevado por éstos a un hospital. En el centro asistencial se les informa a los padres que el niño se hallaba en una situación de alto riesgo hemorrágico, por lo que era necesaria una transfusión sanguínea, a la que se opusieron los padres por sus convicciones religiosas, solicitando el alta de su hijo al no haber tratamientos alternativos. El hospital no accedió al alta sino que solicitó autorización al juzgado de guardia para realizar la transfusión, la que fue concedida en caso de ser imprescindible para la vida del niño, precisamente el supuesto del caso.

Los padres no se negaron, pero al disponerse los médicos a efectuar la transfusión, el niño —sin intervención de sus padres— la rechazó enfática y violentamente, entrando en un estado de excitación que podría haber precipitado una hemorragia cerebral. Después de varios intentos, solicitaron que los padres intervinieran para convencer a su hijo, a lo que se negaron por sus convicciones religiosas. Ante tal escenario el personal médico desechó la posibilidad de realizar la transfusión contra la voluntad del niño por considerarla médicamente contraproducente y descartaron también hacerlo bajo anestesia por ser ética y médicamente imprudente, accediendo a la petición del alta.

El niño fue llevado, con posterioridad a otros dos hospitales, en los cuales se realizó el mismo diagnóstico de la necesidad vital de la transfusión, oponiéndose a ella nuevamente tanto los padres como el niño. En ninguno de los dos centros hospitalarios se intentó realizar la transfusión forzosamente basándose en la autorización judicial vigente o solicitándose otra.

Luego de este periplo por tres hospitales distintos —que duró cinco días— el niño fue llevado por sus padres a su hogar. Al séptimo día un juzgado de instrucción autorizó la entrada en el domicilio del niño con el fin de realizar todo lo necesario para que éste fuera transfundido. Para tales efectos, fue llevado a otro hospital —manifestando sus padres nuevamente sus convicciones religiosas— llegando en estado de coma al centro en donde se le realizó la transfusión de sangre contra la voluntad pero sin oposición de los padres. Al día siguiente, es decir, el octavo día desde que los acontecimientos comenzaron, el niño falleció.

La demanda de amparo, promovida por los padres del niño, se fundamenta en la violación de la libertad religiosa y la integridad física y moral, protegidas por los artículos 16.1 y 15 de la Constitución, respectivamente. La argumentación de los demandantes se funda en dos razonamientos: el primero, la relevancia de la oposición del niño; y, el segundo, la imposibilidad de exigirles una acción disuasoria ante la negativa de su hijo.

Sobre la primera línea argumental, los recurrentes sostienen que tanto la Constitución, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley Orgánica de Protección del Menor de Edad, reconocen a todo niño o niña la

libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Además, la Ley Orgánica de Libertad Religiosa sólo establece como límites legítimos la protección de los derechos de los demás y la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moralidad pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la ley en el ámbito de una sociedad democrática, ninguno de los cuales se aplica al caso. Señalan, además, que todo niño o niña, de conformidad a la ley de protección, tiene el derecho a ser oído en cualquier procedimiento en que esté implicado y que conduzca a una decisión que afecte a su esfera personal, derecho que puede ejercitar por sí mismo cuando tenga suficiente juicio. Por último, como consta en los hechos probados, la posibilidad de una inminente transfusión provocó en el niño una reacción de pánico que no pudo ser disipada por la persuasión llevada a cabo por el personal sanitario, de lo que se sigue que el niño tenía derecho a no sufrir tratos inhumanos o degradantes. En suma, de acuerdo a las disposiciones citadas, se vulneraron por las sentencias impugnadas los artículos 15 y 16.1 de la Constitución al negar validez y relevancia jurídica a la libre y consciente manifestación de voluntad del niño.

A su turno, sobre la segunda línea argumental, la acción de amparo se justifica en la ausencia de un conflicto entre las convicciones religiosas de los padres y de la vida del niño, ya que ni el niño quería suicidarse ni los padres querían la muerte, produciéndose, en verdad, una contradicción entre la conciencia religiosa del niño y un tratamiento al cual éste se oponía. Por otra parte, no puede exigirse a los padres que renieguen de sus convicciones ya que gozan de una inmunidad de coacción porque no pueden ser obligados a practicar actos de culto contrarios a sus propias creencias. Incluso más, la obligación de los padres de prestar asistencia de todo orden a sus hijos no se opone sino, más bien, es perfectamente coherente con la práctica realizada por aquellos. A una conclusión idéntica se llega, según los demandantes, al revisar el artículo 10 de la Ley General de Sanidad y otras disposiciones que reconocen que *teniendo el niño suficiente juicio los padres estaban obligados, antes que a hacerle desistir, a prestarle la asistencia en el ejercicio personal y legítimo de sus propios derechos constitucionales de libertad de conciencia y religión, a la integridad física y moral y al rechazo a la tortura. La pretendida disuasión que debieron llevar a cabo los demandantes, contra la voluntad de su hijo, habría supuesto una contribución angustiosa a la conculcación de sus derechos y a la violación de unas convicciones que los padres inculcaron en ejercicio legítimo de un derecho.*

Complementando lo anterior, los recurrentes sostienen que, echando mano a la jurisprudencia del propio Tribunal Constitucional, toda asistencia médica coactiva es ilícita a menos que tenga una justificación constitucional, hipótesis que no se aplica al caso y, por último, *insisten en que la atribuida función de garantes en la sentencia condenatoria no pueda traspasar las exigencias de la racionalidad, ni los derechos fundamentales ni mucho menos los derechos de un tercero.*

El Ministerio solicita sea denegado el amparo, fundándose en las razones que siguen. En primer lugar, sostiene la incapacidad legal del niño para adoptar una decisión irrevocable

acerca de su vida o su muerte, la que correspondía a los padres como titulares de la patria potestad, la que debe ejercerse, por aplicación del artículo 2 de la Ley Orgánica de Protección y del artículo 154 del Código Civil, respondiendo siempre de la vida y salud del niño. En segundo lugar, argumenta que *el tratamiento específico, transfusión de sangre, concreto y único posible para el fin curativo pretendido, constituye un límite válido al derecho fundamental a la libertad religiosa de los recurrentes, no cuando la colisión es con su derecho fundamental a la vida sino cuando el titular del derecho a la vida es una tercera persona respecto de la que existe una especial relación de responsabilidad por ser titulares de la patria potestad. El límite a la libertad religiosa es la salud del niño y los padres como garantes, dada la incapacidad legal de éste para tomar una decisión tan trascendental y definitiva sobre su vida, debieron cumplir su obligación de guarda y custodia, la que les imponía el deber de salvar la vida de su hijo, transformándose en un límite constitucional a la libertad religiosa.*

La primera cuestión jurídica relevante a resolver por el Tribunal Constitucional es si el adolescente es titular del derecho a la libertad religiosa. La respuesta es, sin duda, afirmativa. Tanto la Constitución (artículo 16.1), la Ley Orgánica de Libertad Religiosa (artículo 2.1), la Ley Orgánica del Protección al Menor de Edad (artículo 3 y 6) y la Convención sobre los Derechos del Niño (artículo 14) reconocen a los niños y niñas el derecho a la libertad religiosa. Además, el Tribunal Constitucional ya había dicho —STC 146-2000— que los niños y niñas son titulares plenos de sus derechos fundamentales, particularmente de la libertad religiosa, sin que el ejercicio y la facultad de disponer sobre ellos se abandone completamente a las decisiones de quienes ejerzan su cuidado, los que deberán siempre incidir en función de la madurez del niño o niña, los distintos estadios de su capacidad de obrar y velando por el interés superior del niño y no al servicio de otros intereses que puedan postergarlo.⁴²

La segunda cuestión importante se relaciona con el significado y relevancia constitucional de la oposición del niño al tratamiento médico prescrito. Para el Tribunal Constitucional, el niño expresó claramente su voluntad, coincidente con la de sus padres, de excluir la transfusión sanguínea como tratamiento médico posible, dato que es absolutamente relevante, tomando en consideración, además, la inexistencia de tratamientos alternativos. Pero, todavía más, lo crucial es que —haciendo abstracción de los motivos que llevaron al niño al rechazo— éste al oponerse a la injerencia ajena sobre su propio cuerpo estaba ejercitando un derecho de autodeterminación distinto que se traduce en el derecho fundamental a la integridad física. Ahora bien, respecto de la relevancia de la oposición, el Tribunal la desconoce. En efecto, sostiene que *“en todo caso, y partiendo también de las consideraciones anteriores, no hay datos suficientes de los que pueda concluirse con certeza —y así lo entienden las Sentencias ahora impugnadas— que el menor fallecido, hijo de los recurrentes en amparo, de trece años de edad, tuviera la madurez de juicio*

⁴² STC 141-2000, F.J. 5.

*necesaria para asumir una decisión vital, como la que nos ocupa. Así pues, la decisión del menor no vinculaba a los padres respecto de la decisión que ellos, a los efectos ahora considerados, habían de adoptar”.*⁴³

El tercer aspecto fundamental y central en juego es dilucidar si se vulnera la libertad religiosa de los demandantes de amparo al exigirles la posición de garantes. Para responder a esta cuestión jurídica que es la decisiva de la sentencia en comento, el Tribunal Constitucional, antes de entrar de lleno en los supuestos específicos del caso, expone el contenido y límites propios del derecho a la libertad religiosa. En general, sostiene que la libertad religiosa tiene una dimensión objetiva, o sea, la neutralidad de los poderes públicos y el mantenimiento de relaciones de cooperación de éstos con las diferentes iglesias; y otra subjetiva, esto es, como derecho subjetivo que tiene una faz interna de libre configuración de las convicciones y una externa que alude a la posibilidad de ejercer y mantener dichas convicciones y creencias sin coacciones.

Ahora bien, “el derecho que asiste al creyente de creer y conducirse personalmente conforme a sus convicciones no está sometido a más límites que los que le imponen el respeto a los derechos fundamentales ajenos y otros bienes jurídicos protegidos constitucionalmente”.⁴⁴ La Ley Orgánica de Libertad Religiosa, en su artículo 3.1. desarrolla el artículo 16.1. estableciendo que “el ejercicio de los derechos dimanantes de la libertad religiosa y de culto tiene como único límite la protección del derecho de los demás al ejercicio de sus libertades públicas y derechos fundamentales, así como la salvaguardia de la seguridad, de la salud y de la moral pública, elementos constitutivos del orden público protegido por la Ley en el ámbito de una sociedad democrática”, límites que son coincidentes con los dispuestos en el Convenio Europeo de Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Además, dichos límites a la libertad religiosa —como a todo derecho fundamental— deben ser útiles, proporcionales y respetar el contenido esencial del derecho.

Luego de esa alusión general a la doctrina sustentada por el propio Tribunal respecto del alcance y límites de la libertad religiosa, éste realiza una específica ponderación en el caso concreto: *la condición de garantes exigida por las sentencias recurridas constituye una intromisión inconstitucional en el ámbito propio de la libertad religiosa. Descarta, además, cualquier otro límite al ejercicio de la libertad religiosa que pudiera entrar a tallar en el caso.* El sentenciador argumenta, por último, que la posición de garante y su calificación no es una cuestión fáctica respecto de la cual no pueda pronunciarse el Tribunal. En efecto, “*los órganos judiciales no pueden configurar el contenido de los deberes de garante haciendo abstracción de los derechos fundamentales, concretamente —por lo que ahora específicamente interesa— del derecho a la libertad religiosa, que proclama el art. 16.1 CE*”.⁴⁵

⁴³ STC 154-2002, F.J. 10.

⁴⁴ STC 141-2000, F.J. 4.

⁴⁵ STC 154-2002, F.J. 11.

El juicio ponderativo a realizar, para efectos de determinar el deber específico que exigía la posición de garantes, es entre el derecho preponderante a la vida del niño y el derecho a la libertad religiosa y de creencias de los padres. Para el Tribunal, el principio de concordancia práctica exige que el sacrificio del derecho llamado a ceder a favor de otro en caso de conflicto, no exceda las necesidades de realización del derecho preponderante. Y, según las circunstancias de este caso concreto, *“la efectividad de ese preponderante derecho a la vida del menor no quedaba impedida por la actitud de sus padres, visto que éstos se aquietaron desde el primer momento a la decisión judicial que autorizó la transfusión. Por lo demás, no queda acreditada ni la probable eficacia de la actuación suasoria de los padres ni que, con independencia del comportamiento de éstos, no hubiese otras alternativas menos gravosas que permitiesen la práctica de la transfusión”*.⁴⁶ En suma, *“cabe concluir que la exigencia a los padres de una actuación suasoria o de una actuación permisiva de la transfusión lo es, en realidad, de una actuación que afecta negativamente al propio núcleo o centro de sus convicciones religiosas. Y cabe concluir también que, al propio tiempo, su coherencia con tales convicciones no fue obstáculo para que pusieran al menor en disposición efectiva de que sobre él fuera ejercida la acción tutelar del poder público para su salvaguarda, acción tutelar a cuyo ejercicio en ningún momento se opusieron”*.⁴⁷

Considerando todos los elementos de análisis anteriores, el Tribunal Constitucional decidió otorgar el amparo solicitado y, en consecuencia: a) reconocer que a los recurrentes en amparo se les ha vulnerado su derecho fundamental a la libertad de religión (artículo 16.1 CE); y b) restablecer en su derecho a los recurrentes y, a tal fin, anular las Sentencias de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo.⁴⁸

Quisiera, ahora, adelantar algunas ideas críticas respecto de la resolución que acabo de presentar. Es destacable que el Tribunal Constitucional, recurriendo a tratados, la Constitución, leyes y, especialmente, la Convención sobre los Derechos del Niño comparta la tesis de que los niños y niñas son titulares directos, sin intermediarios, de todos los derechos humanos en general y de algunos que les son propios por las características particulares que éstos poseen. Pero ¿aplica consistentemente el Tribunal Constitucional esta idea matriz que acabo de presentar en el caso particular? Yo creo que no. En efecto, el Tribunal pierde, en mi opinión, una excelente oportunidad para establecer una línea divisoria relevante en el desarrollo progresivo de la autonomía de todo niño o niña y, en cambio, opta, para obviar esa posibilidad, por una decisión que considero altamente peligrosa. Ante un caso tan claro y evidente de un adolescente de 13 años que posee

⁴⁶ STC 154-2002, F.J. 12.

⁴⁷ STC 154-2002, F.J. 15.

⁴⁸ Probablemente la doctrina del fallo se encuentre fielmente representada por este extracto textual del razonamiento del juez constitucional: “En definitiva, acotada la situación real en los términos expuestos, hemos de estimar que la expresada exigencia a los padres de una actuación suasoria o que fuese permisiva de la transfusión, una vez que posibilitaron sin reservas la acción tutelar del poder público para la protección del menor, contradice en su propio núcleo su derecho a la libertad religiosa yendo más allá del deber que les era exigible en virtud de su especial posición jurídica respecto del hijo menor. En tal sentido, y en el presente caso, la condición de garante de los padres no se extendía al cumplimiento de tales exigencias”. STC 154-2002, F.J. 15.

suficiente capacidad intelectual para adoptar una creencia religiosa y mantenerla firmemente en el tiempo, incluso frente a la insistencia —en tiempos distintos— de varias personas que lo exhortaron a aceptar una transfusión, el Tribunal considera irrelevante la oposición del niño al tratamiento (F.J. 10) aunque sí la considera, en términos muy ambiguos, como un presupuesto fáctico relevante para testear la pugna entre la posición de garantes y la libertad religiosa de los padres. Esta dicotomía me parece incoherente. Si la decisión tenaz y dramática del adolescente de persistir en sus convicciones es tan importante para excusar de la posición de garantes a sus padres debería medirse con igual intensidad para calificar la seriedad de la oposición al tratamiento del propio adolescente, pudiendo, entonces, el Tribunal haber acogido el amparo argumentando directamente que los recurrentes no debieron ser condenados por delito alguno, ya que su hijo actuó autónomamente, prefiriendo la muerte a romper sus creencias.

El Tribunal Constitucional es repetitivo en insistir en las circunstancias especiales del caso, tratando de no establecer un precedente general de que las convicciones religiosas de los padres puedan excusarlos del deber de cuidado respecto de sus hijos, particularmente enfatizando la claridad y continuidad de la oposición del adolescente a la transfusión. Creo que estas peculiaridades que hacen tan especial y dramático el caso no son para excusar la posición de garantes de los padres sino, más bien, para reconocer la relevancia constitucional de la voluntad expresada seria y libremente por el adolescente.

En suma, considero que el Tribunal Constitucional, para evitar un precedente peligroso, decidió de forma temeraria ya que la doctrina establecida resulta preocupante debido a que los padres que hubieren adoctrinado suficientemente a sus hijos en creencias religiosas que pudieren ser potencialmente contrarias a la preservación de la vida, tendrían la garantía que esas creencias predominarán sobre la vida de aquéllos. Bastaría con no entorpecer el actuar del personal sanitario, aun cuando no autorizaran la intervención de éstos. Lo que conduciría, al parecer, a colocar la vida de los niños y niñas a merced de las creencias religiosas de sus padres. Claro, todo este peligro se dispararía si la balanza la lleváramos al lugar que corresponde, esto es, a calificar jurídicamente si la adhesión a una cierta convicción religiosa o de cualquier otro tipo puede ser relevante cuando un adolescente ha alcanzado la madurez necesaria, que a los 13 años puede plantear dudas pero probablemente no las plantee respecto de un adolescente de 16 años. Todos concordamos que una persona no termina un día siendo niña o niño y despierta al día siguiente con 18 años recién cumplidos siendo un adulto. Quizás el Derecho debería realizar esfuerzos para hacer otras distinciones que contribuyan al tránsito de la ciudadanía infantil a la ciudadanía plena y uno de esos pasos es distinguir para efectos, por ejemplo, del ejercicio de derechos y la responsabilidad, la calidad de adolescente, como un estado que se encuentra a medio camino entre la niñez y la adultez. Ni la Ley 41/2002 ni el Tribunal Constitucional, según hemos visto, han logrado articular adecuadamente dicho tránsito.

7. Conclusiones

Para finalizar este trabajo, quisiera señalar algunas ideas a modo de síntesis de lo que he sostenido a lo largo de estas líneas y, al mismo tiempo, sugerir algunas conclusiones sobre el tema que me ha ocupado.

La Convención sobre los Derechos del Niño inauguró un nuevo paradigma de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que concretiza una evolución significativa desde un sistema tutelar de protección, basado en el control social de los “menores” en riesgo social que deben ser objeto de amparo, a un sistema integrado de protección de los derechos de la infancia que supone reconocerlos como sujetos de derecho admitiendo, a la vez, su condición de personas en desarrollo.

La Convención sobre los Derechos del Niño nos impone el desafío de transformar a los niños, niñas y adolescentes de menores a ciudadanos. Obviamente no me refiero a la definición constitucional de ciudadanía sino, cosa distinta, a una concepción mucho más extensa de ciudadanía relacionada con una cierta identidad política que se forja mediante la compenetración con los asuntos públicos por parte de todas las personas que forman una sociedad. De este modo, la ciudadanía de los niños y niñas es diversa a la de los adultos pero igualmente intensa. Sus opiniones habrán de extenderse no tan solo a los asuntos que los afectan directamente, sino que se expanden a todas las cuestiones que tengan que ver con la construcción de esa identidad pública.⁴⁹ Para que se produzca dicha transformación no basta el reconocimiento normativo de la calidad de titulares de derechos a los niños, niñas y adolescentes. Se requieren, además, mecanismos específicos para asegurar que esos derechos serán efectivamente ejercidos, siendo necesario que los tribunales adopten decisiones consistentes con este principio.

Con todo, los ordenamientos jurídicos reconocen que debido a circunstancias fácticas no es posible dotar a los niños, niñas y adolescentes de una autonomía plena, lo que resulta difícil de conciliar en cuanto, por un lado, se les reconoce la calidad de titulares de derechos y, por otro, basados en razones fundadas en la madurez física y psíquica, se entiende que no se les pueden conceder todos los derechos en plenitud como a una persona adulta. Frente a esta dicotomía la Convención nos dota de la idea de autonomía progresiva para intentar sortearla.

En efecto, del artículo quinto de la Convención se puede deducir que el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes es progresivo en razón de la evolución de sus facultades y que a los padres —o demás responsables en su caso— les corresponde impartir la orientación y dirección apropiadas para que aquéllos ejerzan los derechos reconocidos por la Convención y se preparen para una ciudadanía plena. Por lo mismo, las funciones parentales de orientación y apoyo decrecerán de modo inversamente proporcional a la evolución de las facultades de los niños, niñas y adolescentes.

⁴⁹ Véase BARATTA, A.: *ob. cit.*

En plena armonía con lo expuesto más arriba, la Convención también consagra otro principio fundamental: el interés superior del niño. Éste⁵⁰ no es sólo una enunciación inspiradora o programática, por el contrario, es una norma imperativa que impone un cierto deber de conducta que consiste en la satisfacción plena de los derechos de los niños y, además, la consideración primordial de sus intereses y derechos por sobre otros. Así, el interés superior del niño debe entenderse de modo tal que produzca la mejor satisfacción de sus derechos y, por lo mismo, radica en el propio interés del niño que progresivamente vaya asumiendo su ciudadanía plena. Un mecanismo para lograrlo se relaciona directamente con los derechos del niño, niña y adolescente a formarse un juicio propio, a expresar su opinión y a ser escuchado, los que constituyen, a su vez, los fundamentos directos del reconocimiento para éstos del derecho a la libertad religiosa.

Por último, quisiera destacar las siguientes conclusiones específicas:

- 1.** Debe consolidarse la situación de las personas menores de edad como titulares de derechos fundamentales. Para ello, es indispensable no sólo otorgarles, efectivamente, todos los derechos reconocidos por la Constitución o por la Convención sobre los Derechos del Niño sino, más que eso, es necesario regular dentro del ordenamiento jurídico interno las diferentes modalidades y peculiaridades que deben establecerse para ciertos derechos complejos, entre ellos, por cierto, la libertad religiosa de los niños, niñas y adolescentes y sus consecuencias.
- 2.** Profundizar en las reformas que sean necesarias, sobre todo en el Derecho Civil, para que se configure un espacio familiar participativo, que prepare adecuadamente al niño, niña y adolescente para la vida adulta. Es indispensable transitar, desde un modelo tradicional de cuidado paterno filial que se sustenta en la patria potestad, a un sistema de responsabilidad parental que introduzca dentro de la familia instituciones que fomenten el diálogo, la discusión y el respeto de todas las opiniones en su interior. La familia exige, digámoslo así, para tomarnos en serio los derechos de la infancia y adolescencia, una cierta democratización.
- 3.** En fin —y la negación a tratamientos médicos es un buen ejemplo de esa necesidad—,⁵¹ es urgente flexibilizar el binomio polar “mayoría de edad versus minoría de edad”, para agregar la adolescencia como una categoría intermedia que produzca efectos jurídicos que permitan considerar como vinculante la opinión del adolescente, pero bajo ciertas restricciones que aseguren su interés superior, menos intenso en esta etapa pero que no lo abandonará sino hasta que alcance la mayoría de edad plena.

⁵⁰ El artículo 3.1. de la Convención dispone lo siguiente: “En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

⁵¹ Otros casos relevantes son: la opinión del adolescente para elegir el tipo de educación que quiere recibir; y la posibilidad de un adolescente de decidir y demandar tratamientos médicos por sí solo y en forma confidencial, por ejemplo, la solicitud de métodos anticonceptivos (incluida la anticoncepción de emergencia).

ENSAYO PARA PENSAR UNA RELACIÓN COMPLEJA: SOBRE EL RÉGIMEN JURÍDICO DE LA CAPACIDAD CIVIL Y REPRESENTACIÓN LEGAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DESDE EL PRINCIPIO DE AUTONOMÍA PROGRESIVA EN EL DERECHO ARGENTINO

MARISA HERRERA*

*“La realidad es demasiado rica y sus contornos demasiado complejos
para que una sola lámpara los pueda iluminar por completo”
Ilya Prigogine***

I. La tensión entre el “ser” y el “deber ser” a modo de introducción

Como punto de partida y también de llegada en toda construcción teórico-normativa que involucra derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, es imperativo tener como guía, eje o cimientos los sendos instrumentos internacionales de derechos humanos que, de manera directa o indirecta, se ocupan y preocupan por regular la condición jurídica de la infancia y adolescencia.

De manera particular, esta actitud presenta una mayor presión en aquellos países donde estas herramientas normativas cuentan con un fuerte valor jurídico en razón de su jerarquía constitucional, tal como acontece en la Argentina tras la última reforma del año 1994, que le otorga supremacía a la Convención sobre los Derechos del Niño¹ en el art. 75 inciso 22 de la Carta Magna. Más aún, la doctrina constitucional contemporánea entiende que la tradicional pirámide jurídica de Kelsen, en cuyo vértice se aloja la Constitución, comparte el “trono normativo” con otras herramientas legales bajo el concepto de un “bloque de la constitucionalidad federal”,² convirtiendo a dicha figura geométrica en un trapecio y,

* Docente de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y la Universidad de Palermo, Argentina. Doctora en Derecho, UBA (Universidad de Buenos Aires, Argentina). Investigadora del CONICET (Consejo Nacional de Investigaciones Científicas y Técnicas). Subdirectora de la Carrera de Especialización en Derecho de Familia y Coordinadora de la Maestría en Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia, Departamento de Posgrado, Facultad de Derecho, UBA. Consultora de UNICEF Oficina de Argentina.

** Citado por BENENTE, M., “La rebelión de los paréntesis. Lo que ha quedado fuera del caso Boggiano”, *Lecciones y Ensayos*, Nº 84, Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho, UBA, p. 253. Ilya Prigogine es físico y químico de origen ruso, premio Nobel de Química en el año 1977.

¹ CDN o la Convención, indistintamente.

² Sobre este punto puede consultarse, entre otros, BIDART CAMPOS, Germán J., *Tratado de Derecho Constitucional*, tomo I-A, edición ampliada y actualizada 1999-2000, Ediar, Buenos Aires, 2000; GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “El bloque de la constitucionalidad federal y los informes de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos”, *Revista Argentina de Derecho Constitucional* n° 4, Ediar, Buenos Aires, 2001 y MANLI, Pablo L., *El bloque de constitucionalidad. La recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en el Derecho Constitucional Argentino*, Editorial La Ley, Buenos Aires, 2003.

por ende, no sólo prima en el orden jurídico interno la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos que aquella jerarquiza —sea de manera originaria o derivada—, sino también las opiniones consultivas y sentencias emanadas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Por lo tanto, y a los fines de evitar caer en argumentos falaces, si se comienza cualquier tipo de análisis de carácter normativo que involucre derechos humanos por las normas infraconstitucionales, cabe reiterar y así reforzar aquellas voces irrefutables que indican que todo estudio en materia de infancia y adolescencia debe, de manera inexorable, tomar como fundamento las disposiciones —incluso los silencios— que emanan de los instrumentos internacionales de derechos humanos especiales, básicamente la Convención sobre los Derechos del Niño, la Opinión Consultiva Nº 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos³ y las todavía escasas sentencias emanadas de este órgano judicial regional en materia de derecho civil, so pena de incurrir el Estado Argentino en responsabilidad internacional tal como lo ha señalado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en varias oportunidades.⁴ Incluso, se debe apelar a los instrumentos que integran el llamado “soft law”⁵ que permiten complementar y profundizar la regulación de mayor valor normativo. En este sentido, caben destacar las Observaciones Generales de las Naciones Unidas o las observaciones particulares (a cada Estado signatario de la CDN) por un organismo

³ Cabe destacar que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos ha puesto de resalto en la misma Opinión Consultiva 17 que “El Estado, incluido el Poder Judicial, tiene la obligación de aplicar los tratados internacionales. En ese sentido, la Comisión reconoce que la Convención sobre los Derechos del Niño, junto con otros instrumentos internacionales, constituyen un corpus iuris internacional para la protección de los niños, que puede servir como “guía interpretativa”, a la luz del artículo 29 de la Convención Americana, para analizar el contenido de los artículos 8 y 25 y su relación con el artículo 19, de la misma Convención”, agregando: “Asimismo, aquellos instrumentos —entre los que se encuentran las “Reglas de Beijing”, las “Reglas de Tokio” y las “Directrices de Riad”— desarrollan la protección integral de los niños, niñas y adolescentes”, siendo éste uno de los tantos canales de “ampliación” del “corpus iuris” en materia de derechos de niños y adolescentes. Para profundizar sobre este documento regional recomiendo el trabajo de Mary Beloff sobre “Luces y sombras de la Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño” en BELOFF, M., *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, p. 79 y ss.

⁴ Por citar algunos precedentes “paradigmáticos”, en fecha 07/07/1992 el Máximo Tribunal del país en el caso “Ekmekdjian c. Sofovich” señaló que “La violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento” y “Que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados —aprobada por ley 19.865, ratificada por el Poder Ejecutivo nacional el 5 de diciembre de 1972 y en vigor desde el 27 de enero de 1980— confiere primacía al derecho internacional convencional sobre el derecho interno. Ahora esta prioridad de rango integra el ordenamiento jurídico argentino. La convención es un tratado internacional, constitucionalmente válido, que asigna prioridad a los tratados internacionales frente a la ley interna en el ámbito del derecho interno, esto es, un reconocimiento de la primacía del derecho internacional por el propio derecho interno” (CSJN, 07/07/1992, Ekmekdjian, Miguel A. c. Sofovich, Gerardo y otros., LL, 1992-C, 543, considerandos Nºs 16, 17 y 18). Agregándose en el también reconocido caso “Girolidi” del 07/04/1995 que “la jerarquía constitucional de que la Convención Americana sobre Derechos Humanos ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente en las condiciones de su vigencia” (art. 75 inc. 22, par. 2°), esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación. De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (...)” (CSJN, 07/04/1995, Girolidi, Horacio D. y otro, LL, 1995-D, 462, considerando 11°).

⁵ La comunidad internacional concreta su voluntad en documentos no convencionales como ser reglas mínimas, principios básicos, directrices, recomendaciones o códigos de conducta que, sin generar por sí solos responsabilidad internacional para el Estado en caso de incumplimiento, interpretan tratados o explicitan el contenido de los derechos protegidos en instrumentos internacionales, plasmando principios internacionales de derechos humanos, los cuales bajo ciertas circunstancias se transforman en derecho consuetudinario y, por lo tanto, en derecho vigente. Como es sabido, en materia de derechos de niños, niñas y adolescentes son varios los instrumentos de este tenor como ser, entre otros, las “Reglas de Beijing”, las Directrices de RIAD, como así también las Observaciones Generales de Naciones Unidas y las Observaciones emitidas por el Comité de los Derechos del Niño de conformidad con el procedimiento previsto en el art. 42 y siguientes de la Convención sobre los Derechos del Niño. Todos estos documentos han ocupado un lugar de relevancia al momento de dirimir conflictos relacionados con este grupo etéreo, tal como surge de la doctrina jurisprudencial desarrollada en los últimos años (conf. MORLACETTI, A., “Derecho internacional de los Derechos Humanos y mecanismos para su protección”, documento/material bibliográfico del Ciclo de Capacitación Regional de Actualización Normativa y Jurisprudencial sobre Derechos de la Niñez y la Adolescencia para operadores del sistema de justicia en el marco del convenio firmado entre el Instituto de Estudios Judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires y UNICEF, realizado durante el segundo cuatrimestre del 2008).

internacional “de vigilancia” como el Comité de los Derechos del Niño de conformidad con la manda establecida en su art. 44.⁶

En este contexto normativo tan abrumador como contundente, la doctrina internacional de los derechos humanos se muestra como un excelente “punto de inflexión” para impulsar y auspiciar una perspectiva crítica sobre las soluciones o respuestas normativas que brindan los ordenamientos jurídicos nacionales al regular las distintas materias relativas a la infancia y adolescencia.

En esta oportunidad, tenemos por objeto focalizar en un entrecruzamiento vital y postergado en la amplia mayoría de las legislaciones del globo, nos referimos al régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal desde el crisol del principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes por imperativo supralegal (la CDN) e infraconstitucional (la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes).⁷

Retomando la idea de responsabilidad internacional del Estado aludida, es interesante advertir cómo esta cuestión se encontraría más comprometida en el tema en estudio, recayendo el peso del incumplimiento de manera clara en uno de los tres poderes estatales: el Poder Legislativo, dada su esencial misión de acortar la brecha existente entre normativas de diferente jerarquía siendo, precisamente, las de rango infraconstitucional las más hábiles y contundentes para introducir cambios en las prácticas legales y sociales en la materia que se trate.

Nos explicamos. Hay conflictos donde su resolución depende de varios factores como, por ejemplo, y sin salirse de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, el tema de la satisfacción o restitución de derechos sociales vulnerados, el rol de las políticas públicas de infancia y el reiterado fortalecimiento familiar al que alude en varias ocasiones la Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes. Aquí, no sólo es difícil medir el grado de cumplimiento de este tipo de obligaciones estatales asumidas, sino también las habilidades y razonabilidad del diseño e implementación de estas acciones positivas que involucren en distinto grado a los tres poderes estatales. En

⁶ En un precedente más reciente, dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en fecha 02/12/2008, donde se cuestionó en el marco de un proceso de hábeas corpus colectivo la privación de la libertad de personas menores de 16 años por cometer delitos en el ámbito de la Justicia Nacional de Menores de la Capital Federal, y se colocó en debate la constitucionalidad del régimen penal de la minoridad prevista en la Ley 22.278 que permite la disposición tutelar de dichas personas menores de edad no punibles, el magistrado Petracchi en su voto puso de resalto lo expresado por el Comité de los Derechos del Niño a la Argentina en su última observación de octubre del año 2002, como se ve que “el Comité también puso de resalto el número de niños, especialmente de familias pobres, que se encuentran privados de un medio familiar y colocados en instituciones de asistencia pública o en internados, a menudo lejos de su hogar (Observaciones finales: Argentina, 9-10-2002, CRC/C/15/Add.187, párrs. 15, 40, 42, 62 y 63). El Comité se refirió a la “eliminación del concepto tradicional de ‘situación irregular’” también al expedirse sobre la situación de otros países (Observaciones finales: Paraguay, 12-10-2001, CRC/C/15/Add.166, párr. 10. b; Observaciones finales: El Salvador, CRC/C/15/Add.232, 4-6-2004, párr. 3. d, y Observaciones finales: Guatemala, 8-6-2001, CRC/C/15/Add.154, párrs. 11 y 56). Como conclusión, el Comité recomendó a la Argentina, inter alia, que: a. establezca mecanismos y procedimientos apropiados para hacer frente a la situación de los niños que necesitan atención y protección; b. revise sus leyes y prácticas relativas al sistema de justicia de menores para lograr cuanto antes su plena conformidad con las disposiciones de la Convención, en particular los arts. 37, 39 y 40, así como con otras normas internacionales en la materia, como las Reglas de Beijing y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), y c. asegure que exista una clara distinción, en cuanto a procedimientos y trato, entre los niños que tienen conflictos con la justicia y los niños que necesitan protección (cit. párrs. 41 y 63 a y c)” (considerando 6°).

⁷ Sancionada en fecha 28/09/2005, promulgada el 21/10/2005 y publicada el 26/10/2005, la cual se encuentra complementada con los decretos reglamentarios 415/2006 y 416/2006, constituyéndose en el primer núcleo normativo a nivel nacional dedicado a fijar los principios básicos para la defensa, protección y satisfacción de los derechos de niños, niñas y adolescentes en la Argentina.

cambio, habría ciertas “tareas pendientes” en materia de efectivización de los derechos de niños y adolescentes, que comprometen en mayor medida a uno de los tres poderes del Estado (en este caso el Poder Legislativo) donde las soluciones normativas para su cumplimiento serían más palpables o, al menos, presentarían ciertos matices no tan complejos y, por ende, el incumplimiento se tornaría más elocuente. Entendemos que dentro de este último ámbito estaría el tema que nos convoca en esta oportunidad: conocer el grado de situación, tensión y compromiso en el que se halla el régimen jurídico de la capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes a la luz de la obligada doctrina internacional de los derechos humanos. De este modo, esta mayor sensibilidad ante la posible responsabilidad estatal en el plano internacional sería uno de los tantos argumentos de “presión” para resaltar la importancia y urgencia de la mirada crítica y reformista de tinte legal que se propone en este ensayo.

Este intento por evitar un claro supuesto de responsabilidad estatal internacional centrada en la necesidad de un cambio legislativo en el sistema jurídico de la capacidad civil y sus efectos concretos en la satisfacción de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes como la libertad, la autonomía y la participación, entre otros, se funda en el recordado y reiterado art. 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969 relativo a *“El derecho interno y la observancia de los tratados”* donde se asevera en su primera parte que *“Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”*. En todo caso, uno debería preguntarse sobre el grado de responsabilidad o, en otras palabras, entre qué parámetros o en qué términos debería encontrarse una regulación actualizada en materia de capacidad civil y representación legal de niños y adolescentes que responda al principio de autonomía progresiva para evitar caer en un supuesto de responsabilidad internacional.

En este sentido, el debate o nudo problemático giraría en torno a cuáles serían los principios y conceptos de mínima y máxima que podrían formar parte de un nuevo marco normativo. Estos serán los pilares que sostienen e impulsan el presente ensayo.

Para este fin, no sólo se llevará adelante un sano ejercicio de “compatibilidad” entre las normas del Código Civil argentino actual con el reiterado principio de autonomía progresiva, sino se intentará ir más allá al proponer algunas líneas reguladoras hábiles para repensar los conceptos clásicos de “capacidad civil” y “representación legal” desde este principio típico o propio de la doctrina internacional de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes. Se trata de “observar la ley” desde una posición normativista, sin por ello dejar de tener en cuenta en todo momento la dimensión ideológica que está detrás. Como se ha expresado: *“Una primera observación, bastante obvia, es que las normas son manifestaciones ideológicas en el sentido de que encarnan justamente modos de concebir y valorar las áreas de la realidad social que, se supone, aquéllas están destinadas a regular. En un sentido bastante amplio, en todo conjunto normativo que supere un cierto umbral significativo pueden ‘leerse’ marcas de una determinada concepción política, social,*

económica, etc”, agregándose que “La explicitación del contenido o de la orientación ideológica de un conjunto normativo está directamente relacionada con el análisis de los principios que lo informan”.⁸ Por lo cual, partir del derecho internacional de los derechos humanos no ha sido una decisión casual.

Por otra parte, y tomando las palabras que esgrimió en alguna oportunidad Mary Beloff cuando se pregunta: “¿Ha servido la CDN para desarrollar acción política deseable en términos de ampliación de la ciudadanía de niños y niñas argentinos?”, respondiendo que “de forma liminar y precisamente por esa confianza (¿ingenua?) en la fuerza normativa, para producir efectos concretos en el mundo real”,⁹ podríamos preguntarnos entonces si en materia de capacidad civil y representación legal de niños y adolescentes también la confianza en una modificación legislativa sería ingenua y si, por el contrario, en este campo temático más estricto, una propuesta de cambio normativo tendría consecuencias más precisas y tangibles en el mundo real. De ser así, valdría doble el esfuerzo para alcanzar una reforma legal.

¿Será posible en el ámbito temático en análisis salir de esta “confianza ingenua” en la ley? ¿Es el ámbito del derecho civil clásico, donde se aloja el régimen jurídico de la capacidad civil, uno de los más propensos para salir de esta cierta y franca disyuntiva a la cual alude Beloff? He aquí un primer interrogante sin una respuesta concreta en lo inmediato, ya que ésta sólo se podrá lograr mediante una seria y compleja reforma legal.¹⁰

Tal como lo ha expresado de manera precisa el reconocido filósofo, sociólogo y psicoanalista esloveno Slavoj Žižek en su obra sobre “Visión de Paralaje”, al definir, precisamente, el concepto de paralaje como “El desplazamiento de un objeto (su deslizamiento de posición sobre un contexto) causado por un cambio en la posición de observación que brinda una nueva línea de visión”, no se duda que la doctrina internacional de los derechos humanos nos ha colocado en otro lugar desde dónde observar, cómo observar y qué observar, implicando una “nueva forma de visión”. En este marco centrado en la idea de movimiento, se intentará profundizar acerca de qué es una “nueva visión” sobre la capacidad civil de niños, niñas y adolescentes; cuestión que además, y desde una perspectiva integral como la que impone la CDN, tiene sus repercusiones directas en otras áreas del mismo campo del saber como el derecho procesal.¹¹ ¿Acaso un ordenamiento que pretenda ser coherente

⁸ COURTS, C., “Detrás de la ley. Lineamientos de análisis ideológico del derecho” en COURTS, C. (compilador), *Observar la ley. Ensayos sobre metodología de la Investigación Jurídica*, Trotta, Madrid, 2006, pp. 355 y 356.

⁹ Beloff, M., “Quince años de vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño” en Kemelmajer de Carlucci, A. (directora) y Herrera, M. (coordinadora), *La familia en el nuevo Derecho. Libro homenaje a la Dra. Cecilia P. Grosman*, tomo II, Rubinzal Culzoni y Departamento de Publicaciones, Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, Santa Fe, 2009, p. 132.

¹⁰ A su vez, esta creencia reformista nos llevaría a otra disyuntiva. Si es necesaria una reforma integral de la legislación civil de fondo o si sería viable introducir propuestas parciales a determinados títulos, capítulos y articulados. En la actualidad, nadie duda sobre la necesidad y urgencia de una modificación general e integral del Código Civil, pero ello no obsta a que sería un avance concreto lograr algunas modificaciones particulares. Algo al respecto se podrá vislumbrar cuando se aborde más adelante la cuestión de la mayoría de edad en el derecho argentino.

¹¹ Esta cuestión relativa al impacto del principio de autonomía progresiva en el derecho procesal civil, debería ser analizada —entre otras tantas normativas— a la luz de las diferentes disposiciones al respecto que reciben las llamadas “100 reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las personas en condición de vulnerabilidad”, establecidas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, a las cuales ha adherido la Corte Suprema de Justicia de la Nación mediante Acordada Nº 5/2009 del 24/02/2009 y que se encuentran en <http://www.csjn.gov.ar/documentos/verdoc.jsp> Visitada en fecha: 18/06/2009.

y armónico no debería interesarse por la interacción entre el derecho civil y el derecho procesal civil? De este modo, la “nueva visión” que propone el principio de autonomía progresiva genera, indefectiblemente, un “efecto dominó”, lo cual no sólo muestra las diferentes fuerzas que están comprometidas, sino también la seriedad y rigurosidad a la cual debería someterse la normativa civil.

Los retos se enfrentan, no se eluden; máxime cuando están en juego derechos humanos de niños y adolescentes. Esta es la idea que motoriza este trabajo.

II. El principio de autonomía progresiva en la normativa internacional. Un principio fundante para la reconceptualización del régimen jurídico de la capacidad civil de niños, niñas y adolescentes

El principio de capacidad o autonomía de niños, niñas y adolescentes¹² cuenta con un reconocimiento expreso por parte de la comunidad normativa internacional.¹³ Como era de presumir, la herramienta jurídica que la recepta e intenta —en la medida de sus posibilidades— de lograr una regulación mínima o marco, es la Convención sobre los Derechos del Niño, instrumento normativo de carácter internacional especial que más adhesiones y en el menor tiempo ha logrado. Es interesante destacar cómo una gran cantidad de países —la mayoría del globo—, con culturas e idiosincrasias tan diferentes, se comprometieron a nivel internacional en respetar y efectivizar los derechos de niños y adolescentes reconocidos en esta herramienta jurídica consustanciada con una parte o grupo etario de la sociedad: la infancia y la adolescencia.

De manera harto sintética, se ha sostenido que “*La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia*”;¹⁴ que “*es una etapa fundamental del camino de la humanidad hacia la proclamación y la realización de los derechos humanos*”;¹⁵ que “*se ha constituido en un poderoso instrumento para reformar las políticas públicas y jurídicas destinadas a mejorar la situación de la infancia y la adolescencia en*

¹² Sería interesante en otra oportunidad entrelazar el vasto desarrollo teórico habido en torno a la idea de autonomía personal y sistema democrático y su impacto en el campo de los derechos de infancia y adolescencia. Para este básico estudio, se recomienda compulsar la obra *El imperio de la ley. Una visión actual* de Francisco L. Laporta, donde se explica el imperio de la ley tomándose como punto de partida la idea de autonomía personal.

¹³ Para un mayor desarrollo del tema compulsar GIL DOMÍNGUEZ, A.-FAMÁ, M. V. y HERRERA, M., *Derecho Constitucional de Familia*, Ediar, Bs. As., 2006, t. I, p. 520 y ss.

¹⁴ CILLERO BRUÑO, M., “El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, Nº 9, UNICEF, Santiago de Chile, 2007, p. 126. Y se agrega: “*Si bien el consenso como dice Lyotard es siempre un horizonte a realizar, se puede afirmar que la Convención representa el consenso de las diferentes culturas y sistemas jurídicos de la humanidad en aspectos tan esenciales como los derechos y deberes de los padres y del Estado frente al desarrollo de los niños; las políticas públicas dirigidas a la infancia; los límites a la intervención del Estado y la protección del niño de toda forma de amenaza o vulneración de su derechos fundamentales; y, finalmente, la obligación de los padres, los órganos del Estado y la sociedad en general a adoptar todas las medidas para dar efectividad a sus derechos*” (p. 127).

¹⁵ BARATTA, A., “Democracia y Derechos del Niño”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, Nº 9, UNICEF, Santiago de Chile, 2007, p. 17.

América Latina”,¹⁶ que esta normativa “*implica en América Latina, un cambio radical desde el punto de vista jurídico tanto como político, histórico y —muy especialmente— cultural*”,¹⁷ que se deja atrás la concepción paternalista propia de la doctrina de la “situación irregular” que consideraba a los niños como “menores” o “incapaces” y así, “objeto” de protección y representación/sustitución por parte de los adultos —familia y Estado—, que focalizan en los aspectos negativos, en las ideas de carencias o lo que les falta para ser adultos, para ser considerados en su especificidad, según sus atributos, centrándose en el desarrollo gradual y la idea de “ciudadanía”¹⁸ que tanto el Estado, la sociedad como la familia deben respetar, entendiéndose así a la infancia como una época de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía personal, social y jurídica.¹⁹ Afirmaciones, todas ellas, que no obstaculizan la mirada más realista y en perspectiva centrada en ciertas paradojas que ha traído consigo esta herramienta legal de carácter internacional signada por un “*bajo impacto normativo directo, al tiempo que tuvo un alto impacto político, comunicacional y —eventualmente— simbólico*”.²⁰

Uno de los ejes o pilares que propone la Convención sobre los Derechos del Niño y que ha significado una gran “subversión” para alcanzar una concepción jurídica de la infancia contemporánea y acorde con la realidad social actual, es el que se refiere a la idea de los niños como sujetos de derechos y, en consonancia con ello, regular y profundizar el derecho de niños, niñas y adolescentes a participar con diferentes intensidades en distintos ámbitos, en total consonancia con el modelo estatal que bien lo ha sintetizado la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un precedente del 20/09/2005 donde se coloca de resalto que “(*...*) desde 1853 (*...*) nos rige el mandato de hacer de la República Argentina un Estado Constitucional de Derecho”,²¹ lo cual implica, de manera harto sintética, un Estado fundado en las ideas de pluralismo, tolerancia y participación.²²

La CDN en sus primeros párrafos, es decir, desde su Preámbulo, impone como obligación general “*que el niño debe estar plenamente preparado para una vida independiente en sociedad y ser educado en el espíritu de los ideales proclamados en la Carta de las Naciones Unidas y, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad*”.

¹⁶ CALLERO BRUÑOL, M., “Los derechos del niño: de la Proclamación a la protección efectiva”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N° 3, Buenos Aires, 2001, p. 49.

¹⁷ BELOFF, M., “Un modelo para armar y otro para desarmar: protección integral de derechos del niño vs derechos en situación irregular” en BELOFF, M., *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, ob. cit. p. 4. Una versión anterior ha sido publicada en *Justicia y Derechos del Niño*, N° 1, UNICEF, Santiago de Chile, 1999, p. 8 y ss.

¹⁸ Siguiendo a Alessandro Baratta quien dentro de la interacción entre infancia y democracia, coloca en un lugar de relevancia a la triada conformada por libertad, participación y representación (BARATTA, A., “Infancia y Democracia” en GARCÍA MENDOZA, E. y BELOFF, M. (compiladores), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Temis-Depalma, Bogotá, 1998, p. 31 y ss.

¹⁹ CALLERO BRUÑOL, M., “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios” en *Minoridad y Familia. Revista Interdisciplinaria sobre la Problemática de la Niñez-Adolescencia y el grupo familiar n° 10*, D’ANTONIO, D. H. (director), Delta Editora, Paraná, 1999, p. 24.

²⁰ BELOFF, M., “Quince años de vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en la Argentina”, ob. cit.

²¹ Considerando 14 del voto de los magistrados Petracchi, Maqueda, Zaffaroni y Lorenzetti (CSJN, 20/09/2005, “Casal, Matías E. y otro”, LL, 2005-F, 110, con nota de Augusto M. Morello y González Campaña, Germán, “Reformulación de la casación penal”).

²² Conf. GIL DOMÍNGUEZ, A.-FAMA, M. V y HERRERA, M., *Derecho Constitucional de Familia*, tomo I, ob. cit. p. 28.

Ya en su texto, y coherente con el nudo central que propone la Convención y en sí, la doctrina internacional de los derechos humanos de revalorizar la persona —en este caso los niños y adolescentes, mediante el reconocimiento de ser sujetos de derechos con inquietudes y problemáticas propias—, recepta en varias de sus disposiciones la importancia de reconocer el desarrollo, evolución y progresividad de su madurez y, consigo, la necesidad de distinguir las diferentes etapas que observan los niños y adolescentes.

En primer lugar, cabe mencionar el art. 5 al disponer que *“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”*. Si bien este articulado se centra en la importancia de la familia en la crianza y cuidado de los hijos, focalizándose en el concepto de “responsabilidad” y no el de “autoridad” o “potestad” como se sigue utilizando en varias normativas civiles de fondo,²³ también se establece un límite a esta “responsabilidad familiar”, al remarcarse que ella lo será *“en consonancia con la evaluación de las facultades”* de los hijos. Esta manda supralegal implica, desde el vamos, dos consideraciones u obligaciones a ser cumplidas: 1) que los deberes —funciones de los padres u otros adultos responsables de los niños— no son —como todos los derechos— absolutos, y que el límite está fijado en la mayor autonomía de los segundos y 2) que si bien este articulado está destinado, en primer lugar, al núcleo familiar o primario de referencia de los niños, no es el único, sino que se debe extender a todo adulto en sentido amplio, es decir, al Estado (Estado-Juez; Estado-Legislator y Estado-Administrador); en otras palabras, que es un límite a la “tiranía de la familia” pero también a la “tiranía del Estado”.²⁴ En la misma sintonía, el art. 18 de la Convención en su primer apartado, recepta *“el principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño”*.²⁵

Otro de los dispositivos claves en relación a la autonomía se refiere al entrecruzamiento obligado con el derecho de participación de niños y adolescentes, reforzándose así la columna vertebral de la Convención: la idea de los niños, niñas y adolescentes como “sujetos de derecho”. Nos referimos al conocido art. 12 donde se afirma que *“Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madu-*

²³ Varias normativas de la región mantienen el término “patria potestad” que alude al ancestral “poder” del hombre-padre sobre la mujer y los hijos como ser el Código Civil argentino cuyo Título III del Libro Primero se denomina “De la patria potestad” o los códigos de familia de Costa Rica, Cuba, Panamá o El Salvador por citar otros.

²⁴ Estas son sólo algunas ideas que serán retomadas —de manera obligada por cierto— cuando algo se deba decir en torno al pasaje de los conceptos de “patria potestad”, a la “responsabilidad parental” y la consecuente reconceptualización del rol de los padres en un Estado democrático de Derecho.

²⁵ El resaltado nos pertenece.

rez del niño”, agregándose en el segundo apartado que “Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

Cierran este núcleo normativo básico en materia de reconocimiento de la autonomía de niños, niñas y adolescentes, las regulaciones específicas sobre varios derechos humanos que, sin lugar a dudas, hacen o responden al elemento de “emancipación” que está detrás, como lo son los arts. 13, 14, 15 y 16 relativos a la libertad de expresión; la libertad de pensamiento, de conciencia y religión; el derecho de libre asociación y de región pacífica y el derecho a la intimidad, respectivamente.

Situados en el ámbito interamericano, una normativa clave en la materia es la mencionada Opinión Consultiva N^o 17 cuyo párrafo 100 admite que *“(..). Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio”.* Agregándose en el apartado 102 que *“En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”.*

Por lo tanto, desde una manda superior o suprallegal como lo es la Convención sobre los Derechos del Niño y las demás herramientas normativas que la secundan, se puede afirmar, sin hesitación alguna, que el principio de autonomía y consecuente participación de niños y adolescentes en los actos, conflictos e intereses que los involucran, generan planteos jurídicos trascendentales no sólo en lo atinente al derecho de fondo, básicamente en lo que respecta a la capacidad civil y representación legal, sino también en el aspecto procedimental en lo atinente a la capacidad procesal de niños y adolescentes. Si bien en esta oportunidad nos circunscribimos al análisis de la primera cuestión, no se puede perder de vista so pena de incurrirse en una mirada parcializada, incompleta e incluso errada, la estrechísima relación habida entre fondo y forma, es decir, entre el principio de autonomía progresiva de niños y adolescentes con el consecuente ejercicio por sí mismo de derechos humanos, y su correlato o incidencia con la participación en todo proceso —administrativo o judicial— donde se diriman dichos derechos. En otras palabras, se denuncia dentro del derecho civil la necesidad de observar y armonizar la interacción entre capacidad jurídica y capacidad

procesal. ¿Acaso la participación no sería una garantía del debido proceso civil²⁶ fundado en el principio de autonomía progresiva?²⁷

Pero pareciera que esta idea de autonomía llevada al plano de la operatividad en el derecho civil, en particular, de introducir modificaciones radicales en el régimen jurídico sobre la capacidad civil, no sería una postura unánime ni libre de resistencias. En este sentido, se ha afirmado que “*Con la Convención de los Derechos del Niño de 1989 se produce una alteración en torno a la consideración del niño que no puede pasar desapercibida. Esa alteración ha sido causada por la introducción de los derechos de autonomía en el catálogo de los derechos reconocidos a los niños. Estos derechos pueden tener la virtualidad de dejar vacía de contenido una Convención que por otra parte ha profundizado muy bien en el desarrollo y garantía de los derechos de cuidado y protección*”, agregándose que “*desde un punto de vista crítico no faltan autores que señalan con claridad cuáles son los peligros que amenazan a los niños y a la sociedad misma desde la nueva perspectiva trazada por la Convención. Partiendo de un concepto de niño a mi juicio más adecuado a la realidad, han puesto de relieve cómo esos derechos de autonomía reconocidos a los niños desvirtúan los derechos de protección como sus genuinos derechos, además de entrañar un grave peligro para la comunidad, para la familia y en definitiva para el propio niño*”.²⁸

Es esta línea de pensamiento, la que está detrás de posturas tradicionales, arraigadas a los sistemas clásicos en materia de capacidad civil de las personas menores de edad centradas en el binomio incapacidad/capacidad, donde la primera es la regla y la segunda la excepción, fundado en que la incapacidad como principio general constituye un “elemento protectorio”.²⁹

Cómo salir de este estancamiento y facilismo legal en el tema para estar en consonancia con el principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes como una manda y responsabilidad estatal, es el objetivo último de este ensayo que involucra, en definitiva, derechos humanos fundamentales, básicos y esenciales como ser: el derecho a la dignidad, el derecho a la intimidad y, principalmente, el derecho al desarrollo de la personalidad.

²⁶ A modo de disparador, sería interesante en un necesario y postergado entrecruzamiento interdisciplinario entre el derecho penal y el derecho civil, que se indague y analice qué desarrollos teóricos habidos en el campo del debido proceso penal podrían ser hábiles para profundizar sobre esta garantía en el campo civil.

²⁷ Para profundizar sobre el principio de capacidad o autonomía progresiva y su entrecruzamiento con el derecho procesal civil compulsar, entre otros, FAMA, M. V. y HERRERA, M., “Una sombra ya pronto serás. La participación del niño en los procesos de familia en la Argentina” en KIELMANOVICH, J. y BENAVIDES, D. (compiladores), *Derecho Procesal de Familia*, Editorial Jurídica Continental, San José, Costa Rica, 2008, p. 179 y ss.; KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “El derecho constitucional del menor a ser oído” en *Revista de Derecho Privado y Comunitario. Derecho Privado en la reforma constitucional*, N° 7, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe, 1994, p. 157 y ss.; PINTO, G., “La defensa jurídica de niñas, niños y adolescentes a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño. Algunas consideraciones en torno al derecho de defensa en sistemas normativos que no se han adecuados en su totalidad a la CDN: Los casos de la Argentina y México”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N° 3, UNICEF, Buenos Aires, 2001, p. 127 y ss.; MIZRAHI, M. L., “La participación del niño en el proceso y la normativa del Código Civil en el contexto de la Ley 26.061”, en GARCÍA MÉNDEZ, E. (compilador), *Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. Análisis de la ley 26.061*, Editores Del Puerto, Bs. As., 2006, p. 82 y “Los derechos del niño y la Ley 26.061”, LL, 2006-A-858; MORENO, G. D., “La participación del niño en los procesos a través del abogado del niño”, *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia* n° 35, LexisNexis, Bs. As., 2007; PÉREZ MANRIQUE, R., *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N° 9, UNICEF, Buenos Aires, 2007, p. 251 y ss del mismo autor, “La participación de los niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales en materia de familia”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, N° 4, UNICEF, Buenos Aires, 2002, p. 203 y ss.; KIELMANOVICH, J., “Reflexiones procesales sobre la Ley 26.061 (de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes)”, LL, 2005-F-987; GOZANI, O. A., “La representación procesal de los menores”, LL, 2009-B-709; entre tantos otros.

²⁸ GARRIBÓ PEYRÓ, A. P., *Los derechos de los niños: Una fundamentación*, Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, Madrid, 2004, p. 268.

²⁹ D'ANTONIO, D. H., *Actividad Jurídica de los Menores de Edad*, tercera edición actualizada, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 19.

III. Algunos conceptos tradicionales. Algunas diferencias contemporáneas

Ingresando al plexo legal infraconstitucional argentino, y a diferencia de otros países de la región que han dictado sus propios “códigos” que regulan de manera específica los derechos de niños y adolescentes, la cuestión de la capacidad civil de las personas menores de edad, como así también la relación jurídica entre padres e hijos de directa vinculación con el concepto de capacidad/incapacidad, se encuentran normados por el Código Civil del año 1871, cuya reforma más o menos integral se produjo en el año 1968 tras la sanción de la Ley 17.711.

Desde aquel momento, y hasta la actualidad, la legislación civil en lo que respecta a la parte general relativa a la capacidad no ha sufrido modificaciones, sí en lo atinente a la mal llamada “patria potestad”, cuya reforma y normativa vigente data del año 1985 al sancionarse la Ley 23.264.

¿Qué ha sucedido desde entonces y por fuera del Código Civil? Además de la aludida y obligada operatividad de la Convención sobre los Derechos del Niño y la mayor presencia, aceptación y fuerza normativa de los demás instrumentos internacionales de derechos humanos —tanto los “rígidos” o “hard law” como los “blandos” o “soft law”—, en el año 2005 se sancionó la Ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes que, en total consonancia con la CDN, recepta, profundiza y refuerza el principio de capacidad o autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes.

En primer lugar, y de manera elocuente, el art. 3 en el difícil y complejo intento por definir qué se entiende por “interés superior del niño”, enumera algunas variables o consideraciones que deben ser tenidas en cuenta para materializar este principio indeterminado como ser: *“a) Su condición de sujeto de derecho; b) El derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) El respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) Su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales (...).”*

En consonancia con esta regla general, el art. 24 referido al derecho a ser oído, establece el de *“a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés”* y *“b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo”*, derecho que como se dispone en la última parte de este articulado *“se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo”*. Este articulado se complementa con el art. 27 donde se profundiza acerca de una vertiente del derecho a ser oído, aquél que se vincula con el aspecto procedimental, o como se expresa en la ley, a las *“garantías mínimas de procedimiento”* al disponerse que *“Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo*

que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías: a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente; b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte; c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine; d) A participar activamente en todo el procedimiento; e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte”.

Con idéntica técnica legislativa que la CDN, la Ley 26.061 también regula derechos específicos o especiales que materializan el reconocimiento jurídico de la autonomía personal de niños y adolescentes como ser: el derecho a la libertad (art. 19), el derecho a la dignidad —y dentro de éste, el respeto por la vida privada e intimidad familiar— (art. 22) y el derecho a la libre expresión (art. 23).

¿Cómo armonizar la legislación civil de fondo —y también la procesal, claro está— a la luz de esta normativa del mismo rango o valor jurídico pero con una particularidad: ser posterior a aquélla, por lo cual sería de aplicación el conocido adagio “lex posteriori derogat priori”? ¿Es posible llevar adelante tan sensible actividad de “compatibilidad” cuando se trata de normativas con fundamentos, concepciones y visiones tan diferentes?

Para poder responder estos y otros interrogantes que serán planteados a lo largo de este ensayo es necesario ir a las fuentes, es decir, retomar algunos conceptos clásicos del derecho civil como el de capacidad en sus dos vertientes, jurídica o de derecho³⁰ y de hecho, ejercicio o goce, como así el de representación legal vinculada de manera estrecha con la idea de incapacidad, o más punzante aún, siendo una de las tantas ficciones jurídicas tendientes a suplir la carencia de capacidad de hecho o ejercicio de niños, niñas y adolescentes.

El sistema de capacidad civil plantea en su estructura una relación de inclusión-exclusión. Nuevamente nos explicamos. La ley determina —básicamente fundada en razones fácticas que no dejan de ser concepciones o consideraciones subjetivas de la época— a quiénes se les veda —a priori y en abstracto— ejercer determinados derechos, siendo uno de los grupos sociales a quienes se les impide realizar por sí actos jurídicos, salvo excepciones, las personas menores de edad.

³⁰ Cabe recordar que la capacidad de derecho, dentro de la clásica clasificación en absoluta y relativa, jamás puede ser absoluta porque “importaría con ese alcance una destitución para el sujeto del carácter de persona, al resultarse prohibido ser titular de cualesquiera relaciones jurídicas”, sólo es posible de ser catalogada de relativa y circunscripta a determinados actos como ser la incapacidad de contratar con ciertas personas (por ejemplo, padres e hijos); o sobre determinados bienes (adquirir bienes por parte del albacea de los bienes involucrados en el testamento) o el de celebrar ciertos actos como la celebración del matrimonio entre determinados parientes, etc. (LLAMBIAS, J., *Tratado de Derecho Civil*, tomo I, decimocuarta edición, Editorial Perrot, Buenos Aires, 1992, pp. 397 y 414 y ss).

Como se puede observar, lo que está en crisis y en revisión, y que en este ensayo se coloca en tela de juicio, no es la capacidad civil en toda su extensión sino, en particular, la capacidad de hecho, goce o ejercicio. Sucede que desde siempre la legislación civil permitió, incluso a las personas por nacer, la posibilidad de ser titulares de derechos bajo la condición resolutoria del nacimiento con vida (conf. art. 70). Por lo tanto, si a las personas por nacer se les reconoce la titularidad de derechos, con más razón a las personas ya nacidas, cualquiera sea la edad. Es por ello que aquí nos cautiva abocarnos a la capacidad/incapacidad de hecho.

Con relación a la capacidad de obrar, el art. 55 del Código Civil después de la reforma de la Ley 17.711, sienta como principio rector que *“Los menores adultos sólo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan otorgar”*.³¹ Al respecto, es interesante puntualizar que la redacción del Código Civil originario era a la inversa, la regla giraba en torno a la capacidad y la incapacidad su excepción. Esta es la postura que sigue el derecho español tras la sanción de su Ley Orgánica 1/1996 del 15 de enero de Protección del Menor al disponer en el art. 2. 2º que *“Las limitaciones a la capacidad de obrar de los menores se interpretarán de forma restrictiva”*. Postura que defiende en la doctrina, entre otros, Cecilia Grosman cuando expresa de manera elocuente que *“la operatividad de la CDN, sumado a la sanción de la ley nacional de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, exige la modificación de las normas del Código Civil referidas a los menores de edad, eliminándose la calificación de ‘incapaces’ que contienen los arts. 54, 55 y 56 y conscs. del Cód. Civ.”*, agregando que la condición de los niños y adolescentes *“es de capacidad, pero de una capacidad progresiva”*.³²

En cambio, se mantiene del Código Civil originario —de allí lo visionario que fue en su momento su redactor, Vélez Sarsfield— la distinción entre incapaces de hecho absolutos y relativos. Por lo cual, y ya desde fines del siglo XVIII, se advertía la gradualidad en el desarrollo madurativo de niños y adolescentes al habilitar la ley el ejercicio de ciertos derechos a las personas que aún no habían cumplido la mayoría de edad³³ que al sancionarse el Código Civil, estaba fijada en los 22 años y que tras la reforma del año 1968 se bajó a los 21 años; postura que es mantenida en la legislación civil de fondo hasta la actualidad y que algunos inconvenientes interpretativos ha traído, tal como veremos en breve.

Por lo tanto, la capacidad/incapacidad de obrar presenta una doble clasificación. La primera categoría es la de “incapaces de hecho absolutos” que involucra a las personas por nacer hasta que no hayan cumplido los 14 años de edad (denominados también “menores impú-

³¹ El destacado nos pertenece.

³² GROSMAN, C. P., “El derecho del niño a ser escuchado en los procesos de familia” en Da Rocha, Joaquín (coordinador), *La balanza de la justicia*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2007, p. 130.

³³ Ya en el originario Código Civil argentino se permitía que una persona a partir de los 10 años de edad tomara por sí la posesión de una cosa (art. 2392) o se establecía la edad de 12 años para la mujer y de 14 para el varón para contraer matrimonio —franjas que fueron modificadas de manera ascendente en diversas reformas legislativas y que recientemente se acaban de equiparar a la edad de los 18 años tras la sanción de la Ley 26.449 del 03/12/2008—, o la posibilidad de reconocer un hijo desde los catorce años de edad—con todos los derechos y deberes que devienen de este acto jurídico familiar— previsto en el art. 286, por citar algunos ejemplos añejos.

beres” tal como lo expresa el art. 54 del Código Civil, categoría que también se encuentra integrada por las personas por nacer, los dementes y sordomudos que no saben darse a entender por escrito). Dentro de la segunda categoría, los “incapaces de hecho relativos” se encuentran los llamados “menores púberes” o “menores adultos”, aquellos que van desde los 14 años cumplidos hasta que alcancen la mayoría de edad —21 años— o se emancipen por matrimonio (conf. art. 133 del Código Civil).³⁴

A su vez, esta última categoría se relaciona con el concepto de “discernimiento” al que alude el art. 921 del Código Civil cuando afirma que *“Los actos serán reputados hechos sin discernimiento, si fueren actos lícitos practicados por menores impúberes, o actos ilícitos por menores de diez años (...)”*, precisamente, la división entre “menores púberes” e “impúberes” estaría dada por la idea de discernimiento que también es tomada por el principio de autonomía progresiva. ¿En ambos contextos el término discernimiento presenta las mismas connotaciones?

En la teoría del acto jurídico o negocio jurídico, el discernimiento es uno de los elementos internos de la voluntad (art. 897), el cual se lo define como *“la cualidad o facultad del sujeto por la cual conoce y distingue lo bueno de lo malo, lo justo de lo injusto, lo conveniente de lo inconveniente”*.³⁵ En el intento de la doctrina de distinguirlo del concepto de capacidad, se asevera que *“El discernimiento apunta principalmente a la naturaleza concreta del sujeto; la capacidad a una determinación legal abstracta y ordenadora”*, aclarándose que *“Se puede tener discernimiento sin capacidad, como el demente declarado en intervalo lúcido (...) La inversa es, asimismo, válida, como el sujeto capaz que sufre la pérdida accidental de la razón”*.³⁶

En este estado del desarrollo, deberíamos esgrimir algunos interrogantes. ¿Habría que mantener un régimen jurídico general sobre la capacidad civil —y su contracara, la incapacidad— para todas las personas que la ley considera que merecen protección como también los “insanos” e “inhabilitados” o cada uno de ellos debería tener un régimen especial? ¿Se debería reconceptualizar el concepto de “discernimiento” o salirse de él? ¿En qué términos o mediante la utilización de qué otras variables además del tradicional elemento de la edad? ¿Qué papel jugaría la edad en estos vientos de cambios? Todas estas cuestiones serán retomadas más adelante, al sintetizar algunas voces doctrinarias que bregan por introducir cierta “flexibilidad” al régimen jurídico de la capacidad civil de niños y adolescentes por imperativo o fuerza del principio de autonomía progresiva, con diferente grado de aceptación o desarrollo según el tipo de derechos que se traten.

Completando el catálogo de conceptos clásicos que involucra el sistema de capacidad civil, cabe aludir al de representación legal que, precisamente, es la institución que tiene

³⁴ “Son menores impúberes los que aún no tuvieron la edad de catorce años cumplidos, y adultos, los que fueren de esta edad hasta los veintiún años cumplidos” (art. 127 del Código Civil).

³⁵ CURIENES, S., *Negocio Jurídico*, Astrea, Buenos Aires, 1986, p. 36.

³⁶ *Idem*, p. 37.

por objeto suplir la “incapacidad” de ejercicio de ciertas personas como los niños y adolescentes cuya representación —léase sustitución— está en cabeza en forma primordial de los progenitores. Así, la representación legal es “la designación de una persona para que sustituya al “incapaz” en el ejercicio de los derechos de éste, y realice los actos para los cuales el titular está legalmente impedido”.³⁷ Como se adelantó, esta institución es una ficción jurídica que tiene por objeto suplir la mencionada incapacidad de hecho y no violar así el principio de igualdad, permitiéndose que los padres ejerzan ciertos actos “como si” fueran sus hijos, siendo éstos perfectamente válidos a pesar de la completa ausencia del niño o adolescente. Por otra parte, y tal como surge de la definición misma, el límite a la representación está puesto en la ley. En este marco, cabría preguntarse cuál debería ser esta división o limitación legal entre los actos que ameritan ser celebrados por los representantes legales y cuáles quedarían fuera de este halo para ser ejercidos de manera directa por niños y adolescentes desde una visión contemporánea, es decir, por aplicación del principio de autonomía progresiva.

Es en este contexto donde se debería profundizar en la posible recepción e integración de otra figura jurídica menos tajante o sustitutiva como lo es el de asistencia. En este sentido, no sólo habría dos categorías totalmente antagónicas, por un lado, la plena capacidad y consecuente despliegue máximo de ejercicio por parte de los propios interesados; y por el otro, la de incapacidad y correspondiente actuación a través del representante legal, sino también en el medio se alojaría el instituto de la asistencia, de gran desarrollo en el derecho comparado. Veamos, en los supuestos de padres menores de edad no emancipados, varias legislaciones suelen apelar a la figura de la asistencia paterna, es decir, la intervención de los abuelos del niño —padres de los progenitores que no alcanzaron la plena capacidad civil. En esta tendencia legislativa se enrola el derecho español³⁸ al disponer en su art. 157 del Código Civil que “El menor no emancipado ejercerá la patria potestad sobre sus hijos con la asistencia de sus padres”.³⁹

He aquí unas primeras reflexiones. El principio de autonomía progresiva es una manda supralegal y, como tal, está destinada —entre otros tantos aportes— a deconstruir y reconstruir el régimen legal en materia de capacidad de niños y adolescentes. Esto implica, de manera inexorable, flexibilizar el sistema, permitiendo la penetración de las ideas de

³⁷ LLAMBIAS, J., ob. cit. p. 422.

³⁸ Otras normativas son más elocuentes aún en el reconocimiento de un mayor espacio jurídico a los padres menores de edad no emancipados en el ejercicio de la responsabilidad sobre sus hijos. Veamos, el art. 263 del Código Civil venezolano expresa que “El padre o la madre menor de edad ejerce la patria potestad sobre sus hijos pero la administración de los bienes de éstos y su representación en los actos civiles se regirá por lo dispuesto en el artículo (...)”. Como se puede apreciar, la asistencia paterna de la madre o padre menor de edad no emancipado se circunscribe a las cuestiones patrimoniales, quedando en cabeza de los padres menores de edad el ejercicio de todo lo relativo a los actos extramatrimoniales. Por su parte, el art. 55 del Código de Familia de Costa Rica va aún más allá al disponer como principio general que “La madre aun cuando fuere menor ejercerá la patria potestad sobre los hijos habidos fuera del matrimonio y tendrá plena personería jurídica para esos efectos”.

³⁹ Continuando con el derecho español, en este marco se ha afirmado que “si el menor goza de capacidad de obrar, aunque limitada, el fundamento de la representación legal del menor está en completar esa limitación de capacidad de obrar del menor en la actividad jurídica pues el menor, no carece de capacidad (...) Así, la representación legal del menor es un instrumento por el que se suple o sustituye jurídicamente al hijo en los actos que ni puede realizar por sí mismo, en los demás, de acuerdo con las tendencias de mayor autonomía de actuación en la legislación española y comparada, el menor goza de una capacidad general de obrar que se identifica con su capacidad natural” (ARANDA RODRÍGUEZ, R., *La representación legal de los hijos menores*, Universidad Carlos III, Madrid, 1999, p. 38).

madurez, desarrollo intelectual, comprensión y discernimiento que campean dentro de aquel principio de derechos humanos con ribetes propios cuando se trata de infancia y adolescencia, para lo cual habría algunas otras instituciones acordes con estas ideas. Y de manera paralela, la obligación de revisar conceptos tradicionales y bien arraigados en el derecho civil con la finalidad de salir del rígido binomio integrado por las nociones de capacidad/incapacidad y consigo, el de representación legal.

En otras palabras, se trata de que el Derecho recepte una verdad incontrastable: las evoluciones de las facultades de los niños y adolescentes distinguiéndose el tipo de acto que se trate, para lo cual se debería diseñar un sistema que recepte la siguiente relación inversamente proporcional: a mayor madurez o aptitud de comprensión por parte de niños y adolescentes, menor sería la representación, reemplazo o sustitución por parte de los progenitores; siendo contradictorio o violatorio a los derechos de participación, autonomía y libertad de los primeros si los segundos los sustituyan cuando ellos están en condiciones de ejercer por sí ciertos actos. Sucede que en estos casos no habría un fundamento fáctico que avalara tal permuta, por lo cual, la norma infraconstitucional no podría impedir algo que un marco normativo de rango superior promueve. De seguirse en esta tesitura que defiende la legislación civil, podría incurrirse en un supuesto de injerencia estatal ilícita, avalando la ley en contra de la CDN la intromisión de los representantes legales en actos que involucran de manera directa a los niños y adolescentes, sujetos plenos de derechos.

Uno de los tantos interrogantes centrales de este ensayo gira en torno a cuáles serían los cimientos sobre los que debería construirse un nuevo régimen jurídico de la capacidad civil de niños y adolescentes auspiciado por el principio de autonomía progresiva. Esto es lo que intentaremos desentrañar, o al menos, brindar ciertas herramientas necesarias para un análisis que se observa complejo pero no imposible. Como bien se ha expresado, *“la distinción entre la concepción de los niños como individuos dependientes que requieren protección y como individuos independientes que aspiran a la autonomía, tal vez sea el tema más difícil y controvertido en el ámbito de los derechos del niño”*.⁴⁰

IV. Diferentes sistemas normativos en materia de capacidad

En un trabajo centrado en la evolución de las facultades de niños y adolescentes auspiciado por el Centro de Investigaciones Innocenti de UNICEF situado en Florencia, Italia, se señala que un enfoque basado en las facultades de niños y adolescentes involucra tres nociones: 1) el de “evolución”, tal como lo propicia la CDN al focalizar en las ideas de desarrollo, competencia y gradualidad; 2) el de “participación”, sosteniéndose que sólo se transfiere el ejercicio de los derechos de niños y adolescentes en la medida

⁴⁰ Lansdown, G., *La evolución de la facultad del niño*, Centro de Investigación Innocenti-UNICEF, p. 32. <http://www.unicef-irc.org/publications/pdf/EVOLVING-E.pdf>, fecha de visita: 18/06/2009.

en que éstos no tengan madurez y 3) el de “protección”, que se refiere al grado de protagonismo por parte de la familia y el Estado que debería disminuir en la medida en que haya una mayor autonomía.

Tras indicar estos tres elementos, se brinda un panorama general sobre diferentes sistemas normativos posibles en materia de capacidad civil de niños y adolescentes. Ellos son los siguientes: a) aquellos que se fundan en estipulaciones fijas según edades determinadas; b) aquel que establece normas flexibles donde se eliminan los límites de edad, sustrayéndolos a una evaluación individual y previa para determinar la competencia de los niños y adolescentes en cada caso; c) un modelo que establezca límites de edad pero que permita cierta flexibilización, es decir, abierto a la demostración del discernimiento o madurez y d) un régimen cuya ley diferencie según los derechos involucrados, siendo la edad un elemento limitativo en aquellos derechos que presenten peligro de ser desatendidos o violados por los adultos e introduciendo la presunción (“*iuris tantum*”) de madurez aludida para los demás derechos.⁴¹

Como se puede observar, dos de ellos —los dos primeros— serían extremos y los dos restantes se ubicarían en una posición intermedia. Como se puede conjeturar, los dos extremos merecen ciertos reparos.

El primero de los sistemas enunciados, el de las edades fijas, es, con algunas variantes o cierta flexibilidad hacia su interior, el modelo que se adopta en la gran mayoría de los países. Este sería el sistema tradicional fundado en las edades como un elemento determinante y “*iure et de iure*” que indica, a priori y en abstracto, quiénes están habilitados y quiénes impedidos de que un niño o adolescente lleve adelante un acto de manera válido. Es cierto que este sistema es el que mejor responde a la seguridad jurídica, encontrándose bien alejado de la temida discrecionalidad pero también, como lo hemos señalado, es el que más distancia observa del principio de autonomía progresiva de niños y adolescentes. Es por ello que este modelo normativo despierta —con acierto— críticas dada su extrema rigidez, afirmándose que “*La misma doctrina de los derechos humanos lo subraya con evidencia: la edad no tiene que ser un factor de diferenciación o, peor aún, de discriminación*”.⁴²

Veamos la siguiente situación. Si una persona de 18 años de edad presenta suficiente madurez y comprende determinado acto al igual que una persona de 19, 20 o 21, ya que no habría dentro de estas distintas franjas etarias cambios sustanciales en lo relativo al desarrollo cognitivo —requisito sustancial según el principio de autonomía progresiva—, la ley estaría incurriendo en un tratamiento discriminatorio si le permite a algunos realizar de manera personal un acto, vedándose a otros. En este caso, habría una restricción infundada e irrazonable de un derecho humano como lo es el derecho a participar de niños y adolescentes.

⁴¹ Conf. “Las evoluciones de las facultades de niños y adolescentes” ya citado.

⁴² PALAZZANI, L., “Menores, Bioética y Derecho: autonomía y responsabilidad en la toma de decisiones en relación a tratamientos sanitarios en el derecho italiano” en RUIZ-GALLARDÓN, I. y GARCÍA DE PABLOS, A. (editores), *Los menores ante el Derecho*, Facultad de Derecho, Universidad Complutense, Madrid, 2005, p. 232.

Este ejemplo genera el siguiente interrogante en términos de derechos humanos: ¿Cuándo una distinción basada en la edad constituye un acto discriminatorio o, por el contrario, sólo implica un trato desigual fundado en el mayor o menor grado de desarrollo madurativo que está detrás de la edad? En este sentido, si la edad, tal como lo propone el mencionado art. 3 de la Ley 26.061, constituye uno de los tantos elementos que permite conocer el grado de madurez de una persona pero no el único ni el excluyente, claramente, un sistema jurídico que sólo se base en éste debería tener algún argumento de peso para sacrificar el principio de autonomía progresiva. Esto es lo que acontece, como veremos, cuando están en juego derechos patrimoniales por los cuales se ven afectados o comprometidos intereses de terceros.

¿Cómo sortear la disyuntiva que se esconde detrás del sistema fundado en la edad como elemento pétreo signado por la puja entre seguridad jurídica vs autonomía? Entendemos que este es un conflicto irresoluble que presenta el régimen jurídico tradicional en materia de capacidad civil y representación legal, incluso en aquellos países donde han intentado brindar una mayor flexibilidad sin salirse de este sistema como el caso de Austria. Este ordenamiento jurídico adopta un sistema fundado en la edad pero amplía el catálogo de categorías. Además de fijar la mayoría de edad a los 18 años de edad, divide en tres las franjas etarias: de 0 a 7, de 7 a 14 y de 14 a 18. Si bien esta sería una técnica legislativa que modifica en algo el sistema de capacidad civil y representación legal dejando una rendija por donde colarse el reiterado principio de autonomía progresiva de niños y adolescentes, no sale del esquema tradicional de edades prefijadas, por lo cual consideramos que continúa siendo un modelo que no aprovecha al máximo las potencialidades de dicho principio.

En la vereda contraria yace el sistema normativo más flexible que podría diseñarse y que, desde una primera lectura, podría parecer el más acorde con la idea de autonomía progresiva al posibilitar en cada caso dar cuenta y respetar el desarrollo madurativo de la persona. Pero este sistema observa varias críticas. En primer término, obliga a tener que adoptarse un procedimiento previo para que alguien (un adulto) determine en cada caso el grado de madurez del niño o adolescente y lo habilite o imposibilite a ejercer por sí el derecho que se trate. De este modo, no sólo se debe caer en un proceso previo que “burocratiza” el ejercicio de un derecho, sino que además la decisión queda sujeta a la discrecional del juzgador de turno.

Al respecto, se ha afirmado en alguna oportunidad que *“El derecho a la emancipación parcial no debería limitarse a satisfacer, de acuerdo a un análisis caso por caso, a algún cuerpo de personas prudentes que consideran a ese niño particular lo ‘suficientemente maduro’ como para elegir o que la particular elección del niño es ‘correcta’.* Introducir tal proceso subjetivo en la decisión podría no emancipar al niño, sino más bien transferir al Estado el control parental y la responsabilidad de determinar cuándo consultar y cumplir con la elección del niño. Exigir criterios relativamente objetivos para establecer están-

dares de emancipación no significa adoptar una visión simplista de los niños, sino más bien reconocer cuán variados y complejos son todos ellos y cuán inadecuados son los tribunales para juzgar la capacidad de decisión de los niños".⁴³ Cabe destacar que este autor se refiere a la necesidad de adoptar ciertos "estándares objetivos" en plural, por lo cual de estarse por un sistema más acotado éste debería cumplir con ciertos parámetros mínimos que permitan una cierta amplitud, en consonancia con la idea de democracia. A contrario sensu, se estaría proponiendo salir del sistema autoritario centrado en la edad como requisito único.

Es así como debería profundizarse en las dos posturas intermedias que giran en tono a dos consideraciones fundamentales: 1) la edad como un elemento objetivo a ser tenido en cuenta para evaluar la madurez de una persona pero no el único o, al menos, el definitivo sin la posibilidad de ser revisado o contrastado; es decir, se observa a la edad como un requisito presuntivo o movable y no rígido o pétreo y 2) la necesidad de diferenciar el tipo de acto que se trate, básicamente, si se trata de actos personalísimos o de carácter extra-patrimonial o, por el contrario, de actos patrimoniales donde se encontrarían involucrados intereses de terceros. Ambas cuestiones, de manera entrelazada, serán abordadas más adelante a los fines de ampliar el sintetizado panorama de regulaciones posibles para sortear la mencionada disyuntiva protagonizada por el enfrentamiento entre seguridad jurídica y autonomía que, en definitiva, se presenta como otro supuesto más que se suma al eterno conflicto entre orden público y autonomía de la voluntad.

De manera innegable, las posturas intermedias proponen un trabajo más artesanal en el diseño normativo al tener que distinguirse tipos o naturaleza de actos y, de manera paralela, establecer diferentes edades como elementos meramente indicativos, e incluso aceptar que en ciertos supuestos se podría prescindir de este elemento. Pero entendemos que sólo de este modo se podrá alcanzar un sistema equilibrado y, en definitiva, respetuoso del mejor interés del niño.

Como cierre de este apartado, cabe aclarar que defender sistemas jurídicos intermedios no es óbice para observar las virtudes de ciertas consideraciones o reglas generales y amplias como las que se aprecian en algunos ordenamientos jurídicos comparados. Así, en el derecho alemán el art. 1626.2 del BGB relativo a la llamada por ellos "responsabilidad parental" establece que *"Los padres observarán en el ejercicio del cuidado la creciente capacidad y necesidades del hijo en cuanto a su actuación consciente y responsable. Debatirán con el hijo las cuestiones relativas a su cuidado y promoverán la adopción de acuerdos"*. Y el derecho holandés cuando en el primer articulado con el cual se abre el capítulo relativo a la "autoridad parental" como le dicen, expresa que *"la autoridad parental frente a los menores de más edad disminuye en la medida en que su personalidad*

⁴³ Se trata de Joseph Goldstein al intentar dar respuesta al siguiente interrogante: *"¿bajo qué circunstancias específicas debería el derecho presumir que los niños son tan competentes como los adultos para tomar por sí mismos riesgos respecto de todos o algunos fines de atención médica?"* (GOLDSTEIN, J., "Asistencia médica para menores en riesgo: la supervisión estatal de la autonomía de los padres" en BELOFF, M. (compiladora), *Derecho, infancia y familia*, Yale Law School —Facultad de Derecho de la Universidad de Palermo-Gedisa, Barcelona, 2000, p. 214).

y su capacidad de tomar sus propias decisiones se han desarrollado”. Más allá de las normativas en materia de capacidad civil y representación legal específicas que se puedan adoptar, reglas generales de este tenor estarían en total consonancia con los postulados que propone la Convención sobre los Derechos del Niño y que giran en torno a la idea de los niños y adolescentes como verdaderos “sujetos de derecho”.

Antes de pasar a analizar los dos sistemas jurídicos catalogados en este ensayo de “intermedios”, es necesario abordar un tema pendiente y central en materia de capacidad civil y representación legal en el derecho argentino: a qué edad se adquiere la plena capacidad civil.

V. Una cuestión legislativa de impacto directo: la mayoría de edad

Desde una mirada de “arriba hacia abajo”, es decir, comenzando por el plexo normativo internacional, es dable recordar que la Convención sobre los Derechos del Niño en su art. 1 entiende por “niño” a todo ser humano hasta la edad de 18 años.⁴⁴

Por su parte, en el plano nacional se cuenta con normativas contradictorias. Tal como se adelantó, el Código Civil originario fijaba la mayoría de edad a los 22 años, la cual fue disminuida a los 21 tras la reforma del año 1968 por la Ley 17.711. Es así que el art. 126 del Código Civil vigente reza: “*Son menores las personas que no hubieren cumplido la edad de veintiún años*”, reafirmado en el art. 128 al expresar que “*Cesa la incapacidad de los menores por la mayor edad, el día en que cumplieren veintiún años, y por su emancipación antes que fuesen mayores*”, destacándose que se han presentado varios proyectos de ley tendientes a bajar la mayoría de edad a los 18 años de edad.⁴⁵

En cambio, la Ley 26.061 de Protección Integral de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes nada dice de manera expresa sobre qué se entiende por niño y/o adolescente, pero se puede aseverar que sigue la orientación que propone la CDN por la postura que se adopta en algunas de sus normativas. Por ejemplo, en el art. 74 que modifica el llamado proceso por “protección de persona”, se destaca que éste quedará circunscripto para las personas a partir de los 18 años, quedando derogado para aquellas que tengan menos de esa edad. De este modo, se adopta una diferencia bien tajante, de 0 a 18 y de 18 en adelante en igual sentido que la Convención.

⁴⁴ Si bien la Ley 23.849 sancionada en el año 1990 mediante la cual se ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño introduce una reserva a este primer articulado, ello lo es con relación al momento del inicio del concepto de “niño” y no a su culminación. Al respecto, el art. 2 de la Ley 23.849 expresa en su parte pertinente que “(...) Con relación al artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño”, la República Argentina declara que el mismo debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad”.

⁴⁵ Hay un proyecto de ley que tiene media sanción de la Cámara de Senadores presentado por el senador Giustiniani (0995-S-2008) que baja la mayoría de edad a los 18 años, modifica la clasificación interna de “menores” impúberes y púberes, los primeros de 0 a 14 años y los segundos de 14 a 18 años. Como excepción, se extiende la obligación alimentaria hasta los 21 años de edad. Al respecto, se agrega como segundo párrafo del art. 265 del Código Civil el siguiente texto: “La obligación de los padres de prestar alimentos a sus hijos, con el alcance establecido en artículo 267, se extiende hasta la edad de veintiún años, salvo que el hijo mayor de edad acredite que cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo. Esta obligación se prolonga hasta que los hijos alcancen la edad de veinticinco años en el caso que la prosecución de los estudios o preparación profesional les impida a los mismos proveerse de los medios necesarios para sostenerse independientemente”.

En este entramado jurídico contradictorio entre la CDN y la Ley 26.061 por un lado, y el Código Civil por el otro, se han esgrimido tres posturas doctrinarias sobre esta cuestión que se pasan a sintetizar:

La primera postura defiende la inconstitucionalidad del art. 126 del Código Civil que fija la mayoría de edad a los 21 años. Uno de los autores que sigue esta orientación es Néstor Solari quien sostiene que *“Por razones constitucionales la mayoría de edad debe entenderse pactada a la edad de 18 años en virtud de la Convención. El texto no deja abierta la posibilidad de extender la incapacidad del sujeto más allá de los 18 años, en entendimiento que la incapacidad como categoría jurídica debe ser interpretada restrictivamente. (...) Se llegaría al absurdo de que las personas cuya edad se encuentran entre los 18 y 21 años, al no ser niños, tampoco tendrían los derechos y garantías que gozan los mayores de edad”*.⁴⁶ De manera elocuente, Solari muestra la importancia de armonizar la ley civil con la Convención sobre los Derechos del Niño y la Ley 26.061, advirtiendo que las personas de entre 18 y 21 años estarían en una situación de mayor vulnerabilidad, ya que carecerían de todos los derechos de los adultos porque todavía no lo serían en virtud a lo normado por el Código Civil, pero tampoco serían acreedores del plus de protección que le otorga la Convención y legislaciones afines, por lo cual integrarían una tercera categoría ubicada en una peor situación que las dos mencionadas. El interrogante que cabría hacerse es si con la postura de la derogación tácita, efectivamente estaría brindándose una mayor protección a las personas que se encuentran en la franja en crisis. La respuesta negativa se impone. ¿Acaso un escribano permitiría que un joven de 19 venda un bien sin la intervención de sus representantes legales por efecto de una derogación no expresa?

La segunda postura, opuesta a la anterior, es defendida por Gustavo Moreno, quien sostiene que la ley argentina establece un régimen de incapacidad y representación para las personas menores de edad regulado en el Código Civil que no habría sido reformado por la Ley 26.061. Y que la Ley 26.061 cuando quiso modificar alguna previsión del Código Civil lo hizo de manera expresa como aconteció sólo con el art. 310 del Código Civil, no así con el aludido art. 126 relativo a la edad en la cual se alcanza la mayoría de edad. Quienes conocen los “entretelones” de la sanción de la Ley 26.061, pueden afirmar sin hesitación alguna que los legisladores jamás llevaron adelante un test de compatibilidad/incompatibilidad previo entre la normativa nacional en materia de protección integral de derechos y la legislación civil de fondo, por lo tanto, mal se puede aseverar que en lo único que se quiso reformar el Código Civil fue en lo relativo al art. 310.⁴⁷

La tercera postura que vendría a ser intermedia, y que es la que aquí se defiende, entiende que en atención a un principio general del derecho como lo es la seguridad jurídica —y que también hace su aporte a la concretización del interés superior del niño—, no habría

⁴⁶ SOLARI, N. E., “Los niños y los menores de edad después de la reforma constitucional”, LL, 2006-C, 1179.

⁴⁷ Reza el art. 73 de la Ley 26.061 que se modifica el art. 310 del Código Civil en los siguientes términos: “Si uno de los progenitores fuera privado o suspendido en el ejercicio de la patria potestad, continuará ejerciéndola el otro. En su defecto, y no dándose el caso de tutela legal por pariente consanguíneo idóneo, en orden de grado excluyente, el juez proveerá a la tutela de las personas menores de edad”.

una derogación tácita o una disminución automática de la plena capacidad civil a la edad de 18 años. Si bien, tanto la Convención sobre los Derechos del Niño como la Ley 26.061 extienden su ámbito de aplicación subjetivo a personas hasta los 18 años de edad, es viable ampliar su aplicación a aquellas que no han alcanzado los 21 años en virtud del principio pro homine, es decir, disponer de aquellas previsiones más favorable para la vigencia de los derechos. En consecuencia, es posible extender las previsiones de ambas normativas a la franja etaria en análisis hasta que una ley reforme de manera expresa la legislación civil en lo atinente a la edad para alcanzar la plena capacidad civil y, de este modo, estar en consonancia con la CDN y a tono con la gran mayoría de los países del globo.

Completando los argumentos en contra de la postura que promueve la inconstitucionalidad o derogación tácita del art. 126 del Código Civil, cabe observar que esta actitud traería consigo la desaparición o derogación tácita de ciertas figuras del derecho civil como la emancipación por habilitación de edad, la facultad de las personas de 18 años de edad a celebrar contrato de trabajo en actividad honesta, o estar en juicio como demandado criminalmente, o la edad núbil para contraer matrimonio habrían quedado sin sustancia, ya que de nada vale una regulación o permisión especial si a esa edad se adquiere la mayoría de edad sin reforma legal alguna. ¿Es posible que tantas instituciones del derecho civil pasen a la historia sin una decisión concreta por parte del Poder Legislativo? ¿Acaso la derogación tácita no facilitaría la “judicialización” de ciertos conflictos en atención a la fuerte discrecionalidad que traería aparejada? Todas estas particularidades no hacen más que robustecer la idea acerca de la necesidad de una reforma integral del Código Civil a la luz del desarrollo del principio de capacidad progresiva, donde la baja de la edad en la cual se adquiere la plena capacidad civil constituye un punto de partida básico, un elemento sustancial.

¿Es posible sostener un régimen de la capacidad civil sujeto sólo a los conceptos indeterminados de discernimiento, madurez y desarrollo cognitivo? ¿Cómo hacer ingresar al plano legal el principio de capacidad progresiva sin desestabilizar el régimen jurídico en la materia que necesita de pautas claras y previsibles? Este es uno de los grandes retos que debemos enfrentar los operadores del derecho consustanciados con los derechos de niños y adolescentes en su esfera civil y que iremos hurgando en los próximos apartados, distinguiéndose determinados derechos.

VI. Capacidad, competencia, derechos personalísimos y responsabilidad parental. Un entramado temático de interés para el principio de autonomía progresiva

En el campo donde más se ha visto la operatividad del principio de autonomía progresiva en el ejercicio de derechos por parte de niños y adolescentes ha sido en el ámbito de los derechos personalísimos, cuestión que se entrecruza con el contenido y extensión de la llamada “responsabilidad parental”, concepto más afín en términos de derechos humanos que el de “patria potestad”, tal como se ha adelantado.

Esta transformación no se circunscribe al cambio terminológico, va mucho más allá. Propone un análisis actual y revisionista sobre el vínculo padres e hijos en consonancia con una perspectiva democrática de familia, donde se respeten los derechos humanos de cada uno de los integrantes dentro de la familia sin caer en la falsa disyuntiva entre persona (en este caso, niños y adolescentes) vs familia (los padres o adultos responsables). En otros términos, se trata de una interacción obligada entre familia, infancia y democracia, donde la primera, en buena hora, es puesta en “crisis” como sinónimo de cambio y apertura, no como crítica por intentar “desestabilizar” a la familia nuclear, matrimonial y heterosexual.⁴⁸ Como lo hemos sostenido y seguimos defendiendo, *“En tiempos en los que querían hacernos creer que las utopías habían llegado a su fin, el paradigma de la familia plural nos presenta un programa audaz donde la heterosexualidad, la conyugalidad, el verticalismo, el autoritarismo, la biparentalidad se disipan dando lugar a los proyectos de vida que basados en sentimientos de cooperación, solidaridad y afecto cobran legítimamente forma a través de la familia”*.⁴⁹

Esta cuestión es medular en el derecho de familia contemporáneo y es aquí donde se inscribe una nueva relación jurídica entre padres e hijos, fundada en la idea de “responsabilidad” y no de “autoridad”. Ello no significa que dentro de la idea de responsabilidad se dejen afuera los conceptos de límites y mando en atención a los distintos roles que le cabe a cada uno, principalmente el de cuidado, crianza, educación y protección por parte de los adultos.

La reconceptualización de la relación paterno filial es un tema vasto y de una enorme riqueza imposible de ser abordada en el presente ensayo, pero sí fácil se observa que modificaciones en este sentido tienen una repercusión directa en el tratamiento jurídico del sistema de capacidad civil y representación legal ya que, precisamente, los representantes “naturales” y quienes sustituyen la voluntad de los hijos son los progenitores. Como bien se ha advertido en una excelente obra donde se aborda la relación entre policía y minoridad en Río de Janeiro entre los años 1910 y 1920 y que también vale para la relación paterno filial en análisis: *“Poner en juego la discusión respecto de los límites de la autonomía que caracterizaría a la minoridad obliga, por tanto, a que se problematice la autoridad como uno de los elementos de demarcación de las fronteras entre mayores y menores. Es decir, ¿a quién cabe el poder de decidir y/o controlar la conducta de aquellos considerados dependientes? El tema de la responsabilidad retoma, entonces, su importancia a través de una doble entrada: no sólo la responsabilidad parcial atribuida a los menores les demarca una esfera de acción infinitamente más restringida que la de los mayores, sino que también la responsabilidad de controlarlos*

⁴⁸ Ver entre tanta bibliografía, GIL DOMÍNGUEZ, A.-FAMA, M. V. y HERRERA, M., *Derecho Constitucional de Familia*, ob. cit.; HERRERA, M. y SPAVENTA, V., “Aportes para la postergada deconstrucción de la enseñanza del derecho de familia”, *Revista Academia* n° 7, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2007, p. 123 y ss; LLOVERAS, N. y SALOMÓN, M., *El derecho de familia desde la Constitución Nacional*, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2009; GROSMAN, C. P. (directora), *Los derechos del niño en la familia*, segunda edición, Editorial Universidad, Buenos Aires, 2008, y KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “El derecho de familia en la República Argentina en los inicios del siglo XXI. Su inexorable proceso de constitucionalización y adecuación a los tratados internacionales de derechos humanos”, *Revista de Derecho Comparado. Derecho de Familia II*, N° 10, Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2005, p. 7 y ss.

⁴⁹ Conf. HERRERA, M. y SPAVENTA, V., “Vigilar y castigar... El derecho de corrección de los padres” en BERGALLI, R. y RIVERA BEIRAS, I. (coordinadores), *Revista Desafío(s)*, número sobre “Jóvenes y adultos: el difícil vínculo social”, editorial Anthropos, Barcelona, 2007, p. 94 y ss.

y, en una palabra, educarlos, usualmente legada a los padres o tutores, constituirá en un importante elemento de evaluación de los que desempeñasen ese papel”.⁵⁰

Más aún, es dentro de la responsabilidad parental donde hace eclosión la mencionada relación inversamente proporcional por la cual, a mayor autonomía o ejercicio de derechos por parte de los propios niños o adolescentes en atención a su madurez, menor representación legal y consecuente sustitución de aquéllos. En otras palabras, a mayor participación de los hijos menor protagonismo de los padres, lo que implica, de manera inexorable, un “encogimiento” o “achicamiento” de la responsabilidad parental. Esta aseveración se aprecia con mayor naturalidad en el campo de los derechos personalísimos de niños y adolescentes, principalmente en lo relativo a los derechos sexuales y reproductivos.

¿Se necesita tener plena capacidad civil para que niños y adolescentes ejerzan por sí sus derechos sexuales y reproductivos? ¿Qué rol les cabe a los padres en el marco de su “responsabilidad parental”? La doctrina mayoritaria y ciertas voces jurisprudenciales admiten que en este campo se debilita el concepto de “capacidad” para abrir paso a otra noción más acorde con el principio de autonomía progresiva de niños y adolescentes. Nos referimos al concepto de “competencia” o “mayoría anticipada” que, precisamente, se ha gestado y desarrollado en el campo de la bioética y, dentro de ésta, referida a los derechos sexuales y reproductivos de los adolescentes, tomándose como hito jurisprudencial el famoso caso Gillik⁵¹ dictado por los tribunales de Gran Bretaña. En palabras de Kemelmajer de Carlucci: “la mayoría médica anticipada se funda en la idea de que la conciencia del propio cuerpo viene a cada ser humano mucho antes de su mayoría de edad”.⁵²

En el derecho argentino también se cuenta con precedentes que han abordado esta supuesta disyuntiva entre responsabilidad parental vs autonomía, es decir, entre padres vs hijos en lo relativo al ejercicio de derechos sexuales y reproductivos por parte de estos últimos. En particular, es interesante traer a colación algunos de los argumentos vertidos en el fallo dictado por el Superior Tribunal de Justicia de la Ciudad de Buenos Aires en el caso “Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ acción declarativa de inconstitucionalidad” del 14/10/2003.⁵³ En esta oportunidad un organismo no gubernamental promovió una demanda tendiente a que se declare la inconstitucionalidad de sendos artículos de la Ley nº 418 de salud sexual y reproductiva de la Ciudad de Buenos Aires, al entender que se veía afectado el derecho a la vida al permitir el empleo de anticonceptivos abortivos o de carácter incierto como el dispositivo intrauterino y a la protección integral de la familia, alegándose que esta normativa impide y se inmiscuye en la educación de los hijos

⁵⁰ VIANNA, A., *El mal que se adivina. Policía y minoridad en Río de Janeiro, 1910-1920*, Ad Hoc, Buenos Aires, 2007, pp. 186 y 187.

⁵¹ Para profundizar sobre este tema, ver GIL DOMÍNGUEZ, A.-FAMÁ, M.V. y HERRERA, M., *Derecho Constitucional de Familia*, ob. cit. cuyo capítulo V se dedica al tema de la “Responsabilidad parental y Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes”, p. 520 y ss.

⁵² KEMELMAJER DE CARLUCCI, A., “El derecho del niño a su propio cuerpo” en BERGEL, S. D. y MINYERSKY, N., *Bioética y Derecho*, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2003, p. 115.

⁵³ TSJ, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 14/10/2003, Liga de amas de casa, consumidores y usuarios de la República Argentina y otros c. Ciudad de Buenos Aires, LL, 2004-B-413.

en tanto habilita a la autoridad de aplicación a informar, asesorar, prescribir y proveer métodos anticonceptivos a menores de edad, sin necesidad del consentimiento expreso de sus padres o representantes legales, o en su defecto del Ministerio Pupilar.

El Máximo Tribunal local rechazó la acción con varios y sólidos fundamentos, siendo interesante destacar aquél en el que se diferenció la capacidad para los actos jurídicos (art. 944 del Código Civil) de aquella que se necesita para los hechos jurídicos (art. 899 del mismo cuerpo normativo). Al respecto, se sostuvo que *“Hay acciones que implican el ejercicio de derechos personalísimos como el derecho al cuidado del propio cuerpo y salud —desde higienizarse, realizar una consulta médica, tener una vida sexual, adoptar prácticas anticonceptivas lícitas, etc.— que, por lo general, no tienen por finalidad la modificación de un derecho subjetivo o el establecimiento de una relación jurídica, o sea, no se concretan en “actos jurídicos” (art. 944 Código Civil argentino), sino que forman parte del espectro de acciones simplemente permitidas (hechos o actos lícitos) y que no resultan negociables (art. 899)”*, concluyéndose que *“El ejercicio de estos hechos no se encuentran alcanzados por el régimen de capacidad/incapacidad de las personas, toda vez que estos conceptos se vinculan al sistema de protección de los intereses de las personas sujetas a representación, pero estrictamente en cuanto a los actos jurídicos que las mismas puedan celebrar”*. Por lo tanto, y al igual que en el caso Gillik, se reconoce en el derecho argentino el concepto de “competencia” o “mayoría anticipada”.⁵⁴

En relación a la tensión autonomía vs responsabilidad parental, la magistrada Conde puso de resalto que *“Las atribuciones conferidas a los padres o encargados legales de los niños, en ejercicio de la patria potestad, no pueden constituirse en un elemento que permita afectar o suprimir, a través de su ejercicio, los derechos humanos personalísimos de los niños, insusceptibles de ser ejercidos por representantes pues corresponden a la esfera de la autonomía personal y de la libertad”*, agregando que *“Si bien el proceso hacia la autonomía personal de los niños requiere en forma relevante de la función socializadora de los padres, ello no obsta a que el Estado colabore con aquéllos y establezca ciertos objetivos básicos en relación con sus políticas en materia de salud y educación (...), llevando a cabo las acciones tendientes a que se concreten estos fines”*.

En consecuencia, se puede afirmar que el concepto de “competencia”, que auspicia el principio de autonomía progresiva de niños y adolescentes, es uno de los tantos elementos que permite visualizar cambios en el significado y contenido de la responsabilidad parental, donde, precisamente, la idea de “competencia” vendría a ser un límite a la autoridad paterno-filial, en total consonancia con lo previsto en el aludido art. 5 de la CDN.

⁵⁴ Este concepto de “competencia”, pero definido como *“la capacidad del paciente para comprender la situación a la que se enfrenta, los valores que están en juego y los cursos de acción posibles con las consecuencias previsibles de cada uno de ellos para, a continuación, tomar, expresar y defender una decisión que sea coherente con su propio proyecto de vida y escala de valores”*, fue utilizado en un precedente donde se debatía la autorización de unos padres en representación de su hijo de 14 años a la petición pero de 17 a la sentencia, de someterse a una intervención quirúrgica de reasignación del sexo, fallo que con algunas reticencias, fue resuelto a favor (Juz. 1ra. Inst. Civ., Com., Conciliación. y Familia, Villa Dolores, 21/09/2007, “C. J. A. y otra s/solicitan autorización”, LLC 2007 —noviembre—, 1102).

Cómo evitar la judicialización de este tipo de conflictos cuando, como se sabe, el acceso a la justicia no se desarrolla con la misma intensidad y calidad para todos, reafirmando de este modo la violación de derechos humanos de niños y adolescentes por razones socioeconómicas, y a la par, estar acorde con el principio de autonomía progresiva. Ambas inquietudes podrían encontrar su respuesta en la técnica legislativa adoptada por el Decreto 2316/2003 de la Ciudad de Buenos Aires que modificó la Ley Nº 153 de salud básica local, al rezar el texto actual: *“Toda persona que esté en condiciones de comprender la información suministrada por el profesional actuante, que tenga suficiente razón y se encuentre en condiciones de formarse un juicio propio, puede brindar su consentimiento informado para la realización de estudios y tratamiento. Se presume que todo/a niño/a o adolescente que requiere atención en un servicio de salud está en condiciones de formar un juicio propio y tiene suficiente razón y madurez para ello; en especial tratándose del ejercicio de derechos personalísimos (tales como requerir información, solicitar testeo de HIV, solicitar la provisión de anticonceptivos)”*.

Como se puede observar, acá no se establece de manera rígida una edad determinada. Todo lo contrario, se carece o silencia a la edad. La ley le da valor a otros elementos, básicamente, a la actitud activa del interesado, o sea, a la exteriorización o manifestación de voluntad por parte del niño o adolescente a través de ciertos comportamientos relativos al cuidado de su propio cuerpo como ser peticionar información sobre su derecho a la salud sexual o reproductiva, la provisión de un anticonceptivo o someterse a un testeo de HIV sida. Todos ellos hacen presumir, según la ley, madurez y discernimiento y, por lo tanto, quedar habilitado para ejercer en forma personal los derechos sexuales y reproductivos. Esto no es más que el reconocimiento de una autonomía progresiva, otorgándose valor jurídico a ciertas manifestaciones que emanan de los niños y adolescentes en lo que respecta a sus derechos sexuales y reproductivos. Este es un claro ejemplo normativo donde se recepta la idea de “competencia” fundada en una presunción legal que, a su vez, reposa en el principio de autonomía progresiva.

¿Esta misma postura se podría extender a otros derechos personalísimos? La respuesta afirmativa se impone. Otro ejemplo se puede visualizar en otro derecho de esta naturaleza como lo es el derecho a conocer los orígenes del adoptado. Veamos, el art. 328 del Código Civil tras la reforma introducida al régimen jurídico de la adopción por la Ley 24.779 del año 1997, recepta este derecho en los siguientes términos: *“El adoptado tendrá derecho a conocer su realidad biológica y podrá acceder al expediente de adopción a partir de los dieciocho años de edad”*.

Como paso previo e ineludible, cabe preguntarse si esta regulación se encuentra en consonancia con el principio de autonomía progresiva al limitar el ejercicio de un derecho personalísimo que hace a la construcción de la identidad de una persona a una edad rígidamente estipulada y además, comparativamente, alta ya que en tantísimos países como hemos adelantado ya se alcanza la plena capacidad civil a esa edad; por

lo cual habilitar al adoptado cuando llega a la mayoría acceder al conocimiento sobre su biografía no es una conquista sino una obligación. Por lo tanto, fácil se advierte la falencia que muestra la redacción del art. 328 de la legislación civil de fondo, además de otras críticas que merece tal como se ha esgrimido en otras oportunidades.⁵⁵ Dicho esto, cabría indagar acerca de cuál sería la postura legislativa más atinada. Aquella que sigue la misma línea que el decreto local mencionado, proponiéndose la siguiente redacción al articulado en estudio: *“El adoptado tendrá derecho a conocer sus orígenes; a tal fin podrá acceder al expediente de adopción y demás información que conste en registros judiciales y/o administrativos. Se presume que todo/a niño/a o adolescente que peticona este acceso está en condiciones de formar un juicio propio y tiene suficiente razón y madurez para ello, salvo que por razón fundada sea contrario al interés superior del niño”*.

Esta misma mirada revisionista debería trasladarse a una cantidad de derechos personalísimos de niños y adolescentes como ser aquellos relacionados con la libertad religiosa, el derecho a la educación, la decisión de dar un hijo en adopción por parte de padres menores de edad, el reconocimiento de hijos y todos aquellos actos relacionados con la filiación, la reasignación de sexo, disposición de órganos o material anatómico para transfusión de sangre y tratamientos médicos, la modificación del nombre, entre otros. Inclusive, revisar la normativa reciente en materia de edad legal para contraer matrimonio.

Tal como se ha adelantado, la Ley 26.449 publicada en el Boletín Oficial el 15/01/2009 modificó el inc. 5º del art. 166 del Código Civil, elevando y así equiparando la edad para contraer matrimonio del hombre y la mujer a los 18 años de edad. Entre la franja de los 18 a los 21 años se necesita contar con la correspondiente autorización de los padres o representantes legales y, por el contrario, por debajo de los 18 años, es imprescindible contarse con la correspondiente autorización judicial conocida como “dispensa” (art. 167 del Código Civil). En un precedente del Tribunal Colegiado de Familia N° 5 de Rosario del 22/05/2009, se cuestiona esta reciente reforma al señalarse que ella *“choca con el principio de la capacidad progresiva de los niños que pretende explicitar la esfera de la autonomía de los sujetos en forma escalonada y paulatina, incorporada a la Constitución Nacional —art. 75 inc. 22— por la Convención sobre los Derechos del Niño —art. 5—, como una tendencia a quebrar la tajante división minoría-mayoría de edad y reemplazar esos conceptos por aquella visión asimilable a la evolución psíquica-biológica de la persona”* y que también *“se enfrenta con las pautas para valorar el interés prevalente del niño conforme su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales —art. 3 inc d) Ley 26.061”*. Se afirma, a tono con este contexto, que una joven de 17 años que se encuentra embarazada y conviviendo con su novio de 24 años desde hace un año, no debería contar con la debida autorización judicial sino, simplemente, con la anuencia de sus progenitores, por lo cual se sostiene que debería

⁵⁵ HERRERA, M., *El derecho a la identidad en la adopción*, tomo II, Editorial Universidad, 2008, Buenos Aires, p. 115 y ss.

ceder el “Estado intervencionista” en atención al reconocimiento jurídico del principio de autonomía progresiva.⁵⁶

Asimismo, cabe destacar que esta perspectiva más integral no circunscripta al ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos de niños y adolescentes, es la que se adopta en el derecho español al establecer en el art. 162 del Código Civil que si bien “*Los padres que ostenten la patria potestad tienen la representación legal de sus hijos menores no emancipados. Se exceptúan los actos relativos al derecho de la personalidad u otros que el hijo, de acuerdo con las leyes y con sus condiciones de madurez puede realizar por sí mismo (...)*”. De manera categórica, esta previsión no se detiene en el derecho a la salud, sino que es más extensa, al aludir al derecho de la personalidad de niños y adolescentes, por lo cual la excepción se muestra más laxa.

En suma, el desarrollo de los derechos personalísimos de niños y adolescentes en lo que respecta, fundamentalmente, a su ejercicio a la luz del principio de autonomía progresiva, no sólo nos conduce a explorar y ahondar sobre otros derechos además de aquellos que hacen al cuidado del propio cuerpo, sino también a salir de la edad como elemento esencial y único protagonista sobre el cual giran los sistemas jurídicos tradicionales en materia de capacidad civil y representación legal de niños, niñas y adolescentes.

VII. ¿Y la capacidad negocial de niños, niñas y adolescentes?

VII. a. De una postura tradicional a una mirada contemporánea

Si todavía falta transitar algunos senderos en materia de derechos personalísimos de niños y adolescentes, más virgen y resistido es el tema en lo concerniente a la capacidad negocial de estas personas.

Sucede que el principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes y la mayor flexibilidad a la cual se invita en el campo de los derechos personalísimos es mirado con cierto recelo o resquemor cuando se trata de derechos patrimoniales o de máxima, una mirada cautelosa como la que propone Victoria Pellegrini cuando se refiere a la capacidad de contratación de las personas menores de edad expresamente prohibida en el art. 1160 del Código Civil.⁵⁷ Al respecto, se concluye que “*De los modelos legislativos posibles, adscribir a un sistema rígido puede no resultar el más conveniente —propiciando su reforma legislativa— pero no por ello necesariamente inconstitucional. Es más, fijar un límite erario simplifica la cuestión probatoria, ya que alcanzadas las edades fijadas no se requiere ningún tipo de prueba ni discusión jurisdiccional*”, pero

⁵⁶ Trib. Col. Familia, Nº 5, Rosario, 22/05/2009, G. V. A. s/ dispensa, expte. 1075/09, inédito.

⁵⁷ Con este articulado se inaugura en el Código Civil el capítulo relativo a “*De los que pueden contratar*”, observando en su primera parte que “*No pueden contratar los incapaces por incapacidad absoluta, ni los incapaces por incapacidad relativa en los casos en que les es expresamente prohibido (...)*”.

a pesar de ello, reconoce que *“Evidentemente, el concepto de autonomía progresiva algo tiene para decir respecto a la capacidad de contratación prevista en la legislación interna argentina para las personas menores de edad”*.⁵⁸

De manera sintética, en este apartado se subirán a escena algunas consideraciones que colocan en crisis esa perspectiva hermética que no hace más que reafirmar y mantener el “statu quo”, y a la vez, intentar a modo de apertura sentar algunas bases para repensar cómo, en qué medida y en qué aspectos podría ingresar el reiterado principio de autonomía progresiva al campo negocial de niños y adolescentes.

Uno de los argumentos más fuertes para alistarse en contra del ingreso del principio de autonomía en el campo de los derechos patrimoniales de niños y adolescentes es que en estos casos se encuentran involucrados derechos o intereses de terceros. Sin embargo, y con la mira puesta en el derecho comparado, cabría hacer algunas distinciones y profundizar sobre esta cuestión.

En este contexto, el interrogante que debería hacerse es acerca de la posibilidad o no de lograr una mayor elasticidad del sistema de la capacidad civil en materia patrimonial a través de los conceptos de discernimiento, desarrollo cognitivo y madurez, sin vulnerar o respetándose los derechos de todos los involucrados en el acto. En otras palabras, si habría en este campo un espacio para el principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes y, en caso afirmativo, indagar en qué sentido o con qué amplitud y mediante qué figuras y/o postura legislativa.

Uno de los elementos que se advierten en el derecho comparado al respecto se centra en la necesidad de distinguir la entidad o compromiso económico en juego.

Veamos: en Alemania se habla de la “capacidad negocial” de los niños, la cual compromete a las personas a partir de los 7 años de edad pero limitada a los llamados “casos de dinero de bolsillo”, es decir, aquellos donde un niño adquiere una mercancía de escaso valor abonada en el mismo acto. Se trata de contratos celebrados por el hijo con dinero proporcionado por los padres o terceros. ¿Cuál sería el fundamento jurídico de la validez de esta transacción de carácter patrimonial? La presunción de aceptación o autorización paterna, es decir, que los niños actuaron con la anuencia de sus progenitores, por lo cual se trataría de un acto mixto donde los niños prestan el consentimiento y los padres asienten pero de modo presunto.

Por su parte, cabe recordar que el derecho francés ya en el año 1970 fue protagonista de una reforma legislativa de suma importancia donde, amén de modificarse el término “patria potestad” por el de “autoridad parental”, se introdujeron cambios sustanciales en el régimen jurídico relativo a la relación paterno-filial. Es dentro de este contexto donde se empezó a acuñar la figura de la “asistencia” paterna, por lo cual, no sólo hay actos

⁵⁸ PELLEGRINI, M. V., “Contactos entre la autonomía progresiva y la capacidad para contratar de las personas menores de edad”, *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia. Derecho de Familia*, N° 42, Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, p. 97.

donde los padres representan a los hijos (sustitutivos de la voluntad de los hijos), sino también se prevén situaciones intermedias donde los hijos son protagonistas del acto que se trate pero con la asistencia de los padres. Como se ha adelantado, este concepto de “asistencia” amplía el abanico de posibilidades ante la falta de desarrollo madurativo del niño teniéndose en cuenta el tipo de acto de que se trate, considerándose que se necesita una mayor evolución de las facultades en lo relativo a ciertos derechos y menor en otros como en los de carácter personalísimos. En este sentido, la doctrina francesa acuña la idea de una “autonomía con geometría variable”, donde tanto la edad como el criterio de discernimiento constituyen dos pilares de dicho sistema. Con relación a los actos de carácter patrimoniales, se afirma que a los 16 años de edad —es decir, antes de alcanzarse la mayoría de edad que acontece a los 18 años— cesa el derecho de los padres al goce sobre los bienes de los hijos, como así también se permite a los hijos el ejercicio por sí solos de aquellos “actos de la vida corriente”.

Asimismo, cabe destacar el art. 389-3 del Código Civil francés, el cual dispone que *“El administrador legal representará al menor en todos los actos civiles, salvo en los casos en que la ley o la costumbre autorice a los menores a actuar por sí mismos”*. Si bien se adopta como principio general la incapacidad, deja abierta la posibilidad para que el niño o adolescente pueda actuar por sí solo ante ciertos supuestos apelándose de manera amplia a la “costumbre” como una de las fuentes del derecho.

En el derecho español la doctrina hace tiempo viene esgrimiendo una mirada crítica hacia la incapacidad negocial de las personas menores de edad. Sobre este punto, se asevera que *“En un principio, atendiendo a la interpretación literal de los artículos 1261 y 1263 del Código Civil, el menor de edad no tendría capacidad contractual, por lo tanto, los actos por él realizados no tendrían ninguna eficacia jurídica. Ahora bien, no debemos olvidar que esa ineptitud para contratar que en principio propugna el art. 1263 del Código Civil debe ser matizada y puesta en relación con la vida real. Así lo ha entendido la doctrina más autorizada”*. Agregándose que *“Hay que reconocer que los menores van desarrollando una actividad contractual creciente con arreglo a su edad y a los usos, sin que se plantee cuestión en torno a la validez de los contratos celebrados por ellos, contratos de transporte, espectáculos, compra de libros, ropa, etc. Es por ello, por lo que la doctrina se cuestiona la capacidad, individual y autónoma concedida al mismo, tiene mayor reflejo”*.⁵⁹ Tan es así, que el Código Civil español regula de manera específica la situación de personas menores de edad que llevan una vida independiente. Al respecto, el art. 319 reza que *“Se reputará para todos los efectos como emancipado al hijo mayor de dieciséis años que con el consentimiento de los padres viviere independientemente de éstos. Los padres podrán revocar este consentimiento”*. Si bien es una normativa cerrada al depender la emancipación de la exclusiva y excluyente voluntad de los progenitores, es interesante pensar en figuras como éstas de cara a la realidad. Por ejemplo, se le podría dar una respuesta normativa

⁵⁹ LÓPEZ SAN LUIS, R., *La capacidad contractual del menor*, Dickinson, Madrid, 2001, p. 59.

más acorde a la cantidad de adolescentes que se van a estudiar a otra ciudad, alejándose de la mirada y acompañamiento de sus representantes legales, cuestión que tiene mayor relevancia práctica en ordenamientos jurídicos como el argentino donde la plena capacidad civil se adquiere, tal como se ha expresado, recién a los 21 años de edad.

También es interesante indagar sobre las legislaciones forales españolas. En el tema en estudio, cabe traer a colación la regulación que observa el derecho aragonés. El art. 5 de la Compilación de Aragón establece en su primer inciso que *“El menor de edad, cumplidos los catorce años, aunque no esté emancipado, puede celebrar por sí toda clase de actos y contratos, con asistencia, en su caso de uno de cualquiera de sus padres, del tutor, o de la Junta de parientes. Los actos o contratos celebrados sin la debida asistencia serán anulables”*. Y el inciso tercero agrega que *“El mayor de catorce años que, con el beneplácito de sus padres o mediando justa causa, viva independiente de ellos, tendrá la libre administración de todos sus bienes”*. Nuevamente se apela a la figura de la “asistencia”, permitiéndose que el rol principal recaiga en el niño o adolescente al ser quien concluye el acto pero es secundado o su voluntad es completada con la de sus progenitores, postura totalmente contraria con la figura de la representación legal que se funda en la idea de sustitución o reemplazo.

Por otra parte, cabe señalar la diferencia entre “beneplácito” y “consentimiento” paterno, siendo el primero sinónimo de aprobación o de “dar por buena una cosa”, mientras que el segundo equivale a permitir. Sobre esta otra categoría novedosa para el derecho civil, se ha sostenido que *“Para la doctrina aragonesa, el legislador fue bastante afortunado al incluir el término de beneplácito, aducen que está más en consonancia con lo que se entiende en Aragón por autoridad parental o familiar, ya que ésta se entiende de una manera más flexible que la patria potestad de Código Civil y además, por estar más acorde con el modo de entenderse la capacidad del menor de catorce años de edad en el Derecho aragonés”*.⁶⁰

Como se puede apreciar, consideraciones como éstas que descansan en el derecho comparado permiten ampliar y renovar el debate auspiciado, sin lugar a dudas, por el principio de autonomía progresiva. ¿Es lo mismo comprar una golosina en el kiosco de la escuela que vender un auto? Si la respuesta es negativa, habría que examinar de qué modo la ley puede receptar esta diferencia que se observa, de manera elocuente, en la práctica. A lo mejor, el ejemplo del derecho alemán y el régimen especial cuando se trata de “dinero de bolsillo” podría ser un buen punto de partida.

Por otra parte, y desde el punto de vista sociológico o sin perder de vista la realidad social, es sabido que el desarrollo tecnológico permite una mayor modernización y facilidad en la adquisición de bienes y servicios. Por ejemplo, en la actualidad una gran cantidad de transacciones económicas se realizan a través de un aparato electrónico,

⁶⁰ Idem, p. 91.

de un cajero automático. ¿Acaso no es posible que un niño o adolescente conozca la clave y utilice la tarjeta de débito de uno de sus padres y procede a retirar dinero de la cuenta bancaria? Este es otro de los tantos avances de la tecnología que no le deberían ser ajenos al derecho y que, a la postre, es hábil para reafirmar la puesta en crisis del principio de la casi total “incapacidad” negocial de las personas menores de edad. He aquí otro interesante entrecruzamiento temático patrocinado por la fuerza de la realidad entre tecnología y autonomía.

VII. b. Una vez más, revisándose el contenido de la “responsabilidad parental”

Si de responsabilidad parental y autonomía de niños y adolescentes en el campo negocial se trata, surge un nuevo interrogante que gira en torno a la constitucionalidad de la figura del “usufructo paterno”. ¿Es posible la convivencia/coexistencia con los postulados que promueve la CDN de una figura jurídica donde los padres o representantes legales se “adueñan” del producido de los bienes de sus hijos, salvo supuestos de excepción?⁶¹

Esta interesante disyuntiva que proponen y ahondan Lloveras y Salomón, quienes se han expedido a favor de la inconstitucionalidad del usufructo materno-paterno, al entender que *“el Código Civil, con el diseño legislativo del usufructo paterno-materno, y en especial al determinar el ingreso al patrimonio de los padres de las rentas y frutos de los bienes que pertenecen al hijo, vulnera la esencia misma del derecho patrimonial del menor. Por lo tanto, sostenemos la inconstitucionalidad del usufructo paterno-materno porque desconoce las siguientes pautas emanadas del derecho humanitario contenidas en nuestra Carta Magna”*, entre las que se señalan: a) el ignorar que el hijo menor de edad es sujeto titular de derechos, entre ellos, los de carácter patrimonial, y en particular, el derecho de percibir los frutos y rentas de los bienes que componen su patrimonio y que le permitirían acrecentar su capital; b) el desconocimiento de que por principio es al titular de los bienes a quien le corresponden los frutos y rentas de ellos de conformidad con el derecho de propiedad; c) que se discrimina a los hijos menores de edad en el paisaje general de los derechos reales, al ver disminuido su patrimonio, en tanto no se incorporan los frutos y rentas de sus bienes que les pertenecen, ingresándolos al patrimonio de otros sujetos que no son los titulares de esos bienes —los padres—; d) que conforme al principio por el cual la responsabilidad parental se ejerce en interés y en beneficio del hijo, no podría ejercerse dicha autoridad beneficiándose injustificadamente el padre y la madre con las rentas y frutos que pertenecen al patrimonio de los hijos; e) desde el actual techo ideológico de la Constitución Nacional no se pueden justificar las razones por las que el legislador sigue

⁶¹ Reza el art. 287 del Código Civil que *“El padre y la madre tienen el usufructo de los bienes de sus hijos matrimoniales, o de los extramatrimoniales voluntariamente reconocidos, que estén bajo su autoridad, con excepción de los siguientes: 1ro. Los adquiridos mediante su trabajo, empleo, profesión o industria, aunque vivan en casa de sus padres; 2do. Los heredados por motivo de la indignidad o desheredación de sus padres; 3ro. Los adquiridos por herencia, legado o donación, cuando el donante o testador hubiera dispuesto que el usufructo corresponde al hijo”*.

sosteniendo el “desapoderamiento” o “vaciamiento” del patrimonio del menor, a título de usufructo legal, y el correlativo ensanchamiento del patrimonio de los padres; f) que el ejercicio de la patria potestad no viene investido de un carácter lucrativo, por lo cual, no habría razones que estén en la tésis de la institución que los padres pueden acrecentar sus patrimonios con el producido de los bienes del hijo.⁶²

Todos estos argumentos descansan, en mayor o menor medida, en el reconocimiento de los hijos como sujetos de derechos, con individualidad y autonomía, separados de la autoridad de los progenitores. Este es un lúcido supuesto donde se vislumbra la incidencia del principio de autonomía en el reconocimiento y satisfacción de derechos patrimoniales de niños, niñas y adolescentes.

VII. c. La figura de la emancipación desde la lupa de la autonomía progresiva

Si de infancia y adolescencia se trata en lo relativo a los derechos o actos de tinte patrimoniales, no se puede perder de vista otra institución clásica del derecho civil. Nos referimos a la figura de la emancipación como *“institución por la cual los menores de edad quedan liberados de la incapacidad que pesa sobre ellos con anticipación a la mayoría de edad”*.⁶³

Cabe recordar que en el derecho argentino hay dos tipos de emancipación: 1) emancipación por matrimonio y 2) emancipación por habilitación de edad. Los requisitos para el primero es que el hombre y la mujer tengan la edad hábil para contraer nupcias, es decir, 18 años para ambos sexos y la efectiva celebración del matrimonio. Por su parte, los requisitos de la segunda tipología están regulados en el segundo y tercer párrafos del art. 131 del Código Civil según ley 17.711 que expresan: *“Los menores que hubieren cumplido dieciocho años podrán emanciparse por habilitación de edad con su consentimiento y mediante decisión de quienes ejerzan sobre ellos la autoridad de los padres. Si se encontraran bajo tutela, podrá el juez habilitarlos a pedido del tutor o del menor, previa sumaria información sobre la aptitud de éste. La habilitación por los padres se otorgará por instrumento público que deberá inscribirse en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas. Tratándose de la habilitación judicial bastará la inscripción de la sentencia en el citado Registro. La habilitación podrá revocarse judicialmente cuando los actos del menor demuestren su inconveniencia, a pedido de los padres, de quien ejercía la tutela al tiempo de acordarla o del Ministerio Pupilar”*.

Colocándose como eje de análisis el principio de autonomía progresiva, tanto la emancipación por matrimonio como la emancipación por habilitación presentan algunas sutilezas

⁶² LLOVERAS, N. y Salomón, M., “La inconstitucionalidad del usufructo paterno-materno. Una mirada desde el Derecho Humanitario”, JA 2007-IV-1117.

⁶³ LLAMBIAS, J. J., *ob. cit.* p. 457.

que merecen ser destacadas. Una de ellas se observa en el art. 168 del Código Civil cuando se afirma que la persona menor de edad emancipada por habilitación de edad no podrá contraer matrimonio sin el asentimiento de sus padres o de la persona responsable o, en su defecto, del juez, por lo cual el Código Civil continúa estableciendo algunas “incapacidades” aún en el supuesto de emancipación, cuando se le ha reconocido la madurez para celebrar por sí actos patrimoniales y, consigo, entablar relaciones con terceros. ¿Acaso es posible hacer una diferencia tajante entre la madurez para decisiones personales y para actos patrimoniales? En otras palabras, habría que revisar si en la sociedad actual caracterizada por la idea de ser una “aldea globalizada”, una vez que se permite o se habilita al adolescente a entablar e interactuar con otros por razones negociales, esto mismo no conlleva, a la par, a un mayor desenvolvimiento, confianza en sí mismo y crecimiento por la circularidad en las relaciones con terceros que, en definitiva, producen un avance en el desarrollo cognitivo general en la persona.

Por otra parte, también se observan ciertas limitaciones a las personas menores de edad que contrajeron matrimonio. Así, el art. 131 en sus dos primeros párrafos dispone que *“Los menores que contrajeren matrimonio se emancipan y adquieren capacidad civil con las limitaciones previstas en el artículo 134. Si se hubieren casado sin autorización no tendrán, hasta los veintiún años, la administración y disposición de los bienes recibidos o que recibieren a título gratuito, continuando respecto a ellos el régimen legal vigente de los menores, salvo ulterior habilitación”*.

¿Cuáles son las limitaciones que impone el art. 134 del Código Civil? Que los emancipados *“no pueden ni con autorización judicial: 1ro. Aprobar cuentas de sus tutores y darles finiquito; 2do. Hacer donación de bienes que hubiesen recibido a título gratuito; 3ro. Afianzar obligaciones”*, agregándose en el articulado siguiente que éstos *“adquieren capacidad de administración y disposición de sus bienes, pero respecto de los adquiridos por título gratuito antes o después de la emancipación, sólo tendrán la administración; para disponer de ellos deberán solicitar autorización judicial, salvo que mediare acuerdo de ambos cónyuges y uno de éstos fuere mayor de edad”*.

Fundado en estas normativas, se ha sostenido que *“la condición del menor emancipado no es idéntica a la del mayor de edad, pues su capacidad general se ve modificada por la incidencia de los arts. 134 y 135 del Código (...) Por el juego de todas estas disposiciones el menor emancipado queda ubicado como persona capaz con restricciones para actos determinados; es capaz por regla general, e incapaz por excepción, respecto de ciertos actos de carácter patrimonial”*.⁶⁴

De este modo, se reafirma lo expresado sobre la mirada restrictiva que gira en torno a la capacidad negocial de niños, niñas y adolescentes que ha quedado plasmada de manera reciente en un precedente dictado por la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial

⁶⁴ Idem p. 466.

de Junín de fecha 16/10/2008⁶⁵ donde la situación fáctica planteada era la siguiente. Una joven de 18 años que vivía con su abuela y estaba comenzando un emprendimiento laboral (taller de costura), solicita ante la justicia su emancipación dativa o por habilitación de edad, en atención a que su madre había fallecido y no tenía una buena relación con su padre, considerando necesario alcanzar la plena capacidad civil para llevar adelante por sí sola ciertos actos relativos a dicho emprendimiento para su manutención. Tanto en primera como en segunda instancia, se rechaza la petición de emancipación fundada en los siguientes argumentos: 1) que la joven aún se encontraba bajo la patria potestad de su padre (conf. art. 264 inc. 3, Código Civil); 2) que no se daba en la situación ninguna causal de suspensión o privación de la patria potestad regulada en los arts. 307 y 309 del mismo cuerpo normativo; 3) que la norma aplicable al caso, el mencionado art. 131, sería claro al respecto, entendiéndose que la emancipación sólo puede ser acordada por decisión de quien ejerza sobre las personas menores de edad la patria potestad, en este caso el padre y 4) que no existía en el caso prueba de circunstancia excepcionalísima alguna por la cual se debía abandonar el principio general por el cual la emancipación por habilitación de edad debe ser decidida por los padres.

No cabe duda que este tipo de decisiones contrarían el principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes —además de otros tantos derechos humanos que titularizan los niños y adolescentes—, amén de colocar en “off side” la mayoría de edad alta que recepta el derecho argentino.

El mencionado art. 5 de la Convención sobre los Derechos del Niño, normativa de mayor fuerza normativa que la legislación civil de fondo, no sólo establece un límite a la responsabilidad paterna, sino que en este supuesto nos conmina a preguntarnos si se deberían observar con la misma estrictez las decisiones de un padre que cuida, cría y educa a su hijo de aquél que se desentiende y no tiene relación alguna como en el caso en análisis.

Asimismo, los jueces en este precedente —siguiendo un trabajo de Chaumet y Meroi sobre “¿Es el derecho un juego de los jueces?”— señalan que en la actualidad las decisiones sobre aspectos centrales de las más variadas ramas jurídicas son justificadas directamente desde principios constitucionales, destacándose que *“se omite así la mediación de una norma (habitualmente la ley) que determine las condiciones de aplicación y los alcances del principio constitucional, tarea que es asumida por los jueces en la solución de cada caso en concreto”*. Agregándose que *“No en vano se ha afirmado —recordando ejemplos de la jurisprudencia alemana— que ‘casi podría decirse que todo conflicto jurídico, desde el horario de las panaderías al etiquetado del chocolate, encuentra alguna respuesta constitucional, fenómeno que genera que se multiplican los elogios a la protección judicial de los derechos’ y, al propio tiempo, arrecian las críticas a la creación judicial del Derecho”*.

⁶⁵ Capel., Civ. y Com. Junín, 16/10/2008, “DS., A. R s/ emancipación y habilitación y sus revocatorias en *Actualidad Jurídica de Córdoba. Familia y Minoridad*, enero 2009, año V, vol. 57, p. 6162.

Esta postura, lamentablemente, sigue siendo moneda corriente en la doctrina jurisprudencial, al entenderse que se debe aplicar la normativa infraconstitucional si ella prevé una determinada solución al conflicto planteado, sin comprender la obligación judicial de analizar en todo momento la tensión entre las normas de diferentes jerarquías, máxime en un ordenamiento jurídico como el argentino donde se adopta un sistema de control de constitucionalidad difuso, importando ello un claro compromiso de los jueces en indagar la ineludible interacción entre normas de diferente jerarquía, ya sea que la respuesta esté o no expresamente prevista en las normas de rango inferior.

Lo dicho no es óbice para hacer la siguiente reflexión que reafirma la importancia de los cambios legales. Es cierto que desde los “principios constitucionales” a los que aluden los magistrados en el fallo, la resolución hubiera sido la contraria so pena de incurrirse en una abierta violación al principio de autonomía progresiva y, consigo, el interés superior del niño. Pero también lo es que una modificación de la legislación civil al respecto que estuviera en total consonancia con dicho principio habría evitado caer en este “problema de interpretación”. ¿Le interesa al Estado —cuya voz se exterioriza a través del Poder Judicial— vedarle a una joven poder desempeñarse con libertad en el plano laboral a través de la figura de la emancipación ante una negativa infundada de su padre? La respuesta negativa se impone.

Seguramente una modificación en el régimen jurídico vigente en materia de capacidad civil y representación legal de niños y adolescentes a la luz del reiterado principio de autonomía progresiva, introduciría cambios radicales en la figura de la emancipación, observándose de este modo un perfil preventivo del derecho que debería ser potencializado.

VIII. Clausura

En este ensayo se ha tenido por objeto colocar sobre el escenario algunas de las tantísimas tensiones que despierta un principio de derechos humanos tan emancipador como temido, como lo es el de la autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en el campo del derecho civil de fondo; y a la vez, dejar algunas huellas trazadas para un camino necesario y paralelo en el ámbito del derecho procesal civil donde se profundice acerca de los diferentes modos de ver efectivizado el derecho a participar en los procesos administrativos y judiciales que los involucra de manera directa, de conformidad con lo dispuesto en el mencionado art. 27 de la Ley 26.061.

En otras palabras, se trata de analizar de manera crítica y seria el potencial que observa el principio de autonomía de niños, niñas y adolescentes al penetrar en la legislación civil de fondo, sin perderse de vista que esta actividad repercute, de manera ineludible, en la legislación procesal civil.

Aquí se ha apostado a movilizar y actualizar el debate sobre el rol de los niños y adolescentes en el derecho civil contemporáneo, para lo cual el principio de autonomía de

niños, niñas y adolescentes se aprecia como una pieza fundamental, esencial y central que concentra aspectos de otros derechos humanos también “emancipadores” como el derecho a la libertad, el derecho de participación y el derecho al desarrollo de la personalidad de aquéllos.

En suma, y como lo ha expresado el reconocido periodista y escritor uruguayo Eduardo Galeano, los derechos humanos *“Son cosas chiquitas. No acaban con la pobreza, no nos sacan del subdesarrollo, no socializan los medios de producción y de cambio, no expropián las cuevas de Alí Babá. Pero quizá desencadenen la alegría de hacer, y la traduzcan en actos. Y al fin y al cabo, actuar sobre la realidad y cambiarla, aunque sea un poquito, es la única manera de probar que la realidad es transformable”*.

En particular, el principio de autonomía progresiva de niños, niñas y adolescentes en su carácter de ser uno de los principios de derechos humanos expresamente reconocido a un determinado grupo etario que se encuentra en una especial situación de mayor vulnerabilidad, tampoco sacará a éstos de la miseria, de la persistente desigualdad social y la consecuente dificultad para ver satisfechos sendos derechos humanos, pero de mínima, coadyuva a enfrentar estas abiertas violaciones constituyéndose en un disparador hábil para diseñar un “modelo para armar y otro para desarmar” en el campo del derecho civil, tan reacto a los cambios o arraigado al mantenimiento del “statu quo”.

Algo cierto y nada desdeñable nos dicen los derechos humanos: que la realidad es transformable y que las leyes no son otra cosa que actos que llevan adelante los hombres. Por ende, lo que la ley dice hoy, puede decir perfectamente otra cosa mañana. El desafío consiste en desentrañar qué es lo que debería decir para estar en consonancia con voces imperativas provenientes del plexo normativo internacional.

¿Cómo debería ser el sistema jurídico en materia de capacidad civil y representación legal para estar a tono con la idea de los niños y adolescentes como sujetos de derecho y, en especial, con el principio de autonomía progresiva? Este es uno de los esfuerzos intelectuales actuales más incisivos al que deben enfrentarse los operadores del derecho inquietos por la cuestión jurídica de la infancia y adolescencia en el campo civil.

En este ensayo se intentó sentar las bases para una postergada y compleja discusión que, como en todos los temas centrales que propone la CDN, presenta adeptos y detractores. Una vez más, se trata del choque inexorable entre lo viejo y lo nuevo.

Así de complicados son los verdaderos desafíos. Y no podría ser de otro modo cuando de la satisfacción y efectivización de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes se trata.

EVOLUCIÓN DE LA NORMATIVA SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LA LEGISLACIÓN PERUANA

JORGE VALENCIA COROMINAS*

1. El derecho internacional de los derechos humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño

Con el desarrollo del derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XX, por el gran aporte de la Organización de las Naciones Unidas y de los sistemas regionales como el americano y el europeo, dos instrumentos internacionales se constituyeron como la “piedra angular” para la protección y promoción de los derechos humanos: la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño. El primero dirigido básicamente a la protección y promoción de los derechos de los adultos y el segundo, a los niños, niñas y adolescentes de todo el mundo, al reconocerles los llamados derechos específicos.¹

La trascendencia de la Declaración, adoptada en la ciudad de París el 10 de diciembre de 1948, radica en el hecho de haber conceptualizado una serie de derechos que posteriormente serían recogidos por los sistemas jurídicos del mundo para brindar una protección más eficaz a la persona. También debemos destacar la importancia de la adopción de una serie de instrumentos internacionales por el sistema universal y los sistemas regionales en materia de derechos humanos como: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos,² el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales,³ la Convención Americana de Derechos Humanos,⁴ y el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.⁵

El propio texto de la Declaración señala no sólo la universalidad de esos derechos, sino que reafirma también que la fundamentación en la que éstos reposan es la dignidad, que es inherente a cada ser humano. Estamos, en consecuencia, ante derechos que no son conferidos por Estado alguno, y plantean, como establece la propia declaración, la necesidad de protegerlos por un régimen de derecho a fin de que el ser humano no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión.⁶

* Abogado, ex-Adjunto para la Niñez y Adolescencia, Defensoría del Pueblo del Perú.

¹ Tema que desarrollaremos más adelante.

² Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el mes de diciembre de 1966 y entró en vigencia en 1976.

³ Adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas en el mes de diciembre de 1966 y entró en vigencia en 1976.

⁴ Adoptada por la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos, celebrada en San José de Costa Rica en 1969.

⁵ Fue adoptado por el Consejo de Europa en 1950 y entró en vigencia en 1953.

⁶ ALVAREZ VITA, J.: “El Maravilloso Mundo de los Derechos Humanos”, edit. Universidad Alas Peruanas, Lima, 2006, p. 21.

La Convención sobre los Derechos del Niño, en tanto, representa una propuesta desde el derecho internacional de los derechos humanos de inclusión social, jurídica y democrática para la infancia. Por ejemplo, en la llamada democracia de las emociones de Giddens, los niños pueden y deben ser capaces de replicar. Una democracia de las emociones no implica falta de disciplina o ausencia de respeto. Busca, sencillamente, darles una nueva dimensión. Ocurrió algo muy similar en la esfera pública cuando la democracia empezó a sustituir el mando arbitrario y el poder de la fuerza.⁷

La Convención, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, fue fruto de más de diez años de labor, la misma respondió a la necesidad de elaborar un instrumento internacional que proteja todos los aspectos de la vida del niño y que, superando los límites de la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, tuviese carácter de obligatoriedad para los Estados.⁸ El Perú firmó la Convención el 26 de enero de 1990, comprometiéndose con la comunidad internacional a su futura aprobación por los órganos nacionales competentes. Es así que el Congreso de la República tomó conocimiento de la misma en la Primera Legislatura del año —que se inicia luego de las fiestas patrias nacionales a fines del mes de julio—. Y mediante Resolución Legislativa N° 25278, del 4 de agosto de 1990, el Congreso aprobó la Convención integrando sus preceptos con jerarquía de norma constitucional en el derecho nacional. Este acto representa la expresión de aceptación del Estado contratante.

De inmediato, el Perú hizo entrega del respectivo depósito del instrumento de ratificación ante el Secretario General de las Naciones Unidas,⁹ sin haber presentado reserva alguna al texto del mencionado instrumento internacional. Posteriormente, la Convención entró en vigencia en el ámbito internacional el 2 de septiembre de 1990, luego de transcurridos los 30 días de depósito del vigésimo instrumento ante el Secretario General de las Naciones Unidas.

2. La aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño en el derecho nacional

Nos toca vivir en un mundo de permanente cambio. Frente a esta realidad no podemos dejar de comprobar que si bien la vida se desarrolla dentro de cada Estado no puede estar divorciada del quehacer que supone la vida internacional, las normas jurídicas propias del derecho interno y del derecho internacional público que han experimentado también las consecuencias que supone la mutación permanente del mundo.¹⁰

⁷ GIDDENS, A.; "Un Mundo Desbocado: los efectos de la Globalización en nuestras Vidas", edit. Taurus, 2000, p. 76.

⁸ ALVAREZ VITA, J., ob. cit., p. 80.

⁹ La presente Convención entrará en vigor el trigésimo día siguiente a la fecha en que haya sido depositado el vigésimo instrumento de ratificación o adhesión en poder del Secretario General de las Naciones Unidas.

¹⁰ ALVAREZ VITA, J.; "Tratados Internacionales y Ley Interna", edit. Universidad de Lima, 2001, p. 101.

La aplicación de la norma internacional en materia de derechos humanos en el derecho nacional presenta, en la actualidad, características que no fueron desarrolladas por el derecho internacional público clásico.

El tratamiento de este problema supone traer nuevamente al debate las clásicas posiciones sobre el monismo y el dualismo; es decir, si el derecho internacional y el derecho interno son uno solo o si son derechos para considerarlos a la luz del desarrollo del derecho internacional público contemporáneo, y del surgimiento de nuevas obligaciones internacionales y la protección internacional a la persona humana.¹¹

En este contexto, cabe formular las siguientes preguntas: En la actualidad ¿el tratado en materia de derechos humanos se integra totalmente en el derecho nacional? ¿El Comité que establece la Convención, integrado actualmente por dieciocho expertos internacionales, es parte de la legislación nacional?

Definitivamente el tema resulta complejo: sin embargo, las nuevas tendencias del monismo indicarían que no todo el tratado internacional en esta materia se incorpora —per se— en el derecho nacional. El Comité sobre los Derechos del Niño se integra como parte del derecho internacional.

La Convención sobre los Derechos del Niño se aprobó estando vigente la Constitución Política del año de 1979. Dicha carta fundamental, redactada por demócratas a fines de la dictadura militar, concedía a los tratados internacionales en materia de derechos humanos un tratamiento especial. El artículo 101° reconocía que los tratados internacionales se incorporarían al ordenamiento nacional con rango de Ley; y el artículo 105° señalaba que los preceptos contenidos en los tratados internacionales en materia de derechos humanos se integrarían a la legislación con el rango de norma constitucional.

La Constitución de 1979 no sólo regulaba la jerarquía de los tratados sobre derechos humanos, sino que su posición humanista se ve consagrada al declarar la primacía de la persona humana, recurriendo a diversas técnicas como la de incorporación de cláusulas declarativas, reconocedora de derechos implícitos, de actuación positiva para órganos estatales, de transferencia de competencia a organismos de supervisión internacional y jerárquicas.¹²

La Constitución de 1993 suprimió dos disposiciones fundamentales de la Constitución de 1979, la que disponía la prevalencia del tratado sobre la ley en caso de conflicto con ésta, y la que confería un tratamiento especial a los tratados de derechos humanos que le otorgaba a sus preceptos rango constitucional, atribuyendo jerarquía legal —en principio— a todos los tratados sin distinción.¹³

¹¹ *Ibidem*, p. 105.

¹² LOAYZA TAMAYO, C.: Seminario Internacional "Justicia y Reparación para Mujeres Víctimas de Violencia Sexual en contextos de Conflicto Armado Interno".

¹³ Constitución de 1993, artículo 200 inciso 4, habilita la Acción de Inconstitucionalidad ante el Tribunal Constitucional contra las normas que tienen rango legal, incluyendo en su enumeración expresamente a los tratados.

3. El desarrollo de la norma nacional: hacia el Código de los Niños y Adolescentes

Una vez incorporada la Convención sobre los Derechos del Niño que consagra la doctrina de la protección integral en el derecho interno peruano, sus preceptos adquirieron el rango de norma constitucional. Esto generó la necesidad de derogar el Código de Menores de 1962, que tuvo 31 años de existencia y fue un insigne baluarte de la llamada pseudodoctrina de la situación irregular que consagró un derecho inexistente: el derecho de menores.

Nuestro Código de Menores extendía la competencia de la Jurisdicción Judicial privativa, a los que requirieran de protección por su conducta irregular, inadaptación o situación desfavorable, comprendiéndolos en los estados calificados de “abandono” o “peligro moral”; siendo evidente que esos estados entrañan condiciones de orden jurídico que sólo a un organismo judicial puede competir. En efecto, el menor abandonado requiere de protección y no tiene padres o representante legal que haga valer sus derechos; el menor en peligro moral debe ser protegido, pero con resguardo de sus derechos.¹⁴ Evidentemente las “medidas de protección” estaban dirigidas en general a la privación de su libertad, violando los derechos de los llamados “objetos de protección”.

Según Chunga Lamónja, el “Derecho de Menores” en el Perú surge en forma positiva y coherente con la entrada en vigencia del Código de Menores, el 2 de julio de 1962.

Si bien los desajustes que sufre la minoridad peruana son altamente significativos, pretendemos que nuestro Derecho de Menores no sea el resultado de la penetración de sistemas extraños, no adaptables a las genuinas características de nuestros pueblos que comparten los mismos ideales de justicia, ni al medio social en el que importadas instituciones de menores se han de aplicar, para sacar a luz aquellas características esenciales tradicionales y permanentes de nuestro Derecho, de forma renovada, con el propósito de elaborar dogmáticamente la inimputabilidad en la minoría de edad y vigorizar así las instituciones de un auténtico Derecho Peruano del Menor.¹⁵ Éstas eran definiciones que tenían las características de los menores en situación irregular en Latinoamérica.

Esta niñez peruana es parte de la infancia latinoamericana sin derechos y sin historia, y lo que es peor aún sin derecho a la historia por ser una categoría pensada ontológicamente, que se constituyó en un objeto pasivo de la “protección-represión”.¹⁶

En diciembre de 1990, mediante Ley N° 25296, el Congreso de la República delegó en el Poder Ejecutivo la facultad de aprobar, mediante Decreto Legislativo, un nuevo Código de Menores. La Comisión estuvo presidida por un especialista e integrada por senadores, diputados y representantes del Poder Judicial, Ministerio de Justicia, Ministerio Público, Colegio de Abogados de

¹⁴ TAMAYO VARGAS, M.: “El Ordenamiento Jurídico para el Menor”, ed. Bekos, Lima 1989, p. 35.

¹⁵ CHUNGA LAMONJA, F.: “Derecho de Menores”, ed. EDDLII, Lima, 1985, p. 44.

¹⁶ GARCÍA MÉNDEZ, E.: “Del Revés al Derecho”, ed. Galerna, Buenos Aires, 1992, p. 10.

Lima y de la extinta Federación de Colegios de Abogados del Perú. El plazo de trabajo otorgado a esta Comisión concluyó y no fue materia de ampliación por el Congreso.

Posteriormente, el Ministerio de Justicia en el año 1992¹⁷ nombró una Comisión Técnica¹⁸ encargada de la redacción de un proyecto de Código sobre la Infancia, cuya redacción debería adaptarse a los preceptos conceptualizados en la Convención sobre los Derechos del Niño. La Comisión tuvo como antecedente más cercano el trabajo realizado por el Comité de Coordinación del Programa de Cooperación Perú-UNICEF,¹⁹ nombrado por Resolución Ministerial N° 313-91-JUS, en abril de 1991, y encargado de la elaboración de un estudio de la legislación existente sobre la situación del menor, así como la formulación de alternativas acordes con la Convención sobre los Derechos del Niño y la Declaración Mundial sobre la Supervivencia, la Protección y el Desarrollo del Niño.

La conformación de una comisión multidisciplinaria integrada por miembros de instituciones públicas, universidades, colegios profesionales y organizaciones no gubernamentales generó el aporte de diversas experiencias de trabajo y enfoques sobre niños, niñas y adolescentes.

En el corto plazo de noventa días y con el apoyo del UNICEF, los miembros de la Comisión revisaron todos los proyectos de reforma de los Códigos de menores, presentados ante el Congreso de la República y el Poder Ejecutivo. Como parte de una labor de derecho comparado, se tomó en cuenta el Estatuto del Niño y del Adolescente del Brasil, los Códigos de Ecuador y de Colombia. Otra fuente de consulta de la Comisión fueron los libros de conocidos autores de la doctrina de la protección integral de la niñez, como Antonio Amaral Da Silva, Emilio García Méndez, Ubaldino Caliento y Francisco Pilloti, entre otros.

La referencia a la realidad peruana fue permanente en la reflexión de la Comisión. El anteproyecto del Código fue publicado en el mes de noviembre de 1992 en el diario oficial El Peruano, para ser sometido a la consideración jurídica del país. Luego de la realización de foros de debate y de la incorporación de los aportes de especialistas involucrados en la protección y promoción de los derechos del niño, el Gobierno derogó el Código de Menores de 1962 y aprobó el Código de los Niños y Adolescentes, el cual entró en vigencia el 28 de junio de 1993.²⁰

El Código constaba de 266 artículos, los que se encontraban organizados en cuatro libros y un título preliminar que en sus diez artículos establecía los principios generales.

A continuación, desarrollaremos los temas que consideramos relevantes sobre la implementación de los derechos de los niños en la legislación peruana.

¹⁷ Resolución Ministerial N° 505-92-MINJUS.

¹⁸ Dicha comisión estuvo presidida por Enriqueta González e integrada por Jorge Valencia, Ana María Yañez, Ana María Vidal, Luz María Capuñay, María de Lourdes Loayza, Yalile Beltrán, Brisaida Galindo, Soledad Cisneros y Raúl Canelo.

¹⁹ La mayoría de sus miembros integraron la comisión redactora del Código.

²⁰ VALENCIA COROMINAS, J. YÁÑEZ MALAGA, A. y CAPUÑAY CHAVEZ, L.: "Los Derechos del Niño y el Adolescente. Compilación: Código de los Niños y Adolescentes, Exposición de Motivos y Convención sobre los Derechos del Niño". Edición Oficial. Ministerio de Justicia y Radda Barnen. Lima, 1997, p. 14.

3.1. Los derechos específicos de los niños reconocidos en el Código

La persona es titular del ejercicio de derechos humanos como el derecho a la vida, libertad, salud, educación, entre otros, los mismos que se encuentran reconocidos en la Constitución Política y en las normas internacionales sobre derechos humanos. En tal sentido, por su calidad de persona, el niño también es titular de estos derechos. Sin embargo, las condiciones tan peculiares de este grupo de edad y la necesidad de atender sus requerimientos con mayor eficacia dan razón de la gran importancia que tiene esta etapa, y que han dado origen a la conceptualización de los derechos específicos.

Se atribuyen derechos específicos a la infancia, mas no derechos especiales, los que podrían ser excluyentes y violentar el principio de igualdad consagrado en el derecho internacional de los derechos humanos. La especificidad de derechos implica mejorar y reforzar las normas a favor de la infancia frente a normas otorgadas a los seres humanos en general.

La especificidad de los derechos del niño exige la adecuación, a través de los Códigos y otras normas, de preceptos, mecanismos y procedimientos que efectivicen, por ejemplo, el derecho a la vida, a la libertad, a la creación de sistemas especiales de administración de justicia, a determinadas garantías para los procesos y, en general, al diseño y ejecución de políticas sociales para la infancia.²¹

3.2. El Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente y el Ente Rector

Se estableció un Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y al Adolescente, el cual debería estar integrado por todas las instituciones públicas a nivel nacional, regional y local que desarrollen programas dirigidos para niños y adolescentes. También se contaría con la participación de organizaciones privadas, así como de organizaciones sociales de base que desarrollarían acciones.

Las instituciones públicas y privadas deberían de superar la notoria escasez y dispersión de esfuerzos, la evidente insuficiencia de recursos económicos de la época y deficiencias en la calificación técnica de personal del sector público, así como la distancia existente entre el Estado y las organizaciones privadas, sociales y de base.

El Ente Rector debería dictar las políticas de atención para la niñez y conducir la ejecución del Plan Nacional de Acción por la Infancia, que fue aprobado por el Gobierno peruano el 20 de noviembre de 1992.²²

²¹ VALENCIA COROMINAS, J.: "Derechos Humanos del Niño en el Marco de la Doctrina de la Protección Integral". Edit. Radda Barnen, Lima, 1999, p. 98.

²² Dicho Plan Nacional fue aprobado mediante Decreto Supremo 090-92-PCM.

El legislador que redactó el Código del año de 1992 visionó un Ente Rector del Sistema Nacional, ubicado en el más alto nivel de la estructura de Gobierno, dirigido por el mismo Presidente de la República o por el Presidente del Consejo de Ministros,²³ pues estaba convencido que las políticas y los programas de atención a niños y adolescentes suponían necesariamente una dimensión especializada y un ámbito de competencia intersectorial que debería involucrar necesariamente a los sectores públicos competentes, dirigidos desde el más alto nivel de Gobierno.

La existencia de un sistema integrado y dirigido por un Ente Rector se orientaba a superar la dispersión de esfuerzos multisectoriales y el uso distorsionado de los escasos recursos orientados para la infancia. El Ente Rector debería afrontar la tarea de la necesaria intersectorialidad de los programas a favor de niños y adolescentes a fin de poner en marcha el sistema, siendo necesario partir de la situación de cada una de las instituciones públicas relacionadas con la atención de niños y adolescentes y sus posibilidades de coordinación. Para garantizar su funcionamiento era necesario contar con el presupuesto y personal técnico idóneo y garantizar su ejecución por las autoridades gubernamentales, con canales institucionales y capacidades técnicas que los sustenten.²⁴

En lo que respecta a los sectores públicos se trataba de articular y coordinar la ejecución de planes comunes a favor de la niñez no sólo con las instancias del Gobierno central, sino también con los niveles regionales y locales. De acuerdo con el Código, para ser eficaces en el cumplimiento de su misión a nivel nacional, el sistema y el Ente Rector deberían ser descentralizados.

Al respecto el artículo 31° del Código señalaba que los Gobiernos Regionales y Locales establecerían dentro de sus respectivas jurisdicciones, entidades técnicas semejantes al órgano central del sistema que tendrían a cargo la normatividad, registros, supervisión y evaluación de las acciones que desarrollen las instancias ejecutivas. El Ente Rector coordinaría con dichas entidades técnicas regionales y locales el cumplimiento de sus funciones.

3.3. Hacia la constitución del Ente Rector del Sistema Nacional de Atención al Niño y el Adolescente

Luego que concluyó el trabajo de redacción del Código en diciembre de 1992, a principios del año 1993 se instaló en el Ministerio de Justicia una comisión²⁵ encargada de elaborar el proyecto de la Ley Orgánica del Ente Rector. Sin embargo, luego de la conclusión de los trabajos de redacción por la comisión, el proyecto de Ley elaborado no fue presentado por el Poder Ejecutivo al Congreso de la República por la falta de interés de las autoridades

²³ El presidente del Consejo de Ministros.

²⁴ VALENCIA COROMINAS, J. YÁÑEZ MÁLAGA, A y CAPUÑAY CHÁVEZ, L., ob. cit., pp. 21.

²⁵ Integrada por Enriqueta González, Jorge Valencia, Ana María Yáñez, Raúl Canelo y representantes del INABIF.

políticas; muchos políticos de la época pensaban que era suficiente la labor que venía desarrollando el Instituto Nacional de Bienestar Familiar (INABIF)²⁶ y, por lo tanto, no era necesario incurrir en mayor gasto público para crear un Ente Rector para los niños.

Debemos tener presente que el INABIF fue creado con la finalidad de realizar programas de protección, promoción del “menor” para su realización como persona útil en la sociedad y para la integración de la familia. Este órgano, eminentemente asistencialista, no podía ser el competente para el diseño de las políticas sociales sobre los derechos de los niños.

Recién en el año 1995, y a partir del interés del congresista César Fernández Arce, quien se desempeñaba como presidente de la Comisión de Justicia en el Congreso de la República, se inició la redacción del proyecto de Ley del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y el Adolescente, el cual fue aprobado mediante Ley N° 26518, en el mes de agosto de 1995.

La Ley señaló que el Sistema de Atención Integral al Niño y el Adolescente tiene la finalidad de orientar, integrar, estructurar, coordinar, supervisar y evaluar las políticas, planes, programas y acciones a nivel nacional, destinados a la atención integral de niños y adolescentes.

Se definieron como integrantes del Sistema de Atención Integral al Niño y el Adolescente los órganos sectoriales e instituciones públicas que desarrollan programas y prestan servicios de atención al niño y al adolescente; a los gobiernos regionales, locales e instancias descentralizadas de Gobierno; a las instituciones privadas, las organizaciones comunales y sociales de base que desarrollan programas y acciones dirigidos al cumplimiento de los fines del sistema; y a las instituciones privadas y las organizaciones comunales y sociales de base que lleven a cabo programas en favor de los niños y adolescentes.

Se estableció al Ente Rector como el órgano central del sistema, con autonomía técnica y funcional, encargado de dirigir y formular las políticas, planes y programas sectoriales e institucionales de atención al niño y al adolescente.

El directorio del Ente Rector estaba integrado por un representante del Ministerio de la Presidencia —quien lo presidía—, un representante del Ministerio de Salud, un representante del Ministerio de Educación, un representante del Ministerio de Justicia, un representante del Ministerio de Trabajo, un representante del Ministerio de Economía, dos representantes de la Iglesia Católica y tres representantes de la sociedad civil.

El Ente Rector contaba con una secretaría técnica de monitoreo y evaluación, como el órgano responsable de proponer, coordinar, supervisar y evaluar las políticas y programas regulares y especiales que ejecuten las instituciones públicas, privadas y las organizaciones comunales y sociales de base en función de su naturaleza. También tenía a su cargo la Secretaría Técnica de Adopciones y al Servicio de Defensorías.

²⁶ Fue creado mediante Decreto Legislativo N°118 en el año 1981.

El Ente Rector, de corta duración en la estructura gubernamental, se constituyó como un programa presupuestal del Ministerio de la Presidencia²⁷ que dependía directamente del Ministro de la Presidencia. Lamentablemente, con la creación del Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (PROMUDEH),²⁸ en el mes de octubre de 1996,²⁹ se estableció en la primera disposición complementaria de la norma de creación la transferencia de las funciones correspondientes del Ente Rector del Sistema de Atención Integral del Niño y el Adolescente y sus respectivas secretarías.

De esta forma, el Ente Rector fue desintegrado e incorporado al Ministerio de la Mujer, perdiéndose una gran oportunidad para fomentar la articulación intersectorial de las instituciones públicas y privadas que desarrollaban programas para la infancia y también para el diseño de las políticas sociales. La estructura funcional del Ente Rector, primero, fue reducida a una dirección general, y actualmente está reducida a la mínima expresión como una Dirección de Niños, Niñas y Adolescentes, integrada a una Dirección General de Familia y la Comunidad.

Actualmente encontramos, entre otras funciones de la Dirección de Niños, Niñas y Adolescentes: la coordinación y supervisión del Sistema Nacional de Atención Integral al Niño y el Adolescente, de acuerdo a las funciones establecidas en el Código de los Niños y Adolescentes y la promoción de programas y proyectos para mejorar la calidad de vida y elevar el desarrollo humano de la niñez y adolescencia, especialmente aquellas en situación de pobreza, pobreza extrema, violencia, discriminación y exclusión social. Estas funciones distan mucho de ser cumplidas por el minimalismo al cual fue sometida la estructura funcional del Ente Rector.

El espíritu de la comisión que elaboró el Código de 1992, de ubicar al Ente Rector en el más alto nivel de la estructura gubernamental, quedó finalmente aniquilado.

3.4. Las Defensorías del Niño y del Adolescente

Las experiencias³⁰ de defensa de los derechos del niño en el Perú debían fortalecerse e institucionalizarse para extenderse a las municipalidades, escuelas, parroquias y organizaciones sociales de base y organizaciones no gubernamentales. Con la finalidad de establecer una estrategia de defensa de los derechos que la Convención y el Código reconocen a la infancia, se propuso la creación del Servicio de Defensoría.

²⁷ Durante el primer quinquenio de la década de los años 90, el Ministerio de la Presidencia era el encargado del diseño y ejecución de las políticas sociales.

²⁸ Actualmente tiene el nombre de Ministerio de la Mujer y Desarrollo Social (MIMDES).

²⁹ Decreto Legislativo N° 866.

³⁰ La propuesta fue presentada a la comisión por Yalile Beltrán, quien comentó sobre el desarrollo de un programa de defensoría exitoso que había promovido el Instituto Nacional de Bienestar Familiar. A esta experiencia se sumaron otras que habían sido desarrolladas por Organizaciones No Gubernamentales en el interior del país.

Se pensó que las defensorías deberían ubicarse en las instituciones más cercanas a la población y ofrecer servicios dirigidos a niños y adolescentes. Una de las funciones asignadas fue la de promover la conciliación extrajudicial en materias de alimentos, tenencia y régimen de visitas como una alternativa a la solución de conflictos familiares y de acceso a la justicia. Las defensorías también deberían de articularse con el sistema de administración de justicia, con los jueces y fiscales especializados en niños y adolescentes.

El artículo 45° definió a la Defensoría del Niño y del Adolescente como un servicio del sistema de atención integral que funciona en los gobiernos locales y en las instituciones públicas y privadas, cuya finalidad es resguardar los derechos que la legislación les reconoce. El artículo 48° otorgó funciones específicas a las defensorías, tales como: intervenir cuando los derechos del niño se encuentren en conflicto para hacer prevalecer su interés superior; promover el fortalecimiento de los lazos familiares, para lo cual podrá efectuar conciliaciones entre cónyuges, padres y familiares, fijando normas de comportamiento, alimentos y colocación familiar provisional, siempre que no existan procesos judiciales sobre estas materias; promover el reconocimiento voluntario de filiaciones; orientar programas de atención en beneficio de los niños y adolescentes que trabajan; brindar orientación multidisciplinaria y a la familia para prevenir situaciones críticas; impulsar acciones administrativas de los niños y adolescentes institucionalizados y presentar denuncias ante las autoridades competentes por faltas y delitos en agravio de los niños y adolescentes e intervenir en su defensa.

A partir del año 1993, diversas organizaciones³¹ promovieron la creación de Defensorías del Niño y de Adolescentes en diversos espacios como municipalidades, organizaciones sociales de base, parroquias y escuelas.

Las Defensorías Municipales del Niño y del Adolescente —DEMUNAS— se iniciaron en el mes de septiembre de 1993 y a fines de ese año ya se habían instalado defensorías en seis municipalidades de la ciudad de Lima.³² Durante los tres primeros meses de funcionamiento, estas atendieron cien casos referidos a violaciones de los derechos de los niños.

A partir de 1994 se incrementó el número de DEMUNAS en las municipalidades de Lima mientras que en provincias comienzan a funcionar en las ciudades de Trujillo, Arequipa, Piura y Chiclayo. La estrategia al implementar las Defensorías en las municipalidades³³ era que estos órganos de gobierno local podían garantizar su sostenibilidad con la infraestructura existente y asegurando los recursos humanos.

Las Defensorías se convirtieron en un primer espacio de acceso a la justicia para la atención de conflictos en materia familiar para los ciudadanos de menores recursos económicos. Atienden y solucionan casos de alimentos, tenencia y régimen de visitas, a

³¹ Tales como Radda Barnen de Suecia (actualmente Save The Children) y UNICEF Perú.

³² Distritos de San Borja, San Luis, Miraflores, Chorrillos, San Juan de Lurigancho y Cercado.

³³ Provinciales y Distritales.

través de actas de conciliación extrajudiciales. En 1998, la Ley N° 27007³⁴ estableció que las Defensorías debidamente autorizadas por el Ministerio de la Mujer pueden realizar conciliaciones extrajudiciales sobre derechos disponibles,³⁵ y las actas suscritas ante ellas tienen título de ejecución.³⁶

También se constituyeron en un espacio estratégico para la ejecución de programas sociales para niños y adolescentes. Sin embargo, todavía no existe una visión política del Gobierno central para convertirlas en un primer espacio estratégico de intervención para la ejecución de políticas sociales sobre infancia y adolescencia desde el gobierno local.

Las DEMUNAS en la actualidad tienen problemas por la permanente rotación del personal municipal: muchas veces éste es capacitado por el Ministerio de la Mujer o por organizaciones de cooperación y luego transferido a otras unidades del municipio. La mayoría recibe poco apoyo y los recursos presupuestarios que se les asigna son generalmente muy reducidos. En un documento³⁷ preparado por la Defensoría del Pueblo, que analizó la intervención de algunas DEMUNAS en los casos de castigo físico contra niños, niñas y adolescentes, el 84% de los entrevistados³⁸ —jefes o responsables— señalaron que no cuentan con el apoyo de las municipalidades, y el 81% señaló que no había recibido capacitación en torno a la protección de los derechos de los niños frente a actos de castigo físico.

Según la Guía de Procedimientos para la Atención de Casos en las Defensorías,³⁹ éstas intervienen en asuntos de su competencia a través de los siguientes ejes:

Promoción: es el despliegue de acciones planificadas, orientadas a cambiar la forma de pensar y actuar de las personas en torno a los derechos de la niñez y la adolescencia a fin de lograr su cumplimiento.

Defensa: se realiza a través de la atención de casos, vale decir, el despliegue de acciones organizadas para cesar un peligro o vulneración de un derecho restituido.

Vigilancia: acciones orientadas a que la Defensorías del Niño y del Adolescente, conjuntamente con la población organizada, exijan el cumplimiento de los derechos de las niñas, niños y adolescentes y de los servicios dirigidos a los mismos.

Según la información proporcionada por la Dirección de Niños, Niñas y Adolescentes, existen en la actualidad 2.065 defensorías a nivel nacional: 754 defensorías municipales y 1311 defensorías que funcionan en parroquias, organizaciones sociales de base, organizaciones no gubernamentales, escuelas, entre otras.

³⁴ Del 2 de diciembre de 1998.

³⁵ Alimentos, Tenencia y Régimen de Visitas.

³⁶ Según el Código Procesal Penal, constituyen instrumentos que tienen Título de Ejecución: las sentencias, los laudos arbitrales y los demás que señale la Ley.

³⁷ Defensoría del Pueblo. "La Defensoría del Pueblo contra el Castigo Físico y Humillante a Niños, Niñas y Adolescentes", Lima, 2009.

³⁸ Se entrevistó a 36 jefes o responsables de DEMUNAS.

³⁹ Resolución Ministerial 66-2006-MIMDES.

Los siguientes gráficos,⁴⁰ elaborados por el Ministerio de la Mujer, demuestran la importancia de las defensorías como un mecanismo de acceso a la justicia y de solución de controversias familiares:

Número de casos atendidos según materia en el año 2008

Materia	Total	%
Orientaciones	81.827	39
Alimentos	44.013	21
Atención psicológica	18.129	9
Tenencia	10.016	5
Régimen de visitas	9.035	4
Inscripción de nacimiento / Rectificación partida	8.958	4
Otros	8.296	4
Reconocimiento voluntario de filiación	7.150	3
Maltrato infantil	6.308	3
Normas de comportamiento	5.212	2
Violencia familiar	3.735	2
Abandono de hogar	3.032	1
Matrícula escolar	2.439	1
Atentados contra la libertad sexual	1.337	1
TOTAL	209.487	

Número de casos conciliados según materia

Materia	Total	%
Alimentos	20.716	56
Régimen de visitas	8.806	24
Tenencia	6.548	18
Otros	653	2
TOTAL	36.723	100

⁴⁰ www.mimdes.gob.pe/dgna/dna/estadisticas/data1_2008.htm

3.5. Las instituciones familiares de la Sociedad Paterno Filial y el Código de los Niños y Adolescentes

El Código Civil entró en vigencia en el Perú en el mes de noviembre de 1984 y derogó al viejo Código Civil de 1936.⁴¹ En el Libro Tercero se desarrollaron las instituciones del Derecho de Familia e introdujo innovaciones importantes para la época, como el reconocimiento de la igualdad de derechos y deberes para el hombre y la mujer dentro del matrimonio, es decir, la construcción de un sistema de codirección marital. De esta manera se superó el concepto de la llamada jefatura marital que señalaba al hombre como el jefe de la familia, poniéndose fin, por lo menos en el ordenamiento jurídico, a la dominación patriarcal.⁴²

Indudablemente, los cambios desarrollados en el nuevo Código Civil sobre las instituciones de la sociedad paterno filial⁴³ estuvieron muy lejanos a los preceptos que señalaría la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989.

La Comisión revisora del Código de los Niños y Adolescente introdujo a la mayoría de las instituciones de la Sociedad Paterno Filial reconocidas en el Código Civil en el Libro Tercero, denominado “las Instituciones Familiares” dividido, a su vez, en dos títulos: el primero sobre “la Familia Natural y de los Adultos Responsables de los Niños” y el segundo sobre “la Adopción”. De esta manera se modificó y derogó una serie de artículos del Código Civil.

El título primero integró a la Patria Potestad, Tenencia, Régimen de Visitas, Alimentos, Tutela, Guarda, Licencia para Enajenar Bienes de Menores de Edad, Autorizaciones de Viajes y Matrimonio de Adolescentes, mientras que el Título Segundo integró a la Adopción.

Para realizar estas modificaciones la Comisión tomó en cuenta a los preceptos señalados en la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores,⁴⁴ las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad⁴⁵ y el proyecto de Convenio Relativo a la Protección del Niño y la Cooperación en materia de Adopción Internacional, que fuera adoptado en La Haya el 29 de mayo de 1993.⁴⁶

El ponente del libro de familia del Código Civil, Héctor Cornejo Chávez, fue de la opinión que el tema de familia ameritaba un Código especializado, independiente del Código Civil. La

⁴¹ Fue el segundo Código Civil del Perú, en la época republicana; el primer Código Civil fue del año 1852.

⁴² El Código Civil de 1936 señalaba que el hombre representaba al matrimonio.

⁴³ Filiación, Patria Potestad, Tenencia, Régimen de Visitas, Alimentos, Tutela, Adopción, Colocación Familiar.

⁴⁴ Conocida también como las llamadas “Reglas de Beijing”, fueron recomendadas para su adopción por el Séptimo Congreso de las Naciones Unidas sobre la Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en Milán en septiembre de 1985 y adoptadas mediante Resolución 40/30, el 29 de noviembre de 1985.

⁴⁵ Adoptadas mediante Resolución 14/90 el 14 de diciembre de 1990, estas reglas son producto de las recomendaciones hechas en el Primer Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente.

⁴⁶ Aprobado por el Estado peruano mediante Resolución Legislativa N° 26474, el 1 de junio de 1995.

Comisión, de acuerdo con este razonamiento, incluyó en el Libro Tercero las instituciones fundamentales sobre la familia que estaban recogidas en el Código Civil, introduciendo aquellas reformas que se consideran necesarias.⁴⁷

Se norman estas instituciones familiares en el Código de los Niños, cambiando el contexto patrimonial y privatista del Código Civil hacia otro especializado y social, caracterizado por el desarrollo de la Doctrina de la Protección Integral.⁴⁸

Por la complejidad respecto a su tratamiento, la institución de la filiación no fue incorporada por la Comisión en el Libro Tercero ni en la reforma del Código de los Niños del año 2000 que se realizó en el Congreso de la República. Sin embargo, consideramos que en el marco del desarrollo de la dogmática del derecho a la identidad, que abarca todos los aspectos propios de la personalidad del niño, se incluye también el derecho a tener un vínculo de filiación, es decir, el derecho a ser reconocido por sus padres, sin importar la condición de estado civil, así como también el derecho al nombre y a los apellidos y el derecho a la nacionalidad.

Es por ello que en la actual Comisión Especial Revisora del Código de los Niños del Congreso de la República⁴⁹ hemos propuesto, por su trascendencia respecto a la identidad biológica de los niños, la incorporación de la institución de la filiación en el proyecto de reforma del actual Código de los Niños y Adolescentes.

El derecho a la verdadera filiación, que se condice con el derecho a la identidad, demanda que existan normas jurídicas que no obstaculicen que el ser humano sea tenido legalmente como hijo de quien biológicamente es padre. El dato biológico —identidad estática— del individuo se integra con connotaciones adquiridas por éste como ser social —identidad dinámica—; es por ello que la identidad es una unidad compleja y es lo que debe preservarse en el derecho, su doble aspecto.⁵⁰

Respecto al desarrollo, en el Código de los Niños y Adolescentes, de la institución de la Patria Potestad, también conocida en algunas legislaciones como de la responsabilidad de los padres, es necesario tener presente al artículo 5° de la Convención que señala:

“Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Se reconoce la responsabilidad de los padres sobre los hijos, lo que supone que la institución occidental de la patria potestad, que contempla derechos y deberes a los padres,

⁴⁷ VALENCIA COROMINAS, J. YÁÑEZ MÁLAGA, A y CAPUÑAY CHÁVEZ, L., ob., cit., p. 25.

⁴⁸ *Ibidem*, p. 26.

⁴⁹ Comisión presidida por el congresista Juan Carlos Eguren.

⁵⁰ PLÁCIDO, A.: “Filiación y Patria Potestad”, edit. Gaceta Jurídica, Lima, 2003, p. 7.

es reconocida en este instrumento internacional. Por consiguiente, el niño, desde que nace hasta que alcanza la plenitud de su capacidad jurídica como persona —la mayoría de edad—, queda adscrito a relaciones jurídicas de autoridad que tradicionalmente se contienen en la institución de la patria potestad.⁵¹

Sin embargo, estas responsabilidades que se reconocen a los padres tienen que guardar equilibrio⁵² respecto a los derechos que la Convención reconoce a los niños, como el derecho a la opinión, educación, salud, expresión e integridad, entre otros derechos.

Al respecto, el Código de los Niños y Adolescentes del año 92 enunció en el artículo 78° los derechos y deberes que tienen los padres con sus hijos, entre los que se encuentra el darle buenos ejemplos y corregirlos. Sobre este tema, el Código del año 2000 desarrolló el concepto de “corrección moderada”. Ciertamente existe una ambigüedad sobre estas definiciones: ¿cómo pueden interpretar los padres esta corrección de sus hijos?

Sobre la redacción de estos artículos, cabe precisar que la “corrección” o “corrección moderada” no deben ser interpretadas como disposiciones que otorgan un amplio margen de actuación a los padres de familia para disciplinar a sus hijos. Por el contrario, esta facultad tendría que utilizarse dentro de los estándares de protección establecidos por el derecho internacional de los derechos humanos.

En este sentido, las fórmulas previstas pueden resultar insuficientes para proteger la integridad de los niños.⁵³ La actual Comisión Revisora del Código de los Niños aprobó por unanimidad la propuesta que hicimos referida a la prohibición del castigo físico y humillante contra los niños, niñas y adolescentes. El proyecto del artículo 4° referido a la integridad personal quedó redactado de la siguiente manera:

El niño y el adolescente tienen derecho a que se respeten su integridad moral, psicológica y física, y a su libre desarrollo y bienestar. No podrán ser sometidos a ningún tipo de castigo corporal, tortura u otras formas de trato degradantes y humillantes.

4. Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia

El Perú cuenta con el Plan Nacional de Acción por la Infancia y la Adolescencia (2002-2010), inicialmente aprobado mediante Decreto Supremo N° 003-2002-PROMUDEH y posteriormente por la Ley N° 28487, en abril del año 2005.

El Plan Nacional es el documento marco de las acciones, programas y estrategias que deberán asumir y ejecutar los diferentes sectores e instituciones del Estado y la sociedad

⁵¹ ZANNONI, E.: “Derecho de Familia” Tomo 2, edit. Astrea, Buenos Aires, 1998, p. 680.

⁵² VALENCIA COROMINAS J.: “Protagonismo Infantil y Derechos del Niño”, edit. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2004, p. 103.

⁵³ Defensoría del Pueblo. “La Defensoría del Pueblo contra el Castigo Físico y Humillante a Niños, Niñas y Adolescentes”, Lima, 2009, p. 41.

civil, para lograr el cumplimiento de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes; por lo tanto, guarda directa relación con los acuerdos y convenios internacionales que sobre infancia y adolescencia ha ratificado el Gobierno, teniendo como norma marco a la Convención sobre los Derechos del Niño.⁵⁴

El plan se estructura en base a cuatro objetivos estratégicos:

- Primer Objetivo Estratégico: asegurar una vida sana para niñas y niños de 0 a 5 años.
- Segundo Objetivo Estratégico: ofrecer una educación básica de calidad para todos los niños y niñas de 6 a 11 años de edad.
- Tercer Objetivo Estratégico: crear espacios de participación para adolescentes de 12 a 17 años de edad y promover su desarrollo pleno.
- Cuarto Objetivo Estratégico: instituir un sistema de garantías para la protección de los derechos del niño, niña y adolescente (0-17 años de edad).

5. Nuevo Código de los Niños y Adolescentes

Ley N° 27337

El Nuevo Código de los Niños y Adolescentes fue producto de la sistematización de doce proyectos de Ley, presentados por diversos congresistas de la República desde el año 1996 hasta el año 2000. Fue aprobado por el Pleno del Congreso de la República el 13 de julio y sancionado por el Poder Ejecutivo mediante Ley N° 27337, el 2 de agosto del año 2000.

El Nuevo Código, que realizó una reforma parcial del Código del año 92, mantiene la misma estructura del Código anterior, dividido en un Título Preliminar y Cuatro Libros. Estableció modificaciones al Código anterior, entre las que destacamos:

5.1. La aplicación de las medidas impuestas para adolescentes por el Decreto Legislativo N° 895

Debemos mencionar que el Decreto Legislativo N° 895,⁵⁵ referido al Terrorismo Especial, tipificó que toda conducta que afecte la vida, el cuerpo, la salud, el patrimonio, la libertad individual o la seguridad pública perpetrada en banda, asociación o agrupación criminal, utilizando armas de guerra, será materia de aplicación de esta norma. Además de otras medidas, y sólo para efecto de este delito, redujo la edad de capacidad penal hasta los 16 años, asignándoles a los adolescentes una pena privativa de libertad no menor de 25 ni mayor de 35 años. Esta norma definitivamente violentó los preceptos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁵⁴ Plan Nacional de Acción por la Infancia, p. 11.

⁵⁵ Sancionado en marzo de 1998.

Al respecto, el Nuevo Código derogó la aplicación de las medidas impuestas por el Decreto Legislativo en mención. El artículo 235° señala que “la internación es una medida privativa de libertad. Se aplicará como último recurso por el período mínimo necesario, el cual no excederá de tres años”.

En tal sentido, se entiende que no puede aplicarse al adolescente una privación de libertad que no constituye medida de internamiento, la cual tiene una limitación temporal muy clara.⁵⁶

5.2. El concepto de la Capacidad Especial

El concepto de “capacidad” desde el mundo jurídico es un tema que muchas veces puede resultar difícil de entender. La capacidad es entendida como una aptitud para el goce y ejercicio de derechos y de obligaciones.

Sin embargo, habría que precisar la distinción entre la capacidad de derecho y la de hecho. La primera es entendida como la aptitud de la persona para ser titular de derechos y obligaciones, mientras que la segunda es la aptitud de la persona para actuar por sí misma en la vida civil; este es un concepto fáctico, propio del actuar cotidiano del individuo en la sociedad.

Las incapacidades jurídicas son reguladas por cada legislación civil; se desarrollaron, en principio, criterios estandarizantes dentro de cada legislación, por ejemplo, los discapacitados, no por su condición de discapacidad sino porque pueden presentar situaciones en las cuales no pueden expresar su voluntad; las personas que han perdido el discernimiento y también los menores de edad.

El artículo 43° del Código Civil reconoce como incapaces absolutos a:

- 1)** Los menores de dieciséis años.
- 2)** Los que por cualquier causa se encuentran privados de discernimiento.
- 3)** Los sordomudos, ciegosordos y los ciegomudos que no pueden expresar su voluntad de manera indubitable.

Este concepto de incapacidad jurídica para los menores de edad estaba vinculado a una concepción de minusvalía social que se plasma en la norma y que, lógicamente, los excluye de su condición de ciudadanía.

Según la teoría clásica del derecho civil, el menor de edad es considerado un incapaz absoluto; sin embargo, la doctrina jurídica reconocida en el marco de la “Convención sobre los Derechos del Niño” ha desarrollado una nueva concepción de “capacidad” que ha producido cambios en las legislaciones nacionales sobre infancia.

⁵⁶ Defensoría del Pueblo. “El Sistema Penal Juvenil en el Perú”. Lima, 2000, p. 39.

Hemos señalado que: “La capacidad e incapacidad constituyen dos condiciones jurídicas excluyentes que poseen los individuos en función de sus características personales en relación a los demás miembros de la sociedad. Esta condición de individuo dentro del orden jurídico en relación con los demás, la cual implica derechos y deberes respecto al referido orden jurídico en la organización social y las distingue entre capaces e incapaces”.

El Código de los Niños y Adolescentes del Perú, sancionado en el año de 1992, ya había reconocido ciertos derechos que tradicionalmente no se le reconocían a la infancia, como el derecho a la asociación —es decir, la capacidad jurídica de niños y adolescentes de constituir personas jurídicas sin fines de lucro—, que tradicionalmente había sido reservado sólo a los mayores de edad.

El concepto de “capacidad especial”, que desarrollamos en el libro *Derechos Humanos del Niño en el Marco de la Doctrina de la Protección Integral*, sería reconocido como un novedoso aporte de la doctrina jurídica, siendo incorporado por los integrantes del grupo redactor en el título preliminar del Nuevo Código de los Niños y Adolescentes en el año 2000.

El artículo IV, referido a la capacidad, señala:

“Además de los derechos inherentes a la persona humana, el niño y el adolescente gozan de los derechos específicos relacionados con su proceso de desarrollo. Tienen capacidad especial para la realización de los actos civiles autorizados por este Código y demás leyes [...]”

La capacidad debe entenderse como la “aptitud legal” para adquirir y ejercitar los derechos civiles. Y el reconocimiento del niño y adolescente como sujetos de derechos representa un gran avance. Ellos adquieren una mayor capacidad de ejercicio en la medida en que son reconocidos como sujetos de derechos. Su capacidad, sin embargo, es especial en razón de que ésta le ha sido otorgada por una legislación también especial que le permite desenvolverse en nuestra sociedad con mayor libertad.

Es decir, si bien no se reconoce la capacidad de ejercicio para los menores de edad, capacidad que se adquiere cuando la persona alcanza la mayoría de edad, o cuando la ley autoriza excepcionalmente esa capacidad.⁵⁷ El concepto de “capacidad especial” hace referencia al ejercicio de derechos que tradicionalmente no se otorgaban a los niños, como el derecho a la libertad, libertad de opinión, religión y asociación, como sucede en la legislación peruana.

Indudablemente, las normas sobre la infancia, que se plasman en códigos de la niñez y adolescencia, vienen transformando la legislación sobre la infancia, superando los conceptos de “incapacidades absolutas” que las legislaciones civiles desarrollaron sobre la infancia.

⁵⁷ Cuando el menor de edad contrae matrimonio antes de alcanzar la mayoría de edad. El Código Civil establece por excepción la edad de 16 años para menores de edad —hombres y mujeres— para contraerlo, siempre que los padres o responsables lo autoricen.

5.3. La desjudicialización de la competencia tutelar de los Juzgados de Familia

La desjudicialización de la competencia tutelar de los juzgados de familia puso fin a uno de los últimos rezagos de la doctrina de la situación irregular, que otorgaba competencia al juez de familia sobre niños y adolescentes en presunto estado de abandono, maltratados, olvidados o golpeados. Se encargó al Ministerio de la Mujer la competencia de desarrollar las investigaciones tutelares.

5.4. Las asociaciones de adolescentes

A diferencia del Código de 1992, las asociaciones de adolescentes, siempre y cuando no tengan una finalidad lucrativa, serán reconocidas por las municipalidades y podrán ser inscritas en los Registros Públicos con el solo mérito de la Resolución Municipal de reconocimiento.

Las asociaciones de los adolescentes, a las cuales también podrán adherirse niños, como los chicos exploradores —boy scouts—, organizaciones parroquiales y deportivas, serán reconocidas con las únicas restricciones que señala la Ley.

Conclusión

Este trabajo es una breve descripción de la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño en la legislación nacional desde 1990. Actualmente nos encontramos en un proceso de reforma del Código de los Niños del año 2000, en el Congreso de la República, lo que puede considerarse como un hecho positivo y una buena oportunidad para realizar ciertos cambios en la norma. Sin embargo, seguimos esperando, ya hace varios años, la decisión y voluntad política de los gobiernos para implementar los derechos reconocidos en la norma. No podemos negar los avances en salud y la reducción de la tasa de mortalidad infantil, sin embargo, continúa la “deuda” en otros sectores como educación, y sobre todo en la necesidad de superar el viejo concepto de niños, niñas y adolescentes institucionalizados, tanto en el sector público como en el privado. Ciertas mentes continúan inertes en el siglo XIX, y todavía prefieren que los niños continúen siendo albergados, negándoles el acceso a una familia. Esperamos cambios, ojalá que sean pronto.

Bibliografía

Alvarez Vita, J.: “El Maravilloso Mundo de los Derechos Humanos”, edit. Universidad Alas Peruanas, Lima, 2006.

Alvarez Vita, J.: “Tratados Internacionales y Ley Interna”, edit. Universidad de Lima, 2001.

Cornejo Chávez, H.: “Derecho Familia Peruano”, edit. Gaceta Jurídica, Lima, 1997.

Chunga Lamonja, F.: “Derecho de Menores”, ed. EDDILI, Lima, 1985.

Defensoría del Pueblo. “El Sistema Penal Juvenil en el Perú”. Lima, 2000.

Defensoría del Pueblo. “La Defensoría del Pueblo contra el Castigo Físico y Humillante a Niños, Niñas y Adolescentes”, Lima, 2009.

Giddens, A.: “Un Mundo Desbocado: los efectos de la Globalización en nuestras Vidas”, edit. Taurus, 2000.

O’Donell, D.: “Protección Internacional de los Derechos Humanos”, Comisión Andina de Juristas, Lima 1998.

Plácido, A.: “Filiación y Patria Potestad”, edit. Gaceta Jurídica, Lima, 2003.

Tamayo Vargas, M.: “El Ordenamiento Jurídico para el Menor”, ed. Bekos, Lima 1989.

Valencia Corominas, J. Yáñez Málaga, A. y Capuñay Chávez, L.: “Los Derechos del Niño y el Adolescente. Compilación: Código de los Niños y Adolescentes, Exposición de Motivos y Convención sobre los Derechos del Niño”. Edición Oficial. Ministerio de Justicia y Radda Barnen. Lima, 1997.

Valencia Corominas, J.: “Derechos Humanos del Niño en el Marco de la Doctrina de la Protección Integral”. Edit. Radda Barnen, Lima, 1999.

Valencia Corominas, J.: “Protagonismo Infantil y Derechos del Niño”, edit. Universidad Nacional Mayor de San Marcos, Lima, 2004.

Vasak K.: “Ensayos Sobre Derechos Humanos”, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1990.

Zannoni, E.: “Derecho de Familia” Tomo 2, edit. Astrea, Buenos Aires, 1998.

Sitio Web

www.mimdes.gob.pe/dgna/dna/estadisticas/data1_2008.htm

EL RECLUTAMIENTO Y LA PARTICIPACIÓN EN LAS HOSTILIDADES DE NIÑOS Y NIÑAS: AVANCES Y DESAFÍOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

SOLEDAD HERRERO LAMO DE ESPINOSA*

Este artículo pretende analizar el tratamiento que el marco normativo internacional, particularmente el sistema de los derechos humanos y del derecho internacional humanitario, da al fenómeno del reclutamiento, utilización y participación en las hostilidades de niños y niñas. En primer lugar, el artículo hace algunas reflexiones sobre la evolución reciente de los conflictos y sobre el fenómeno de la utilización de los niños en éstos. El segundo apartado hace un recorrido histórico en torno a la protección de los niños y niñas en el marco del conflicto armado. El tercer y cuarto capítulo exploran respectivamente el abordaje que el derecho internacional humanitario y el derecho internacional de los derechos humanos otorgan al tema de reclutamiento y utilización de niños y niñas en las hostilidades. El quinto capítulo analiza la condición de costumbre internacional de estas provisiones, y el sexto recoge algunas reflexiones finales.

Antes de iniciar, conviene hacer unas pequeñas anotaciones. En primer lugar, este artículo pretende abordar la *lex lata* relacionada con el marco del derecho humanitario internacional y el derecho internacional de los derechos humanos en la temática ya mencionada. No cubre, por tanto, un análisis del marco de derecho penal internacional, el cual ha tenido avances importantes en esta materia. Tampoco hace un recuento sistemático de posibles desarrollos de *soft law* —resoluciones, principios, buenas prácticas, etc.—, salvo referencias puntuales que sirven para explicar el contenido o contexto de normas vinculantes.

1. Una realidad cada vez más trágica, una conciencia mundial cada vez mayor

El comandante dijo que no importaba que ella fuera mi amiga. Ella había cometido un error y tenía que pagar por eso. Yo cerré los ojos y disparé, pero no le di, entonces disparé de nuevo. El hueco estaba ahí al lado. Tuve que enterrarla y poner tierra encima de ella. El comandante me dijo “lo hizo muy bien, así se haya puesto a llorar. Va a tener que hacerlo muchas más veces y le va a tocar aprender a no llorar”.¹

* Abogada, Licenciada en Derecho, especialización en Derecho Internacional Público, y Licenciada en Administración de Empresas, en la Universidad Pontificia de Comillas, ICADE, España (2003). LLM en University of London (2007).

¹ Human Rights Watch, *Aprenderás a no llorar, Niños Combatientes en Colombia*, Bogotá, 2004, p. 39.

La naturaleza de los conflictos ha cambiado. La disminución de conflictos entre Estados desde los 90 ha venido acompañada del incremento de conflictos no internacionales: más del 95% de las guerras actuales son internas.² El fenómeno de los grupos paramilitares se ha expandido, la privatización de la guerra ha aumentado como consecuencia de la terciarización y contratación de compañías privadas en muchos conflictos³ y la naturaleza de estos grupos oscila cada vez con más frecuencia en una zona gris entre lo criminal y lo político, dependiendo de las circunstancias y de los intereses de un momento dado.⁴

La forma de hacer la guerra moderna también se ha modificado. Los conflictos en su mayoría son de baja intensidad, desvaneciéndose la diferenciación entre aquellos que luchan y los que no. Los combatientes actúan camuflados dentro de la población civil, y los pueblos y aldeas se han vuelto los entornos naturales de los combates, enfrentando a vecinos entre sí. Como consecuencia, la tipología de las víctimas ha cambiado. Si bien las guerras son menos letales, el número de víctimas civiles ha aumentado.⁵ En la Primera Guerra Mundial sólo el 5% de las víctimas fueron civiles, en la Segunda Guerra Mundial esta cifra ascendió al 48%. Parece que en tiempos recientes el número de víctimas civiles se elevó dolorosamente al 90% del total de las víctimas.⁶ Como afirmó el Representante del Secretario General, “*es el mundo al revés*”.⁷

Los medios también son diferentes. Las armas pequeñas y ligeras han proliferado, hasta convertirse en responsables de la mayoría de las muertes directamente relacionadas con los conflictos —entre un 60 y un 90%, dependiendo de los conflictos—. ⁸ El aumento de armas pequeñas y ligeras ha facilitado la expansión de los conflictos en duración y también en el tipo de población involucrada en las acciones violentas.

El lugar donde ocurren la mayoría de las guerras se ha trasladado. Las guerras mundiales cerraron escenarios en países desarrollados; hoy en día, prácticamente la totalidad de los conflictos tiene lugar en los rincones más pobres del mundo.

Estos factores hacen que la imagen de niños y niñas descalzos cargando K-47 a la espalda se haya vuelto parte del paisaje común de los conflictos armados. Existen estimaciones

² Human Security Centre, The University of British Columbia, *Human Security Report 2005, War and Peace in the 21st Century*, Nueva York y Oxford, 2005, p. 23. <http://www.humansecurityreport.info/index.php?option=content&task=view&id=28&Itemid=63> Fecha de consulta: 30 de Junio de 2009.

³ Ver, por ejemplo, el artículo de la revista *Economist*, *Military Industrial Complexities Economist*, 27 de marzo 2003, donde categoriza la guerra de Irak como la “primera guerra privatizada”. http://www.economist.com/business/displaystory.cfm?story_id=E1_TGGSPSD. Fecha de consulta: 30 de Junio de 2009.

⁴ Ver Naciones Unidas, *Los niños y los conflictos armados: Informe del Secretario General*, documento de las Naciones Unidas A/62/609-S/2007/757, Nueva York, 21 de diciembre de 2007, para 46. <http://daccesssdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N07/656/07/PDF/N0765607.pdf?OpenElement>. Fecha de consulta: 30 de junio de 2009.

⁵ Ver por ejemplo Naciones Unidas, *Declaración del Presidente del Consejo de Seguridad*, documento de las Naciones Unidas S/PRST/1999/6 Nueva York, 12 febrero de 1999, para 3. <http://daccesssdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N99/037/91/PDF/N9903791.pdf?OpenElement> Fecha de consulta: 15 de julio de 2009.

⁶ Naciones Unidas, *Informe del Representante Especial del Secretario General sobre la Cuestión de los Niños en los Conflictos Armados*, documento de las Naciones Unidas A/53/482, Nueva York, 12 de octubre de 1998, para 9. <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/0/455bb608cd670b65802566ab003c56dc?OpenDocument> Fecha de consulta: 15 de julio de 2009.

⁷ *Ibid* para 9.

⁸ C. Wille y K. Krause, *Behind the Numbers* capítulo 9, *Small Arms Survey 2005: Armas en Guerra*, Small Arms Survey, Graduate Institute of International Studies, Ginebra, 2005, p. 230.

de que los niños son utilizados en el 75% de los conflictos.⁹ Concretamente, en el periodo entre 2002 y 2008, niños y niñas fueron utilizados en al menos 17 conflictos en todo el mundo por 127 diferentes partes en conflictos.¹⁰

¿Por qué esa imagen se ha vuelto tan frecuente? Utilizar niños y niñas por las partes en conflicto siempre ha ofrecido ventajas. Los niños son más baratos, más ágiles, aprenden más rápido, son más influenciables, olvidan antes las comodidades de la vida civil, son menos reflexivos y por tanto más impulsivos y valientes en la batalla, levantan menos sospechas.¹¹ Éstas son sólo algunas de las razones de una interminable lista. Se han conocido historias dementes de cómo fuerzas y grupos armados han brutalizado a niños y niñas para que cometieran las mayores atrocidades.¹² Tal y como han afirmado Cohn y Goodwin-Gill, “*Los niños puedan ser más útiles con menos entrenamiento que nunca*”.¹³ A estas ventajas se añade la proliferación de armas baratas, ligeras y automáticas, que han hecho posible que niños y niñas hayan pasado de realizar actividades de apoyo a ser combatientes de primer orden.

El emplazamiento geográfico también facilita el incremento de este fenómeno. El hecho de que los conflictos actuales tengan lugar en países en vías de desarrollo hace que niños y niñas tengan que enfrentar el dilema de empuñar un fusil o morir de hambre. Mucha de la población infantil no tiene acceso a educación, lo que hace que su sostenibilidad económica sea limitada y que contemplen el grupo armado como una posibilidad de sustento razonable.

Con demasiada frecuencia, este tema se ha atado a la imagen de niños varones vestidos de camuflaje y empuñando un arma. Pero no es ni mucho menos su única forma de participación en los conflictos. Niños y niñas son utilizados para multitud de actividades como cocineros, portadores, mensajeros, espías o con fines sexuales.¹⁴ El hecho de que la atención se haya centrado sobre todo en los combatientes, ha hecho que la presencia de niñas en fuerzas y grupos armados haya sido invisible. Pero las niñas también han sido frecuentemente utilizadas en los conflictos armados, y con frecuencia deben enfrentar además los horrores de la violencia sexual.¹⁵

⁹ Peter W., *Singer Western Militaries Confront Child Soldiers Threat*, Jane's Intelligence Review, Vol. 17 num. 1, 1 de enero de 2005. http://www.brookings.edu/~media/Files/rc/articles/2005/01humanrights_singer/singer20050115.pdf Fecha de consulta: 15 de Julio de 2009.

¹⁰ Naciones Unidas, Oficina de la Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de la Niñez y los Conflictos Armados y UNICEF, *Examen Estratégico 10 años después del Informe de Graca Machel "La Infancia y los Conflictos en un Mundo en transformación"*, Nueva York, 2009, p. 21. http://www.unicef.org/spanish/publications/files/Machel_Study_10_Year_Strategic_Review_SP_030909.pdf Fecha de consulta: 15 de julio de 2009.

¹¹ Ver Steven Freeland, *Mere Children or Weapons of War - Child Soldiers and International Law*, Social Science Research Network, 23 de noviembre de 2008. <http://ssrn.com/abstract=1306169> Fecha de consulta: 15 de Julio de 2009.

¹² A modo de ejemplo ver China Keitetsi, *Child Soldier*, Souvenir Press, Londres, 2004; Jimmie Briggs, *Niños Soldado, Cuando los niños van a la guerra*, Océano, Barcelona, 2005; Guillermo González Uribe, *Los niños de la guerra*, Planeta, Bogotá 2002.

¹³ Ilene Cohn y Guy S. Goodwin-Gill, *Child Soldiers, The Role of Children in Armed Conflict*, Oxford y New York, Clarendon Press, 1994, p. 3.

¹⁴ Principios y Directrices sobre los Niños Asociados a Fuerzas Armadas o Grupos Armados, principio 2.1, febrero 2007 http://www.unicef.org/spanish/protection/files/Paris_Principles_SP.pdf Fecha de consulta: 15 de julio de 2009.

¹⁵ Existen estimaciones de que las niñas son el 40% del total de niños reclutados. Peter W., *Singer Western Militaries Confront Child Soldiers Threat*, Jane's Intelligence Review, Vol. 17 num. 1, 1 de enero de 2005. En Colombia, por ejemplo, el 27% de los niños desvinculados de grupos armados son mujeres, de acuerdo con el Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (información oficial del Instituto Colombiano de Bienestar Familiar a junio 2009).

Afortunadamente, la comunidad internacional poco a poco ha abierto los ojos a esta tragedia humana. Los niños y niñas han dejado de ser meros pie de página en el análisis de los efectos de los conflictos, para progresivamente tener una mayor visibilidad en medios, órganos políticos y también en el marco jurídico internacional.

Si bien el análisis de este artículo se centrará en el marco normativo internacional, cabe resaltar, antes de iniciar el análisis de dicho marco, que aun cuando la primera provisión legal internacional tuvo sus orígenes en 1977, el tema pasó más o menos inadvertido hasta el año 1996, cuando el informe “*Repercusiones de los Conflictos Armados sobre los Niños*” de Graça Machel, experta independiente del Secretario General, fue presentado ante la Asamblea General.¹⁶ Este informe marcó sin duda un antes y un después respecto a la visibilidad de la afectación de la niñez por los conflictos armados. Propició la creación de la Oficina de la Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de los Niños y los Conflictos Armados en septiembre de 1997. Un año después, el Consejo de Seguridad emitió su primera resolución sobre niñez y conflicto, asumiendo, en una decisión sin precedentes, el tema de niñez y conflicto en su agenda regular. Desde entonces, el Consejo de Seguridad ha emitido siete resoluciones sobre este tema.¹⁷ Casi paralelamente, desde el año 1999 el Secretario General emite anualmente informes sobre niñez y conflicto.¹⁸ Como se puede ver, en el seno de las Naciones Unidas el tema ha penetrado progresivamente las agendas de los órganos políticos. Analicemos entonces el espacio que este asunto ha ocupado en el marco jurídico internacional.

2. Historia: la protección de niños y niñas en los conflictos armados

*Los efectos de los conflictos armados en los niños son un problema en el que todos compartimos la responsabilidad y un cierto grado de culpa.*¹⁹

Desde los inicios, la protección de los niños y niñas ha tenido una posición ambivalente en el marco general del derecho internacional. La prontitud con la que se abordó el tema de los derechos de los niños y niñas tanto en la Liga de Naciones como en la Organización de las Naciones Unidas, contrasta con su escaso protagonismo en las discusiones de derecho internacional. Así, sorprende que un tema que desde una perspectiva histórica ha sido invisible diplomáticamente fuera sin embargo objeto de la primera declaración sobre

¹⁶ Naciones Unidas, *Repercusiones de los conflictos armados sobre los niños: Informe de la experta del Secretario General, Graça Machel*, presentado de conformidad con la resolución 49/157 de la Asamblea General, documento de las Naciones Unidas A/51/306, Nueva York, 26 de agosto de 1996. <http://daccessdds.un.org/doc/UNDOC/GEN/N96/219/58/PDF/N9621958.pdf?OpenElement> Fecha de consulta: 15 de julio de 2009.

¹⁷ Resolución 1261 (1999), Resolución 1314 (2000), Resolución 1296 (2000), Resolución 1379 (2001), Resolución 1460 (2003), Resolución 1539 (2004), Resolución 1612 (2005).

¹⁸ Ver <http://www.un.org/children/conflict/spanish/reports.html>. Fecha de consulta: 15 de julio de 2009.

¹⁹ *Op. Cit. supra*, nota 16, para 33.

derechos humanos adoptada por una organización intergubernamental, precediendo a la Declaración sobre los Derechos Humanos ni más ni menos que 24 años.²⁰

La **Declaración de los Derechos del Niño** de 1924 fue aprobada bajo la bonita proclama de que *“la humanidad debe al niño lo mejor que puede darle”*.²¹ La Declaración es un texto muy sencillo con cinco puntos básicos. A pesar de que se titula Declaración de los Derechos del Niño, lo cierto es que es más un listado de provisiones relacionadas con las necesidades económicas, sociales y psicológicas de los niños. La Declaración, en realidad, nunca tuvo vocación de establecer obligaciones vinculantes sobre los Estados, y por ello, traslada las responsabilidades a los *“hombres y mujeres de todas las naciones”*. Si bien la Declaración debe su origen a la preocupación sobre la situación de los niños en el conflicto armado de los Balcanes, solamente hay una mención a los contextos de conflicto al establecer que *“el niño debe ser el primero en recibir socorro en caso de calamidad”*.²²

En 1938, el Comité Internacional de la Cruz Roja decidió fortalecer los estándares de protección de los niños y niñas en los conflictos armados, colaborando en la producción de un **borrador de Convención para la Protección de los Niños en Emergencia y en Conflicto Armado**. El momento histórico no permitió que prosperara; con la llegada de la Segunda Guerra Mundial, la iniciativa quedó herida de muerte.²³

Un año después del fin de la Segunda Guerra Mundial, en 1946, la Cruz Roja de Bolivia en la Conferencia Preliminar de las Sociedades Nacionales de la Cruz Roja presentó un **borrador de Convención para la Protección de la Niñez en Situaciones de Conflicto**. Sin embargo, poco tiempo después se tomó la decisión de que ésta se integrara dentro de la cuarta Convención de Ginebra sobre la Protección de Civiles. Una vez más, la oportunidad de desarrollar de forma exhaustiva e independiente estándares de protección para niños y niñas en conflictos armados fue cerrada.²⁴

En 1949, se aprueban cuatro tratados que pasaron a ser el cuerpo básico del derecho internacional humanitario, denominados genéricamente los **Convenios de Ginebra**:

- Convenio I de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos y los Enfermos de las Fuerzas Armadas en Campaña
- Convenio II de Ginebra del 12 de agosto de 1949 para Aliviar la Suerte que Corren los Heridos, los Enfermos y los Náufragos de las Fuerzas Armadas en el Mar
- Convenio III de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo al Trato debido a los Prisioneros de Guerra

²⁰ Geraldine Van Bueren, *The International Law on the Rights of the Child*, Kluwer Law International, Cambridge, 1998, p. 6.

²¹ Liga de Naciones, 5ª Asamblea, Boletín Oficial de la Liga de Naciones, Suplemento no. 23.

²² *Ibid.*

²³ *Op. Cit.* supra, nota 20, p. 329.

²⁴ Pictet (ed.) *The Geneva Conventions of August 1949: Commentary*, 4 Vol., Commentary to Convention IV, 1952, p. 186.

- Convenio IV de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Protección debida a las Personas Civiles en Tiempo de Guerra (Convenio IV)

Los Convenios tienen como objetivo brindar protección a aquellas personas que no participan directamente en las hostilidades. De los cuatro Convenios, el único que tiene referencias a la niñez es el Convenio IV.²⁵ Quizás el vacío más importante está en el tema que nos ocupa: no existen referencias al reclutamiento y participación en las hostilidades de niños y niñas.²⁶ Varias razones pueden explicar esta ausencia. En primer lugar, la participación de niños como combatientes no era tan común como hoy en día, y por tanto no urgía ser regulado. En segundo lugar, el tema era percibido como un asunto interno de cada país, fuera del ámbito del derecho internacional humanitario, considerado en ese momento como una rama del derecho encargado de proteger a los individuos principalmente de los actos de otros Estados, no del suyo propio.²⁷

En 1959, se aprueba una nueva **Declaración de los Derechos del Niño**,²⁸ con diez puntos básicos. Si bien la Declaración amplía los derechos cubiertos con respecto a la Declaración de 1924, la protección en tiempos de conflicto o emergencias pierde fuerza, al establecer que los niños deben figurar “entre los primeros que reciban socorro”,²⁹ en vez de los primeros, como establecía la Declaración de 1924. Si bien se desechó la posibilidad de que fuera una Convención, el hecho de que fuera adoptada unánimemente le dio sin duda una fuerza moral importante³⁰. Esta Declaración avanza también en términos de cómo percibe el derecho internacional a la niñez, pues empieza a considerar a los niños y niñas no sólo como sujetos pasivos sino como sujetos de derecho.³¹

En 1974, la Asamblea General adopta la **Declaración sobre la Protección de la Mujer y el Niño en estados de Emergencia o de Conflicto Armado**.³² La Declaración realmente no añade nada nuevo en términos de estándares de protección, sin embargo, tiene el valor de poner la atención en las mujeres y en los niños, las víctimas siempre olvidadas de los conflictos. La Asamblea General adoptó dicha Declaración en el año en el que inició la Conferencia Diplomática de Ginebra sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario aplicable en los conflictos arma-

²⁵ Artículos 14, 17, 23, 24, 38, 50, 51, 68, 76, 82, 89, 94 y 132.

²⁶ Conviene mencionar, sin embargo, que el artículo 51 del Convenio IV de Ginebra menciona que “La Potencia ocupante no podrá forzar a las personas protegidas a servir en sus fuerzas armadas o auxiliares. Se prohíbe toda presión o propaganda tendente a conseguir alistamientos voluntarios”. Sin embargo, no es una provisión que busque específicamente la protección de niños y niñas.

²⁷ Matthew Happold, *Child soldiers in international law*, Melland Schill Studies in International Law, Manchester University Press, 2005, p. 55.

²⁸ Proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 1386 (XIV), del 20 de noviembre de 1959.

²⁹ Principio 8.

³⁰ De hecho, la Asamblea General adoptó también unánimemente una resolución adicional (Asamblea General 1387 (XIV)) propuesta por Afganistán, la cual hace un llamado a los Gobiernos a que reconozcan los derechos, se esfuercen en su observación y diseminen la Declaración lo más posible.

³¹ Ver *Op. Cit. supra*, nota 20, p. 13.

³² Proclamada por la Asamblea General en su resolución 3318 (XXIX), de 14 de diciembre de 1974.

dos. Esta feliz coincidencia favoreció que niños y mujeres estuvieran en la mente de los participantes de la Conferencia en el momento del desarrollo de los Protocolos Adicionales a las Convenciones de Ginebra.

El objetivo alcanzado en la Conferencia Diplomática de Ginebra de codificar y regular las conductas en los conflictos armados en 1949 no fue en absoluto desdeñable; sin embargo, la rápida evolución de los conflictos en la segunda mitad del siglo XX pronto reveló lagunas importantes dentro de estas Convenciones. La Conferencia Diplomática de Ginebra ya mencionada inició con la tarea de adecuar los estándares internacionales a la evolución de los conflictos contemporáneos. En 1977, al final de la cuarta Conferencia Diplomática, se adoptaron los dos **Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra**, concretamente:

- Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales, 8 de junio de 1977 (Protocolo Adicional I)
- Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional, 8 de junio de 1977 (Protocolo Adicional II)³³

Ambos Protocolos Adicionales otorgan una mayor protección a los niños y niñas y regulan por primera vez el tema de la participación de los niños y niñas en las hostilidades. El Protocolo Adicional I contiene dos provisiones específicas para la protección de la niñez.³⁴ Pero quizás el progreso más importante lo encontramos en la regulación de la participación de niños y niñas en las hostilidades y la inclusión de la cláusula general del artículo 77 que establece un principio general de protección: *“los niños serán objeto de un respeto especial y se les protegerá contra cualquier forma de atentado al pudor. Las Partes en conflicto les proporcionarán los cuidados y la ayuda que necesiten, por su edad o por cualquier otra razón”*.

El Protocolo Adicional II por primera vez regula la protección de las víctimas de los conflictos no internacionales. Las cuatro Convenciones de Ginebra únicamente regulaban los conflictos internos en el artículo 3 común a todas ellas, considerado como una *“Convención en miniatura”*.³⁵ A pesar del intento de aplicación de todos los Convenios de Ginebra a través de la cláusula extensiva del artículo 3, lo cierto es que la mayoría de los países se habían opuesto a que dicha cláusula operara de forma automática.³⁶ Era, pues, apremiante,

³³ Adicionalmente, el 8 de diciembre de 2005 se aprueba el Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la Aprobación de un Signo Distintivo Adicional.

³⁴ Artículos 77 y 78. Adicionalmente, el artículo 8 tiene una referencia a los recién nacidos, y los artículos 74 y 75 (5) contienen provisiones relacionadas con la protección de la familia.

³⁵ Aparentemente, fue la delegación soviética quien adoptó esa expresión en la Conferencia Diplomática de 1949. Actas de la Conferencia de 1949, vol. II-B, p. 34 y 321. Citado en Unidad de Estudios Humanitarios, *Los desafíos de la acción humanitaria: un balance*, Icaria, Antrazyt, Barcelona, 1999, p. 79.

³⁶ El artículo 3 establece que *“... las Partes en conflicto harán lo posible por poner en vigor, mediante acuerdos especiales, la totalidad o parte de las otras disposiciones del presente Convenio”*.

proteger a las víctimas de los conflictos no internacionales. Como cabía esperarse, sin embargo, los estándares de protección son inferiores a los del Protocolo Adicional I.³⁷ La razón es clara: los conflictos internos son considerados un asunto interno, y los Estados tienden a considerar a aquellos que se alzan en armas en su territorio como meros criminales y por tanto su tratamiento materia de jurisdicción interna. El Protocolo Adicional II tiene dos artículos relacionados con la protección de la niñez.³⁸ El más importante es el artículo 4, que estipula que “*se proporcionarán a los niños los cuidados y la ayuda que necesiten*”, para luego enumerar medidas especiales para los niños y niñas.³⁹

20 años tardaron los países que se opusieron a que la Declaración de 1959 fuera vinculante en apoyar la idea de una Convención para la protección de la infancia. Sin embargo, como menciona Geraldine van Bueren, “*la retirada de su oposición no era lo mismo que un apoyo entusiasta*”.⁴⁰ La falta de atención inicial fue dando paso a un progresivo interés, y el resultado sobrepasó las expectativas iniciales. La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) rompe con la tradicional separación entre los derechos civiles y políticos y los económicos, sociales y culturales, abordándolos de una forma integral.⁴¹ De acuerdo con el mismo autor, la CDN es el instrumento en vigor de las Naciones Unidas que más derechos sustantivos recoge.⁴² La CDN además implanta la doctrina de protección integral bajo la cual los niños pasan a ser considerados como sujetos de derecho y no meros objetos de protección especial.

En 1985, las delegaciones de Holanda, Suecia y Finlandia apoyados por Bélgica, Perú y Senegal propusieron que la CDN contuviera un artículo sobre niñez y conflicto armado, propuesta que no existía en el borrador inicial polaco. Dicha propuesta fue aprobada. La CDN es pues un instrumento *sui generis* pues contiene provisiones para tiempos de paz y de guerra. La gran aceptación de la CDN determinó que temas que pudieran provocar disenso —entre ellos elevar la edad mínima de reclutamiento con respecto al estándar del derecho internacional humanitario— se relegaran para un posterior desarrollo. El sacrificio no fue en vano, hoy en día la CDN es el instrumento de derechos humanos con mayor número de ratificaciones en el mundo.⁴³

El 17 de julio de 1998 se aprueba el Estatuto de Roma, el cual permite la creación de la Corte Penal Internacional, primer tribunal penal internacional de carácter permanente

³⁷ El resultado salta a la vista. El Protocolo Adicional I tiene 102 artículos, mientras que el Protocolo II cuenta con escasamente 28 artículos.

³⁸ Artículos 4 (5) y 6.

³⁹ Ver Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y Defensoría del Pueblo, *Manual de calificación de conductas violatorias. Derechos humanos y derecho internacional humanitario*, Volumen II, Bogotá, 2004.

⁴⁰ *Op. Cit. supra*, nota 20, p. 13. Traducción hecha por la autora.

⁴¹ Cuando Polonia entregó el primer borrador de Convención a la Comisión de Derechos Humanos en 1978, su contenido era muy similar a la Declaración de 1959. En 1979 el Gobierno polaco, líder en la iniciativa, revisó el texto inicial con los comentarios depositados ante el Secretario General y la Comisión de Derechos Humanos. Ver Sharon Detrick, *The United Nations Convention on the Rights of the Child: A Guide to the Travaux Préparatoires*, Martinus Nijhoff Publishers, Boston, 1992.

⁴² *Op. Cit. supra*, nota 20, p. 16.

⁴³ Geraldine Van Bueren, “*Special Features of the Assistance and Protection of Children*” en Frits Karlsruven (ed.) *Assisting the Victims of Armed Conflict and Other disasters*, 1989, p. 127.

encargado de investigar, perseguir y sancionar determinados crímenes que, por su gravedad, se considera atacan la conciencia de la humanidad entera. Concretamente, el Estatuto de Roma recoge los crímenes de genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra y de agresión.⁴⁴ Dentro de la categoría de crímenes de guerra, el Estatuto de Roma recoge el reclutamiento, alistamiento o utilización activa en hostilidades de niños menores de 15 años por parte de fuerzas o grupos armados, tanto en conflictos internacionales como internos.⁴⁵ Pero además, hay que tener en cuenta que el reclutamiento puede constituir una forma de esclavitud, y por tanto, un crimen de lesa humanidad.⁴⁶

El mismo año que el Estatuto de Roma se aprobó, surgió en el seno de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) la idea de desarrollar un Convenio contra las peores formas de trabajo infantil.⁴⁷ Varios países sugirieron que el tema de reclutamiento y utilización de niños y niñas en los conflictos armados debía ser gobernado por este tratado, convirtiéndose en uno de los elementos que más debate generó.⁴⁸ Finalmente, se acordó que únicamente el reclutamiento forzoso u obligatorio quedaría recogido bajo este instrumento. Un año después, en junio de 1999, se aprueba el Convenio 182 sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación (Convenio 182). Es interesante mencionar que Estados Unidos, uno de los dos países del mundo que todavía no ha ratificado la CDN, jugó un papel clave en la redacción y finalización de este instrumento y fue el tercer país en ratificarlo.⁴⁹

En la segunda sesión del Comité de los Derechos del Niño,⁵⁰ en 1992, surgió la idea de desarrollar un Protocolo para limitar el reclutamiento y la participación en las hostilidades de niños y niñas. En 1994, la Comisión sobre los Derechos Humanos conformó un Grupo de Trabajo para negociar el Protocolo Facultativo relativo a la participación de los niños en los conflictos armados (Protocolo Facultativo de la CDN). La negociación tomaría seis años, aprobándose el 25 de mayo del 2000. El resultado como veremos es un instrumento complejo que, si bien no consiguió de forma absoluta elevar a los 18 años el reclutamiento y utilización de niños y niñas en hostilidades, sí consiguió importantes avances.

⁴⁴ Artículo 5.1 del Estatuto de Roma.

⁴⁵ Artículo 8.2 b) xxvii) y 8.2 e) vii) para respectivamente.

⁴⁶ Para ampliar información ver Mathew Happold, *Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court*. The Legal Regime Of The International Criminal Court: Essays In Memory Of Igor Blischenko, José Doria, Hans-Peter Gasser, M. Cherif Bassiouni eds., sin fecha, p. 22. <http://ssrn.com/abstract=979916> Fecha de consulta: 15 de Junio de 2009.

⁴⁷ Ver Steve Charnovitz, *The International Labour Organisation in the Second Century*, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 4, p. 147.

⁴⁸ Conferencia Internacional del Trabajo, Informe del Comité sobre Trabajo Infantil, Sesión 87th, junio 1999.

⁴⁹ Steven Freeland, *Mere Children or Weapons of War - Child Soldiers and International Law*, noviembre 2008. <http://ssrn.com/abstract=1306169> Fecha de consulta: 1 de julio de 2009.

⁵⁰ Órgano creado por la CDN (artículos 43 y 44) para la supervisión del cumplimiento de dicha Convención.

3. El reclutamiento y la participación en hostilidades de niños y niñas bajo el Derecho Internacional Humanitario

*De la sangre que vi, me volví alérgica al color rojo.*⁵¹

Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra relativos a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales y sin carácter internacional

Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I)

Artículo 77

2. Las partes en conflicto tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas. Al reclutar personas de más de quince años pero menores de dieciocho años, las partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad.
3. Si, en casos excepcionales, no obstante las disposiciones del párrafo 2, participaran directamente en las hostilidades niños menores de quince años y cayeran en poder de la parte adversa, seguirán gozando de la protección especial concedida por el presente artículo, sean o no prisioneros de guerra.

Protocolo Adicional a los Convenios de Ginebra relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados sin carácter internacional (Protocolo II)

Artículo 4.3

- c) los niños menores de quince años no serán reclutados en las fuerzas o grupos armados y no se permitirá que participen en las hostilidades;
- d) la protección especial prevista en este artículo para los niños menores de quince años seguirá aplicándose a ellos si, no obstante las disposiciones del artículo c), han participado directamente en las hostilidades y han sido capturados.

⁵¹ Guillermo González Uribe, *Los Niños de la Guerra*, Planeta, Bogotá, 2002, p. 143.

Las provisiones relacionadas con la participación de los niños y las niñas en las hostilidades fueron sujetas a debate sustancial durante la Conferencia Diplomática de Ginebra sobre la reafirmación y el desarrollo del derecho internacional humanitario.⁵² La redacción de estos artículos cobra especial relevancia teniendo en cuenta que los instrumentos posteriores (la CDN y el Protocolo Facultativo de la CDN fundamentalmente) toman muchos elementos de este articulado.

El borrador del CICR del artículo relacionado con el reclutamiento de niños del Protocolo Adicional I inicialmente rezaba: *“las partes en conflicto deberán tomar todas las medidas necesarias para que los de 15 años o menores no participen en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos en sus fuerzas armadas o de aceptar voluntariamente su alistamiento”*.⁵³ Este párrafo sufrió varios cambios, sin embargo, no existen registros de las deliberaciones que llevaron a dichas modificaciones. *“Medidas necesarias”* fue sustituido por *“medidas posibles”*, *“15 años o menores”* por *“menores de 15 años”*, *“participación en hostilidades”* por *“participación directa en hostilidades”*. Incluso a oscuras, es posible adivinar que el motivo que subyace a dichos cambios fue suavizar el estándar inicialmente propuesto por el CICR.⁵⁴

La redacción aprobada del Protocolo Adicional I establece en primer lugar que las partes en conflicto *“tomarán todas las medidas posibles para que los niños menores de quince años no participen directamente en las hostilidades, especialmente absteniéndose de reclutarlos para sus fuerzas armadas”*. Ya hemos visto que la versión inicial indicaba que las partes en conflicto debían tomar las medidas *“necesarias”*, y no *“posibles”*, adjetivo que relativizó y redujo el imperativo de dicha norma. Conviene destacar, sin embargo, que otros artículos del Protocolo Adicional establecen la obligación de adoptar medidas *“factibles”*,⁵⁵ lo que parece añadir otra categoría de exigencia de obligaciones todavía menos estricta. *Posible* es aquello que de una u otra manera puede hacerse; *factible* se refiere, de acuerdo a unas circunstancias dadas, a aquello que puede realizarse siempre y cuando el esfuerzo requerido no sea desproporcionado con el resultado.⁵⁶ Además, si bien la obligación analizada es sin duda de medios y no de resultados, podría llegar a afirmarse que el no reclutamiento de niños menores de 15 años es algo que *siempre* es posible impedir, acercándonos a una obligación de resultados. Más complejo sería aplicar este análisis a la participación directa en las hostilidades, pues ésta se puede producir de forma espontánea y puntual en contextos, por ejemplo, de revueltas o disturbios, donde la posibilidad de control es menor.

⁵² *Op. cit. supra*, nota 26, p. 54.

⁵³ OR, Parte III del borrador del Protocolo Adicional. Citado en *Op. cit. supra*, nota 27, p. 60. Traducción hecha por la autora. El texto original es el siguiente: *“The parties to the conflict shall take all necessary measures in order that children aged fifteen or under shall not take any part in hostilities and, in particular they shall refrain from recruiting them in their armed forces or accepting their voluntary enlistment”*.

⁵⁴ *Op. cit. supra*, pie de página 26, p. 60.

⁵⁵ Ver, por ejemplo, art. 57.2.a i) y ii), art. 58, art. 86.

⁵⁶ Ver CICR, Comentario del Protocolo del 8 de junio de 1977 adicional a los Convenios de Ginebra del 12 de agosto de 1949 relativo a la protección de las víctimas de los conflictos armados internacionales (Protocolo I), Plaza & Janés, Bogotá, 2001, Tomo II, p. 952.

El Protocolo Adicional I menciona dos formas de involucramiento de niños y niñas con las partes en conflicto: el reclutamiento y la participación directa en las hostilidades. Afortunadamente, los Protocolos Adicionales no sólo protegieron a los niños del acto formal del reclutamiento, sino que incluyeron la prohibición de que estos sean involucrados en acciones bélicas, medie o no un proceso formal. A fin de cuentas, esta provisión no busca sino evitar el daño físico y psicológico que conllevan los conflictos armados, y dicha norma haría un flaco favor si se centrara exclusivamente en la prohibición del reclutamiento con independencia del uso *de facto* de niños y niñas en las hostilidades.

No puede ser tan bienvenida, sin embargo, la incorporación del adverbio “*directamente*” para referirse a la participación en hostilidades. Esta incorporación fue cuestionada por el CICR, pues pareciera que la participación indirecta sí estaría permitida.⁵⁷ De hecho, para varios autores el Protocolo Adicional I no prohíbe la utilización de niños y niñas para actividades como la transmisión o recogida de información, el transporte de armas o la provisión de suministros.⁵⁸ Sin embargo, de nuevo, si el objetivo que subyace a esta provisión es la protección de la vida de niños y niñas, es difícil imaginar que la fuerza adversaria va a abstenerse de considerar un niño objetivo militar si es encargado por ejemplo del transporte de armas —y lamentablemente es muy frecuente que los niños más pequeños sean destinados a estas actividades—. La inclusión del adjetivo “*directamente*” fue una vez más cuestionada en las discusiones en torno a la CDN, sin embargo, fue retenido. Este término sí fue superado y eliminado en el Estatuto de la Corte Penal Internacional, quien modificó esa expresión por participar “*activamente*” en las hostilidades.⁵⁹

Como se vio anteriormente, en la redacción del Protocolo I, el CICR propuso inicialmente incluir, además de la prohibición del reclutamiento, la prohibición de llevar a cabo alistamientos voluntarios de niños y niñas. Lamentablemente, dicha propuesta no fue aceptada. Cabe sin embargo preguntarse si esa provisión era necesaria, lo cual sólo puede ser determinado analizando si el concepto de reclutamiento cubre o no el alistamiento voluntario. Si es así, la pérdida de esta parte del borrador no tendría ninguna relevancia. En la decisión de la Cámara de Apelación de Sierra Leona⁶⁰ se estableció que el reclutamiento es un término que implica presión o acción positiva, y que no es un sinónimo de alistamiento. Sin embargo, y acudiendo al artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, un tratado debe interpretarse “(...) *conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin*”. Teniendo en cuenta que el objeto y fin del tratado es la protección de las personas civiles, y que

⁵⁷ *Ibid.*, p. 1263.

⁵⁸ Ver, por ejemplo, Mathew Happold, *Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court*. The Legal Regime Of The International Criminal Court: Essays In Memory Of Igor Blischenko, José Doria, Hans-Peter Gasser, M. Cherif Bassiouni, eds., sin fecha, <http://ssrn.com/abstract=979916> Fecha de consulta: 15 de junio de 2009.

⁵⁹ Artículo 8.2 b) xxvii) y 8.2 e) vii) del Estatuto de Roma.

⁶⁰ *Prosecutor v. Samuel Hinga Norman*, Caso No.SCSL-2004-14-AR72(E), Corte Especial de Sierra Leona (Cámara de Apelación), 31 mayo 2004.

la palabra reclutamiento normalmente cubre tanto el alistamiento voluntario como el forzado, el Protocolo Adicional I sí parecería prohibir el alistamiento voluntario de niños menores de 15 años.⁶¹

Independientemente de la discusión jurídica, desde un principio de realidad, es cuestionable que se pueda hablar de una verdadera voluntariedad en la decisión de los niños y niñas de asociarse a una parte en conflicto, particularmente de personas menores de 15 años. Los testimonios de estos niños y niñas suelen tener tintes similares a los que a continuación se transcriben: *“lo engañan a uno con cualquier cosa y se lo llevan a uno, por plata o por un arma, o por un carro, lo ilusionan a uno y se lo llevan a uno para allá”, “en el caso mío yo me fui voluntariamente porque tenía problemas en el pueblo, yo tenía problemas con la guerrilla, entonces no sabía para dónde coger y la única solución era meterme en algún lado para evitar que me pasara algo”, “estaba desesperada por la muerte de mi novio”*.⁶² Razones económicas, razones vinculadas a la seguridad física, o razones relacionadas a la cultura o al entorno, son a menudo las motivaciones que empujan a un niño o niña a acercarse a una parte en conflicto, sin entender muchas veces la magnitud de esta decisión.⁶³

No es a mi entender lógico introducir el debate como se ha querido en alguna ocasión⁶⁴ sobre si cuestionar la voluntariedad de la decisión de un niño o niña —al menos los menores de 15 años— de entrar en un grupo o fuerza armada contraviene los esfuerzos de reconocimiento del derecho a la participación y a la autonomía del niño, o que puede eventualmente constituir una vulneración al derecho a la libre asociación o a la libre expresión. Además de ser una violación de los derechos humanos, una infracción del derecho internacional humanitario y un crimen de guerra, el reclutamiento y la participación en hostilidades de niños y niñas es una forma de explotación —de hecho una de las más abominables—, en la inmensa mayoría de los casos va en detrimento de su sano desarrollo, y es contrario al principio del interés superior del niño contenido en la CDN.

El Protocolo Adicional I incluye una cláusula adicional que establece que cuando se reclute personas menores de 18 años las partes en conflicto procurarán alistar en primer lugar a los de más edad. Esta cláusula se introdujo gracias a la insistencia de algunas delegaciones que preferían elevar la edad mínima de reclutamiento por encima de los 15 años.⁶⁵ Lamentablemente, dicha norma no fue copiada por el Protocolo Adicional II.

⁶¹ Varios autores han sostenido que reclutamiento incluye asociación formal a una parte del conflicto voluntaria o forzadamente. Ver Dulti, *Captured Child Combatants*, *International Review of the Red Cross*, 278, Ginebra, 1990, pp. 421-424.

⁶² Testimonios recogidos por la autora de niños y niñas desvinculados de las AUC y de las FARC-EP en Colombia en junio de 2006.

⁶³ Ver en este sentido Estudio de la Defensoría del Pueblo de Colombia y UNICEF, *Caracterización de los niños, niñas y adolescentes desvinculados de los grupos armados ilegales: inserción social y productiva desde un enfoque de derechos humanos*, Bogotá, Colombia, 2006, p. 79.

⁶⁴ Ver en este sentido Raoul Wallenberg, *Children of War*, Report from the Conference on Children in War, Report No. 10, 1991.

⁶⁵ *Op. Cit. supra* nota 56, p. 1263.

El Protocolo Adicional I establece provisión para los casos que, no obstante la prohibición, los niños menores de quince años sean capturados. No hay mucho que explicar sobre esta provisión, quizá únicamente llamar la atención sobre la excentricidad que supone que un instrumento internacional contenga reglas para los casos en los que una provisión del mismo tratado sea violada.

Si bien la provisión del Protocolo Adicional II tiene muchas similitudes con las del Protocolo Adicional I, también tiene diferencias que merecen ser destacadas. A diferencia del Protocolo Adicional I, el II establece la prohibición de reclutamiento y participación en hostilidades en términos mucho más rotundos: *“los niños menores de quince años no serán reclutados (...) y no se permitirá que participen en las hostilidades”*. Es sin duda sorprendente que el Protocolo Adicional II tenga un estándar de protección mayor que el primero pues, como veíamos anteriormente, los países estuvieron dispuestos a hacer mayores concesiones para la protección de los civiles en casos de conflictos internacionales que en el caso de conflictos no internacionales.

Incluso más sorprendente es que el Protocolo Adicional II se refiera únicamente a *“participar en las hostilidades”*, eliminando la referencia a la participación *“directamente”* en hostilidades, estableciendo una vez más un estándar de protección mayor que el del Protocolo Adicional I. Si bien parece ser que estos avances fueron fruto del azar más que de una verdadera intencionalidad de elevar los estándares, tal y como Mathew Happold plantea, los términos en los que la provisión está redactada son muy claros, por lo que no parecería justificado hacer uso de medios suplementarios de interpretación que modifiquen el significado ordinario, de acuerdo con la norma del Convenio de Viena sobre interpretación ya descrita anteriormente.⁶⁶ Por tanto, en varios aspectos, la norma para conflictos no internacionales tiene un estándar mayor de protección que aquella para conflictos internacionales.

4. El reclutamiento y la participación en hostilidades de niños y niñas bajo el derecho internacional de los derechos humanos

*“¿Se quiere ir con nosotros?” Yo le dije: “sí”, me preguntó: “¿por qué?” Le dije: “no tengo familia, estoy aburrido de estar solo y quiero ser importante” (...) entonces dijo: “usted está resignado a aguantar hambre, frío, dolores, sanciones, madrazos, matar, mejor dicho todo lo que puede existir en este mundo?”, yo un poco nervioso por dentro le dije: “sí”.*⁶⁷

⁶⁶ El artículo 32 del Convenio de Viena sobre el derecho de los tratados reza: *“Se podrá acudir a medios de interpretación complementarios, en particular a los trabajos preparatorios del tratado y a las circunstancias de su celebración, para confirmar el sentido resultante de la aplicación del artículo 31, o para determinar el sentido cuando la interpretación dada de conformidad con el artículo 31: a) deje ambiguo u oscuro el sentido; o b) conduzca a un resultado manifiestamente absurdo o irrazonable”*. Ver *Op. Cit supra*, nota 27, p. 68.

⁶⁷ Santiago L. Nacido para Triunfar, *Testimonio de un adolescente desvinculado de un grupo armado ilegal*, Universidad de Caldas, Colección Artes y Humanidades y UNICEF, Bogotá, 2008.

La Convención sobre los Derechos del Niño

Artículo 38

1. Los Estados partes se comprometen a respetar y velar porque se respeten las normas del derecho internacional humanitario que les sean aplicables en los conflictos armados y que sean pertinentes para el niño.
2. Los Estados partes adoptarán todas las medidas posibles para asegurar que las personas que aún no hayan cumplido los 15 años de edad no participen directamente en las hostilidades
3. Los Estados partes se abstendrán de reclutar en las fuerzas armadas a las personas que no hayan cumplido los 15 años de edad. Si reclutan personas que hayan cumplido 15 años, pero que sean menores de 18 años, los Estados partes procurarán dar prioridad a los de más edad.

El tema de reclutamiento y participación de niños y niñas en las hostilidades trascendió el campo del derecho internacional humanitario y saltó a la arena del derecho internacional de los derechos humanos a través de la CDN. El borrador original no contenía ninguna provisión sobre niñez y conflicto, lo cual era considerado una de las lagunas más importantes del instrumento. Finalmente, en las sesiones del Grupo de Trabajo de 1985 y 1986, un borrador de artículo fue adoptado.⁶⁸

La oportunidad presentada no fue totalmente aprovechada. Después de un intenso debate, en la sesión de 1988 se aprobó una versión de articulado similar al estándar establecido en el artículo 77 (2) del Protocolo Adicional I, con todas sus ambigüedades y vacíos. Conforme a lo que ya vimos, es por tanto más débil incluso que lo contenido en el Protocolo Adicional II en ciertos aspectos.

En primer lugar fracasó el intento de elevar el nivel de obligación del Estado de adoptar todas las medidas “necesarias” en vez de “posibles”. Pero quizá el tema más polémico fue el de la edad a la que se refiere el artículo. La CDN, a diferencia de los instrumentos de derecho internacional humanitario, sí define lo que es un niño como “*todo ser humano menor de 18 años (...)*”.⁶⁹ El artículo 38 sin embargo es la única provisión de la CDN que extiende su protección sólo a personas menores de 15 años.

Cuando se inició la discusión de este artículo, en 1986, no había ninguna referencia a la edad, por lo que en un momento inicial se asumía que los 18 sería la edad aplicable. Pero la *realpolitik* jugó su papel, e incrementar el estándar a 18 no fue posible. Algunas

⁶⁸ Ver *Op. Cit. supra*, nota 20, p. 335.

⁶⁹ Artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

delegaciones, entre ellas la del Reino Unido, la Unión Soviética, Canadá y Estados Unidos de América, manifestaron su desacuerdo en ampliar la aplicación de esta provisión a todas las personas menores de 18 años, e incluso hubo declaraciones que cuestionaban la utilización del vehículo de la CDN para reescribir normas de derecho internacional humanitario.⁷⁰ Cuando se acordó la redacción actual, algunas delegaciones amenazaron con reabrir el debate al más alto nivel en la Comisión de Derechos Humanos e incluso en la Asamblea General, para buscar una versión más garantista. Sin embargo, existía un gran temor de que si la amenaza se llevaba a cabo podría también reabrirse el debate en torno a otras provisiones, por lo que el texto finalmente se aprobó sin modificaciones.⁷¹ Varios Estados han hecho declaraciones o reservas al momento de su firma, ratificación o adhesión manifestando que el artículo 38 no ofrece la protección suficiente.⁷²

La concesión dada en este artículo tuvo sin embargo una contrapartida nada despreciable. A diferencia de los Protocolos Adicionales, los cuales han ganado sólo lentamente una aceptación generalizada, la CDN fue rápida y ampliamente ratificada, hasta el punto de convertirse en el instrumento de derechos humanos con el mayor número de ratificaciones. Tan sólo dos países miembros de la Organización de las Naciones Unidas no son parte de este instrumento.⁷³

En este sentido, hay que reconocer otro avance importante en la materia. Mientras las provisiones relacionadas con la participación de niños y niñas menores de 15 años en las hostilidades en el Protocolo Adicional I fueron objeto de debate sustantivo, en las discusiones de la CDN el estándar de dichos Protocolos fue visto como punto de partida incluso por Estados que no eran signatarios de estos.

Por otro lado, siendo ésta una provisión de derechos humanos, la CDN establece una prohibición global que aplica en tiempos de paz y de guerra. En principio, podría considerarse este elemento importante en relación al reclutamiento y no para la participación de hostilidades, pues éstas sólo toman lugar en tiempos de guerra. Sin embargo, cada vez con más frecuencia, los países atraviesan situaciones de violencia o de disturbios que no ameritan ser clasificados como conflictos de carácter internacional o interno bajo los Protocolos Adicionales. Igualmente, si un país no es parte del Protocolo Adicional II, se verá obligado a aplicar la CDN en caso de conflicto interno.

Por último, la posibilidad de leer el artículo 38 en conjunto con otras provisiones de la CDN es sin duda un valor añadido con respecto a las provisiones del derecho internacional humanitario. Bajo el principio del interés superior del niño,⁷⁴ principio

⁷⁰ Hamilton y T. Abu El-Haj, *Armed Conflict: The Protection of Children under International Law*, International Journal of Children's Rights, 5 Kluwer, Netherlands, 1997, p. 36.

⁷¹ Ver *Op. Cit. supra*, nota 27, p. 73.

⁷² Estos países han sido: Principado de Andorra, Argentina, Austria, Colombia, Ecuador, República Federal Alemana, Holanda, España y Uruguay. Ver: http://www.unhcr.ch/html/menu3/b/treaty15_esp.htm. Fecha consulta: 4 de julio de 2009.

⁷³ Dichos países son Somalia y Estados Unidos.

⁷⁴ Artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño".

rector de los derechos humanos de los niños y niñas, es difícil, por ejemplo, justificar el reclutamiento de niños bajo la premisa de que sus intereses deben estar subordinados a una necesidad militar o a una cuestión de seguridad del Estado. Por otro lado, si bien el artículo 38.2 menciona que los Estados partes deben adoptar todas las medidas “*posibles*” para que los menores de 15 años no participen directamente en las hostilidades, el artículo debe leerse junto con el artículo 4, que establece una obligación general mayor al decir que “*Los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención*”. Por último, la CDN establece una obligación adicional muy explícita en el artículo 39 de asegurar la recuperación física y psicológica de los niños afectados por los conflictos. El hecho de que este instrumento vaya más allá de una prohibición específica y establezca una obligación de atención y restitución de los derechos de los niños, es sin duda un avance esencial.

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados

Artículo 1

Los Estados partes adoptarán todas las medidas posibles para que ningún miembro de sus fuerzas armadas menor de 18 años participe directamente en hostilidades.

Artículo 2

Los Estados partes velarán por que no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años.

Artículo 3

1. Los Estados partes elevarán la edad mínima, contada en años, para el reclutamiento voluntario de personas en sus fuerzas armadas nacionales por encima de la fijada en el párrafo 3 del artículo 38 de la Convención sobre los Derechos del Niño, teniendo en cuenta los principios formulados en dicho artículo, y reconociendo que en virtud de esa Convención los menores de 18 años tienen derecho a una protección especial.
2. Cada Estado parte depositará, al ratificar el presente Protocolo o adherirse a él, una declaración vinculante en la que se establezca la edad mínima en que permitirá el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas nacionales y se ofrezca una descripción de las salvaguardias que haya adoptado para asegurarse de que no se realiza ese reclutamiento por la fuerza o por coacción.

3. Los Estados partes que permitan el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas nacionales de menores de 18 años establecerán medidas de salvaguardia que garanticen, como mínimo, que:
 - a) Ese reclutamiento sea auténticamente voluntario;
 - b) Ese reclutamiento se realice con el consentimiento informado de los padres o de quienes tengan la custodia legal;
 - c) Esos menores estén plenamente informados de los deberes que supone ese servicio militar;
 - d) Esos menores presenten pruebas fiables de su edad antes de ser aceptados en el servicio militar nacional.

(...)

Artículo 4

1. Los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado no deben en ninguna circunstancia reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años.
2. Los Estados partes adoptarán todas las medidas posibles para impedir ese reclutamiento y utilización, con inclusión de la adopción de las medidas legales necesarias para prohibir y tipificar esas prácticas.
3. La aplicación del presente artículo no afectará la situación jurídica de ninguna de las partes en un conflicto armado.

La idea de desarrollar un Protocolo de la CDN que abordara el tema de la participación de niños y niñas en los conflictos fue uno de los primeros temas que surgió en el Comité de los Derechos del Niño como ya se mencionó. Una vez se conformó el Grupo de Trabajo para negociar el Protocolo Facultativo en 1994, las diferentes posiciones frente a esta temática comenzaron a emerger, y el debate estuvo impregnado de un dilema que se podría decir se ha vuelto usual en esta materia, ¿se debía buscar la mayor participación y consenso posibles, o centrarse en lograr el más alto estándar de protección?

Algunos participantes promovían como un imperativo la regla de “*straight 18*”, algunos apoyaban incrementar la edad por encima de 15 pero no hasta 18,⁷⁵ mientras que otras posiciones aceptaban establecer 18 años como norma pero sólo en relación al reclutamiento obligatorio.⁷⁶ Algunas delegaciones insistían sobre la necesidad de que hubiera una

⁷⁵ Por ejemplo, Estados Unidos propuso elevar la edad mínima de reclutamiento a 17 años. Naciones Unidas, *Report of the working group on a draft optional protocol to the Convention on the Rights of the Child on involvement of children in armed conflict*, documento de Naciones Unidas E/CN.4/1995/96, 1995, para 77. <http://www.unhcr.ch/Huridocda/Huridoca.nsf/TestFrame/c9149feb0fa60cd38025672000558045?Opendocument>. Fecha de consulta: 20 de Julio de 2009.

⁷⁶ *Ibid* para 90.

provisión específica destinada a estos grupos armados,⁷⁷ otras se enfocaron en promover que la participación en hostilidades, directa o indirecta, fuera totalmente prohibida.⁷⁸ El resultado de esta amalgama de posiciones fue un instrumento con unos estándares superpuestos y con una técnica jurídica compleja, donde, si bien no se logró establecer la edad de 18 años como norma de manera absoluta, sí se hicieron importantes avances para que el reclutamiento y la participación de niños y niñas entre los 15 y los 18 años fuera restringida lo máximo posible.

Los artículos 1, 2 y 4 nos acercan al estándar de los 18 años, al prohibir la participación directa en las hostilidades, el reclutamiento obligatorio por parte de las fuerzas armadas y cualquier forma de reclutamiento por parte de los grupos armados de personas menores de 18 años. Sin embargo, en cuanto a las prohibiciones dirigidas a las fuerzas armadas, dos problemas heredados de la CDN continúan. En primer lugar, en cuanto a la prohibición de participación en las hostilidades, la obligación sigue siendo de medios y no de resultados, al establecer que los Estados partes deben adoptar todas las medidas “*posibles*”. En segundo lugar, no cualquier participación en las hostilidades está prohibida, el Protocolo Facultativo sólo prohíbe la participación “*directa*”. Por último, el Protocolo Facultativo deja la puerta abierta al reclutamiento voluntario de personas menores de 18 años.

El artículo 3 es quizá el artículo más complejo del Protocolo Facultativo, y da cuenta de la recursividad legislativa utilizada a fin de elevar, hasta donde el consenso lo permitió y usando mecanismos flexibles, los estándares de protección de niños y niñas en esta materia. Aquel Estado que ratifique el Protocolo Facultativo debe elevar la edad mínima por encima de lo establecido en el artículo 38 de la CDN, “*teniendo en cuenta los principios formulados en dicho artículo, y reconociendo que en virtud de esa Convención los menores de 18 años tienen derecho a una protección especial*”. En primer lugar, el Protocolo Facultativo, de manera opaca, eleva la edad mínima a 16 años —sería muy extraño que un Estado ratifique este instrumento y eleve la edad mínima de reclutamiento a 15 años y unos meses—, y hace además una clara invitación a los países a que esa edad sea fijada en los 18 años. Sin embargo, como ha sido señalado, esta provisión puede debilitar otras del Protocolo Facultativo, particularmente el artículo 2, que prohíbe el reclutamiento obligatorio de menores de 18 años, en cuanto que es difícil determinar si un niño o niña fue reclutado forzosamente o no y el reclutador puede alegar como defensa que el alistamiento de un niño fue voluntario.⁷⁹

Las salvaguardas establecidas en el artículo 3.3 para asegurar que el reclutamiento es verdaderamente voluntario y para asegurar que ningún niño sea reclutado a una edad menor de la establecida, son sin duda avances importantes. Las “*pruebas fiables*” de edad que menciona el Protocolo Facultativo de la CDN, si bien eliminan la tradicional defensa de

⁷⁷ *Ibid* paras 24-26.

⁷⁸ *Ibid* para 23.

⁷⁹ Daniel Helle, *Optional Protocol on the Involvement of Children in Armed Conflict to the Convention on the Rights of the Child (2000)*, ICRC No. 839, p. 797 <http://www.icrc.org/web/eng/siteeng0.nsf/html/57JQQE>. Fecha de consulta: 20 de julio de 2009.

los reclutadores de que un niño o niña aparentaba más edad, puede ser difícil de aplicar en la práctica, sobre todo en contextos como el de algunos países de África donde los sistemas de registro civil tienen serias deficiencias.

Otra excepción contenida en este artículo es la de las escuelas operadas por las fuerzas armadas. Esto fue motivado por la posición de algunas delegaciones que consideran dichas escuelas esenciales para asegurar un número adecuado de reclutas para las fuerzas armadas, y la conveniencia de tener este sistema en lugar de otro de reclutamiento obligatorio.⁸⁰ Sin embargo, si bien cada contexto es diferente, de nuevo este alejamiento del *straight 18* debilita el objetivo de preservar a los niños y niñas de los impactos de los conflictos armados

La inclusión del artículo 4 es quizá uno de los aspectos más interesantes y novedosos del Protocolo Facultativo. No es en nada común que un instrumento de derechos humanos tenga una provisión específica para los grupos armados ilegales y, de hecho, este elemento hace que el Protocolo Facultativo se considere a veces un instrumento híbrido de derechos humanos y de derecho internacional humanitario. Cuando inicialmente se propuso, existían muchos temores de que esta provisión concediera algún tipo de legitimidad a dichos grupos.⁸¹ Sin embargo, hubiera sido tremendamente discriminatorio desprover de protección a los niños y niñas utilizados por grupos armados no estatales. Adicionalmente, dado que la presencia de niños en las partes en conflicto parece ser una práctica particularmente extendida en los conflictos armados internos, se hacía particularmente apremiante introducir esta provisión. La redacción utilizada —“*Los grupos armados distintos de las fuerzas armadas de un Estado no deben en ninguna circunstancia reclutar o utilizar en hostilidades a menores de 18 años*”, en lugar de “*los grupos armados (...) no reclutarán ni utilizarán...*”— pudiera considerarse que establece una obligación más moral que legal. En este sentido, las palabras elegidas parecen querer acoger la doctrina tradicional de acuerdo con la cual los Estados son los únicos que pueden estar vinculados por un instrumento internacional de derechos humanos.

Por último, si bien hay que celebrar que para los actores no estatales el estándar máximo de protección sí quedara recogido —prohibición de reclutamiento voluntario o forzoso y de utilizar en hostilidades a menores de 18 años—, el hecho de que un instrumento recoja un doble estándar en función del perpetrador de la acción puede debilitar la fuerza moral de dicha norma. Por supuesto que siempre se podrá defender que no es lo mismo una acción de un grupo que actúa desde la ilegalidad que el de las fuerzas armadas, las cuales forman parte del aparato soberano y legítimo de un Estado. Sin embargo, el enfoque del derecho internacional humanitario, que establece las mismas obligaciones a cualquier parte en conflicto, parece facilitar la exigencia de su cumplimiento sobre la base de la igualdad de tratamiento.

⁸⁰ *Ibid.*

⁸¹ Naciones Unidas, *Report of the working group on a draft optional protocol to the Convention on the Rights of the Child on involvement of children in armed conflict*, documento de Naciones Unidas E/CN.4/1995/96, 1995, para 26.

Convenio 182 sobre la Prohibición de las Peores Formas de Trabajo Infantil y la Acción Inmediata para su Eliminación

Artículo 3

A los efectos del presente Convenio, la expresión «las peores formas de trabajo infantil» abarca:

- a) todas las formas de esclavitud o las prácticas análogas a la esclavitud, como la venta y el tráfico de niños, la servidumbre por deudas y la condición de siervo, y el trabajo forzoso u obligatorio, incluido el reclutamiento forzoso u obligatorio de niños para utilizarlos en conflictos armados;
- b) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la prostitución, la producción de pornografía o actuaciones pornográficas;
- c) la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas, en particular la producción y el tráfico de estupefacientes, tal como se definen en los tratados internacionales pertinentes; y
- d) el trabajo que, por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños.

El Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil de la OIT, creado en 1992, había conseguido, junto con otras organizaciones como UNICEF, poner de relieve el tema del trabajo infantil, logrando abrir un espacio para un Convenio sobre esta materia. La idea de desarrollar un Convenio que prohibiera y eliminara las peores formas de trabajo infantil surge contemporánea a la discusión del Grupo de Trabajo sobre el Protocolo Facultativo de la CDN, lo que seguramente facilitó que en las discusiones el reclutamiento de niños y niñas fuera un tema vigente. Como ya se vio, tras un intenso debate, se acordó que únicamente el reclutamiento forzoso u obligatorio sería incorporado como peor forma de trabajo infantil.⁸²

Puede ser cuestionable que el reclutamiento o utilización de niños y niñas se denomine forma de trabajo —así sea “peor” forma de trabajo—, pues pareciera que si éste se regularizara y se le dieran ciertas condiciones, pudiera ser aceptable. Sin embargo, desde el punto de vista práctico, el Convenio 182 presenta algunos elementos interesantes que, al igual que el Protocolo Facultativo de la CDN, van cerrando la puerta a que las personas menores de 18 años sean parte de grupos o fuerzas armadas. El Convenio 182, al igual

⁸² Ver Steve Charnovitz, *The International Labour Organisation in the Second Century*, Max Planck Yearbook of United Nations Law, Volume 4, Holanda, 2000, p.147.

que la CDN, define niño toda persona menor de 18 años.⁸³ Obliga a los Estados a tomar “medidas inmediatas y eficaces para conseguir la prohibición y la eliminación de las peores formas de trabajo infantil con carácter de urgencia”.⁸⁴ El imperativo establecido, a diferencia de lo que ya se analizaba en la CDN y el Protocolo Facultativo de la CDN, es rotundo, contundente y sin matices, lo cual dota al Convenio 182 —o debería dotar— de una gran fuerza. Además, el Convenio 182 sólo menciona el estándar de los 18 años, lo cual cobra gran importancia en aquellos países que no hayan ratificado el Protocolo Facultativo de la CDN. Pero quizás el elemento más novedoso es que define el reclutamiento como una forma de esclavitud o de práctica análoga a la esclavitud, la cual está regulada en un importante número de tratados, constituye una norma de derecho consuetudinario, y un crimen de lesa humanidad de acuerdo al Estatuto de Roma, como ya vimos.

Además, el Convenio 182 abarca “la utilización, el reclutamiento o la oferta de niños para la realización de actividades ilícitas (...)”.⁸⁵ Esta provisión puede tener un gran interés en algunos contextos como el latinoamericano. Países como Brasil, México o Haití padecen en algunas regiones situaciones de violencia generalizada donde existen estructuras armadas que no reúnen las características para ser consideradas grupos armados bajo el derecho internacional humanitario y que, sin embargo, usan frecuentemente niños y niñas en sus actividades. En Colombia, por ejemplo, tras la desmovilización del grupo paramilitar Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) en el periodo 2003-2006, han surgido determinados grupos o bandas que si bien para varios tienen un *modus operandi* muy similar al de las antiguas AUC,⁸⁶ el Gobierno Colombiano las considera meras bandas de crimen organizado. Independientemente de si estos grupos emergentes son fruto de un rearme paramilitar o si son puramente bandas criminales al servicio del narcotráfico, lo cierto es que si nos atenemos a la segunda opción, los niños y niñas reclutados o utilizados estarían desprovistos de cualquier protección bajo los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra, la CDN o su Protocolo Facultativo. El Convenio 182 puede entonces estar llamado a cubrir este vacío.

Por último, cabe preguntarse si se podría hacer una interpretación del artículo 3.d según la cual en determinadas ocasiones el reclutamiento o utilización de niños y niñas puede considerarse un trabajo que “por su naturaleza o por las condiciones en que se lleva a cabo, es probable que dañe la salud, la seguridad o la moralidad de los niños”, independientemente de que el niño o niña entrara inicialmente de forma voluntaria, lo cual haría que quedara cubierto bajo este Convenio. Lo cierto es que hay pocas situaciones imaginables donde la salud —física o psicológica—, la seguridad o la moralidad de un niño o niña puedan verse más seriamente dañadas que a través de su participación en un conflicto.

⁸³ Artículo 2.

⁸⁴ Artículo 1.

⁸⁵ Artículo 3.

⁸⁶ Naciones Unidas, *Informe anual de la Alta Comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre la situación de los derechos humanos en Colombia*, documento de Naciones Unidas A/HRC/10/032, 19 de febrero de 2009, para 42. Ver también Comisión Colombiana de Juristas, *Colombia: el espejismo de la justicia y la paz. Balance sobre la aplicación de la Ley 975 de 2005*, Bogotá, 2007, p. 97.

5. El reclutamiento y la participación en hostilidades de niños y niñas bajo el Derecho consuetudinario

Para que una norma se considere costumbre debe constituirse como una práctica general aceptada como derecho. Dos elementos son por tanto necesarios. El primero es de carácter material u objetivo, esto es, que sea una práctica extendida, habitual y uniforme. El segundo es de carácter subjetivo y se trata de que exista *opinio juris*, esto es, que el acatamiento de dicha norma se haga bajo creencia de que es una obligación *legal (opinio juris sive necessitatis)*.⁸⁷

La relevancia de determinar qué normas constituyen derecho consuetudinario, es decir, cuáles son prácticas generalizadas que los Estados consideran obligatorias, radica en varias razones, pero sucintamente resaltaremos dos. Durante el presente artículo, hemos podido analizar cómo el reclutamiento y utilización de niños y niñas en los conflictos armados está regulado en un número abundante de tratados internacionales, con distintas normas y provisiones. El estándar al que está obligado un país dependerá de los instrumentos de derecho internacional que haya decidido ratificar. Probar la existencia de una norma de derecho consuetudinario permite exigir a los Estados respeto a ciertas normas, incluso si no han sido aprobadas en su legislación interna, e impide la limitación de norma a través de reservas. Además, el hecho de reconocer que una norma recoge el derecho consuetudinario *“fortalece la exigencia moral de su cumplimiento en la comunidad internacional al acentuar su carácter moral y sus profundas raíces en los valores de la comunidad”*.⁸⁸

Hay argumentos que apoyan la tesis de que la prohibición del reclutamiento y la participación en hostilidades de niños y niñas, al menos de aquellos menores de 15 años, es hoy en día una norma consuetudinaria. Durante las discusiones sobre los Protocolos Adicionales I y II de los Convenios de Ginebra, el artículo referido a este tema fue sujeto de intenso debate con el fin de poder ser adoptado por consenso, a modo de un común denominador para todos los participantes de la discusión.⁸⁹ Posteriormente, en las discusiones de la CDN y en las del Protocolo Facultativo de la CDN, no hubo ningún país que cuestionara el estándar ya acordado en los Protocolos Adicionales I y II de los Convenios de Ginebra. Es cierto que hay que tomar con cautela este argumento pues la falta de oposición de los Estados puede reflejar el resultado de una estrategia de negociación, pero la amplísima ratificación de la CDN corrobora que prácticamente la totalidad de los países miembros de las Naciones Unidas no tienen ninguna dificultad en acoger una norma que prohíbe el reclutamiento de personas menores de 15 años. Adicionalmente, no existen prácticas oficiales contrarias.⁹⁰

⁸⁷ La existencia de normas convencionales y de costumbre internacional fue reconocida por la Corte Internacional de Justicia en *North Sea Continental Shelf Cases (Federal Republic of Germany v. Denmark and Federal Republic of Germany v. The Netherlands)* en 1969.

⁸⁸ Comité Internacional de la Cruz Roja, XXVIII Conferencia Internacional de la Cruz Roja y de la Media Luna Roja, *El derecho internacional humanitario y los retos de los conflictos armados contemporáneos. Informe preparado por el Comité Internacional de la Cruz Roja*, 2003, p. 9.

⁸⁹ Ver *Op. Cit. supra*, nota 26, p. 89.

⁹⁰ Ver Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Bec, *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas*, CICR, Buenos Aires, 2007, p. 547.

Sin embargo, el último argumento nos lleva a la paradoja de Baxter:⁹¹ en los casos en que una provisión está regulada por un instrumento internacional que ha tenido una amplia ratificación —como la CDN—, ¿cómo saber que los Estados no hacen sino cumplir con las obligaciones contraídas por dicho tratado?

Para salvar este escollo, puede ser útil acudir a la opinión de los órganos políticos de las Naciones Unidas. Incluso si sus pronunciamientos no tienen efecto jurídico vinculante directo, sí pueden ser reflejo de cómo interpretan los Estados las normas internacionales, esto es, si existe *opinio juris*. Desde el año 2002, el Secretario General ha incluido en sus informes anuales sobre niñez y conflicto un listado de partes que reclutan o utilizan a niños. En dicho listado el Secretario General ha incluido el Gobierno Nacional de Transición de Somalia y a otros grupos armados que operan en ese país, a pesar de que Somalia no es parte de los Protocolos Adicionales a los Convenios de Ginebra, de la CDN, del Protocolo Facultativo de la CDN, ni del Convenio 182 de la OIT, ni siquiera de la Carta Africana sobre los Derechos y el Bienestar del Niño. Las obligaciones de Somalia entonces sólo pueden tener una naturaleza consuetudinaria.

En 2004, la Sala de Apelaciones del Tribunal Especial de Sierra Leona argumentó que la prohibición de reclutamiento o participación activa en las hostilidades de niños y niñas había cristalizado en costumbre internacional antes de 1996 —fecha de inicio de la jurisdicción temporal del Tribunal—,⁹² en base a la amplia ratificación de los Convenios de Ginebra, el Protocolo Adicional II, la CDN y la falta de reservas al artículo 38 de la CDN. A pesar de que las razones por las que la Sala de Apelaciones llega a esta conclusión han sido objeto de críticas,⁹³ existe una aceptación generalizada de que la prohibición del reclutamiento y utilización de niños y niñas en los conflictos es una norma consuetudinaria.⁹⁴ Por último, aunque todavía no hay una práctica uniforme con respecto a la edad mínima de reclutamiento y participación en las hostilidades, existe consenso acerca del hecho de que ésta no debe ser en ningún caso inferior a los quince años.⁹⁵

6. Reflexiones finales

La valoración de la protección que el marco normativo internacional de los derechos humanos y el derecho humanitario dan a los niños y niñas en el tema abordado produce sentimientos encontrados. En primer lugar, es ineludible lamentarse de que no se hayan

⁹¹ Ver *Prosecutor v. Delčić et al.*, Case No. IT-96-21-T, Tribunal Penal Internacional para la Antigua Yugoslavia, decisión de 16 de noviembre 1998, paras 302-303.

⁹² *Prosecutor v. Samuel Hinga Norman*, Caso No. SCSL-2004-14-AR72(E), Corte Especial de Sierra Leona (Cámara de Apelación), 31 mayo 2004. Ver detalles en Matthew Happold, *International Humanitarian Law, War, Criminality and Child Recruitment: The Special Court of Sierra Leone's Decision in Prosecutor v Samuel Hinga Norman* (2005) 18 *Lieden JIL* 283, p. 288.

⁹³ Ver Matthew Happold, *Child Recruitment as a Crime under the Rome Statute of the International Criminal Court*. The Legal Regime Of The International Criminal Court: Essays In Memory Of Igor Blischenko, José Doria, Hans-Peter Gasser, M. Cherif Bassiouni, eds., sin fecha, p. 21. <http://ssrn.com/abstract=979916>. Fecha de consulta: 15 de junio de 2009.

⁹⁴ De hecho, el CICR lo recoge como norma consuetudinaria en su manual. Ver Jean-Marie Henckaerts y Louise Doswald-Bec, *El derecho internacional humanitario consuetudinario. Volumen I: Normas*, CICR, Buenos Aires, 2007, p. 546.

⁹⁵ *Ibid.*, pp. 549 y 552.

podido imponer los 18 años como estándar para el reclutamiento y participación en hostilidades de niños y niñas. Muchas y muy buenas intenciones se volcaron en la elaboración del Protocolo Facultativo de la CDN, el cual alcanzó a imponer 18 años como norma para los grupos armados, y elevar por encima de los 15 para las fuerzas armadas. Pero lo cierto es que el *straight 18* sigue siendo un objetivo no cumplido.

Las discusiones en torno a qué situaciones deben cubrirse, particularmente en torno a qué engloba la participación *directa* en hostilidades, pueden dejar vacíos importantes en la protección de niños y niñas. A medida que los conflictos evolucionan, y con ellos la forma de hacer la guerra, es cada vez más difícil determinar quién y qué actividades implican participar *directamente* en las hostilidades.

La falta de definición clara de los actores no estatales también tiene consecuencias trágicas en los niños y niñas. Paralelo al devaneo de la naturaleza de los grupos armados entre bandas criminales y sujetos de derecho internacional humanitario, el tratamiento jurídico de los niños y niñas utilizados por éstos fluctúa. Si un niño o niña es reclutado por un *grupo armado*, es víctima de un crimen de guerra, de una violación a los derechos humanos, y de una infracción del derecho humanitario. Por el contrario, si un niño o niña es reclutado o utilizado por una *banda criminal*, no es sino un infractor de la ley sujeto a persecución penal. Y si bien esta situación siempre ha existido en este campo, a medida que los grupos armados van volviéndose más amorfos, el grado de arbitrariedad y de perversidad en esta distinción se vuelve mayor.

Cabe preguntarse también sobre la efectividad de la promulgación de una cantidad tan numerosa de instrumentos internacionales en esta materia. Por un lado, permite que cada país elija, de un “menú” de tratados, qué normas está o no está dispuesto a cumplir de acuerdo con sus intereses, lo cual no resulta del todo deseable. Por otro lado, hay que preguntarse simplemente la utilidad de este ejercicio; ¿cuál es el poder de la repetición en el derecho internacional?

En mi opinión no hay que subestimar el poder de la repetición. El hecho de que el acervo normativo en esta materia se haya aprobado en su mayoría por consenso, y que éste sea tan numeroso, hace que tenga una fuerza moral importante, y favorece que más Estados ratifiquen estos instrumentos. Además, permite como hemos visto su cristalización como norma consuetudinaria. El hecho de que cada cierto periodo de tiempo se haya discutido y aprobado un instrumento internacional que tenga una provisión relacionada con el reclutamiento y la participación en hostilidades de niños y niñas, hace que el tema no caiga en el olvido y gane visibilidad.

La repetición, sin embargo, no parece haber tenido efectos contundentes en el cumplimiento. Irónicamente, se podría decir que la promulgación de normas internacionales nuevas en esta materia ha sido directamente proporcional al aumento del reclutamiento y utilización de niños en países en conflicto. De hecho, mientras que antes de 1977 eran muy pocos

los países que reclutaban o utilizaban niños en sus filas, en la actualidad resulta difícil encontrar una guerra sin que niños y niñas hagan parte activa de ella.

Lo cierto es que las normas internacionales sin mecanismos de exigibilidad no pueden competir con la lógica de ventaja militar que impera en la guerra. Los denominados *niños soldados* se han vuelto muy rentables en los conflictos. El hecho de que hoy en día la gran mayoría de niños son reclutados y utilizados por grupos armados distintos a las fuerzas armadas, hace que el desafío de hacer cumplir la normativa sea aún mayor, a pesar de que exista la voluntad de los Estados. Tal y como ha afirmado el Secretario General, existe una cruel dicotomía en este campo: "por una parte, se han elaborado normas claras y firmes para proteger a los niños afectados por los conflictos armados y se han elaborado importantes iniciativas concretas, sobre todo en el plano internacional, pero, por otra, no han disminuido las atrocidades que se cometen contra los niños en las zonas de conflicto y, en gran medida, persiste la impunidad de los culpables".⁹⁶

Confiemos que el derecho penal internacional contribuya a ponerle dientes a la normativa en esta materia. El 26 de enero de 2009 se inició el juicio en la Corte Penal Internacional de Thomas Lubanga Dyló, líder militar de la Unión de Patriotas Congoleños, por el reclutamiento y utilización de niños y niñas en la Corte Penal Internacional.⁹⁷ El hecho de que el primer caso considerado por esta Corte se refiera al reclutamiento de niños y niñas, manda un mensaje inequívoco al mundo: el reclutamiento y la utilización de niños y niñas es un crimen que la comunidad internacional no está dispuesta a tolerar más y que no debe, no *puede* quedar en la impunidad.

Aunque no ha sido objeto de análisis en profundidad, el tema de niñez y conflicto ha adoptado estrategias innovadoras que van más allá del marco normativo internacional tradicional. Además de iniciativas como los Principios de Ciudad del Cabo sobre la prevención del reclutamiento de niños y niñas en las fuerzas armadas y desmovilización y reintegración social de los niños y niñas soldados en África, y los Principios y Directrices sobre los Niños Asociados a Fuerzas Armadas o Grupos Armados (conocidos como Principios de París), es imprescindible mencionar el Sistema de Vigilancia y Presentación de Informes creado por la Resolución 1612 del Consejo de Seguridad. Si bien es pronto para valorar los alcances de su impacto, este mecanismo es una contribución importante en el ejercicio de repensar y romper los paradigmas tradicionales de cómo aplicar y asegurar la exigibilidad de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario. De hecho, el mecanismo creado por la Resolución 1612 puede servir de modelo a seguir para fortalecer la exigibilidad de otros ámbitos de los derechos humanos.⁹⁸

⁹⁶ Informe del Secretario General. Los niños y los conflictos armados, documento de las Naciones Unidas A/59/695 S/2005/72, Nueva Cork, 9 de febrero de 2005.

⁹⁷ Ver <http://www.icc-cpi.int/menus/icc/situations%20and%20cases/situations/situation%20icc%200104/related%20cases/icc%200104%200106/democratic%20republic%20of%20the%20congo?lan=en-GB> Fecha de consulta: 15 de julio de 2009.

⁹⁸ Perinaz Kerm ani Mendez, *Moving from Words to Action in the Moderns "Era of Application": A New Approach to Realising Children's Rights in Armed Conflicts*, International Journal of Children's Rights 15, 2007, 219-249.

Los Principios de París, por su parte, han hecho una contribución importante para que el reclutamiento de las niñas sea visible. Durante demasiado tiempo no se ha prestado atención a las particularidades del reclutamiento y utilización de niñas por grupos y fuerzas armadas, lo que ha hecho que en los procesos de desarme, desmovilización y reintegración éstas hayan sido tenidas en cuenta muchas veces.

Para terminar, es ineludible salirse del espectro normativo y asomarse a la realidad. El reclutamiento de niños y niñas está penetrado por las estructuras sociales, económicas y por las condiciones de seguridad de los países en conflicto. Estos son en su mayoría países en extrema pobreza donde la población infantil ocupa una proporción importantísima de la pirámide demográfica. Alrededor de 1.000 de niños y niñas viven en zonas en guerra.⁹⁹ Zonas donde las posibilidades de acceder a los servicios básicos y a una educación son remotas. Zonas donde la violencia ha sido el único medio de supervivencia. Zonas donde los actores armados son la única referencia de autoridad de niños y niñas. Ante la falta de alternativas de futuro en las regiones de conflicto, siempre habrá niños y niñas abocados a considerar los grupos armados como una alternativa de vida. Sólo a través de la reducción de la pobreza, la inequidad y los conflictos armados, podremos ver una disminución sustancial de niños y niñas en las filas de grupos y fuerzas armadas. Ojala esto ocurra pronto.

⁹⁹ Naciones Unidas, Oficina de la Representante Especial del Secretario General para la Cuestión de la Niñez y los Conflictos Armados y UNICEF, *Examen Estratégico 10 años después del Informe de Graça Machel "La Infancia y los Conflictos en un Mundo en transformación"*, Nueva York, 2009, p. 19. http://www.unicef.org/spanish/publications/files/Machel_Study_10_Year_Strategic_Review_SP_030909.pdf
Fecha de consulta: 15 de julio de 2009.

APUNTES EN TORNO A LA DISCRIMINACIÓN EN LA ESCUELA: EL CASO CHILENO DE EMBARAZADAS, MADRES Y NIÑ@S VIVIENDO CON VIH Y EL DERECHO A LA EDUCACIÓN

DANIEL CONTRERAS*

“La construcción democrática es un gran desafío. Abarca procesos complejos y distintas dimensiones. La dimensión política es central y está presente en todos los ámbitos sociales. Exige también combatir las desigualdades económicas y sociales. Pasa igualmente por procesos culturales. En este sentido, la afirmación de la democracia es incompatible con los prejuicios y las discriminaciones, componentes configuradores de relaciones sociales asimétricas y desiguales, presentes de modo en general difuso y fuertemente internalizados y naturalizados en las sociedades latinoamericanas”.

Vera María Candau

El presente artículo busca analizar cómo se ha enfrentado en Chile la discriminación escolar, especialmente respecto de las niñas embarazadas y/o madres; y de los niños y niñas con VIH. Para ello se define discriminación, se identifican los principales problemas de discriminación que se observan en la escuela chilena, se analiza lo desarrollado en los últimos 20 años sobre embarazo, maternidad y VIH en la escuela, y se describen brevemente las respuestas programáticas desplegadas. Finalmente se identifican aspectos pendientes y se infieren algunas lecciones para la política pública.

1. La discriminación

El Comité de Derechos Humanos de ONU ha definido a la discriminación como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se base en determinados motivos como la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todas las personas.¹

* Antropólogo, consultor área de Educación UNICEF.

¹ UNICEF, *Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Nueva York, 2001.

Esto está reflejado en los tratados internacionales: 'A los efectos de la presente Convención, la expresión "discriminación contra la mujer" denotará toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo que tenga por objeto o resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera'.² Y 'en la presente Convención la expresión "discriminación racial" denotará toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en motivos de raza, color, linaje u origen nacional o étnico que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural o en cualquier otra esfera de la vida pública'.³ Específicamente respecto del ámbito educativo se la ha señalado como 'Toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la esfera de la enseñanza'.⁴

2. Discriminación en la escuela, alcances

Así, para el caso del sistema educativo puede entenderse la discriminación en el ámbito escolar como:

Toda distinción, exclusión, restricción o preferencia basada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional o social, la posición económica, el nacimiento o cualquier otra condición social, y que tenga por objeto o por resultado anular o menoscabar el reconocimiento, goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, del derecho a la educación.

Debe, a continuación, definirse el alcance del derecho a la educación. Este incluye:

Derecho a acceder y concluir los diferentes ciclos escolares

- Derecho a acceder y permanecer en la escuela. Un primer paso es que existan escuelas para todos, pero mientras esto no esté complementado con mecanismos que aseguren que todos permanezcan en la escuela, el derecho a la educación no se está realizando.

Derecho a los aprendizajes de calidad

- Derecho a una educación de calidad para todos. Evidentemente acceder y permanecer en la escuela es una condición necesaria pero no suficiente para alcanzar el

² Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

³ Convención sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.

⁴ Convención relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza.

pleno desarrollo del derecho a la educación; se requiere también que todos tengan una educación de calidad, entendida ésta no sólo como alcanzar buenos resultados escolares medidos en las pruebas estandarizadas, sino también como la adquisición de habilidades y conocimientos que contribuyan a la futura inserción en el mundo del trabajo, la prosecución de estudios superiores y el ejercicio de la ciudadanía.

- En este sentido, debe expresamente relevarse que la calidad educativa demanda un programa de estudio amplio, pertinente e integrado, el aprendizaje y la evaluación basados en los derechos humanos⁵ y que la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) establece un propósito de la educación⁶ que debe servir también como ‘vara de medida’ para definir qué es calidad.
- Derecho a la equidad educativa. Es decir, que el sistema escolar asegure un trato diferenciado, en función de las desigualdades que son ‘externas’ a él —económicas, sociales y culturales, principalmente— para que todos accedan a iguales oportunidades. La equidad educativa supone también que la escuela forme favoreciendo una sociedad equitativa.

Derecho a trato justo y respetuoso y no discriminaciones en el ámbito escolar

- Derecho a la no discriminación. Además de tratar equitativamente las diferencias, resguardar el derecho a la educación implica también asegurar que no existan prácticas discriminatorias en los colegios.
- Derecho a educarse en una comunidad sana y socialmente armónica. La educación debe desarrollar respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, enseñar el respeto a sus padres, y a su propia identidad cultural y para con civilizaciones distintas a la suya, preparar para asumir una vida responsable en una sociedad libre, en espíritu de comprensión, paz, tolerancia, equidad de género, amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos. De allí que establecer la relevancia de proteger la convivencia interna, fijar derechos y deberes de todos los miembros de la comunidad, es un elemento constitutivo del derecho a la educación.

Es decir, que la discriminación escolar tiene que ver con explicar, primero, y evitar después, el hecho de que algunos pueden acceder a la escuela y otros no; que pueden permanecer estudiando y otros no; que en la escuela algunos son bien tratados y otros no; y que algunos pueden alcanzar los resultados de aprendizaje establecidos y otros no.

⁵ ‘Un enfoque de la educación para todos basado en los derechos humanos’, UNICEF, UNESCO, Nueva York – París, 2008.

⁶ Los Estados Partes convienen en que la educación del niño deberá estar encaminada a: a) Desarrollar la personalidad, las aptitudes y la capacidad mental y física del niño hasta el máximo de sus posibilidades; b) Inculcar al niño el respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales y de los principios consagrados en la Carta de las Naciones Unidas; c) Inculcar al niño el respeto de sus padres, de su propia identidad cultural, de su idioma y sus valores, de los valores nacionales del país en que vive, del país de que sea originario y de las civilizaciones distintas de la suya; d) Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena; e) Inculcar al niño el respeto del medio ambiente natural. *Convención sobre los Derechos del Niño Art. 29.*

De modo que es posible entender —especialmente si se considera la obligación que al Estado establece el artículo 28 de la CDN, respecto de provisión de educación y garantía de derechos— cualquier forma de desigualdad como una discriminación.

Ahora bien, ambas dimensiones —desigualdades y discriminación— están fuertemente emparentadas, sin embargo, no son exactamente lo mismo, confundirlas puede tener efectos importantes sobre las estrategias para combatirlas. Se debe tener presente que si bien la discriminación supone y ‘contiene’ una base de complejidad cultural,⁷ enfrentarla tiene en el derecho y en las políticas públicas herramientas útiles y efectivas que deben ser usadas; la desigualdad, por su condición más estructural, supone muchas veces —utilizando las mismas herramientas— un ‘tiempo’ de enfrentamiento de una escala distinta. Es decir, la superación de la discriminación constituye un desafío posible, demanda una agenda política concreta que puede tener efectos en plazos relativamente cortos.

Haciendo foco en la discriminación así definida, podemos reconocer que ésta se manifiesta de múltiples formas; para el caso chileno —y considerando los reclamos que son recibidos por el Ministerio de Educación—⁸ las expresiones de discriminación en el ámbito de la escuela tienen preferentemente que ver con:

Discriminación en el acceso:

- Negación de matrícula en establecimientos educacionales por razones no atribuibles a la aceptación de condiciones por parte de los padres o apoderados.
- Negación de matrícula a alumnos antiguos sin mediar procedimientos previamente establecidos.
- Cobros indebidos por ingreso de estudiantes al establecimiento educacional.
- Ausencia de información fundamental y de aceptación de condiciones por parte de los padres y apoderados al momento de la matrícula: Reglamento Interno, requerimientos económicos, derechos y obligaciones, normas de convivencia escolar.

Discriminación en la permanencia:

- Expulsión de alumnos, considerando las diversas modalidades que asume: retiro “voluntario”, rendimiento, faltas disciplinarias, razones económicas, embarazo y/o maternidad, presentación personal.
- Condicionalidad de matrícula.

⁷ Es decir, tiene que ver con las ideas y valoraciones que se tienen sobre lo ‘normal’ y lo ‘anormal’ y especialmente sobre aquello que constituye el ‘nosotros’ en distinción de ‘los otros’.

⁸ Informe de Gestión Oficina de Atención Ciudadana; Denuncias y Trámites. Informe Final 2008. MINEDUC, 2009.

Discriminación en el trato:⁹

- Malos tratos físicos o psicológicos.
- Suspensiones de clases.
- Falta de gradualidad en las aplicaciones de sanciones y desproporción entre falta y sanción.
- Sanciones disciplinarias indebidas y/o arbitrarias.
- Limitaciones a la participación de alumnos y padres y apoderados:
 - Constitución y funcionamiento de los Centros de Padres y Apoderados y de los Subcentros.
 - Constitución y funcionamiento de los Centros de Alumnos.
 - Inexistencia de derechos de participación definidos formalmente.
 - Inexistencia de derechos de información definidos formalmente.

Si tomamos como referencia lo señalado en un estudio publicado en 2001, que analizó en profundidad las situaciones de discriminación en la educación en Chile,¹⁰ se puede concluir que las discriminaciones más frecuentes que sufrían los niños y adolescentes en el ámbito de la enseñanza se relacionaban con la mala conducta, cambio de estado civil, discapacidad, enfermedades y apariencia física. Con todo, la situación de las mujeres es la que solía ser la más frecuente cuando se trataba de discriminaciones; la razón: el embarazo.

Enfrentar la discriminación en el sistema escolar ha sido una tarea emprendida en Chile, con mayor intensidad, desde mediados de la década de los noventa. Esto ha sido movilizad desde la ciudadanía; desarrollando proyectos o requiriendo a la justicia, y también desde el Estado, el desarrollo de programas y la promoción de modificaciones legales.

En esta trayectoria pueden reconocerse dos fases y un trabajo programático que las ha atravesado. La primera fase es fácilmente delimitable y corresponde más menos a la década de 1990. La segunda es más difusa, ya que si bien tiene un punto de origen claro: la discusión sobre la modificación a la ley orgánica constitucional de enseñanza para asegurar el derecho a la educación de las estudiantes embarazadas y madres, no es una fase cerrada. Es posible además reconocer dos subetapas, cuya inflexión es el amplio movimiento social de los estudiantes secundarios chilenos, la 'revolución pingüina', de abril y mayo de 2006.¹¹

⁹ Muchas de estas expresiones de discriminación tienen una base de aceptación en la cultura escolar en las disposiciones (contrarias a derecho) de los reglamentos internos de convivencia, tal como lo probó un estudio UNICEF-UDP (cfr. Casas, L., Contreras, D. *La convivencia escolar, componente indispensable del derecho a la educación. Estudio de Reglamentos Escolares*. Serie de Reflexiones Infancia y Adolescencia N° 11. UNICEF, 2008.

¹⁰ Casas, L., Correa, J. y Wilhelm, K., "Descripción y análisis jurídico acerca del derecho a la educación y la discriminación", en González, F. (ed.), *Discriminación e Interés Público*, Cuaderno de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales, N° 12, Universidad Diego Portales, 2001.

¹¹ Durante esos dos meses, el país asistió a una gran movilización con marchas y tomas de establecimientos educacionales en demanda de mejor calidad educativa, que contó con una amplísima adhesión y un claro respaldo social.

3. Dos fases distinguibles

3.1. Primera fase, entre 1990 y 1999:

'Las limitaciones se hacen evidentes. A medida que fue transcurriendo la transición democrática,¹² van quedando progresivamente claras las limitaciones del ordenamiento y mecanismos de regulación del sistema escolar para enfrentar la discriminación. Frente a ello ocurren tres cosas: se presentan requerimientos judiciales y administrativos, se producen y difunden orientaciones emanadas desde el poder central del Estado y se van construyendo los acuerdos para introducir mejoras a la legislación.

a) Algunos ciudadanos buscan correcciones a las arbitrariedades mediante la justicia; las respuestas administrativas y judiciales se muestran limitadas e ineficaces.

'Desde finales de la década de los 80 se documentan investigaciones judiciales importantes como fruto de este tipo de denuncias. La mayor parte de las veces las Cortes intermedias han fallado reafirmando las medidas adoptadas por los establecimientos y desestimando las denuncias de las familias. En algunos casos, en cambio, estas Cortes han acogido los reclamos de los padres, ordenando revocar las sanciones que pesan sobre sus hijos. Cuando esto ha sucedido, sin embargo, las escuelas han recurrido a la Corte Suprema —máxima instancia judicial—, la que invariablemente ha fallado en favor de los dueños o autoridades de las escuelas, rechazando las denuncias de los padres.

Las Cortes intermedias que han acogido las denuncias de los padres lo han hecho casi siempre atendiendo lo arbitrario de las medidas, algunas veces señalando que el bien superior que se debe resguardar es el derecho a la educación del niño (por sobre otros valores en disputa) y excepcionalmente basándose en la legislación internacional que protege los Derechos del Niño. La Corte Suprema ha fallado siempre fundamentándose en la Constitución Política del país y en la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, que contienen un concepto restringido del derecho a la educación y, en cambio, un amplio sustento a la libertad de enseñanza'.¹³

¹² Que no modificó lo más sustantivo de las reglas del sistema escolar; a saber, descentralización y subvención a la demanda por asistencia escolar.

¹³ Bellei, C. *Derecho a la educación y convivencia escolar en Chile. La cooperación de UNICEF 1998 -2001*. Mimeo, UNICEF, 2001.

Dos casos ilustrativos de discriminación en el contexto escolar¹⁴

Caso alumna embarazada	Caso VIH
<p>Resulta ilustrativo el caso de Mónica Carabantes, quien, a partir de 2002, puede realizar sus estudios superiores gracias a la beca Presidente de la República. Sin embargo, a diferencia de otros jóvenes que se ven beneficiados por esta beca por sus especiales méritos académicos, ella la obtuvo como reparación del Estado chileno por las violaciones reconocidas en el marco de un procedimiento de solución amistosa, llevado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.</p> <p>En 1997, Mónica Carabantes cursaba su segundo año de educación media y se encontraba embarazada. Al comunicarle esta situación al director del establecimiento educacional, éste le señaló que podría terminar el año escolar pero que no podría renovar su matrícula para los años siguientes "por disposiciones reglamentarias" internas del colegio. Frente a ello, la adolescente afectada presentó un recurso de protección ante la Corte de Apelaciones de La Serena, invocando la vulneración de sus derechos constitucionales a la igualdad ante la ley y la libertad de los padres para decidir el establecimiento educacional de sus hijos. Se apoyaba, además, en una circular del Ministerio de Educación, que instruíra a los directores de establecimientos educacionales sobre la asistencia a clases y calidad de alumno regular de escolares que cambian de estado civil y de alumnas que asumen la responsabilidad de la maternidad. (Circular N°247/91, Ministerio de Educación).</p> <p>En fallo unánime, la Corte rechazó el recurso señalando que "no pueden entenderse transgredidas las garantías constitucionales relativas a la igualdad ante la ley y a la de elegir los padres el establecimiento de sus hijos, puesto que, respecto de aquella (<i>sic</i>), corresponde al establecimiento educacional regular un régimen interno aplicable en un ámbito de igualdad para todos sus educandos, que es conocido y aceptado por los apoderados de antemano y respecto de esta, porque el derecho de los padres a elegir el establecimiento para la educación de sus hijos no se opone a que el centro educacional de que se trate procure sus propias normas internas y defina su proyecto educativo, los cuales pasan a ser obligatorios para quienes opten por ingresar al mismo".</p> <p>La Corte Suprema confirma el fallo de la Corte de Apelaciones de La Serena y, ante ese escenario, Carabantes decide presentar una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en agosto de 1998 por violación de su derecho a la protección de la honra y la dignidad y a la igualdad ante la ley, ambos derechos garantizados por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.</p> <p>Así fue como, después de varios años de tramitación, la víctima aceptó la solución amistosa propuesta por el Estado de Chile, el que reconoció la discriminación de que había sido objeto Mónica Carabantes, otorgándole la beca Presidente de la República para financiar sus estudios superiores y obligándose a realizar un acto público de desagravio.</p>	<p>A comienzos de 2001, la niña de seis años María José M., fue rechazada por la directora de su colegio en el primer día de clases, quien le informó a su madre "que la niña no podría entrar a clases porque tenía sida y no había cupo para ella", recomendándole la inscripción en algún otro establecimiento educacional "para niños con problemas mentales". A pesar de que el alcalde de la comuna donde se sitúa el colegio negó tajantemente la acusación, lo cierto es que la víctima de esta situación y su madre recibieron la visita de un ministro de Estado y del subsecretario de Educación, quienes aprovecharon la ocasión para lanzar una campaña destinada a erradicar las conductas discriminatorias en la educación.</p> <p>La directora del colegio señaló que la niña no había sido matriculada por su madre y que a ello respondía la negativa del establecimiento de permitirle estudiar allí, agregando que el curso al que postulaba María José no tenía cupos vacantes. A pesar de ello, a los pocos días la propia directora afirmaba que "si la madre desea que la menor estudie en ese establecimiento ésta tiene las puertas abiertas".</p> <p>La situación precedentemente expuesta arroja luces sobre la ineficacia de las normas legales destinadas a combatir las prácticas de discriminación. A fines de 2001, después de varios años de tramitación en el Congreso, entró en vigencia una normativa conocida como "Ley del SIDA", la cual, entre otras cosas, contiene un artículo referido a la no discriminación. En lo pertinente a este capítulo, se dispone que "no podrá condicionarse el ingreso a un establecimiento educacional, ni la permanencia o promoción de sus alumnos, a la circunstancia de encontrarse afectados por el virus de inmunodeficiencia humana".</p> <p>Así, a pesar del texto expreso de la ley (y de contemplarse una multa que oscila entre US\$ 390 y US\$ 1.900. mensuales), en el caso de María José M., la Ministra de Educación simplemente "lamentó la situación vivida por la menor y dijo que es necesario erradicar estas conductas de la sociedad chilena", agregando que el colegio no sería sancionado "porque es muy difícil verificar ambas versiones [de la niña y de la directora del colegio]".</p>

¹⁴ Tomado del capítulo sobre Derecho a la Educación en Informe Anual sobre Derechos Humanos en Chile, Universidad Diego Portales, 2003.

- b) Aparecen orientaciones ‘blandas’ desde el Estado, es decir, carentes de carácter vinculante, y que no constituyen obligación. Estas orientaciones se refieren a cómo resguardar los derechos educativos de niños y niñas en situaciones de alta exposición a la discriminación y establecen procedimientos para los establecimientos escolares. Todo lo anterior como sugerencias y no como obligaciones.

Circulares orientadoras del Ministerio de Educación sobre Embarazo y VIH

Circular n° 247/91 sobre alumnas embarazadas	Circular n° 875/94 sobre personas viviendo VIH y escuela
<p>En 1991, el MINEDUC estableció un nuevo procedimiento a seguir para los casos de estudiantes madres o embarazadas. Esta circular modificaba el procedimiento anterior que obligaba a las alumnas en esta situación a matricularse en una escuela nocturna. Se buscaba con esta medida garantizar su derecho a la educación y contribuir a que permanecieran en el sistema escolar (MINEDUC. 2006).</p> <p>El nuevo procedimiento estableció que las estudiantes en situación de embarazo y/o maternidad podrían continuar sus estudios en el establecimiento al que pertenecían en calidad de alumnas regulares.</p> <p><i>Textual: Entre otros señala que los educandos que cambien de estado civil y/o se encuentren en estado de gravidez, terminarán su año escolar en el mismo establecimiento en calidad de alumno regular, aplicándose los criterios generales de procedimientos señalados en el Punto III de esta circular. Al año siguiente, los alumnos podrán continuar sus estudios en sus establecimientos de origen o en establecimientos diurnos, vespertinos o nocturnos.</i></p>	<p>Si bien se asumía que los(as) alumnos(as) portadores de VIH o enfermos de SIDA tienen derecho a la educación, el que se encuentra garantizado en nuestra Constitución (Art. 19 N° 10) y en la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (inc. 2° del Art. 2° LOCE), esto se mostraba claramente insuficiente para evitar las discriminaciones de que eran objeto.</p> <p>Por eso en 1994 se entregó al sistema escolar la circular n° 875 (orientación no vinculante) sobre VIH en el sistema escolar, con énfasis en orientaciones generales para la escuela referidas a prevención y orientaciones específicas sobre el derecho a la educación de las personas viviendo con VIH y cómo deben manejarse estos casos.</p> <p><i>A la escuela se le sugiere: i) Informar y sensibilizar a todos los integrantes de la comunidad educativa con respecto al VIH/SIDA, con énfasis en la prevención de riesgos de salud de la población escolar; ii) Actuar en concordancia con los valores humanistas de acuerdo a criterios racionales y científicos, teniendo presente que la persona portadora del VIH y/o enfermo de SIDA tiene derecho a la educación; iii) Generar y apoyar iniciativas que favorezcan el manejo e implementación de las medidas de prevención del VIH/SIDA; iv) Elaborar y desarrollar un programa anual de acciones para informar, sensibilizar, capacitar y orientar a los actores de la comunidad escolar en relación al VIH/SIDA, principalmente docentes y padres.</i></p> <p><i>Sobre manejo de los casos: i) Cuando los casos son conocidos, manejar en forma reservada la información, restringiéndola a quienes sean responsables de la atención, velando por su protección y la de su familia, y por su no discriminación en la comunidad escolar; ii) En el caso que la situación del(a) estudiante sea conocida por sus compañeros(as), se debe dar orientación psicosocial, poniendo énfasis en la necesidad de apoyo y solidaridad; iii) Mantener una coordinación activa y permanente con otros organismos de la comunidad y una comunicación constante con la familia; iv) Comprometer, principalmente al Profesor Jefe, en la atención personal del alumno(a), insistiendo en los cuidados específicos de salud que debe tener, y apoyándolo especialmente en el plano afectivo, con el propósito de mantener su autoestima, su sentido positivo de la vida y facilitar su socialización; v) Requerir al apoderado el certificado médico acreditando la situación de salud del(a) alumno(a); vi) Comunicar al Departamento Provincial de Educación correspondiente las situaciones especiales de asistencia producidas en el establecimiento; vii) Determinar en Consejo de Profesores de Curso, el calendario de evaluaciones de acuerdo al Plan de Estudios y con la flexibilidad que cada caso requiera; y viii) Aplicar la facultad del Director(a) del establecimiento, previo acuerdo del Consejo General de Profesores, para autorizar la promoción de los alumnos(as) con puntajes menores de asistencia.</i></p>

- c) En este mismo período y a partir de las constataciones de las limitaciones de los marcos existentes se van consolidando acuerdos para modificar la legislación.

En la práctica, las evidentes limitaciones son producto de una contradicción no resuelta entre la libertad de enseñanza (entendida como la libertad de desarrollar proyectos educativos con características exclusivas y aun excluyentes) y el derecho a la educación. Así, frente a los escenarios de discriminación, el argumento de proteger la libertad de enseñanza y los proyectos educativos se impuso a las demandas por arbitrariedades. Y con ello, la negación de matrícula, la expulsión y otras prácticas discriminatorias cuyo argumento basal era del tipo ‘nuestro proyecto educativo propugna una adolescencia sin vida sexual, luego una alumna embarazada está lejos de lo que queremos como alumna’, se impuso a la protección jurídica del derecho a la educación.

Así “Para la Corte Suprema el derecho a la educación —derecho de los padres no de los niños— se limita a elegir el establecimiento dentro de las ofertas existentes, pero no otorga mayores garantías a quienes ya pertenecen a un colegio, que no sea la de poder volver a “elegir” otro si éste les ha rechazado. En cambio, la libertad de enseñanza, además de permitir fundar escuelas con filosofías, normas y valores propios, se extiende hasta el derecho a elegir a los alumnos y las familias que pueden pertenecer a su comunidad, en base a normas impuestas con pocas restricciones. La desigualdad de poder existente deriva en que, en la práctica, más decisiva que la elección que las familias hacen de la escuela, es la que estas últimas hacen de aquellas y sus hijos”.¹⁵

Esta desigualdad normativa, unida a la impotencia de las autoridades educacionales para resolver estos asuntos, llevó a los parlamentarios a proponer diversas modificaciones legales que diesen más respaldo a las familias y los alumnos y prohibiesen las prácticas abiertamente discriminatorias en las escuelas. Aunque se han aprobado algunas normas parciales, éstas no resuelven el conjunto de los problemas y han acrecentado la dispersión, falta de sistematicidad e incoherencia del ordenamiento jurídico nacional sobre el punto.

3.2. Segunda fase, entre 2000 y 2009:

‘Desarrollo de legislación específica y nuevas herramientas’: A partir de la consideración de la limitación de las herramientas que estaban disponibles durante los últimos años de la década pasada y comienzos de la actual —en un marco de continuidad de la coalición de gobierno— se fueron desarrollando respuestas más ‘robustas’ para enfrentar el problema: legislación, acuerdos sociales más explícitos y sistema de atención de denuncias.

A comienzos de 2006, apenas semanas de iniciada la administración de la presidenta Bachelet, se desarrolló un amplio movimiento social de los estudiantes secundarios chile-

¹⁵ Bellei, Op.cit.

nos, “la revolución pingüina”, en demanda de más calidad y equidad en la educación. Los alcances del movimiento fueron de gran extensión; se convocó a un consejo asesor presidencial en el tema con más de 80 integrantes, para “fijar recomendaciones y sugerencias para mejorar la calidad de la educación que se ofrece en escuelas y liceos del país a todos los niños, niñas y jóvenes chilenos, con prescindencia de su origen social, económico y cultural”¹⁶ y se pusieron en marcha un conjunto amplio de modificaciones legislativas destinadas a transformar la estructura general del sistema educativo chileno.

3.2.1. Antes de la revolución pingüina

- a)** Desarrollo de legislación específica: Desde mediados de los noventa se venía trabajando en el desarrollo de legislación específica para enfrentar las formas más graves de discriminación en el sistema escolar. En el caso de las alumnas embarazadas y madres el camino seguido fue introducir un inciso a la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza, LOCE, y la generación posterior de un reglamento de aplicación de esa ley. En el caso de VIH, fue en el marco de la discusión de la ley sobre SIDA, que regula obligaciones del Estado, aportes económicos y derechos de las personas viviendo con VIH, donde se incluyó expresamente un inciso sobre no discriminación en el sistema escolar.

Con todo, es relevante indicar lo extensa que resultó la discusión legislativa sobre estos temas; así, el debate sobre introducción de un inciso en la LOCE referido a protección a las alumnas embarazadas y madres tomó seis años, en tanto la tramitación de la ley sobre SIDA demoró algo más de cuatro años.

Legislación con disposiciones específicas en contra de la discriminación escolar

En el año 2000 la Ley N° 19.688 incorporó a la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (LOCE) un nuevo inciso que establece: *El embarazo y la maternidad, no constituirán impedimento para ingresar y permanecer en los establecimientos de educación de cualquier nivel. Estos últimos deberán, además, otorgar las facilidades académicas del caso.*

El Decreto N° 79 de 12 de marzo de 2004 que reglamenta el estatuto de las alumnas en situación de embarazo y maternidad fija derechos y facilidades especiales y obliga al Ministerio a recibir reclamos.

Respecto de derechos se señala que las alumnas embarazadas y madres: Tienen los mismos derechos que los demás alumnos y alumnas en relación a su ingreso y permanencia en los establecimientos educacionales. Expresamente, no pueden ser objeto de ningún tipo de discriminación. El embarazo o maternidad de una alumna no podrá ser causal

En diciembre de 2001 se dictó la Ley N° 19.779 que establece normas relativas al virus de inmunodeficiencia humana. En su artículo 7 inciso cuarto dice: *De igual manera, no podrá condicionarse el ingreso a un establecimiento educacional, ni la permanencia o promoción de sus alumnos, a la circunstancia de encontrarse afectados por el virus de inmunodeficiencia humana. Tampoco podrá exigirse la realización o presentación del referido examen para tales efectos.*

¹⁶ Consejo Asesor Presidencial para la Calidad de la Educación, *Informe Final*, 2006

<p>para cambiarla de jornada de clases o a un curso paralelo, sin su expresa voluntad. En el caso que el uso del uniforme escolar sea obligatorio, la alumna en situación de embarazo tendrá el derecho a adaptarlo a sus especiales condiciones. Tendrán derecho a seguro escolar contra accidentes, derecho a participar en organizaciones estudiantiles, derecho a participar en cualquier ceremonia que se realice en la que participen los demás alumnos y alumnas, derecho a asistir a las clases de Educación Física en forma regular, siguiendo las orientaciones del médico tratante, que pueden incluir el hecho de eximirse. Las autoridades directivas y el personal del establecimiento a que asistan las alumnas en situación de embarazo o maternidad, deberán tener respeto por su condición.</p> <p>Establece facilidades: Para asistir regularmente durante todo el período de embarazo al establecimiento de salud al control prenatal periódico y a los controles que con posterioridad requiera el lactante; recibir apoyos pedagógicos especiales mediante un sistema de tutorías realizado por los docentes y en el que podrán colaborar sus compañeros de clases; protección especial frente a la exposición o contacto con materiales nocivos u otras situaciones de riesgo para su embarazo o lactancia en el contexto de los liceos técnico profesionales, debiendo otorgárseles las facilidades académicas pertinentes a fin de dar cumplimiento al currículum; flexibilidad en los requisitos de asistencia mínima obligatoria y facilidades de horarios durante la lactancia.</p> <p>Obliga al Ministerio de Educación a recibir los reclamos.</p>	
--	--

- b)** Complementariamente, en 2000, la Ministra de Educación, en consulta con UNICEF, decidió iniciar una consultoría jurídica que propusiese iniciativas de política y abrir una “mesa de diálogo”, convocando a todos los actores, a fin de lograr consensos para resolver la mayor cantidad de situaciones problemáticas.

La consultoría jurídico-político encargada profundizó en el diagnóstico legal e institucional de los problemas que impiden en Chile una buena defensa y garantía del derecho a la educación y realizó un conjunto amplio de sugerencias de política.

Simultáneamente, para acoger el reclamo por las nuevas orientaciones tanto de padres y parlamentarios como de las asociaciones de escuelas privadas, que sentían que el Ministerio no tenía liderazgo, la Ministra convocó a un gran proceso de diálogo y acuerdos destinado a establecer formas de abordar las situaciones “arbitrarias, abusivas o discriminatorias, que suceden en los establecimientos escolares”, precisando que “el Ministerio tiene el propósito de asumir una función más activa frente a esta problemática” y les invitó a “realizar un diálogo entre diferentes actores a fin de tener un análisis más exhaustivo del problema y buscar acuerdos sobre su definición y discutir las mejores vías de solución”.

En él participaron parlamentarios, dirigentes de asociaciones de establecimientos particulares, dirigentes de la Asociación Chilena de Municipalidades, el Colegio de Profesores

de Chile, representantes de asociaciones de estudiantes, representantes de asociaciones de padres, representantes de asociaciones de directores de colegios, funcionarios del Ministerio de Educación y consultores de UNICEF.

En mayo de 2001, después de varios meses de trabajo, se entregó el documento de acuerdo denominado “Derecho de la educación y convivencia escolar. Conclusiones y compromisos”.¹⁷ Como todo acuerdo real entre actores sociales, el documento no recoge completamente ninguna de las posturas particulares, sin embargo, avanza significativamente en resolver la mayoría de los problemas planteados, con criterios al mismo tiempo viables y justos para escuelas, alumnos y familias. Las secciones que estructuran el acuerdo dan buena cuenta del espíritu de sus decisiones: 1) armonizar y potenciar el derecho a la educación y la libertad de enseñanza, 2) asegurar procesos de selección transparentes, objetivos y respetuosos, 3) hacer de la matrícula un compromiso por los niños, 4) considerar las normas como una herramienta formativa, 5) asumir que la expulsión de un alumno es el fracaso del establecimiento, 6) normar la aplicación de la expulsión y cancelación de matrícula, y 7) Abordar los problemas con un sentido de comunidad.

c) Las instancias locales del Ministerio de Educación, encargadas de dar información y resolver cuestiones burocráticas a las familias, recibían también un gran número de reclamos y necesidades de apoyo de familias objeto de situaciones problemáticas en las escuelas. La calidad del servicio que recibían del Ministerio era muy deficitaria. Los funcionarios no contaban con información, capacitación ni apoyo para resolver esos casos. UNICEF y el Ministerio diseñaron un proyecto conjunto para abordar este problema, al que denominaron “Fortalecimiento de las capacidades del Ministerio de Educación de recibir, sistematizar y resolver denuncias sobre violación de derechos educativos”. El proyecto tuvo por objetivo “instalar un sistema de recepción y procesamiento de reclamos, para familias y alumnos, sobre discriminaciones y otro tipo de abusos ocurridos en el sistema escolar”. La prioridad estaba dada por la constatación de: i) la ausencia de definiciones que permitan tipificar las discriminaciones y establecer un sistema de registro y procesamiento de los reclamos con validez nacional, ii) la ausencia de medios para que los usuarios del sistema escolar, especialmente los padres y apoderados, hagan valer sus derechos, iii) la necesidad de desarrollar la conciencia de derechos entre los usuarios del sistema escolar y iv) la insuficiencia de condiciones de la institucionalidad del Ministerio de Educación para recibir y procesar los reclamos que a él llegan acerca de las discriminaciones escolares.

El sistema, Oficina 600 MINEDUC, se encuentra hoy en pleno funcionamiento, procesando cerca de 950 denuncias por mes; aunque la necesidad de continuar fortaleciendo sus capacidades, especialmente las asociadas a orientar la fiscalización ministeriales clara, al analizar su funcionamiento se hace evidente que la existencia de un sistema como éste cubre una necesidad y pone al Estado en una perspectiva distinta en la provisión de servicios a los ciudadanos.

¹⁷ “Derecho de la educación y convivencia escolar. Conclusiones y compromisos”, MINEDUC, 2001.

3.2.2. Posterior a la revolución pingüina

Durante abril y mayo de 2006 los estudiantes secundarios paralizaron el sistema escolar, se tomaron los establecimientos educacionales y demandaron una mejora sustantiva de la educación chilena tanto en términos de condiciones para el proceso educativo (infraestructura, transporte, alimentación, etc.) como de equidad, calidad y resultados. El movimiento concitó primero la atención y luego el apoyo de la ciudadanía¹⁸ e implicó una evidente priorización del tema educativo en la agenda del gobierno;¹⁹ así se constituyó el Consejo Asesor Presidencial para la Calidad de la Educación, con más de 80 miembros representativos de los diversos actores y diversas posiciones en el campo educacional. A partir de ello se inició un proceso de reforma legislativa y de aumento de recursos para el sistema escolar.²⁰ Esta etapa debe ser analizada en términos de las ideas que se debatieron y la forma en que se ha ido materializando en la legislación reciente o en discusión.

- a)** Las ideas en debate han incluido desde el comienzo una preocupación por el problema de la discriminación; así el documento de base del movimiento de los secundarios 'Propuesta de trabajo de estudiantes secundarios de la Región Metropolitana', de noviembre de 2005. Se organizó en ocho temas o comisiones de trabajo: i) educación pública: rol del Estado, ii) jornada escolar completa, iii) artes y deporte, iv) centros de alumnos, v) sexualidad, vi) enseñanza media técnico profesional, vii) transporte y viii) comunidad y entorno. En este último tema se señaló expresamente: "Por otro lado, el problema de la discriminación está profundamente arraigado en nuestra cultura, y el sistema educacional chileno no escapa a esta premisa. Todos los actores de la comunidad educativa se discriminan entre sí, a través de múltiples formas: sexo, condición sexual, situación socioeconómica, aspecto físico, postura política, etc. Se instala la idea de fomentar la tolerancia, pero su materialización está abismantemente lejana. Es más, los establecimientos educacionales con grandes poblaciones escolares tienden a segregar a los alumnos a través de la creación de cursos que concentran a aquellos jóvenes más conflictivos, lo que indudablemente contribuye a la discriminación y el estigma".²¹

De otra parte, el informe final del Consejo Asesor Presidencial para la Calidad de la Educación recogió esta preocupación al discutir en el punto I.1 "El Sentido de la Educación en la Hora Presente". Allí se indica, "Mediante la educación las sociedades (especialmente las sociedades democráticas) intentan corregir las arbitrariedades del origen sociofamiliar y del azar natural.

¹⁸ A partir de 2007 se ha asistido a una verdadera irrupción de la discusión pública sobre el tema. Las encuestas de opinión lo sitúan como la segunda o tercera prioridad de lo que la ciudadanía pide se ocupe el gobierno (durante los últimos 15 años en promedio ha estado entre la cuarta y quinta prioridad en las encuestas de opinión). Se han publicado varios libros de diagnóstico y propuestas para el sector educativo; uno de los diarios de mayor circulación ha establecido una sección permanente sobre educación; el número de debates, foros y seminarios en este campo ha aumentado significativamente. La discusión sobre calidad y financiamiento de la educación ha ampliado su círculo, constituyéndose en una discusión social de primer orden.

¹⁹ Por sobre lo que estaba señalado originalmente en el programa de gobierno.

²⁰ Se aprobó una ley tendiente a cortar la brecha de resultados mediante financiamiento diferenciado (subvención preferencial) y se ha producido un importante aumento de recursos para el financiamiento de la educación (aumento general de la subvención y la creación del fondo de mejoramiento de la gestión municipal en educación).

²¹ Centros de Alumnos, 'Propuesta de trabajo de estudiantes secundarios de la Región Metropolitana', Santiago, 2005

Cuando cada uno de nosotros llega a este mundo, viene provisto de algunas condiciones iniciales que alteran la igualdad. La escuela es una institución que se funda en el principio de que la repartición de méritos y de oportunidades debe estar basada en el desempeño y no en cualidades adscritas, como el origen social, evitando así que la cuna determine el destino personal. En otras palabras, la promesa de la educación es que el destino de los nuevos miembros de la sociedad dependa ante todo de su voluntad de logro. Para ello, la educación debe procurar el más pleno desarrollo cognitivo en todas las etapas, de manera que todos, con prescindencia de su origen, puedan disponer de las mismas oportunidades”.²²

b) Sin embargo, la forma en que esta preocupación se ha ido materializando, especialmente en leyes, no ha podido asumir los elementos de acuerdo que estaban presentes en la discusión, hasta sus últimas consecuencias.

Así, la nueva Ley General de Educación enriquece decididamente el marco en que el sistema educativo debe desplegarse, ya que i) se basa en una concepción moderna de Derecho a la Educación consistente con la Convención sobre los Derechos del Niño, ii) fija explícitamente un conjunto de principios (universalidad y educación permanente, calidad de la educación, equidad del sistema educativo, autonomía, diversidad, responsabilidad, participación, flexibilidad, transparencia, integración, sustentabilidad e interculturalidad); se establecen explícitamente los derechos de los alumnos, se potencia la capacidad de cada escuela para orientar el proceso educativo, se consagra, por una parte, la existencia de un reglamento que regule las relaciones entre los actores de la comunidad y, por otra, la existencia del Consejo Escolar, entendiendo que la participación enriquece y aporta al proceso educativo y se refuerza además la educación inicial, en términos de ampliación de cobertura y compromiso con la Calidad. Especialmente relevante es que en el proyecto de Ley General de Educación se incorporan nuevos roles y deberes al Estado, especialmente la obligación de garantizar educación de calidad para todos y la relevancia de las políticas compensatorias (discriminación positiva) como herramientas de materialización de este derecho.

Sin embargo, el proyecto de ley que crea un sistema de aseguramiento²³ presenta algunas características que no garantizan las mejores condiciones para avanzar en la constitución de un sistema escolar sin discriminación a nivel de cada establecimiento:²⁴

- Si bien asume que la calidad educativa no puede ser asumida sólo como los resultados educativos en pruebas estandarizadas, el proyecto de ley contiene una desigual consideración de resultados con otros indicadores de desempeño; la consideración preferente²⁵ de los resultados de aprendizaje por sobre los indicadores de desempeño institucional

²² Consejo Asesor Presidencial para la Calidad de la Educación. Op. cit.

²³ Cfr. Contreras, D. 'Fortaleciendo el sistema educativo con calidad e inclusión?: Comentarios al proyecto de ley que crea un sistema de Aseguramiento de la calidad de la educación' Mimeo, UNICEF, 2008.

²⁴ Es decir, podríamos tener la paradoja de un sistema nacional que garantice no discriminación (especialmente en el acceso y la permanencia) pero unos establecimientos escolares en que situaciones de discriminación y la exclusión podrían no tener efectos en la evaluación institucional ni consecuencias para su continuidad de funcionamiento.

²⁵ Consideración que adquiere condición de única si se la analiza en su carácter vinculante.

(entre los que estaría la construcción de una experiencia escolar sin discriminación) constituye una limitación, una reducción riesgosa, de la noción de calidad.

- El sistema de aseguramiento no considera con suficiente fuerza aquellos indicadores (de proceso) referidos a no exclusión. Esto debe ser leído en varios sentidos: i) es posible reconocer y valorar —por ejemplo, como parte constitutiva de las dimensiones de calidad evaluadas— las prácticas educativas que favorezcan la reincorporación al sistema educativo de estudiantes que lo hayan abandonado, ii) una especial consideración deberían tener los indicadores de eficiencia interna, particularmente los de deserción, en la perspectiva de mostrar con fuerza que la calidad que interesa a Chile es aquella que no se construye con exclusión, iii) aunque el tema de la selección se encuentra zanjado de un modo específico en la Ley General de Educación,²⁶ el sistema debe asegurar que no exista discriminación arbitraria en el acceso, iv) una dimensión específica que puede ser considerada como parte de la calidad y, por lo tanto, incentivada en un sistema como el propuesto, es aquella que destaca como un bien común la mixtura social y que, en consecuencia, reconozca y valore las escuelas en las cuales aquello tiene mayor ocurrencia.

Como se aprecia, si bien el escenario muestra importantes señales de movimiento, es también un escenario expectante. Los anuncios de 2006, posteriores al movimiento social de los estudiantes secundarios en demanda de una educación de calidad para todos, aún no se materializan en nuevos instrumentos y políticas; las leyes que se han discutido— y las que se están discutiendo— son una contribución sin duda. Con todo, parece no ser todo lo que se requiere; al menos existe una percepción social y un clima político que no lo valora como suficiente.

4. Desarrollos programáticos

Desde mediados de los 90 hasta la actualidad, con algunas discontinuidades, se han desarrollado programas de apoyo a las escuelas en la tarea de prevenir la discriminación y de apoyo a estudiantes discriminados; esto, como una forma de fortalecer las respuestas de la política pública complementando las discusiones legislativas:

a) Discriminación contra estudiantes embarazadas y madres: la provisión de apoyos específicos para las alumnas embarazadas y madres ha sido una preocupación difícil de atender en propuestas programáticas concretas.

A partir de los resultados de las encuestas de hogares que han mostrado la incidencia del embarazo y la maternidad en el abandono escolar y de las modificaciones legislativas ya referidas, durante el segundo semestre del 2004 y todo el 2005 el Ministerio de Educación dio curso a un programa piloto para apoyar a las alumnas embarazadas y recientes madres,

²⁶ Un modo que, en la práctica, permite a la escuela seleccionar en función de la adecuación de las familias al proyecto educativo.

de tal modo que se desarrollara conciencia en torno a ellas en el sentido de mantenerlas e integrarlas al sistema escolar.

El programa suponía cinco componentes principales:

- Consejerías directas a las alumnas: mediante un acompañamiento y localizado temporalmente debido a una crisis específica. Se realizó con el apoyo de estudiantes de psicología y trabajo social en práctica profesional.
- Talleres como instancia de reflexión práctica, centrados en analizar y mejorar las formas que las participantes comprenden sus problemas y cómo formular nuevas alternativas de acción. El taller resulta, así, en una instancia de apoyo, capacitación, contención afectiva y de pertenencia social.
- Tutorías: como un sistema solidario y organizado, de apoyo pedagógico y/o socioafectivo entre dos estudiantes.
- Grupos de autoayuda: intentan ser un grupo autorregulado para impulsar vínculos de amistad y colaboración entre quienes comparten realidades similares. La intención de esta estrategia es promover el rol activo y potenciar sus propios recursos y capacidades.
- Beca de apoyo de libre uso: en el marco del programa de prevención de la deserción Liceo para Todos.

b) Discriminación escolar contra niños, niñas y adolescentes viviendo con VIH: En el abordaje del VIH en Chile, desde muy temprano se desarrolló un sistema de reporte que aseguró un adecuado resguardo a la confidencialidad del diagnóstico. Esto, con el expreso afán de disminuir al máximo los riesgos de discriminación.

Este logro valorable en el abordaje del problema no tuvo correlato en otras dimensiones del mismo. Con el sector educación se había intentado desarrollar un trabajo desde el Ministerio de Salud pero sin avances importantes, de manera que cuando algunos establecimientos educacionales que se vieron afectados —al recibir estudiantes viviendo con VIH—, comenzaron a solicitar apoyo directamente a la Comisión Nacional de Sida (CONASIDA).

A partir de este trabajo, y aprovechando el carácter claramente desconcentrado del sistema de salud en Chile, a comienzo de esta década se intencionó que los planes regionales de CONASIDA desarrollaran, con obligación de intersectorialidad, una línea de no discriminación en el ámbito escolar, línea que se vio fortalecida con la implementación de un proyecto del Fondo global de lucha contra el SIDA, la malaria y la tuberculosis, que la ha considerado expresamente.

Como puede suponerse, estos desarrollos programáticos han tenido una expresión parcial (pilotos y experiencias locales) y aunque poseen indudable pertinencia técnica requieren de

un soporte estructural, un conjunto de derechos y de reglas vinculantes, para pasar de la solución de casos a una respuesta nacional consistente con la envergadura del problema y los tratados que el país ha suscrito.

5. Pendientes

Es claro que el camino desarrollado exhibe éxitos. Los casos de discriminación por embarazo, maternidad o por VIH han prácticamente desaparecido de la agenda pública,;sin embargo, la discriminación es persistente —en parte por la profundidad y complejidad de sus raíces culturales—, de manera que pasa de formas más evidentes a formas soterradas.

En este sentido es necesario: i) comprender mejor la existencia de formas de discriminación que no están siendo atendidas mediante ninguna estrategia específica, ii) auscultar permanentemente la realidad, buscando nueva evidencia de situaciones de discriminación en el sistema escolar y iii) estar atentos a los eventuales efectos favorecedores de discriminación que la propia acción del Estado puede generar.

Un claro ejemplo de lo referido en el punto i) es el caso de los hijos de portadores o enfermos de VIH, tal como lo muestra con contundencia el trabajo de Sgombich;²⁷ en él se señala: “Desde la perspectiva de los padres, los riesgos percibidos para la infancia están más asociados a que los niños sean expuestos a la discriminación social a causa de la condición de salud de los padres o de su propia situación, que a los riesgos de vulnerabilidad social, económica o afectiva derivados de ser huérfanos de uno o ambos padres”.

Además, al considerarse la discriminación como un fenómeno traspasable a los hijos,²⁸ se transforma en uno de los principales focos de atención de los padres. Existe un miedo fundado a la discriminación de los hijos VIH positivo en el sistema escolar y éste concentra los esfuerzos de los padres por ocultar y manejar la situación. Se percibe que la escuela, como institución, está ajena a la problemática del VIH/ SIDA y que, por lo mismo, muchas veces actúa desde el desconocimiento, reproduciendo estigmas y rechazos hacia los menores.

Sobre el pendiente ii), llama la atención que si se revisa la información sobre denuncias recibidas por discriminación,²⁹ se observa que entre las principales causas de reclamo se encuentran las asociadas a cobros indebidos y sus efectos sobre la permanencia en el sistema escolar, las situaciones de maltrato, las sanciones percibidas como arbitrarias y, como un emergente de gran importancia, la discriminación por hiperactividad. Esta última forma de discriminación es altamente invisible pero tiene efectos tan complejos como cualquier otra discriminación.

²⁷ Sgombich, X., et al. Situación de la Infancia Afectada por el VIH/SIDA en Chile, informe final de resultados. CONASIDA, UNICEF, Documento no publicado, 2005.

²⁸ Id.

²⁹ Nos referimos aquí a las denuncias contenidas en el sistema de registro de la oficina de resguardo de derechos del Ministerio de Educación 600 MINEDUC.

La propia acción del Estado, por ejemplo, mediante la dictación de nuevas leyes, puede, eventualmente, tener efectos que de alguna manera favorezcan la discriminación en el ámbito escolar (pendiente iii). Por ejemplo, una no consideración explícita de una buena convivencia escolar como condición exigible, en tanto parte constitutiva de la calidad, en un sistema de aseguramiento de la calidad educativa —como el que crea el proyecto de ley en discusión sobre superintendencia y agencia de calidad— puede resultar una señal que no desincentiva prácticas discriminatorias en el ámbito escolar. En un sentido similar, la nueva legislación penal juvenil, que rebajó la edad de responsabilidad penal, puede introducir nuevas formas de discriminación entre los jóvenes imputados por delitos, tanto a nivel de acceso y permanencia en el sistema escolar como en lo referido al trato en él.

6. Lecciones desde la experiencia chilena

Retrospectivamente es posible reconocer que una secuencia de impulso a la eliminación de discriminación en el ámbito escolar requiere de una visión estratégica; en este caso es posible reconstruir que aquello supone i) desarrollo de análisis crítico de la realidad nacional en función de los estándares de la Convención sobre los Derechos del Niño, ii) búsqueda de alianzas con actores relevantes del campo, iii) generación de consensos sobre la necesidad de hacer transformaciones, iv) elaboración de propuestas de cambio, y v) implementación de modificaciones. Teniendo eso como referente, es posible visualizar algunas lecciones de este proceso, a saber:

- *Relevar el campo del derecho:* es muy importante asumir que las leyes no crean realidades pero marcan rumbo. En este sentido, es trascendente el combinar legislación específica y legislación genera, no sólo con leyes anti discriminación sino también identificando en otros cuerpos legales eventuales ‘efectos’ pro discriminación —es muy relevante concentrarse en lo esencial—.³⁰ Para el caso chileno, es importante reconocer la relación entre los mecanismos de regulación del sistema escolar y las presiones expulsoras que genera.³¹ Es de gran utilidad como criterio de distinción la noción de interés superior del niño.³²
- *Reconocer el alcance de las leyes y el efecto de las políticas públicas:* para el caso chileno ha sido relevante entender una progresiva gradualidad de las medidas coercitivas; se requiere identificar el objetivo y avanzar, consciente del escenario de cada momento. Probablemente el año 90 no se habría podido modificar la ley orgánica de enseñanza en lo tocante a alumnas embarazadas y madres, del modo en que hizo el

³⁰ En la discusión parlamentaria sobre embarazo, maternidad y derecho a la educación se argumentó que el fenómeno era muy complejo y que alcanzaba la vida completa de las estudiantes (cuestión que es enteramente razonable) pero se concentró la discusión en derechos y facilidades para acceder y permanecer en la escuela.

³¹ Por ejemplo, la relación entre más SIMCE y más presión por resultado v/s inclusividad de la escuela.

³² Así, un proyecto educativo específico es valorable pero es más trascendente que las alumnas madres o embarazadas y los niños, niñas y adolescentes afectados por VIH accedan a su derecho a la educación.

año 2000; de hecho, la circular 247/91 que orienta la aplicación de dicha modificación legal fue muy polémica.

En este mismo sentido, se requiere asumir la insuficiencia de lo legislativo, frente a problemas de profundo alcance cultural; reconociendo siempre la necesidad de una programática previa, paralela y posterior al esfuerzo legislativo.

- *Contar con sistemas de monitoreo y vigilancia:* que incluyan sistemas de denuncia creíbles y con efectos y sistemas de ‘control’ ciudadano, es indispensable. Ciertamente la meta final es eliminar las prácticas abusivas o discriminatorias del sistema escolar y es necesario contar con información sobre el “impacto” a este nivel, sin embargo, esto no siempre es posible. Además algunas fases intermedias de cambio tienen impacto a mediano plazo sobre dichas prácticas, por lo que deben también ser observadas y consideradas como “efectos” intermedios relevantes.

En esta misma perspectiva, es función de estos sistemas el identificar nuevas formas de discriminación.

- *Visión estratégica sobre medios de comunicación; actores, espacio e instrumentos:* es difícil sobrevalorar la importancia de los medios de comunicación en estos procesos; en el caso chileno, ellos han sido un actor clave en la sensibilización del público masivo acerca de la importancia del problema, al mismo tiempo han servido como instrumento de comunicación de nuevos conceptos y perspectivas. Los medios también han sido un espacio privilegiado por los actores para posicionarse como interlocutores relevantes en la materia. Ciertamente, los medios no son neutros ni estáticos, realizan selecciones del discurso no siempre concordantes con las prioridades del hablante, relevando ciertos aspectos del problema y postergando otros. Además introducen el tema en la “dinámica noticiosa”, con lo que su presencia es espasmódica y el criterio de aparición no siempre obedece a razones sustantivas (en efecto, la aplicación sistemática del criterio de “golpe noticioso” configura un perfil fuertemente sesgado del problema). Pese a estos riesgos, es prioritario ocupar ese espacio e intentar convertirlo en un instrumento útil para su causa: aunque el aporte que los medios pueden hacer es limitado, se debe tener claro que es al mismo tiempo indispensable.
- *Una concepción enriquecida del derecho a la educación:* como derecho a acceder y permanecer en la escuela; derecho a una educación de calidad para todos; derecho a la equidad educativa; derecho a la no discriminación y derecho a educarse en una comunidad sana y socialmente armónica. Todo lo anterior, orientado con el expreso propósito de tener una educación que desarrolle respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales, enseñar el respeto por los padres y la propia identidad cultural, y para con civilizaciones distintas a la suya, preparar para asumir una vida responsable en una sociedad libre, en espíritu de comprensión, paz, tolerancia, equidad de género, amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos.

Como se aprecia, el abordaje de un problema complejo como la discriminación en el contexto escolar reclama una combinación virtuosa de desarrollos programáticos desde el Estado, políticas públicas que los contengan y orienten, con esfuerzos legislativos y procesos de justiciabilidad de los derechos. Esta combinación nunca puede ser impulsada desde un único actor sino que demanda, entre otras cosas, aprender y negociar con el Poder Ejecutivo, desplegar programas, organizarse comunitariamente y, en ocasiones, contrastar, a través de los tribunales, al Estado con sus obligaciones.

Bibliografía

Bellei, C. *Derecho a la educación y convivencia escolar en Chile. La cooperación de UNICEF 1998 -2001*. Mimeo, UNICEF, 2001.

Casas, L. y Contreras, D. *La convivencia escolar, componente indispensable del derecho a la educación. Estudio de Reglamentos Escolares*. Serie de Reflexiones Infancia y Adolescencia N° 11, UNICEF, 2008.

Casas, L., Correa, J. y Wilhelm, K. “*Descripción y análisis jurídico acerca del derecho a la educación y la discriminación*”, en González, F. (ed.), *Discriminación e Interés Público*, Cuaderno de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales, N° 12, Universidad Diego Portales, 2001.

Centros de Alumnos, ‘*Propuesta de trabajo de estudiantes secundarios de la Región Metropolitana*’, Santiago, 2005.

Consejo Asesor Presidencial para la Calidad de la Educación, *Informe Final*, 2006.

Contreras, D. ‘*Fortaleciendo el sistema educativo con calidad ¿e inclusión?: Comentarios al proyecto de ley que crea un sistema de Aseguramiento de la calidad de la educación*’, Mimeo, UNICEF, 2008.

Ministerio de Educación, “*Derecho de la educación y convivencia escolar. Conclusiones y compromisos*”, MINEDUC, 2001.

Ministerio de Educación, *Informe de Gestión Oficina de Atención Ciudadana; Denuncias y Trámites. Informe Final 2008*, MINEDUC, 2009.

Sgombich, X., et al. *Situación de la Infancia Afectada por el VIH/SIDA en Chile, informe final de resultados*. CONASIDA, UNICEF, Documento no publicado, 2005.

UNICEF, *Manual de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño*, Nueva York, 2001.

UNICEF-UNESCO, ‘*Un enfoque de la educación para todos basado en los derechos humanos*’, Nueva York-París, 2008.

Universidad Diego Portales, Facultad de Derecho, *Informe anual sobre derechos humanos en Chile*, UDP, 2003.

LA POLÍTICA CRIMINAL PARA ADOLESCENTES Y LA LEY 20.084*

JAIME COUSO SALAS**

Introducción

Una primera versión de este trabajo —inédita, pero con alguna circulación en instancias de capacitación judicial y de defensores— fue preparada poco después de aprobarse la Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes (LRPA), N° 20.084. En esa ocasión planteé que los cambios sufridos por el texto durante su tramitación, si bien daban cuenta de diversas “sensibilidades” políticas en torno a la respuesta que el Estado debe dar a la criminalidad de los menores de edad, no podían ser reconducidos a enfoques político-criminales explícitamente antagónicos, de modo que era posible interpretar y aplicar la nueva ley a partir de una cierta definición de la **política criminal para adolescentes**, en torno a la cual parecía haber un acuerdo bastante amplio, si bien algunas de las soluciones plasmadas en el texto definitivo de la ley eran inconsistentes con ella. Hoy, en cambio, tras la reforma introducida a última hora a la LRPA —semanas antes de su entrada en vigencia—, a través de la Ley N° 20.191, y teniendo en cuenta la polémica tramitación de esa reforma, cuestionada por un amplio grupo de parlamentarios como inconstitucional —y, en cualquier caso, contraria a los principios que inspiraron a la LRPA—, no estoy en condiciones de seguir afirmando que contemos con ese amplio acuerdo de política criminal de adolescentes.

Por ello, y si bien el objetivo de este trabajo sigue siendo —como en su primera versión— ofrecer una lectura político-criminal de la LRPA, a partir de un modelo de *Derecho penal mínimo de adolescentes*, ahora tengo que advertir más claramente que esta lectura no necesariamente expresa un acuerdo político amplio y profundo y, seguramente, es vista con distancia y escepticismo por algunos. Sigo creyendo, con todo, que es la lectura que mejor se hace cargo de la historia de la ley, de los principios constitucionales y de derecho internacional de derechos humanos que rigen en la materia y de los objetivos que explícitamente se tuvieron en cuenta durante su tramitación.

Así, en este trabajo me propongo explicar las notas fundamentales de este modelo político-criminal, dando cuenta de la forma como se expresa en la LRPA. Para ello, en primer lugar, recordaré sintéticamente sus antecedentes históricos inmediatos, que

* El presente artículo fue difundido como Documento de Trabajo N° 12 de la Unidad de Defensa Penal Juvenil (UDPJ) de la Defensoría Penal Pública de Chile, en el mes de marzo de 2008. UNICEF agradece a la Defensoría Penal Pública de Chile el poder hacer uso de este artículo.

** Doctor en Derecho, Profesor de Derecho Penal, Universidad Diego Portales.

deben buscarse en la crisis del modelo que le antecedió en Chile, y prácticamente en todo occidente: el de la Justicia tutelar (I). En seguida, comenzaré a caracterizar el Derecho penal mínimo de adolescentes a partir de la forma como deben enfrentarse los objetivos garantistas y preventivos, en el marco de un Estado de Derecho y, en particular, bajo la vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, teniendo en cuenta además algunas experiencias del derecho comparado (II). En particular, ofreceré una propuesta más diferenciada que lo habitual acerca de la manera que un sistema de derecho penal mínimo de adolescentes debe hacer frente a diversos tipos de criminalidad, que plantean necesidades y ofrecen oportunidades, bastante diferentes entre sí (III). Concluiré refiriéndome a algunas de las instituciones de la nueva LRPA que expresan este modelo político-criminal, sin dejar de señalar algunas de las que entran en tensión con él (IV).¹

I. Fundamentos históricos de la reforma

Origen de la justicia tutelar

La reforma que crea el sistema penal de adolescentes tiene como antecedente inmediato la crisis del sistema tutelar de menores.

El sistema tutelar se origina con la creación de los tribunales de menores y la organización de las instituciones correccionales y de protección que se ponen a disposición de éstos. La primera expresión histórica de estos tribunales se encuentra en Estados Unidos de América, con la creación en 1899 del primer tribunal de menores en la ciudad de Chicago (en el estado de Illinois). En su origen, la creación del sistema tutelar se basa en dos tipos de argumentos (Platt, 1982):

1. El argumento humanitario, según el cual se consideraba injusto el tratamiento de los menores de cierta edad bajo las reglas del Derecho penal, y su encierro en cárceles de adultos, siendo que los niños no eran responsables de los delitos que cometían, dado que no tenían la capacidad de los adultos para comprender las prohibiciones penales y para resistir los condicionamientos al delito, situados normalmente en el contexto de vida en que actuaban y no en una “decisión libre” de conducirse en forma delictiva.
2. El argumento criminológico-correccionalista, según el cual la respuesta penal convencional respecto de los niños que cometían delitos era ineficaz, pues no se hacía cargo de las causas de su actividad delictual. La criminología de la época (positivista) se autoproclama en condiciones de identificar los factores criminógenos de la delin-

¹ Este trabajo se ha concentrado en las salidas alternativas y sanciones de la LRPA, y no ha podido ocuparse, en cambio, de analizar los procedimientos establecidos por la LRPA (o, mejor dicho, de las pocas modificaciones introducidas a los del CPP), para examinar si son adecuados para el logro de los objetivos del Derecho penal mínimo de adolescentes; sobre esta cuestión, véase Duce (2004).

cuencia infantil, que se encontrarían precisamente en el entorno familiar y microsocioal de su conducta; típicamente, en los problemas asociados a la marginalidad urbana de las ciudades industrializadas (como Chicago): desempleo, hacinamiento, abuso y negligencia parental respecto de los niños, alcoholismo, prostitución y promiscuidad sexual, pérdida de valores morales y religiosos, etc. Además, el correccionalismo plantea la posibilidad de intervenir sobre esos factores, fundamentalmente por medio de aislar al niño delincuente o “predelincente” (quien ya presenta algunos de esos factores criminógenos pero aún no ha comenzado la actividad delictual) de los factores ambientales del crimen (como a un enfermo: paradigma médico), internándolo en instituciones especialmente creadas para él, en las cuales se le ofrecería el remedio físico (cuidados y actividad recreativa y laboral de tipo física) y moral (educación moral, cívica y religiosa) para educarlos rectamente. Una variante predilecta para el correccionalismo antiurbanista son los internados en el campo, en los que se educaba a los niños en las virtudes del trabajo manual-agrícola y en los valores de la vida sencilla del campo.

A partir de la creación del sistema tutelar, que se extiende por prácticamente todos los continentes con enorme y muy rápida adhesión política, la Justicia de Menores desarrolla sus instituciones bajo dos vertientes paralelas, que a veces, sin embargo, se cruzan entre sí en diversas experiencias históricas (Zimring, 2002):

1. La corriente despenalizadora, para la cual el foco de la nueva justicia de menores debe ser evitar el paso de los niños por el sistema penal, reenviando a los niños a los espacios normales de socialización; esta corriente no se interesa tanto por qué debe hacerse con los niños delincuentes como por lo que no debe hacerse con ellos: encarcelarlos y reprimirlos penalmente.
2. La corriente intervencionista, para la cual —sin perjuicio de sacar a los niños del sistema penal (de adultos)— el foco debe estar en la actividad correccionalista y educativa que las nuevas instituciones especiales para los menores deben desarrollar para revertir las influencias criminógenas que han recibido (el tratamiento). Bajo su amparo se multiplican las instituciones de corrección o rehabilitación, preferentemente en régimen de internación que, en muchos casos, a poco andar terminan pareciéndose dramáticamente a las cárceles, provocando desilusionadas críticas en algunos de los antiguos promotores de la creación de los tribunales de Menores (Platt, 1982).

En el caso de Chile, como otros países latinoamericanos, la vertiente correccionalista encuentra una expresión mucho más claramente vinculada con las cárceles. El Reglamento de la primera Ley de Menores chilena (la Ley 4.447, de 1928), junto con crear los tribunales de menores y (al menos nominalmente) las “Casas de Menores” y los “establecimientos especiales de educación” para proteger a los menores delincuentes y los que se encuentren en peligro material o moral, establece que mientras no se establezcan

efectivamente esas instituciones, harán las veces de tal las secciones especiales de las cárceles (de adultos), con lo cual en buena medida se impone —y dramáticamente— la vertiente correccionalista, sin perjuicio del uso más o menos despenalizador que algunos jueces hagan de las facultades que la Ley de Menores les ofrecía.

Notas distintivas del “modelo puro” de justicia de menores

El modelo de justicia que surge de las leyes de menores, en su versión “pura”, se puede caracterizar muy sintéticamente por las siguientes notas:

1. Presupuesto material de la intervención: viene definido por la “desviación” entendida en forma muy amplia, esto es, abarcando hechos delictivos, problemas conductuales no delictivos (las *status offenses* del derecho angloamericano) e incluso por ciertos problemas de desprotección de la infancia (“peligro material o moral”, en la denominación de la Ley de Menores chilena). En América Latina, todos esos problemas han sido agrupados, con frecuencia, bajo la noción de “situación irregular” o “irregularidad social”.

De esta forma, este sistema de justicia se distancia radicalmente del principio de legalidad de la justicia penal, que circunscribe como presupuesto de su intervención los hechos que pueden ser subsumidos en las tipificaciones penales de la ley, las que por mandato constitucional deben ser precisas y determinadas, e interpretadas en forma restrictiva por los tribunales en caso de dudas sobre su alcance.

2. Consecuencia jurídica a imponer: con diversas denominaciones (medida de “protección”, “reforma”, “corrección”), se trata de una medida orientada a superar las causas de la desviación o irregularidad manifestada por el niño o adolescente. Se entiende como una respuesta a las causas del problema (la irregularidad individual, familiar y social del menor) y no al síntoma del mismo (delito cometido por el niño, maltrato o abandono sufrido por el niño, problemas conductuales, etc.), y por ello se exige que sea adecuada para actuar sobre esas causas y no, en cambio, proporcionada a la manifestación externa del problema: si se trata de un hurto, un homicidio, o de deserción escolar, no es lo que importa, sino cuáles son los problemas individuales, familiares o sociales que inciden en la conducta del niño o adolescente. La medida debe ser definida en forma individualizada en atención a esas dimensiones de la situación del menor. Además, al momento de su imposición por el tribunal, debe tratarse de una medida indeterminada en el tiempo, y cuya duración sólo se decidirá después, en el camino, según los efectos que produzca en la rehabilitación, reeducación o corrección del menor.

Con ello, este sistema de justicia se distancia también de los principios de proporcionalidad, de culpabilidad y de igualdad, conforme a los cuales la respuesta al delito

debe ser proporcional a la lesividad de la conducta y a la culpabilidad del autor por el hecho, debiendo ser la misma para diversos autores con igual grado de culpabilidad por el mismo injusto penal, con independencia de las cualidades adscritas de los sujetos (su situación socioeconómica, su supuesta “peligrosidad”, etc.).

- 3. Forma del proceso:** en este modelo de justicia se tratará de un proceso sin contradicción entre partes ni forma de juicio, originalmente llevado a cabo ante jueces legos, sin las formalidades propias de la justicia penal. El presupuesto doctrinario e ideológico es que todos los intervinientes en el proceso participan en él buscando lo más conveniente para el menor, de modo de no apreciarse en él una contienda a resolver. El abogado defensor del menor debe excluirse pues representa un estorbo para la finalidad de la búsqueda de la verdad sobre las condiciones de vida y la conducta del niño, introduciendo además la lógica del silencio y del cálculo de conveniencia, siendo que lo que se necesita es la máxima apertura y sinceridad en el niño, para que todas las circunstancias de su conducta y de su vida y entorno sean tenidas en cuenta al escoger la mejor solución a su problema de irregularidad.

De esta forma, la justicia de menores se aparta de los principios de jurisdiccionalidad (decisión del asunto ante un tribunal de derecho, imparcial) y de debido proceso (que exige contradictoriedad y defensa, entre otras importantes garantías).

Crisis de la justicia de menores

La justicia de menores entra en crisis, primero en Estados Unidos y en Europa, por dos órdenes de razones:

- 1. Crisis constitucional:** la sentencia Gault en 1967, de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América, plantea que la facultad de los jueces de menores de decretar medidas privativas de libertad (en el caso Gault, en una escuela industrial correccional, hasta que el menor llegara a la mayoría de edad) violaba la garantía constitucional del debido proceso, dado que permitía imponer medidas en gran medida semejantes a las penas, sin las garantías que el Estado debe ofrecer a quienes son perseguidos penalmente: notificación de los cargos al imputado, derecho a guardar silencio y no declarar contra sí mismo, defensa jurídica, posibilidad de presentar pruebas y de contrainterrogar a los testigos de la acusación. Por razones similares, el Tribunal Constitucional español declaró contrario a la garantía constitucional del debido proceso el Art. 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores de ese país, muy similar a la Ley de Menores chilena (actualmente, la Ley 16.618, de 1967). Por ello, una de las razones de la reforma, en la Exposición de Motivos del Presidente de la República al enviar el Proyecto de LRPA, fue que la actual legislación de menores tenía problemas de constitucionalidad.

2. Crisis de eficacia: la justicia de menores nace, por lo menos en su vertiente correccionalista, ligada a la promesa de que con sus instituciones especiales para menores lograría hacer frente a la delincuencia de menores, atacando sus causas de raíz. Sin embargo, las instituciones correccionales, lejos de rehabilitar fueron acusadas (con base en estudios empíricos) de generar más delincuencia, por efecto del desarrollo de culturas carcelarias y por el impacto desocializador de la prisión, que disminuían las posibilidades de los niños y adolescentes de llevar a su egreso una vida sin delitos y, por el contrario, en no pocos casos incidían en el inicio de carreras delictuales. Además, su retórica de la protección, que oculta el verdadero carácter punitivo de las medidas que impone (sobre todo de las de encierro), terminaba produciendo una sensación de impunidad de los “menores inimputables” sometidos tan sólo a “medidas de protección”, cuyo carácter punitivo no era visible para el público.

II. Objetivos político-criminales del sistema penal de adolescentes en un Estado de Derecho y bajo la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)

Considerando las razones de la crisis del sistema tutelar, en un Estado de Derecho, y bajo los principios y normas de la CDN, el sistema penal de adolescentes debe cumplir con dos importantes objetivos, que en alguna medida entran en tensión entre sí:

- 1.** Proteger los intereses individuales y sociales más importantes, por su vinculación con los derechos humanos de las personas, esto es, los “bienes jurídicos”, previniendo los delitos que atentan en contra de esos intereses, por medio de las sanciones y salidas procesales adecuadas para ello.
- 2.** Limitar la intervención penal en contra de los adolescentes, por medio de garantías derivadas de sus propios derechos humanos.

Límites garantistas a la intervención punitiva sobre los adolescentes

Las garantías penales y procesales que limitan la intervención penal respecto de los adolescentes se pueden clasificar en: generales y especiales para los adolescentes.

El reconocimiento de ambos tipos de garantías parte del siguiente presupuesto teórico-político: la afirmación del carácter negativo de la sanción, según lo cual, más allá de las intenciones institucionales o personales de quienes ordenan su imposición o intervienen en su ejecución, las sanciones son para quien las recibe, desde el punto de vista de sus derechos, un mal, una restricción de derechos no elegida por él. Por eso tiene derecho a los límites que las garantías oponen al Estado que intenta imponer tales sanciones. También son un mal, por las mismas razones, el sometimiento del imputado a un proceso penal y la imposición de las medidas cautelares que el proceso a veces hace necesarias.

A continuación se repasan de forma sintética estas garantías generales y especiales, poniendo el acento en las que diferencian al sistema de justicia penal de adolescentes de los sistemas de justicia tutelar de menores que le antecedieron casi en la totalidad de los países que lo han implementado.

Garantías generales:

- **Principio de legalidad de las penas:** sólo puede perseguirse la responsabilidad de un adolescente por la comisión de hechos que están descritos en la ley como delitos (prohibición de las sanciones a los estados o formas de vida, como la “situación irregular”, los “desajustes conductuales”, etc.); además, al autor de un delito sólo puede imponerse la sanción contemplada por la ley. Complementa a este principio el principio de jurisdiccionalidad, según el cual sólo el tribunal competente para ello puede decidir que se cometió el delito imputado por el adolescente, por medio de una sentencia dictada tras un juicio justo, respetuoso del debido proceso; y sólo de esa manera se especificará la naturaleza y duración de la sanción, dentro del marco establecido por la ley.
- **Principio de necesidad y de intervención mínima:** dado que la sanción es un mal (como lo es el proceso), debe emplearse únicamente cuando sea indispensable y en la medida indispensable. Consecuencia de ello es el **principio de proporcionalidad:** la medida de sanción necesaria depende de la importancia relativa del bien jurídico afectado (por ejemplo, más importante es para el derecho penal, la vida que la propiedad) y de la gravedad del tipo de atentado cometido en contra de ese bien jurídico (más grave es un delito consumado que una tentativa de delito; más grave es cometer el delito con intención, que hacerlo sólo por imprudencia).
- **Principio de culpabilidad:** sólo puede imponerse una sanción al autor del delito que contaba con suficientes posibilidades de elegir no cometerlo; y la sanción debe ser menor para quien contaba con menores posibilidades, pues su conducta estaba más condicionada por factores externos a su voluntad. Así, por definición, las sanciones para adolescentes deben ser menores que para los adultos, pues en general más condicionada está su conducta, tanto por la fase vital en que se encuentran (menor madurez, vinculada por ejemplo a menor posibilidad de comprender el valor social de ciertos bienes jurídicos, o de controlar sus impulsos), como por las menores competencias sociales con que cuentan (por ejemplo, para satisfacer sus necesidades por medios legítimos). Pero, además, dentro del grupo de los adolescentes, quienes cometen el delito bajo mayores condicionamientos sociales, familiares o individuales, menor culpabilidad tienen, y menor pena merecen: las desventajas y dificultades justifican una menor intervención penal (y no una mayor, como ocurre bajo el pensamiento criminológico-correccionalista del sistema tutelar).

Garantías especiales de los adolescentes: principio de especialidad del sistema penal de adolescentes

La CDN reconoce el derecho de los menores de edad, imputados de cometer un delito, a una respuesta penal especial, distinta de los adultos. Concretamente, los menores de edad tienen derecho:

- A una respuesta cualitativamente diferente de la de los adultos: orientada especialmente a la integración social, que considere en forma amplia la posibilidad de salidas alternativas al proceso y a la sanción (Art. 40 CDN).
- A una respuesta cuantitativamente menos aflictiva: la privación de libertad se puede considerar sólo como último recurso y por el tiempo más breve que proceda (Art. 37 CDN).
- A especiales garantías durante la ejecución de las sanciones, especialmente durante la ejecución de penas privativas de libertad (se deduce del principio de no discriminación en el ejercicio de los derechos, lo que implica resguardos especiales en situación de encierro, que naturalmente hace más difícil el ejercicio de muchos de ellos; Art. 2 CDN, en relación con todos los demás artículos que en ella reconocen derechos).
- A que se fije una edad por debajo de la cual no se impondrá ninguna sanción —especial o no— (Art. 40.3 CDN).

Prevención delictual y sistema penal de adolescentes

Por lo que respecta a la prevención delictual —para la protección de los bienes jurídicos merecedores de protección penal—, el **Derecho penal mínimo de adolescentes** opera sobre una primera distinción, entre los casos que pueden y deben ser objeto de una estrategia despenalizadora y los que demandan alguna intervención penal, si bien dentro de este segundo grupo será necesario hacer ulteriores distinciones.² Así, este modelo de política criminal de adolescentes se propone:

1. En primer lugar, priorizar las alternativas al proceso y a la sanción, para evitar sus efectos desocializadores, remitir el asunto —cuando sea necesario— a instancias que puedan elaborarlo en forma desjudicializada (Art. 40.3, b, CDN),³ sin el empleo de los instrumentos procesal-penales y penales, ya sea a través de soluciones reparatorias para la víctima, ya mediante la remisión del adolescente a las instancias de apoyo social (y terapéutico, si es el caso) normales, para promover su inserción social, lo

² Cfr. infra, sección III.

³ “3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: ...b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”.

que debe intentarse sobre todo a través del principio de oportunidad, los acuerdos reparatorios o la suspensión condicional del procedimiento.⁴

2. En forma subsidiaria, responder penalmente en casos de delitos más graves, en los cuales la víctima no acepte la reparación, preferentemente por medio de sanciones (y medidas cautelares) no privativas de libertad (Art. 40.4 CDN)⁵ y sólo como último recurso, mediante sanciones privativas de libertad, sujetas a revisión y sustitución, cuando su efecto desocializador así lo haga necesario, o a término anticipado, cuando su prolongación ya no sea necesaria para los objetivos tenidos en cuenta al imponerla.

Prevención, sanción y fines de la pena

La importancia que se asigna a la prevención especial en el Derecho Penal de adolescentes suele provocar confusiones respecto de la naturaleza punitiva de las consecuencias jurídicas impuestas por la justicia penal de adolescentes y sobre el fundamento de la decisión de sancionar.⁶ La aparentemente trivial afirmación de que el Derecho penal de adolescentes es *Derecho penal* (Albrecht, 1993), a la que hay que asociar un reconocimiento del carácter aflictivo —negativo para el que la sufre— de la sanción penal de adolescentes, es un punto de partida sin el cual no se entendería la exigencia de garantías de naturaleza penal (principio de legalidad penal, debido proceso con estándares procesal-penales, etc.). Por ello, no está de más insistir en ciertas definiciones fundamentales a este respecto.

Naturaleza de la sanción

La sanción es definida, desde el punto de vista de quien la sufre (que es lo importante en el plano jurídico-constitucional), como un mal. Más precisamente, puede entenderse como toda privación o restricción de derechos impuesta como consecuencia de una infracción normativa, cuyo carácter aflictivo (en el sentido de que es percibido como un mal por quien la sufre) es, a diferencia del de otras medidas restrictivas de derechos (como el embargo de los bienes del deudor), deliberado y no un mero efecto colateral no buscado, pues sólo de esa manera se produce el efecto preventivo-general que busca (Nino, 1980). La sanción es, por último, estigmatizante, pues simbólicamente busca señalar en forma negativa a quien se le impone como una forma de significar el rechazo institucional que provoca el delito cometido.

⁴ Los acuerdos reparatorios y la derivación a instancias sociales son preferibles, desde los puntos de vista reparatorio y preventivo-especial, respectivamente, a la prosecución del proceso (con su carga estigmatizante) y la imposición de las sanciones de reparación (o servicios en beneficio de la comunidad) o de libertad asistida, que sólo se justifican si no es posible prescindir del proceso por la gravedad del conflicto concretamente producido (DVJJ, 1992; Couso, 1999).

⁵ “4. Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”.

⁶ En particular, sobre la cuestión del papel de la prevención especial en el Derecho Penal de adolescentes, véase Couso (2006).

Fines de la sanción

En el debate político-criminal, son diversos los fines que se predicán de las sanciones. El Derecho penal de adolescentes no está al margen de estos fines (Albrecht, 1990), si bien se sostiene que en él ciertos fines se vuelven más relevantes, a saber, la prevención especial. Con todo, el sentido de la prevención especial en el Derecho penal de adolescentes queda más claro al analizarlo en relación con los diversos problemas político-criminales que enfrenta el sistema penal y los diversos momentos en que interviene.

Prevención general negativa: la pena tiene un fin orientado a la colectividad, con el objeto de inhibir la comisión de un delito bajo la lógica intimidatoria subyacente a la conminación penal (quien cometa esta conducta será sancionado con esta pena). Si bien es cierto que el efecto preventivo no viene de cada prohibición penal en particular, la existencia de un sistema de prohibiciones penales y de las instituciones y agencias que las imponen (policía, fiscales, jueces, sanciones) sí parece tener eficacia intimidatoria (Silva Sánchez, 1992), incluso entre adolescentes (Schumann et al., 1987).

Prevención general positiva: la pena tiene un fin orientado a la colectividad, con el objeto de dirigirle un mensaje simbólico que refuerce en ella la confianza en la vigencia de las normas, confianza que se vio afectada por la comisión del delito; el mensaje diría: pueden confiar en que no toleraremos este tipo de atentados y sancionaremos con pena al que los cometa.

En todo caso, la idea de que el sistema penal no tolerará la comisión de delitos es común a ambos tipos de prevención general, en el primer caso, para advertir a los potenciales delincuentes, en el segundo caso para tranquilizar a las potenciales víctimas. Ahora bien, el efecto tranquilizador de la pena orientada a la prevención general positiva (llamado por Luhmann “seguridad normativa”) es reducido si las penas no son eficaces efectivamente para prevenir delitos. Por eso, aun bajo la lógica de la prevención general positiva, es posible renunciar a la pena en favor de soluciones que públicamente sean percibidas como mejores soluciones al problema de fondo: respuestas resocializadoras prestigiosas, que se perciban como eficaces (es decir, que aporten lo que Luhmann denomina “seguridad cognitiva”) o procesos reparatorios satisfactorios para la víctima (Jakobs).

Prevención especial positiva: la pena tiene un fin orientado al infractor al que se le impondrá, con el objeto de entregarle herramientas para que no vuelva a delinquir en el futuro (resocialización, rehabilitación, inserción social, etc.).

Se trata de un fin que respecto de las penas privativas de libertad aparece como empíricamente inalcanzable, puesto que el encierro tiene precisamente el efecto contrario: favorece la reincidencia y el desarrollo de carreras delictuales.⁷

⁷ Como resulta evidente al analizar las tasas de reincidencia de adolescentes internados en centros cerrados en aquellos países que más han invertido en este tipo de centros y que cuentan también con registros más confiables sobre reincidencia (para Alemania, cfr. Albrecht, 1993; para Estados Unidos, Feld, 1999).

Prevención especial negativa: en este caso la pena tendría un fin orientado al infractor con el objeto de eliminar su potencial dañino, ya sea “sacándolo de circulación” (encierro perpetuo o de larga duración), ya mediante su intimidación individual (para que “escarmiente”).

Se trata de un fin engañoso en el caso de la privación de libertad de adolescentes, pues en ningún sistema penal de adolescentes la privación de libertad tiene una duración suficiente para “sacarlos de circulación” durante un tiempo que compense, desde el punto de vista preventivo, el efecto criminógeno de la cárcel.⁸ El resultado es contraproducente.

Prevención especial de la no-desocialización como límite de la pena: se trata de un fin buscado no mediante la imposición de una pena, sino precisamente mediante su evitación o su sustitución por una menos desocializadora (en el caso de las privativas de libertad). El presupuesto de este límite de la pena es la crítica al efecto criminógeno de las penas privativas de libertad, pero también del proceso, con su carga estigmatizante y desocializadora. De acuerdo con esta crítica, si la prevención especial en general no es alcanzable por medio de las penas y del proceso penal, y más bien hay razones para temer que éstos en general sólo traerán más delincuencia, entonces la prevención especial se convierte en un argumento y un criterio para evitar la imposición de una pena, o sustituir una privativa de libertad por una no-privativa de libertad, cada vez que la necesidad preventivo-general de pena (dependiente de cuán “intolerable” parezca el delito, en las circunstancias concretas) no sea demasiado alta (Cury, 1988).

Respecto de adolescentes, desde esta perspectiva se vuelve muy relevante el objetivo de evitar el primer arresto o de disminuir al máximo su impacto. Estudios empíricos dan cuenta de la alta correlación entre la experiencia del primer arresto y la probabilidad de futuros conflictos con la justicia,⁹ especialmente si el primer arresto se produce durante la adolescencia, que aumenta hasta en cuatro veces la probabilidad de que vuelva a ingresar como adulto al sistema penal (Feld, 1999: 221-222).

Fines de la pena en los diversos momentos de intervención del sistema penal

Sin perjuicio de las especificaciones que se harán para los diversos tipos de problemas político-criminales planteados por la delincuencia de adolescentes, en principio puede señalarse que los fines de la pena tienen roles diferenciados en los siguientes momentos (la diferenciación según estos momentos puede verse en Roxin, 1994):

- En la **conminación penal** (la amenaza de pena impuesta por el legislador): el fin es fundamentalmente la prevención general negativa.

⁸ Feld (1999) reporta que en Estados Unidos (un país en que la duración de las sanciones de encierro para adolescentes fluctúan, según el Estado de que se trate, entre 3 años y 20 años) el promedio de duración de permanencia de un adolescente en un centro de privación de libertad es de un año. Ello resulta de que estructuralmente el uso de las penas se comporta como una pirámide, con un gran número de casos de encierro de corta duración, frente a un número cada vez menor de casos con mayor duración.

⁹ Así lo demuestran, por ejemplo, Kalb y Williams (2002), aislando posibles factores ocultos que pudiesen ser la causa tanto de la infracción que dio origen al primer arresto como de las infracciones posteriores a él, concluyendo que el primer arresto tiene un efecto directo e independiente en la probabilidad de futuros arrestos.

- En la **imposición judicial de la pena** (la sentencia condenatoria): la pena cumple un fin preventivo-general de confirmación de la seriedad de la conminación, pero ello es algo que viene dado por los marcos penales, y no es un fin especial buscado por el juez en la individualización de la pena, que responde, en cambio, a un principio limitador (y no fundamentador) de la pena: el principio de culpabilidad, de acuerdo con el cual no puede rebasarse la medida de la culpabilidad, y también a consideraciones preventivo-especiales como un límite de la pena (prevención especial de la no-desocialización, como una razón que el juez tendrá en cuenta para preferir una pena no privativa de libertad, o una más leve, o incluso, durante el proceso, una razón para suspender el proceso o prescindir de él).
- En el **momento de la ejecución de la pena**: el punto de partida es la pena impuesta por el tribunal (que indirectamente también atiende al fin legal de confirmar la seriedad de la conminación). Pero el fin que preside la ejecución es la prevención especial positiva, por lo menos en relación a la configuración de la forma de cumplimiento. También puede estimarse que consideraciones de “prevención especial de la no-desocialización” operan como un límite en sede de ejecución penal, actuando como una razón para sustituir la pena por una menos desocializadora o para revocarla. Con todo, en ocasiones también se atiende, en la propia regulación legal de la ejecución penal, a consideraciones de prevención general (positiva y negativa), por ejemplo, señalándose tiempos mínimos de cumplimiento de la pena privativa de libertad, antes de autorizar una remisión de la pena.

Alternativas a la privación de libertad orientadas a la prevención especial

Origen y desarrollo de la libertad vigilada/asistida

La libertad vigilada/asistida tiene su antecedente en la *probation* inglesa introducida durante la segunda mitad del siglo XIX, orientada a supervisar a los condenados que eran puestos en libertad por los tribunales, bajo supervisión de funcionarios dependientes del tribunal y, más tarde, de servicios especializados para evitar su reincidencia. Con la crítica a las penas privativas de libertad de corta duración (por insignificantes y desocializadoras) se desarrolla como alternativa al cumplimiento efectivo de las mismas.

Desde el punto de vista del tipo de condiciones a las que se sujeta a los condenados, se observa un tránsito desde un modelo único a una diversificación de acuerdo con el tipo de delito cometido. Así, por ejemplo, actualmente en Inglaterra y Gales el Probation Service ofrece un conjunto de programas dirigidos a comportamientos criminales específicos que se basan en una evaluación diferenciada, como los de los agresores sexuales, los conductores en estado de ebriedad, los autores de violencia intrafamiliar y los infractores que abusan de las drogas y el alcohol.

Tendencias recientes en las alternativas preventivo-especiales con adolescentes

En la intervención socioeducativa con adolescentes, dirigida a la prevención especial positiva, parecen haber tenido gran influencia los enfoques criminológicos que explican la conducta delictual en base a los déficits de socialización experimentados por los niños y adolescentes infractores: respecto de estos sujetos se estima que la familia, la escuela, el trabajo y los grupos de pares no son espacios que estén logrando socializar a los niños y adolescentes en modelos pro-sociales sino que, o no logran ofrecer modelos de vida relevantes o les ofrecen modelos desviados o delictuales; esto último sería determinante, según la teoría de los contactos diferenciales (Sutherland), de acuerdo con la cual el aprendizaje de la conducta delictual está asociada a la precocidad, frecuencia e intensidad con la cual los niños y adolescentes tienen contactos significativos con personas que les ofrecen modelos delictuales (motivos y técnicas para delinquir).

Posiblemente ello explique que la libertad vigilada o asistida de adolescentes se haya desarrollado sobre la base de una explicación criminológica estandarizada y con un modelo técnico de intervención tan homogéneo e indiferenciado. La explicación de la conducta criminal ofrecida por esas teorías criminológicas se asume como la mejor explicación, para la casi totalidad de los infractores, y los programas y recursos se organizan para desarrollar con eficiencia (ahorro de recursos en hacer diferenciaciones muy sutiles) y “economías de escala” un único modelo de intervención. A las ventajas que, desde el punto de vista de política pública ofrece contar con una carta de navegación sencilla y común, se oponen las desventajas que derivan de la falta de alternativas de intervención preventivo-especial para hacer frente a los muchos “casos difíciles” que no responden a los pronósticos que se esperarían de acuerdo con la explicación criminológica y el modelo de intervención únicos. Por otra parte, también resulta problemático que respecto de adolescentes cuya conducta delictual no se encuentra influida por factores ambientales determinantes, sino que es más episódica, se desarrolle una intervención que de todos modos se extenderá a todos los campos donde se supone que se encuentra el problema de todos los adolescentes infractores.

En años recientes, sobre todo a partir de la instalación de leyes de justicia juvenil especializadas en diversos países de Europa y América Latina, se aprecia un giro (parcial) en el trabajo socioeducativo con adolescentes, en programas como los de libertad asistida, hacia una mayor diferenciación y focalización de la intervención, asociada a diagnósticos más prolijos, que intentan identificar los factores criminógenos específicos de cada adolescente. Las notas que se aprecian en estas recientes tendencias son, entre otras (Vásquez et al., 2005):

- Intervención mínima, enfocada hacia un comportamiento futuro conforme al derecho (“una vida futura sin delitos”).

- Identificación y trabajo sobre necesidades o dificultades más directamente asociadas a la conducta delictual (como factores criminógenos), con especial foco en la dimensión individual o de relaciones microsociales, sin desentenderse de la existencia de factores macrosociales.
- Definición de un modelo claro, con objetivos acotados, metodologías específicas para esos objetivos, y los tiempos estrictamente necesarios para ese trabajo.
- Identificación de especificidades para ciertas problemáticas peculiares, asociadas a intervenciones muy distintivas: por ej., cursos o seminarios (de pocos días de duración) para control de la agresividad respecto de agresores violentos; terapia individual (sin necesidad de otras actividades individuales o grupales) para modificación cognitivo-conductual.

La reparación como alternativa al proceso y a la sanción

Diversos enfoques respecto de la reparación en la justicia juvenil

En la discusión político-criminal y la práctica comparadas respecto del papel y presupuestos de las medidas reparatorias en la justicia juvenil, es posible identificar diversos enfoques, que pueden ser reconducidos a cuatro tipos “ideales”:

- **Enfoque socioeducativo**, para el cual la reparación tiene un objetivo preventivo especial positivo, asociado a la idea de la “responsabilización”, como reconocimiento del daño causado y del valor de los intereses de la víctima lesionados por el delito.¹⁰ Consecuencias: un especial interés en el proceso interno que viva el adolescente (aprendizaje socioeducativo) y exigencia de una actitud especial (empatizar con la situación de la víctima) así como de las competencias para lograr esa actitud; menor interés en los intereses reales de la víctima (que podrían ser más pragmáticos que obtener la empatía o el aprendizaje del adolescente, por ejemplo el pago de los perjuicios), por lo que podría darse la reparación aún sin víctima (aunque es preferible que exista, por razones socioeducativas).
- **Enfoque despenalizador**, para el cual el objetivo de la reparación es fundamentalmente servir de alternativa a una probable sanción privativa de libertad. Consecuencias: implica menores exigencias respecto del “perfil” del adolescente (puede tener menores competencias para empatizar o no empatizar en absoluto) o de su actitud interna (una actitud de cálculo de conveniencia no lo inhabilita); también implica menor interés en la víctima (puede darse reparación sin víctima); el objetivo es terminar con el proceso.

¹⁰ Desde otro punto de vista, Braithwaite (1999) le asigna mayor eficacia preventiva especial a la justicia restaurativa, en la medida que el acuerdo se refiere no sólo a la reparación a la víctima, sino también a las medidas a adoptar para que el joven supere sus factores criminógenos, lo que redundaría en un mayor compromiso del joven en el cumplimiento de esas medidas, comparado con la baja eficacia de las mismas medidas cuando son decretadas en forma coactiva por el tribunal (con apoyo en estudios empíricos específicos sobre la materia).

- **Enfoque victimológico**, para el cual el objetivo de la reparación es precisamente reparar a la víctima en los perjuicios morales (frustración, trauma y temor a ser víctima de nuevo) y materiales (costos económicos). Consecuencias: no se esperan necesariamente cambios socioeducativos en el adolescente (en la medida que repare), ni es necesario (de hecho puede ser problemático, por la posible sensación de que se manipule a la víctima) que la reparación vaya asociada a una ganancia despenalizadora para el adolescente; la reparación es compatible con el desarrollo paralelo del proceso e incluso con la imposición de una pena (puede realizarse antes, durante o después de la misma); la víctima es indispensable, aunque no es indispensable una conciliación-mediación (sino sólo la reparación que la víctima espera).
- **Enfoque “restaurativo”**: el objetivo del proceso reparatorio es la restauración de relaciones dañadas por el delito y el regreso del adolescente a la comunidad. Consecuencias: exige actitud y aptitud especial de los partícipes (infractor y víctima, así como de quienes los acompañan) para empatizar y entenderse, y un gran despliegue personal en el proceso (una cierta “liturgia”, que apela a una determinada idea de comunidad, densa, asociada con orígenes religiosos —en comunidades cristianas puritanas—); siempre supone una (re-)conciliación, si bien no necesariamente una víctima individual (puede conciliarse con representantes de “la comunidad”).

Tendencias recientes sobre los Servicios en Beneficio de la Comunidad (SBC) y orientaciones derivadas de ellas

En las experiencias comparadas de aplicación de los SBC en sistemas penales de adolescentes se aprecian tímidamente ciertas tendencias novedosas, que bien pueden convertirse en orientaciones para su diseño y “presentación” (al Ministerio Público, a defensores y jueces), a saber:

1. Ampliar su foco de aplicación,¹¹ abarcando algunos de los usuarios tradicionales de la libertad asistida (por ejemplo, reincidentes, o autores de delitos un poco más graves), en razón de:
 - Sus objetivos menos ambiciosos, que la vuelven más apropiada para alcanzar un “cumplimiento exitoso”, que el sistema puede (y necesita) registrar.
 - Implica una intervención menos intensa en la vida y derechos del adolescente, bajo la vigencia de un modelo de justicia más atento a la necesaria proporcionalidad entre la gravedad del delito y la sanción (la inmensa mayoría de los delitos cometidos por adolescentes son leves o de mediana gravedad).
 - Simbólicamente, en la percepción pública, está mejor asociada (que la libertad asistida, por ejemplo) a la idea de “sanción” y “responsabilidad”.

¹¹ Llegando en ciertos casos a superar a la libertad vigilada o sus similares, como parece ocurrir en las experiencias de Porto Alegre y Bélgica, reportadas por Vásquez et al. (2005), o en la de Leicester-Inglaterra, reportada en Werth (2005).

2. Incluir orientación o acompañamiento socioeducativo durante su ejecución, para asegurar cumplimiento exitoso y hacerse cargo de algunas complejidades psicosociales de los nuevos usuarios, que pueden tener menores “competencias sociales” y por tanto mayor riesgo de incumplir la medida y hacerse acreedores de una más grave, lo que se quiere evitar con ese acompañamiento.

El perfil del delito en la reparación a la víctima

Aunque la recepción de la figura de la reparación a la víctima en el debate político-criminal chileno la entiende más bien asociada a delitos leves y a atentados a bienes jurídicos de importancia secundaria, la experiencia comparada da cuenta de que sus mayores potencialidades se ubican precisamente en una criminalidad más grave y en contra de bienes jurídicos personales (como la integridad corporal y la salud):

- En Nueva Zelandia la justicia reparatoria es el instrumento para resolver el noveno “decil” más grave de la criminalidad de adolescentes (y el décimo también, después del juicio y antes de la sentencia) (Masters, 2002).
- Desde el punto de vista técnico, y en base a las evaluaciones hechas por las propias víctimas de su satisfacción en procesos reparatorios, esta medida es especialmente apta para conflictos interpersonales, en que hay una víctima que se ve seriamente afectada (consternada) por el delito: en esos casos es en los que la víctima tiene las mayores ventajas psicológicas y simbólicas que ganar, y en los cuales es más esperable la modificación “cognitiva” en el autor necesaria para empatizar con la víctima y comprender el grave daño que se le ha causado (sobre todo delitos violentos o con amenaza de violencia, hechos de violencia intrafamiliar, etc.).

III. El Derecho penal mínimo de adolescentes y las necesidades de la política criminal frente a los diversos tipos de criminalidad

Del análisis de los fines de la pena y los límites garantistas en un modelo de Derecho penal mínimo de adolescentes, es posible concluir que la política criminal de adolescentes se enfrenta a necesidades diversas, dependiendo del tipo de problema que se le plantea, en términos del delito cometido y el carácter ocasional o habitual del mismo.¹² La Ley chilena, como todo sistema penal de adolescentes, parte también de esa base, como lo demuestra la regulación de las alternativas al proceso y a la pena privativa de libertad.

La determinación de los diversos grupos de criminalidad a considerar en el diseño de una política criminal diferenciada es una cuestión contingente, pero una distinción básica entre casos de infractores “primerizos” y habituales, por una parte, así como entre delitos leves

¹² La idea de diferenciar, en la definición de fines de la pena, según el tipo de criminalidad, es tomada de Naucke (1995).

o de mediana gravedad y delitos graves, por otro parte, tienen base tanto en las instituciones de la Ley (procedencia del principio de oportunidad, de las salidas alternativas y de las sanciones y medidas cautelares privativas y no privativas de libertad) como en el comportamiento y el discurso de los operadores del sistema de justicia.¹³

La definición de “criminalidad leve o de mediana gravedad” y su diferenciación respecto de la “criminalidad grave” es aproximativa y no rígida. Un primer criterio es la distinción entre simples delitos y crímenes, tomada del Código Penal, y empleada por la LRPA como frontera para la aplicabilidad de la internación provisoria, reservada para los crímenes,¹⁴ que coincide con la distinción que establecía el Proyecto de LRPA que fue aprobado por la Cámara de Diputados en primer trámite constitucional. Así, son graves, por ejemplo, los robos con fuerza en las cosas, en lugar habitado, y los robos con intimidación o violencia, pero no lo son las lesiones simplemente graves ni los robos con fuerza en las cosas, en lugar no habitado.

La definición de criminalidad “ocasional” por oposición a “habitual”, tampoco es rígida. Se asocia, en primer lugar, a existencia o no de condenas penales anteriores, criterio relevante, por ejemplo, para la utilización de la suspensión condicional del procedimiento. Sin embargo, también se asocia a ingresos anteriores que fueron objeto de aplicación del principio de oportunidad: para el fiscal, un adolescente que ya ha sido detenido en varias ocasiones y al que le ha “dejado pasar” su infracción en más de una ocasión a través de esa facultad, seguramente no será más un infractor ocasional, sino uno habitual.

Operacionalizando estas distinciones básicas, para definir las necesidades político-criminales prioritarias en cada caso, se llega al siguiente esquema:

Criminalidad leve o de mediana gravedad ocasional

1. Principal necesidad: evitar o reducir el efecto estigmatizante de la primera detención, del proceso y de la pena, sobre todo mediante la aplicación del principio de oportunidad¹⁵ (en caso necesario, con derivación a instancias normales de ayuda social —y en su caso, terapéuticas),¹⁶ —dado que son casos en que la necesidad preventivo-general de proceso y pena ceden frente a la prevención especial de la no-desocialización.
2. Otras necesidades:
 - Mínimo efecto de intimidación individual (a través de la llamada de atención o advertencia que representa la detención o comparecencia ante la policía, cuando el fiscal finalmente aplicó el principio de oportunidad).

¹³ Así resulta confirmado, para el caso chileno, de la investigación de Barros/Couso/Ramm (2005).

¹⁴ Delitos sancionados en el Código Penal con penas privativas de libertad de más de cinco años.

¹⁵ Esta opción se desprende de la CDN y las Reglas de Beijing (Medina, 2005: 14) y está en la base del esquema de resolución diferenciada de prácticamente cualquier sistema penal de los adolescentes. Así por ejemplo en Costa Rica, Bélgica y Alemania (Vásquez et. al., 2005: 128, 65, 25), o en Estados Unidos (Werth, 2005: 78).

¹⁶ Como ocurre en Brasil y Bélgica (Vásquez et al., 2005), en Nueva Zelanda (Masters), Canadá, Inglaterra y Estados Unidos (Werth, 2005: 13, 83, 53, 56).

- Restitución-reparación inmediata a la víctima; que es deseable y posible en sede policial-fiscal, en la medida que la reparación sea un criterio para aplicar principio de oportunidad y existe el riesgo de que una víctima insatisfecha se oponga a ello.
- En caso necesario, si el caso se judicializa, se necesita una respuesta rápida, que evite prolongar la exposición del adolescente al proceso penal, como:
 - Una salida alternativa (acuerdo reparatorio o suspensión condicional de “corta duración”).
 - Una sanción que ofrezca un mínimo efecto de advertencia al adolescente (amonestación) o de prevención general mediante sanción simbólicamente apropiada al delito (multa, reparación o servicios a la comunidad).

Criminalidad leve o de mediana gravedad habitual

1. Principal necesidad: prevención especial positiva, a través de una alternativa a la cárcel, con un mayor nivel de control que la aplicación de principio de oportunidad, orientada a entregar herramientas al adolescente para una vida futura sin delitos. Ello puede buscarse mediante:
 - Una suspensión condicional, con condiciones vinculadas al acceso a prestaciones sociales y, en su caso, terapéuticas.
 - En caso necesario (por exigencias preventivo-generales de mayor “visibilidad” del ingrediente de control), una condena a libertad asistida.
2. Con todo, cuando pese a tener delitos anteriores no es clara la tendencia delictual o la necesidad de actuar específicamente sobre determinadas dificultades del joven, puede haber una necesidad sólo de una sanción simbólica, como los SBC.
3. Una necesidad asociada a la de evitar la cárcel es la de contar con medidas cautelares no privativas de libertad, serias y prestigiosas entre los operadores, que eviten el uso de la internación provisoria.

Necesidades específicas respecto de la libertad asistida

La principal necesidad político-criminal relacionada con la libertad asistida consiste en que ella se convierta en, y se valide como, una medida eficaz para entregar las herramientas que ciertos adolescentes con tendencia delictual (expresada en la habitualidad) requieren para aumentar sus posibilidades de llevar en el futuro una vida libre de delitos (Albrecht, 1990).

Vinculado con ello, y por la compleja relación que en la libertad asistida se da entre esa tarea del delegado de entregar herramientas (“procurar por todos los medios a su

alcance el acceso efectivo a los programas y servicios que favorezcan su integración social)”, “orientándolo” y “motivándolo” para ello; Art. 13 LRPA) y la tarea de ejercer control y vigilancia sobre el adolescente —asociada a su componente preventivo general—, se plantea la necesidad de definir una forma de cumplir con ambas tareas que no conspire con ninguna de ellas. Ello es especialmente importante para definir cuál es el mínimo que debe “cumplir” el adolescente sometido a libertad asistida para evitar la sanción por quebrantamiento (que consiste en libertad asistida especial o internación en régimen semicerrado, Art. 52 LRPA) o la ejecución efectiva de la pena de internación que fue suspendida (en caso de imposición de una pena mixta de libertad asistida/internación, Art. 19 letra b LRPA) o sustituida condicionalmente por la libertad asistida (Art. 54 LRPA).

En el Proyecto de LRPA originalmente enviado por el Ejecutivo, al definirse la libertad asistida se partía de una clara distinción entre el eje de “control”, de cumplimiento obligatorio (y cuyo incumplimiento era sancionado como quebrantamiento), y el eje de la “orientación” al joven para el acceso a servicios necesarios para su integración social, considerado una oferta asociada a los derechos económicos, sociales y culturales (DESC) del adolescente (no sujeta a obligación, ni a sanción por incumplimiento).

Esa distinción se diluyó en la redacción de la LRPA aprobada finalmente, incluyéndose, como parte de las medidas de supervigilancia o “control” de la libertad asistida (Art. 13), la asistencia obligatoria a los programas socioeducativos y que, en el caso de la “libertad asistida especial” (Art. 14), exige “asegurarse la asistencia del adolescente a un programa intensivo de actividades socioeducativas y de reinserción social en el ámbito comunitario”. Ello plantea una contradicción con la lógica de la “motivación” y “orientación” al joven, que el mismo precepto impone al delegado, y que proviene de la redacción del proyecto del Ejecutivo, que entendía que el acceso a estos programas y servicios no era un contenido de la sanción sino una tarea de promoción social y de los derechos del joven excluido socialmente, encomendada al delegado, paralela a su función de supervigilancia y control.

La confusión que esta redacción deja en torno a la verdadera naturaleza del rol del delegado en relación con la oferta de herramientas de integración social al joven, y la contradicción que una interpretación literal plantea con los principios de la CDN, hacen necesario interpretar la disposición para aclarar el “estatuto legal” de los componentes del plan personalizado dirigidos a la integración social.

Una parte de la respuesta parece estar precisamente en la concepción del niño como sujeto de derechos económicos, sociales y culturales, derivada de la CDN, derechos que se verían desnaturalizados si se los convierte en contenido de la sanción: el adolescente aparecería estando obligado a acceder a servicios que son necesarios para ejercer sus derechos a la salud, educación, capacitación, recreación, bajo la amenaza de ser privado de libertad si no ejerce sus derechos.

Pero otra parte de la respuesta parece derivar de una condición de la Libertad Asistida,¹⁷ que se puede expresar de la siguiente manera: si el legislador (y en su caso el tribunal) renuncia a una pena más severa (la privación de libertad) en favor de la libertad asistida, ello es en general a condición de que se desarrolle una acción preventivo-especial sobre factores criminógenos (en búsqueda de “seguridad cognitiva”), acción que no está dispuesto a dejar a la voluntad del adolescente condenado. Ello se refleja en la jurisprudencia de los Estados Unidos de América en materia de determinación del contenido de la libertad vigilada (por ejemplo, en *In re Miller*, 82 Ohio App. 3d 81, 1992), que tiende a admitir como parte del contenido de la sanción prohibiciones (controles) o **acciones** destinadas precisamente a revertir los factores directamente relacionados con el delito cometido y los que posiblemente puede cometer. La otra cara de la moneda es, en este caso, que sólo podrán ser parte de ese contenido obligatorio precisamente las acciones o prohibiciones directamente vinculadas con esos factores criminógenos, lo que se vincula también con la tendencia —que se apreció en los desarrollos comparados de este tipo de sanción— a focalizar la intervención.

Esta conclusión hace **necesario el desarrollo de un tipo de diagnóstico más dirigido a identificar esos factores criminógenos y un plan personalizado más focalizado en trabajar sobre los mismos** (por lo menos, en aquello que tenga de “obligatorio”), así como hace necesario contar con capacidades profesionales que permitan realizar ambas tareas.

Así, desde esta perspectiva, sigue siendo posible concluir que sólo pueden plantearse como obligatorias las acciones directamente vinculadas con los factores criminógenos del adolescente que han influido en los delitos cometidos por él y que, dado que los derechos fundamentales del adolescente tienen rango constitucional, no es posible someterlos a la lógica de la sanción, cuando en el plan personalizado se les incluye como un contenido de la oferta a la que éste tiene derecho. Por lo demás, los deberes del delegado asociados a la “motivación del adolescente” y de procurar por todos los medios a su alcance “el acceso efectivo” dan cuenta de que incluso en la nueva redacción hay aspectos del plan personalizado que siguen teniendo sentido como una labor promocional del delegado en favor de los DESC del adolescente y no como parte de la sanción que debe “cumplir”, bajo amenaza de ser privado de libertad si no lo hace.

Criminalidad grave

1. Principal necesidad: una condena “visible” desde el punto de vista de las necesidades de prevención general positiva y negativa:
 - Con frecuencia, a través de privación de libertad.

¹⁷ Que se hizo evidente en una de las Jornadas de Sistematización tenidas en cuenta en el Informe de Couso y Pérez (2005).

- En ciertos casos, también mediante alternativas no-privativas de libertad, como la libertad asistida, cuando esta relativa renuncia preventivo-general es necesaria para evitar un grave efecto desocializador (prevención de la no-desocialización como límite).
2. Precisamente en el segundo caso, también para este grupo de criminalidad es necesario contar con medidas cautelares no privativas de libertad, serias y prestigiosas entre los operadores, que eviten el uso de la internación provisoria.
 3. En ciertos casos, podrá prescindirse de la sanción orientada a la prevención general, cuando es posible reparar a una víctima dispuesta a ello.¹⁸

La idea de que también para este grupo de criminalidad aparezca como necesidad político-criminal la evitación de la cárcel en favor de alternativas orientadas a la prevención especial o a la reparación, podría parecer contraria a las necesidades públicas de castigo, asociadas a la prevención general (positiva y negativa). Sin embargo, evidencia empírica relativamente reciente da cuenta de la disposición que, en general y sin distinciones, una mayoría de la población chilena demuestra para aceptar respecto de la criminalidad de adolescentes alternativas a la cárcel orientadas a la rehabilitación o medidas reparatorias (que involucren directamente a los encuestados).¹⁹

Una cuestión que no es objeto de este estudio, pero que plantea necesidades para la implementación de la futura Ley, sobre todo en casos de delitos más graves, es la situación de los adolescentes que sean declarados inimputables por patologías psiquiátricas. La necesidad en este caso es la de darles rápida atención en el sistema de salud mental, apenas se sobresea la causa. En el caso que además no cuenten con padres o familiares que aseguren su arraigo y realización del tratamiento correspondiente, se hace necesario definir una oferta residencial no privativa de libertad.

Criminalidad asociada a dependencia de las drogas o el alcohol

Fuera de esa distinción de tres grandes grupos de criminalidad, es posible identificar un problema político-criminal específico, que puede ser transversal a los diversos grupos de criminalidad, y que plantea necesidades específicas: se trata de la **criminalidad asociada a la dependencia de las drogas** (o el alcohol). El legislador también reconoció aquí un problema político-criminal específico, desde que la LRPA introdujo (desde el texto aprobado

¹⁸ Nueva Zelanda es un buen ejemplo de la extensión que puede darse a la reparación como forma de resolver incluso ciertos casos de delitos graves (Masters, 2002). Como se verá al examinar la regulación de la reparación a la víctima en la LRPA, es claro que en Chile aquella no es un recurso disponible para este tipo de criminalidad.

¹⁹ Se trata de la Primera Encuesta Nacional de Opinión Pública ICSO-UDP, agosto de 2005, en la que sólo un 34% los encuestados cree que la cárcel es la mejor manera de rehabilitar a un menor de edad, y un 61% de los encuestados estaría dispuesto a encontrarse con un infractor adolescente para una reparación penal.

en la Cámara de Diputados) una sanción especial de obligación de someterse a tratamiento de rehabilitación por adicción, convirtiendo así a la droga en el único factor asociado a la criminalidad de adolescentes que es objeto de un tratamiento especializado. La experiencia piloto de un trato especial de los infractores toxicodependientes en Valparaíso, bajo el modelo de las *drug courts*, es otra muestra de la relevancia político-criminal del problema. Por ello, y por la importancia de la droga como factor asociado al delito de adolescentes, se considera necesario identificar las necesidades que la LRPA plantea para enfrentar adecuadamente este problema (ver Gómez, 2006).

En síntesis, este problema plantea las siguientes necesidades:

- Asociada a delitos leves o de mediana gravedad ocasionales: dado que en el delito ocasional es muy dudosa la existencia de peligrosidad delictual asociada a la dependencia de drogas o alcohol, no se justifica imponer la sanción especial de tratamiento, sino, como en cualquier caso de criminalidad ocasional leve o de mediana gravedad, privilegiar la no-intervención penal, derivando el caso al sistema de salud y/o de protección de derechos del niño y el adolescente, atendidas las necesidades especiales de salud del adolescente (que no serán tratadas bajo la lógica de la sanción, sino de su derecho a acceder a prestaciones de salud).
- Asociada a delitos leves o de mediana gravedad habituales: surge como necesidad principal una rápida derivación a un programa de drogas, en cuyo desarrollo la justicia penal de adolescentes tendrá un interés más directo. El modelo de las *drug courts*, aplicable bajo la institución de la suspensión condicional del procedimiento, es una modalidad que es vista como más apropiada, por los propios operadores, que la sanción de tratamiento. En todo caso, si se impone la sanción de tratamiento, típicamente será como complemento de una sanción principal de libertad asistida.
- Asociada a delitos graves, éstos serán objeto de una sanción principal que debiera considerar como hipótesis de imputabilidad disminuida una importante atenuación de pena. La sanción de tratamiento, en tal caso, podría ser accesoria de una principal de libertad asistida. En casos de delitos muy graves, sancionados con pena privativa de libertad, se requiere asegurar oferta de tratamiento al interior de los centros, sea como oferta para los adolescentes encerrados, sea como forma de dar cumplimiento a la sanción accesoria de tratamiento.

Diversas vías para recurrir a prestaciones sociales y terapéuticas

Dependiendo de la gravedad del delito y de la reiteración de los mismos, el sistema penal de adolescentes ofrece diversos caminos cuando se opta por entregar al adolescente apoyo social o terapéutico para superar sus dificultades, en lugar de imponer una sanción orientada a la prevención general. Más precisamente, la necesidad de escoger un camino

se plantea respecto de adolescentes infractores que requieran oferta social compensatoria o medidas de protección especial: apoyo escolar, capacitación laboral, terapia, tratamiento de drogas, apoyo familiar, acogimiento familiar o residencial, etc.

A partir de las necesidades político-criminales planteadas por los diversos tipos de criminalidad, pero considerando también la preferencia por la ayuda social normalizada, basada en la adhesión personal del joven a los programas que la ofrecen, se concluye que en estos casos, en los que se está dispuesto a renunciar a la búsqueda de una sanción severa, para priorizar la superación de las dificultades del adolescente, el modelo de Derecho penal mínimo de adolescentes impone el siguiente orden de preferencia:

- Primera opción: desestimación por oportunidad y derivación a red social y de protección. Ventaja: evitar el estigma del proceso y el uso de la detención cautelar (Congreso de Jueces y de la Asistencia Judicial Juvenil Alemana, DJJV-Comisión, 1992).
- Segunda opción: suspensión condicional, asociada a prestaciones sociales y de protección estrictamente necesarias (por ej., tratamiento de adicción en el modelo de las *drug courts*), como condiciones de la suspensión. Ventajas: salida precoz reduce estigma del proceso y de la sanción; gestión de la oferta social es normalizada (no desde el sistema penal de adolescentes).
- Tercera opción: sanción de prestación de servicios en beneficio de la comunidad (o de reparación a la víctima), asociada a prestaciones sociales y de protección estrictamente necesarias (a diferencia de libertad asistida). Ventaja: prestaciones sociales y de protección no forman en absoluto parte de la sanción (se evitan distorsiones propias de la ayuda social coactiva).
- Cuarta opción: sanción de libertad asistida (combinación de control y de gestión de acceso a oferta social y de protección), separando hasta donde sea posible función de control y de apoyo para acceso a oferta social y de protección (en todo aquello que no esté directamente asociado a un factor criminógeno). Ventaja (objetivo): no hacer depender la sanción por incumplimiento de la *performance* del adolescente respecto de la oferta social y de protección.
- Quinta opción: sanción de internación en régimen semicerrado con plan individual que incluya acceso a oferta social y de protección externa. Ventaja (objetivo): establecer y mantener vínculos de adolescente con oferta normalizada.
- Sexta opción: sanción de internación en régimen cerrado, con plan individual que incluya acceso a oferta social y de protección normalizada. Objetivo: lograr que la gestión del acceso a esa oferta sea ajena a la administración del centro, y que se mantenga un continuo entre la oferta inicial, la etapa de preparación al egreso y la de apoyo a la inserción social de los egresados (en su caso, bajo la modalidad de libertad asistida sustitutiva de la internación).

IV. Algunas expresiones del modelo de Derecho penal mínimo de adolescentes en la LRPA, y tensiones introducidas en su fase final de tramitación

Principio de oportunidad

El Proyecto de LRPA, tanto en la versión presentada por el Ejecutivo como en la aprobada por la Cámara de Diputados, reconocía un amplio espacio al principio de oportunidad, acogiendo los principios reconocidos al respecto en la CDN (Art. 40.3) y las Reglas de Beijing (Regla 11). Así, hasta la versión “Cámara” de la LRPA, el principio de oportunidad, según el Art. 55 del Proyecto, podía llegar a aplicarse no sólo para la criminalidad leve, sino también para la de mediana gravedad, alcanzando hasta los robos con fuerza en lugar habitado. En cambio, la versión definitiva de la LRPA obliga (en su Art. 35) a considerar el límite impuesto por el Art. 170 del CPP (que el delito no tenga asignada una pena superior a presidio menor en su grado mínimo), pero modificado a partir de la reducción de pena dispuesta por el Art. 21 de la LRPA;²⁰ con ello el límite de delitos llegaría, por ejemplo, hasta los robos con fuerza en lugar no habitado o en bienes nacionales de uso público, así como a las lesiones simplemente graves (Art. 397, Nº 2, CP), pero no a los robos con fuerza en lugares habitados o destinados a la habitación.

Aún así, como se puede apreciar, por efecto de la aplicación de la regla del Art. 21, el campo de aplicación del principio de oportunidad es considerablemente mayor que para imputados mayores de edad. Además, explícitamente debe considerarse, por parte de los fiscales, como criterio para decidir ejercer esta facultad, “la incidencia que su decisión podría tener en la vida futura del adolescente imputado” (Art. 35 LRPA), lo que excluye la posibilidad de instrucciones a los fiscales que excluyan genéricamente determinados delitos del campo de la facultad de oportunidad, pues ello impediría hacer el examen caso a caso (atendiendo a la incidencia de la decisión en la vida futura de cada imputado en particular) al que la Ley obliga al fiscal.

En cambio, el otro criterio de aplicación especial del principio de oportunidad que originalmente consideraba el texto aprobado por la Cámara, a saber, “para la mejor solución del conflicto jurídico-penal”, que hacía alusión a la posibilidad de una mediación-reparación con la víctima, desapareció de la redacción definitiva. Con todo, ello no debiera tener consecuencias restrictivas para que la existencia de una disposición del joven y de la víctima a iniciar un proceso de mediación-reparación se vea como un antecedente favorable para el ejercicio de la facultad de oportunidad, en la medida que de todos modos este escenario habla a favor de esta salida desde el punto de vista de una atención a “la vida futura del adolescente imputado”.

²⁰ “Artículo 21.- Reglas de determinación de la extensión de las penas. Para establecer la duración de la sanción que deba imponerse con arreglo a la presente ley, el tribunal deberá aplicar, a partir de la pena inferior en un grado al mínimo de los señalados por la ley para el ilícito correspondiente, las reglas previstas en el Párrafo 4 del Título III del Libro I del Código Penal, con excepción de lo dispuesto en el artículo 69 de dicho Código”.

Suspensión condicional, asociada a prestaciones sociales y terapéuticas

La suspensión condicional no es objeto de regulación especial en el texto definitivo de la LRPA. De acuerdo con el CPP, requiere que el fiscal, “con acuerdo del imputado”, lo proponga al juez (Art. 237 CPP). El límite de delitos no es claro para los adolescentes, pero la referencia del CPP al límite de que “la pena que pudiere imponerse... no excediere de tres años de privación de libertad” (Art. 237, a, CPP) en una interpretación pro reo debe entenderse referida a la pena concreta que podría imponerse al adolescente (y no a la pena asignada para el delito por el CP, ni siquiera considerando la rebaja del Art. 21).

Con ello, casi no habría límite de delitos para la suspensión condicional, lo que la convierte en un recurso muy flexible, en manos de los fiscales, para preferir resolver incluso casos de delitos graves mediante la promoción de la superación de las dificultades del joven. La vigencia del principio acusatorio, que deja la decisión sobre el ámbito de aplicación de esta salida a los fiscales, hace que este recurso no sea problemático desde el punto de vista de las eventuales necesidades de prevención general que pueden desaconsejar la renuncia a la pena: los fiscales, de acuerdo con sus objetivos político-criminales respecto de la criminalidad de adolescentes, podrán hacer un uso amplio de este recurso si confían más en la eficacia de la oferta social o terapéutica para que el joven supere sus dificultades que en el limitado “aporte” preventivo de una pena de encierro de corta o mediana duración.

De acuerdo con la experiencia previa a la entrada en vigencia de la LRPA, la principal forma como se asocia la suspensión condicional a las prestaciones sociales y terapéuticas respecto de adolescentes es el uso de los Programas de Intervención Ambulatoria (PIA) (Barros/Couso/Ramm, 2005), que son los que, además, implementan los programas de libertad asistida. Esto plantea un problema y una nueva necesidad.

El problema es que bajo un marco legal que trata a la libertad asistida como una sanción (de hecho, la más severa de las no-privativas de libertad), es decir, que exige la previa declaración en juicio de la responsabilidad del adolescente por un delito, permitir su imposición en las mismas condiciones, pero sin juicio ni declaración de responsabilidad, viola el principio de legalidad y jurisdiccionalidad.

La necesidad, sin embargo, es que siga siendo posible para el fiscal preferir ofrecer herramientas al adolescente, eludiendo el juicio y la declaración de responsabilidad, aun en casos de delitos que no permiten el ejercicio de oportunidad o en los cuales la víctima se opuso a él. Ello plantea una necesidad concreta: la de definir órganos y programas capaces de supervisar el cumplimiento exitoso de las condiciones de las suspensiones condicionales, de manera diferenciada respecto de la libertad asistida (es decir, evitando que la suspensión se convierta en una forma de imponer sanciones de libertad asistida sin juicio), de manera de favorecer su empleo respecto de este grupo de criminalidad, evitando los efectos estigmatizantes del proceso.

Fuera de lo dicho, la regulación de la suspensión que fue “importada” desde el CPP para la LRPA (por la vía de la aplicación supletoria del CPP) plantea un problema considerable en relación con el plazo de duración de las condiciones (de 1 a 3 años; Art. 237 CPP), que es excesivamente largo para emplearlo como salida alternativa en la criminalidad leve o de mediana gravedad, siendo que aun si se condenara en estos casos las sanciones probables —con contenido similar (como la libertad asistida) o menos restrictivo para el adolescente— pueden llegar a durar mucho menos.

Es fundamental, entonces, para que la suspensión sirva de alternativa menos gravosa, una reducción de estos plazos, así como una regulación que la diferencie sustancialmente de la sanción de libertad asistida, pero tomando de ésta el trabajo con las dificultades del adolescente.

Con esas modificaciones, la regulación de la suspensión condicional en la LRPA permite hacer de ella una herramienta muy adecuada para responder a las necesidades político-criminales identificadas para los diversos grupos de criminalidad.

Si esas modificaciones legales no se producen, la práctica judicial puede y debe imponer un empleo de esta salida alternativa en términos de garantizar que no se esté utilizando en forma encubierta para imponer la pena de libertad asistida para delitos para los que por ley no corresponde o, en todo caso, burlando la garantía de que no hay pena sin juicio.

Medidas cautelares

En relación con las medidas cautelares, la internación provisoria en régimen cerrado conserva en el texto definitivo de la LRPA una regulación restrictiva, en la medida que la permite sólo para casos de imputación de conductas que, de ser cometidas por mayores de dieciocho años, constituirían crímenes (Art. 32 LRPA). Sin perjuicio de ello, por exigencia de proporcionalidad entre la medida cautelar y la pena probable (Art. 33 LRPA), el internamiento provisorio no será aplicable —aun tratándose de la imputación de un crimen— cuando de acuerdo con las reglas de determinación de las sanciones sea esperable una sanción no privativa de libertad (lo que constituye la esencia de la garantía, para evitar medidas cautelares más graves que las penas que corresponderán en definitiva).

Fuera de ello, el principio de subsidiariedad se añade a esas restricciones al empleo del internamiento provisorio. Para que este principio se aplique efectivamente, es fundamental que esas otras medidas cautelares funcionen, sean controladas y se validen como presigtiosas entre fiscales y jueces de garantía, que podrán decidir su solicitud y aplicación en vez de la prisión preventiva. Es una necesidad de la Ley, entonces, vinculada con ese objetivo político-criminal, contar con oferta de calidad en esta materia.

Medidas reparatorias

La reparación a la víctima, en el texto definitivo de la LRPA, puede emplearse como alternativa al proceso, o como sanción.

Como alternativa al proceso puede utilizarse bajo dos modalidades:

- Como condición de la suspensión condicional consistente en “pagar una suma, a título de indemnización de perjuicios” (Art. 238, e, CPP), lo que exige que el fiscal, “con acuerdo del imputado”, lo proponga al juez (Art. 237 CPP). El límite de delitos, como se vio, prácticamente no existe y dependerá del uso que los fiscales hagan de este flexible recurso, que, sin embargo, bajo la restringida condición de indemnización de perjuicios, no resulta el más apropiado para la mayoría de las mediaciones y reparaciones de adolescentes, destinadas a otro tipo de reparación (por ejemplo, una reparación simbólica o “moral” a la víctima, como la petición de disculpas o la realización de una actividad en beneficio de la víctima). La naturaleza y los plazos de la suspensión condicional, además, resultan inadecuados para la reparación, forzando a veces la sujeción del joven a otras condiciones (como la de concurrir periódicamente a presentarse ante una autoridad), que parecen superfluas y, en su caso, contraproducentes, en una situación que ya parece satisfactoriamente resuelta con la reparación.
- Como acuerdo reparatorio, entre imputado y víctima. El Proyecto-Cámara regulaba especialmente los acuerdos reparatorios, señalando que procedería a instancias del fiscal o de la defensoría (“que procurarán disponer de equipos especializados destinados a mediar entre la víctima y el imputado para favorecer estos acuerdos”), y que debían ser ratificados y aprobados en audiencia judicial (Art. 57). Procedía para infracciones no graves, más robo con fuerza en las cosas en lugares habitados.

El texto definitivo de la LRPA restringe severamente la aplicación de los acuerdos reparatorios, al someterlos a la misma regulación del CPP (cuasidelitos, delitos patrimoniales y lesiones menos graves, Art. 241 CPP), ignorando su potencialidad para resolver conflictos más graves (ver sección anterior). Ello resulta contradictorio si se considera que el principio de oportunidad (y la reparación que la fundamenta) puede aplicarse —como se vio— para algunos delitos más graves.

En cambio, como se vio, la reparación ya no aparece como un antecedente específico para aplicar el principio de oportunidad, si bien nada impide que en consideración a la incidencia de su decisión “en la vida futura del adolescente” se tome en cuenta el interés, la posibilidad y la conveniencia de resolver el conflicto en mediación-reparación con la víctima.

La reparación y los Servicios en Beneficio de la Comunidad (SBC) también pueden utilizarse como sanción penal de adolescentes.

En el Proyecto aprobado por la Cámara, los SBC y la reparación (como sanción) en principio eran aplicables sólo para casos de infracciones no graves, pero excepcionalmente para infracciones graves, cuando el tribunal “lo justifique fundadamente en base a los criterios señalados en el artículo 20 de la presente ley” (Art. 19, inc. 1º).

En el texto definitivo de la LRPA, para analizar la situación de este tipo de sanciones hay que diferenciar entre la “reparación del daño” (a la víctima) y los “servicios en beneficio de la comunidad”.

En relación con la sanción de “reparación del daño”, y a pesar de las dudas que plantea el alambicado sistema de determinación de las sanciones, casos paradigmáticos de delitos de adolescentes que en la “versión Cámara” eran susceptibles, como regla general, de ser castigados con sanciones reparatorias (por ser infracciones no graves), como el robo con fuerza en lugar no habitado o las lesiones simplemente graves, también serían en definitiva sancionables con la “reparación del daño”. En cambio ahora no son susceptibles de esta sanción, ni siquiera excepcionalmente, delitos como el robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación o el robo con intimidación²¹ (que en el Proyecto-Cámara sí podían llegar a serlo, no sólo en forma excepcional, como “infracciones graves”, sino bajo la regla general, como infracción no grave, si están frustrados), ni tampoco los simples delitos castigados en el Código Penal con presidio menor en su grado máximo (como el aborto de la adolescente embarazada o el tráfico de marihuana por parte de un adolescente), salvo cuando —según el caso— la concurrencia de pluralidad de atenuantes (sin agravantes), de una atenuante “muy calificada” o de una atenuante de “eximente incompleta” a la que se aplique el efecto del Art. 73 del CP, determine la aplicación de una pena inferior en uno, dos o tres grados a la que correspondería al adolescente después de aplicada la reducción en un grado contemplada por el Art. 21 de la LRPA.

La reparación del daño a la víctima, entonces pierde, en la regulación que alcanzó finalmente en el texto de la LRPA parte importante de su potencial para resolver conflictos interpersonales serios o para evitar la privación de libertad prefiriendo SBC. Las necesidades político-criminales que hacen aconsejable el empleo de esta medida chocan, en consecuencia, con esta nueva regulación tan restrictiva.

Por lo que respecta a los servicios en beneficio de la comunidad, en cambio, su ámbito de aplicación está más cerca de lo que había dispuesto la versión del Proyecto aprobada por la Cámara, sin alcanzar sin embargo a los delitos de robo con fuerza en lugar habitado o destinado a la habitación. Pero sí podrán ser objeto de esta sanción los delitos que en

²¹ A menos que la interpretación que fiscales y jueces hagan de las normas se haga cargo de las particularidades de los hechos cometidos por adolescentes (por ejemplo, en casos típicos de “matonaje” entre pares, que pasan por sustraerse cosas con violencia), para lo cual puede valorarse que en estos hechos hay menor culpabilidad por parte del agresor, a causa de un insuficiente (o inexistente) conocimiento y comprensión de la antijuridicidad material del hecho (la gravedad del atentado al bien jurídico propia de la figura compleja “robo con violencia o intimidación”), en ciertos casos, o una ausencia del requisito “ánimo de lucro”, en otros (con lo que en ambas hipótesis sólo subsistiría un delito de coacción o amenaza y, en su caso, de lesiones); la misma dificultad interpretativa (con las mismas opciones de resolución) se presentaría para escoger la aplicación de una sanción no privativa de libertad para estos hechos.

la legislación penal de adultos tienen una pena que parta en presidio o reclusión menor en su grado máximo, como los indicados más arriba.

La libertad asistida como alternativa a la privación de libertad para la criminalidad media o “simplemente” grave de carácter habitual

La libertad asistida es la sanción de la LRPA a la que más habitualmente se asocia un efecto preventivo especial. Su campo de aplicación en esta Ley es amplio, alcanzando incluso a delitos que podrían considerarse “simplemente” graves (por oposición a una categoría ulterior de delitos extremadamente graves). De hecho, la creación —durante la tramitación del proyecto en el Senado— de una modalidad de cumplimiento especialmente intensa, la “libertad asistida especial”, parece haber incidido en que esta sanción no privativa de libertad se haya ofrecido al juzgador como una opción en el segundo tramo más grave de delitos definido en el Art. 23 (delitos que, para los adultos, tienen un marco penal que comienza con penas de presidio o reclusión mayor en su grado mínimo), evitando que el tribunal quedara en estos casos obligado a imponer sanciones no privativas de libertad.

En cambio, si bien el legislador permite la aplicación de esta sanción en todo el campo de la criminalidad de mediana gravedad y “simplemente grave”, no excluyó, sin embargo, para este grupo, la posibilidad de aplicación de las sanciones privativas de libertad: no hay ningún delito para el cual pueda emplearse la libertad asistida que no sea, además, susceptible de ser sancionado con privación de libertad (si bien en dos de los cuatro tramos en que ambos tipos de sanciones son aplicables, la internación sólo procede en su modalidad “semicerrada”: tramos tercero y cuarto del Art. 23 LRPA).

Con todo, si se aplica correctamente el principio del Art. 26, inc. 1º, LRPA, que establece que la privación de libertad será una medida de último recurso, entonces lo normal será que en los tramos de criminalidad en que ambos tipos de sanciones son aplicables el tribunal partirá de la hipótesis de que la sanción aplicable será la libertad asistida u otra no privativa de libertad, y sólo excepcionalmente, cuando se justifique especialmente por la fiscalía la necesidad de llegar al “último recurso”, aplicará la internación.

Esta regulación convierte a la libertad asistida en un recurso importante para evitar la privación de libertad en los delitos de estos grupos de criminalidad, orientándose especialmente a los infractores que vienen delinquiendo en forma más o menos habitual, para los cuales seguramente se desestimará la aplicación del principio de oportunidad o salidas alternativas. Además, en atención a las restricciones contempladas por la LRPA al uso de la medida cautelar de internación provisoria, estos casos, cuya pena probable sea la libertad asistida y no la internación, durante el proceso normalmente no podrán ser objeto de aquella cautelar.

La reserva de esta sanción para la delincuencia más habitual no viene exigida explícitamente por la LRPA, pero debe deducirse de la definición de su naturaleza y contenido, que supone la existencia de condiciones que operan como factores criminógenos en la vida del adolescente y su entorno, que precisamente la sanción quiere remover, y cuya presencia no puede razonablemente argumentarse si no es a través de la evidencia que sobre ello ofrece un historial delictual más o menos nutrido en el adolescente. En cambio, respecto de un adolescente que comete por primera vez un delito de criminalidad mediana la afirmación de que se encuentra expuesto a factores criminógenos que requieren una intervención institucional específica no se sostiene.

Una ventaja de la regulación final de esta sanción, en comparación con la del Proyecto del Ejecutivo y la versión sancionada por la Cámara, es que se eliminó el plazo mínimo de duración. Ello permite modular la libertad asistida de forma más compatible con el principio de intervención mínima y con su orientación hacia las características del caso concreto y de los factores criminógenos que, respecto de cada joven en particular, tiene sentido intervenir por esta vía.

Reducción del efecto negativo de las sanciones privativas de libertad

La LRPA contempla importantes instrumentos para que, en los casos de criminalidad grave, donde puede ser difícil evitar que las exigencias de prevención general determinen una sanción privativa de libertad, los nocivos efectos de esas sanciones —en términos de desocialización y de afectación de los derechos de los adolescentes— sean reducidos en la medida de lo posible:

- El régimen semicerrado de cumplimiento de la privación de libertad: de hecho, bajo esta modalidad, la internación en régimen semicerrado se configura en la LRPA como una sanción autónoma, distinta de la internación en régimen cerrado, y aplicable en lugar de esta última respecto de los delitos que caigan dentro del tramo segundo del artículo 23, hipótesis en que el régimen semicerrado será en principio preferible, como la alternativa menos desocializadora.
- Las facultades judiciales, en sede de control de la ejecución, de sustituir las penas (también las privativas de libertad) por otras menos gravosas, cuando ello “parezca más favorable para la integración social del infractor” (Art. 53 LRPA), así como la de remitir la pena (o el resto de pena) si ya “se ha dado cumplimiento a los objetivos pretendidos con su imposición”. Si bien, respecto de las sanciones privativas de libertad, para decidir la remisión será necesario que se haya cumplido a lo menos la mitad del tiempo impuesto en la condena.
- La pena mixta, que permite decidir en la sentencia que una parte del tiempo que deba durar la sanción privativa de libertad se cumpla mediante la libertad asistida

(normalmente a ejecutarse con posterioridad a la primera), de manera de reducir el tiempo de cumplimiento efectivo de privación de libertad (Art. 19, a, LRPA), y, en casos muy excepcionales —si la sanción privativa de libertad dura no más de 540 días—, con la posibilidad de imponer únicamente la porción correspondiente a la libertad asistida, dejando en suspenso la ejecución de la parte privativa de libertad (Art. 19, b, LRPA).

- La nueva pena mixta (introducida por la Ley N° 19.121), que permite decidir que una parte de la sanción de internamiento del primer tramo del artículo 23 —que, en principio, sólo puede cumplirse bajo el régimen cerrado— se cumpla bajo la modalidad de régimen semicerrado a partir del tercer año (opción que sólo vino a reducir parcialmente el endurecimiento del marco penal para los delitos de este tramo, consistente en haberse eliminado la alternativa de imponer derechamente la sanción de internamiento en régimen semicerrado).

A modo de conclusión

Una lectura de la LRPA fiel a sus objetivos y a los principios constitucionales y de derecho internacional que la gobiernan debe conducir a aplicar sus instituciones y normas con una orientación de política criminal minimalista, de acuerdo con el modelo del Derecho penal mínimo de adolescentes. Sin embargo, no siempre el tenor literal de la LRPA garantiza que sus instituciones y normas sean aplicadas precisamente con esa orientación: es perfectamente posible (si bien abandonando algunos principios explícitos de la misma) emplear la LRPA desde la perspectiva de un maximalismo punitivo. La implementación del primer modelo, entonces, depende de la orientación que las autoridades e instituciones encargadas de la aplicación del nuevo sistema le impriman. Las primeras señales, a siete meses de la entrada en vigencia de la LRPA, parecen contradictorias, y son, en todo caso, todavía muy fragmentarias para sacar conclusiones claras, de modo que la aplicación efectiva o no de una política criminal de adolescentes minimalista en estos primeros meses de vigencia de la LRPA no ha sido objeto de análisis en este trabajo. Se trata, por cierto, de una cuestión central que debe ser monitoreada y analizada por las instituciones vinculadas al sistema de responsabilidad penal, así como por los especialistas en la materia, pues el modelo de Derecho penal mínimo de adolescentes parece ser la única alternativa razonable, hoy por hoy en Chile, para enfrentar el problema de la delincuencia juvenil y de la respuesta estatal frente a la misma en consonancia con los principios garantistas y los objetivos preventivos que justifican esta importante reforma.

Bibliografía

Albrecht, Peter-Alexis (1990), "El Derecho penal de menores", traducción de la primera edición alemana por Bustos Ramírez, Barcelona, 1990.

Albrecht, Peter-Alexis (1992), "Respecto del futuro del Derecho penal de menores -peligros y chances", traducción de Bustos Ramírez, en Bustos Ramírez (director), Un Derecho penal del menor, Santiago de Chile.

Albrecht, Peter-Alexis (1993), "Jugendstrafrecht", 2ª edición, München, 1993.

Barros, Paula/Couso, Jaime/Ramm, Alejandra (2005), "Estudio sobre las necesidades institucionales y programáticas para la implementación de la futura Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes", inédito, UDP-Sename.

Braithwaite, John (1999), "Restorative Justice: Assessing Optimistic and Pessimistic Accounts", *Crime and Justice*, Vol. 25, 1999.

Couso, Jaime (1999), "Derecho penal de adolescentes: ¿educación, ayuda o sanción?", en coautoría con Ana María Farías y colaboradoras, Facultad de Ciencias Sociales U. de Chile-UNICEF, Santiago, 1999.

Couso, Jaime y Pérez, Carola (2005), "Informe: Sistematización y Proyección de Experiencias de Trabajo en Medio Libre con Adolescentes Infractores de Ley", elaborado para Sename, el 31.08.2005, inédito.

Couso, Jaime (2006), "Principio educativo y (re) socialización en el Derecho penal juvenil", *Justicia y Derechos del Niño*, N° 8, UNICEF, Santiago, 2006, pp. 51-64.

Cury Urzúa, Enrique (1988), "La prevención especial como límite de la pena", ADPCP.

Duce, Mauricio (2004), "El Proceso Establecido en el Proyecto de Ley que Crea un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal: Avances y Problemas", *Revista de Derechos del Niño* N° 2, UNICEF-UDP, Santiago, enero de 2004, pp. 99-113.

DVJJ-KOMMISSION (1992), "Für ein neues Jugendgerichtsgesetz. Vorschläge der DVJJ-Kommission zur Reform des Jugendkriminalrechts", en DVJJ-J.

Feld, Barry (1999), "Bad Kids: Race and the Transformation of the Juvenile Court".

Gómez, Alejandro (2006), "Criminalidad asociada al consumo de drogas y su abordaje por la Ley N° 20.084. Naturaleza jurídica de la sanción accesoria de tratamiento de rehabilitación y otras cuestiones no resueltas", *Justicia y Derechos del Niño*, N° 8, UNICEF, Santiago, 2006.

Jakobs, Günther (1995), "Derecho penal. Parte general, Fundamentos y teoría de la imputación", traducción de Cuello Contreras y Serrano González de Murillo, Madrid.

Kalb, Guyonne y Williams, Jenny (2002), "The Relationship between Juvenile and Adult Crime", Melbourne Institute Working Paper No. 4/2002, University of Melbourne.

Luhmann (1993), "Das Recht der Gesellschaft", Frankfurt am Main.

Masters, Guy (2002), "Reflexiones sobre el Desarrollo Internacional de la Justicia restaurativa", *Revista de Derechos del Niño*, N° 1, Santiago, 2002.

Medina, Claudio (2005), "Proyecto de Responsabilidad Penal Juvenil: Acerca de una nueva respuesta a la criminalidad leve", Tesis para optar al grado de Magister en Derecho con mención en Infancia, Adolescencia y Familia, inédita. Universidad Diego Portales.

Naucke, Wolfgang (1995), "Strafrecht. Eine Einführung", 7ª ed., Neuwied-Kriftel-Berlin.

Nino, Carlos Santiago (1980), "Los límites de la responsabilidad penal. Una teoría liberal del delito", Buenos Aires.

Platt, Anthony (1982), "Los "Salvadores del Niño" o la invención de la delincuencia", México.

Roxin, Claus (1994), "Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band. I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre", 2ª ed., München.

Schumann, Karl F./Berlitz Claus/Guth Hans-Werner/Kaulitzki, Reiner (1987): "Jugendkriminalität und die Grenzen der General prävention", Neuwied-Darmstadt.

Silva Sánchez, Jesús-María (1992), "Aproximación al Derecho penal contemporáneo", Barcelona.

Vásquez et al. (2005), "Justicia Juvenil. Modalidades socioeducativas. Experiencias internacionales y nacionales". Opción, Fondef-Conicyt, Santiago.

Werth, Francisca (2005), "Sistemas de justicia juvenil: La experiencia comparada. Estados Unidos/Canadá/Reino Unido", Hanns Seidel Stiftung/Fundación Paz Ciudadana, Santiago.

Zimring, Franklin (2002), "The Common Thread: Diversion in the Justice of Juvenile Courts", en *A Century of Juvenile Justice*. Margaret K. Rosenheim, Franklin E. Zimring, David S. Tanenhaus, y Bernardine Dohrn (editores). University of Chicago Press.

PELIGROSIDAD, ESE CUERPO EXTRAÑO AL DERECHO Y A LA JUSTICIA

SUSANA FALCA^{*}
FABIÁN PIÑEYRO^{**}

Introducción

En los últimos años, la problemática de la seguridad ciudadana se ha instalado en la agenda del debate público como uno de sus asuntos centrales. Desde los más diversos lugares de la sociedad se clama por un incremento de la punibilidad, que es visualizada como el único instrumento eficaz para dar respuesta a este tema, con especial énfasis en la rebaja de la edad de imputabilidad penal, el incremento de las penas y la disminución de las garantías.

La sociedad parece asolada por una legítima pero por momentos también llamativa preocupación por la temática de la seguridad pública. Analizando los elementos o factores que pueden explicar la centralidad que ha adquirido la cuestión de la seguridad en el debate público, y sin entrar a juzgar hasta qué punto esta sensación refleja o no una realidad fáctica, seguramente los factores determinantes de este fenómeno derivan de los profundos cambios operados en el ámbito de la cultura que se procesaron durante el último tercio del siglo veinte.

La crisis de la racionalidad práctica, tal como fuera concebida desde los albores de la modernidad, ha desencadenado la emergencia de una pluralidad de discursos y de prácticas morales al interior de cada sociedad.

El relativismo moral imperante y una aparente explosión de heterogeneidad cultural, impactando en sociedades que han venido transitando por un proceso de deterioro en los niveles de inclusión social, han tenido el efecto de exacerbar los niveles de fragmentación social. Estas condiciones han propiciado el crecimiento del sentimiento de desconfianza hacia al otro, al diferente, al que —por pertenecer a otro grupo social— podría ser titular de una normatividad distinta y, por tanto, es objeto de temor y deja de ser un semejante, titular de los mismos derechos fundamentales. En este contexto emerge la figura del sujeto peligroso, de aquel que la sociedad siente que debe de preservarse, resurgiendo el manido principio de la defensa social.

* Susana Falca, Abogada, Maestranda, Diploma de especialización en Derechos de Infancia y políticas públicas, Universidad de la República, Uruguay. Consultora de UNICEF.

** Fabián Piñeyro, Procurador. Aspirante a Profesor Adscripto, Cátedra de Ciencia Política de la Facultad de Derecho, Universidad de la República, Uruguay.

En este contexto, las formulaciones clásicas del derecho penal de acto se encuentran en franco repliegue frente a las arremetidas de nuevos y viejos conceptos criminológicos, característicos del denominado derecho penal de autor. Adquieren una posición predominante conceptos tales como el de peligrosidad y alarma social, que no se corresponden a fenómenos fácticos empíricamente constatables, sino que forman parte del universo de las percepciones subjetivas, zona en la que los discursos mediáticos tienen un elevado nivel de incidencia. De esta forma, los *mass media* adquieren un rol fundamental en los procesos cognitivos, mediante los cuales la sociedad elabora la problemática de la inseguridad ciudadana.

En este marco cultural pautado por la relativización de los juicios morales que provoca una extrema sensación de inseguridad y de anomia por parte de las personas, la sociedad busca que en el plano jurídico se formulen las normas que posibiliten y organicen la convivencia social y que vengan a suplir el papel que otrora cumplía la moral en la regulación.

Extensos territorios de lo social, que antes eran regulados exclusivamente por la normatividad moral, ahora son invadidos por el derecho, fenómeno conocido como el inflacionismo jurídico, una de cuyas más notorias manifestaciones es el incremento de las conductas punibles.

La fuerte demanda social por “seguridad” ha determinado la aparición del denominado derecho penal simbólico. Los operadores políticos promueven y sancionan reformas legislativas que reflejan su preocupación y atención por la problemática, como respuesta a la demanda de un público aquejado por una aguda sensación de inseguridad, cuya etiología ya señaláramos en párrafos anteriores, hipersensibilizados además por discursos articulados por los medios masivos de comunicación, en los que se expresa que la única respuesta adecuada para disminuir los niveles de inseguridad pública es el incremento de las sanciones y la restricción de muchas de las garantías trabajosamente establecidas en el marco del arduo proceso de construcción del Estado de derecho.

En estas circunstancias, no llama la atención la aparente confusión de buena parte de los operadores políticos uruguayos respecto de la supuesta impunidad de los adolescentes frente al delito, propugnando —unos— la rebaja en la edad de imputabilidad penal y —otros— el establecimiento de un proceso penal para los adolescentes. Desconociendo la existencia de un proceso de atribución de responsabilidad penal específico, aplicable a los adolescentes entre los trece y los dieciocho años de edad, vigente en el país desde setiembre de 2004, fecha en que se aprobó el Código de la Niñez y de la Adolescencia en Uruguay, en adelante CNA.

Paradójicamente, la sanción del CNA, que fue el instrumento legal por el que se estructuró el proceso de atribución de responsabilidad penal a los adolescentes, se visualizó como la consagración de la impunidad de los adolescentes. En él se estableció además un régimen sancionatorio específico para aquellos adolescentes que hubieran infringido la ley, dando,

en cierta medida, cumplimiento al mandato constitucional que en su artículo 43 dispone: “(...) *la delincuencia infantil sea sometida a un régimen especial...*”, contemplando la especificidad óptica del fenómeno, derivada de la condición de sujetos en desarrollo y estableciendo el deber al legislador de consagrar esa especialidad en la ley.

I. El concepto de peligrosidad

La original intención garantista, que inspirara la instauración de este sistema de atribución penal específica, no resultó finalmente consagrada en el texto legal por la inclusión, en el mismo, de disposiciones que atribuyen amplias facultades discrecionales a los magistrados, tanto para disponer la privación de libertad de los adolescentes imputados de la comisión de un hecho ilícito, como para prolongarla en base a un juicio de peligrosidad, tal como aparece preceptuado en los artículos 86 y el inciso tercero del artículo 91 del CNA, que a continuación se transcriben:

Artículo 86: “Las medidas de privación de libertad sólo se aplicarán a los adolescentes declarados por sentencia ejecutoriada, responsables de infracción, que a juicio del Juez justifique las mismas”.

Artículo 91: “(Duración de las medidas de privación de libertad).— La medida de privación de libertad tendrá una duración máxima de cinco años.

En ningún caso el adolescente que al llegar a los dieciocho años permanece sujeto a medidas, cumplirá lo que le resta en establecimientos destinados a los adultos.

En situaciones de peligrosidad manifiesta, se adoptarán las medidas que fueren compatibles con la seguridad de la población y los propósitos de recuperación del infractor”. (Subrayado nuestro).

Esta última disposición es la positivación jurídica de una concepción criminológica sustentada en las más grotescas tergiversaciones, formuladas respecto de dos grandes construcciones del pensamiento occidental: el positivismo y el evolucionismo darwiniano.

Entendemos necesario dedicar unos párrafos a la explicitación de los lineamientos teóricos conceptuales, centrales, de la doctrina criminológica de la que se desprende la teoría de la peligrosidad, dada la vitalidad que manifiesta la misma; no solo en el plano normativo sino como inspiradora de una serie de prácticas imperantes en el ámbito judicial, y que, en nuestro concepto, muchas veces son efectuadas por los operadores del sistema, sin que resulte para éstos evidente que están contribuyendo a la reproducción de un sustrato teórico que contraviene los más esenciales principios del Derecho.

El último tercio del siglo diecinueve verá surgir en el horizonte intelectual europeo un cuerpo teórico que intenta dar cuenta de los acontecimientos sociales a través de la enunciación de un conjunto de leyes que —como las fisiconaturales— gobiernan la vida

de los hombres en la comunidad. Así, estos teóricos intentaron explicar el fenómeno del delito a través de la caracterización del *uomo delinquente*.

Dentro de estas construcciones teóricas, se destaca por sus profundas repercusiones en el campo de la teoría criminológica y penal, y por haber inspirado un conjunto de reformas a la legislación penal sancionadas en los umbrales del siglo veinte, la denominada antropología criminal de Cesare Lombroso.

La fuerte influencia de estas corrientes se aprecia en la inclusión de normas referidas al establecimiento de amplias escalas penales, de las medidas de seguridad eliminativas, de las circunstancias agravantes o atenuantes de carácter subjetivo, de la reincidencia, así como en la aparición de institutos procesales penales tales como la prisión preventiva, la libertad provisional y condicional.

Para Lombroso existe un grupo de individuos en la sociedad que está genéticamente determinado al delito; este tipo de sujetos —reconocibles para este autor por sus rasgos **atávicos**— evidencia de manera palmaria el travestismo teórico de Lombroso. El *uomo delinquente* es un ser genéticamente primitivo, que no ha culminado el proceso evolutivo que desembocó en la especie humana. El acto delictivo pasa a ser una conducta a la que un grupo de personas está fatalmente determinada. Entonces, el foco de atención se desplaza del acto hacia el sujeto. El objeto central de la ciencia criminológica será el de determinar cuáles son los sujetos peligrosos y cuáles serán las medidas que la sociedad ha de tomar para protegerse de ellos.

Para los seguidores de la denominada escuela positiva, la sociedad ha de protegerse frente a estos individuos a través de la sanción penal, básicamente la reclusión, la eliminación física, entre otras. Lo que la sociedad en definitiva sancionará será al ser y no el quehacer.

No se necesita embarcarse en un ejercicio de reflexividad ética muy acusado para detectar la atrocidad moral de esta doctrina y su distancia abismal con el universo de lo jurídico. El derecho es una de las partes de la normatividad cuyo objeto es el establecimiento del deber ser, lo que se manifiesta en la determinación de las conductas debidas por las personas.

El derecho juzga las acciones; si un individuo está determinado irremediabilmente al delito, no se le puede exigir una conducta distinta, por tanto, no se le podrá juzgar como un infractor a las normas sociales, enervando la posibilidad de formular el juicio de culpabilidad. La normatividad social y más aún la jurídica están concebidas a partir de que los individuos son libres de determinar su conducta en uno u otro sentido.

La función de la justicia penal es la de establecer si un sujeto, actuando a plena conciencia y voluntad, ejecutó una conducta prohibida. Esta es también la función de la justicia penal juvenil, en la cual se han de juzgar acciones imputables a un adolescente, pasibles de un reproche de culpabilidad. No es función de la justicia ni de la pena perseguir la reforma

del individuo, a pesar de que este principio de reforma es el que mayoritariamente se invoca como la finalidad perseguida por la sanción penal, con particular énfasis en el ámbito de la justicia penal juvenil.

Como consecuencia de la aplicación del concepto de la peligrosidad, un sujeto pasa a ser sancionado —no por lo que hace— sino por lo que es, sustentado en un pronóstico de probabilidad delictiva. De esta manera, se convierte el acto delictivo en un mero síntoma.

Desde su misma cuna helénica, el pensamiento moral y jurídico de Occidente ha venido formulándose a partir de algunos ejes modulares, uno de éstos se refiere a que no se puede sancionar aquella conducta que no es el resultado de la libertad humana. Y, como expresara Aristóteles, libertad existe cuando hay conciencia y voluntad, frase cuyos ecos aún se escuchan en el campo de la moderna doctrina jurídica y que sirvieron de fundamento a los artífices de la teoría penal en su formulación clásica—Beccaria, Kant—.

La impregnación que la teoría de Lombroso ha tenido sobre los institutos penales contemporáneos, así como en la praxis cotidiana de los operadores judiciales y técnicos auxiliares de la justicia, es fácil de observar; ¿quién en el ejercicio de la profesión no se ha encontrado con informes elaborados por técnicos criminólogos —psiquiatras, psicólogos, asistentes sociales— en los que se da cuenta, por ejemplo que el adolescente imputado “usa tatuajes”? Al respecto, Lombroso expresaba que el tatuaje era una manifestación de la insensibilidad del criminal ante el dolor y de su atávico gusto por los adornos.

Una de las manifestaciones contemporáneas más significativas de la teoría de la peligrosidad es la que se conoce como la teoría del derecho penal del enemigo, formulada por Jakob, que parte de una diferenciación subjetiva de dos grupos de personas: los ciudadanos y los enemigos. A los primeros, cuando infringen la ley, se les aplica el derecho penal común o del ciudadano, porque lleva implícita la posibilidad de rehabilitación de los mismos. En cambio, los sujetos que conforman la segunda categoría, son pasibles de la aplicación de un derecho penal diferente —del enemigo—, caracterizado por la disminución de las garantías, por su eventual aplicación preventiva —medidas de seguridad— y por la extrema severidad de la sanción.

Para los propugnadores del derecho penal del enemigo, la condición de enemigo preexiste al ordenamiento jurídico. Por complejas y diversas circunstancias algunos sujetos, que no son visualizados como parte de la sociedad, terminan convirtiéndose en enemigos de ésta. El derecho penal del enemigo vendría —entonces— a resolver un problema fáctico: cómo se protege la sociedad de sus enemigos. La forma de hacerlo es a través de la eliminación de los sujetos peligrosos, lo que puede implicar la aplicación de la pena capital, la reclusión o medidas de seguridad por tiempo indefinido, entre otras. El propósito que se persigue es, en definitiva, desembarazar a la sociedad del peligro eventual que representan estos sujetos.

Este desdoblamiento del sistema penal tiene un presupuesto, que es la supuesta diversidad ontológica entre el ciudadano y el enemigo; estos últimos no serían titulares de los mismos derechos fundamentales de los que son poseedores los ciudadanos, de esta manera se “(...) *tiende a legalizar la posibilidad de privar a seres humanos de su condición de personas*”.¹

Uno de los componentes centrales de la teoría del derecho penal del enemigo es la diferenciación en el tratamiento de un mismo fenómeno, el acto delictivo, cuando éste se ha cometido por un ciudadano o por un enemigo de la sociedad. Lo que parece una reminiscencia de la clásica distinción que propugnaba la escuela criminológica positiva entre el delincuente ocasional y el habitual, entendiendo por este último a un sujeto que era en sí mismo una amenaza para la sociedad.

Si bien esta teoría a la que nos estamos refiriendo fue construida para abordar el tratamiento penal de terroristas, traficantes o de similar índole, poco a poco se van esfumando las fronteras con los delitos cometidos por las personas individualmente consideradas, tal como lo sostiene Silva Sánchez cuando expresa: “el tránsito del ciudadano al enemigo se iría produciendo mediante la reincidencia, la habitualidad, la profesionalidad delictiva, y finalmente, la integración en organizaciones delictivas estructuradas”.²

Toda esta construcción, este verdadero entramado conceptual, que conforma el denominado derecho penal del enemigo, tiene como presupuesto básico la existencia de una categoría de sujeto respecto del cual la sociedad debe defenderse, recogiendo la teoría lombrosiana del *uomo delinquente* como una categoría subjetiva, ontológica e intrínsecamente diferente del resto de los miembros de la sociedad. Esta formulación es, por cierto, la negación más franca a toda la teoría de los derechos humanos e implica el desconocimiento a un número indeterminado de individuos de su condición de personas, de sujetos de derecho.

Pero con ella no se acaban, por cierto, los signos de vitalidad del concepto de la peligrosidad. Quizá la más fuerte expresión de la teoría de la peligrosidad en la actualidad es la concepción que la ciudadanía en general se ha elaborado de las garantías penales, a las que visualiza como un mecanismo de protección del delincuente y concomitantemente del delito. Con lo cual se está expresando que la sociedad entiende que existe un grupo de personas, una categoría de sujetos, que son los delincuentes, y que esta condición existe *per se*, antes de la comisión del ilícito.

En este contexto, y poniendo énfasis en el específico ámbito adolescente, resulta por demás evidenciable que existe en la sociedad contemporánea una relación conflictual entre el mundo adulto y los adolescentes, en la que éstos son visualizados —muchas veces— como “potencialmente peligrosos”, como generadores de violencia y perturbación social. Por lo tanto, los adolescentes devienen en sujetos de los que la sociedad necesita protegerse.

1 Jorge Cerrutti. Revista Question Nº 21 (UNLP) - Verano 2009 <http://www.iade.org.a>
Derecho penal, guerra y estado de excepción: enemigos y criminales en el mundo contemporáneo. Pensamiento Crítico.

2 Silva Sánchez, La expansión del Derecho penal, 2da Edición. Ed. Civitas, Madrid, 2001.

Parece paradójico que este fenómeno se desarrolle en una sociedad donde el estándar del comportamiento ideal, la forma de ser por excelencia, es el ser adolescente. Quizás se trate de una extraña mueca de ironía de innegable raigambre freudiana, pero resulta por demás plausible pensar que los adultos están rechazando a aquellos que efectivamente son como ellos quisieran ser.

Esta visualización social de la adolescencia como un “estado” en sí mismo peligroso se refuerza cuando la sociedad se enfrenta con los comportamientos de algunos adolescentes, generalmente de aquellos que se encuentran en situaciones de mayor vulnerabilidad social. Frente a ellos la primera respuesta que atina a ensayar la sociedad es la punitiva. A ello concurren una diversidad de factores: uno de ellos es la existencia de discursos contradictorios a nivel de la cultura y otros se deben a desajustes estructurales de nuestras sociedades. En el caso de los primeros, nos estamos refiriendo a la intensidad y claridad con que la sociedad celebra y ensalza la obtención del éxito económico y social, por un lado, y por otro, la ambigüedad con que la sociedad juzga los procedimientos para el logro de este éxito. En algunos casos acepta sin mayores cuestionamientos procederse reñidos con la moral y rayanos en la ilicitud, más o menos solapada, y de manera simultánea, por conductas menos lesivas, que ponen en riesgo bienes jurídicos inferiores, reclama una sanción más severa.

En el caso de los desajustes de carácter estructural, nos referimos a la restricción a la que se enfrentan los adolescentes para obtener —por vía lícita— los bienes de consumo que son presentados por la publicidad como el pasaje a la felicidad.

Estos elementos redundan en la formulación de un mensaje muy ambiguo respecto a los valores que han de orientar la conducta de los miembros más jóvenes de la comunidad, impactando en ellos con mucha mayor intensidad por su condición de personas en desarrollo.

Esta incapacidad de la sociedad a la hora de formular respuestas diferentes a la punibilidad a esta problemática determina que los distintos operadores del sistema judicial, y particularmente los jueces, no se sientan inmunes al requerimiento social de mayor punición, exacerbando las nefastas consecuencias de la aplicación de la teoría de la peligrosidad en el ámbito del sistema penal juvenil.

II. El concepto de peligrosidad en el derecho positivo uruguayo

La doctrina de la peligrosidad ha servido de inspiración de un amplio abanico de disposiciones penales. Si bien las referencias explícitas al concepto de peligrosidad son relativamente escasas, a modo meramente enunciativo podemos citar los artículos 86 y 92 del Código Penal; artículo tercero de la Ley Número 15.859; artículo 328 del Código de Proceso Penal y el inciso tercero del artículo 91 del CNA.

Sin embargo, a lo largo de todo el ordenamiento jurídico penal se denota una fuerte impregnación de la teoría de la peligrosidad, que se refleja en distintos institutos tanto del derecho penal común como del derecho penal adolescente. Verbigracia, los institutos de la habitualidad, reincidencia, las medidas de seguridad, la prisión preventiva, entre otros.

A este respecto, corresponde precisar que —en el ámbito de los adultos— nuestro sistema penal prevé la posibilidad de aplicar medidas de seguridad eliminativas —artículo 92 del Código Penal— a aquellos individuos que se encontraran en las condiciones que se prevén en el artículo 48 del mismo cuerpo:

“Habitualidad preceptiva. Debe ser considerado habitual el que además de hallarse en las condiciones especificadas en el inciso precedente, acusare una tendencia definida al delito en concepto del Juez, por el género de vida que lleva, su inclinación a la ociosidad, la inferioridad moral del medio que actúa, las relaciones que cultiva, los móviles que surgen del delito cometido, y todos los demás antecedentes de análogo carácter. La habitualidad lo obliga al Juez a adoptar medidas de seguridad”.

La puridad teórico conceptual de nuestro legislador penal se expresa aquí sin mácula alguna, quedando en evidencia que dicha disposición fue concebida a partir del concepto de la peligrosidad. El codificador Irureta Goyena, que expresara que iba a limar las aristas más fascistas del código Rocco, con la finalidad de adecuarlo a la realidad nacional, fue omiso en eliminar esta disposición que parece de puño y letra de Cesare Lombroso.

Nuestra legislación penal no habilita, por cierto, la imposición de medidas de seguridad alguna cuando no se hubiera cometido delito; sin embargo, cuando un sujeto hubiera, por ejemplo, cometido un delito menor, pero se encontrare en alguna de las hipótesis previstas en el mencionado artículo 48, podrá ser objeto de las medidas de seguridad eliminativas, las que consistirán en la reclusión del individuo.

Para mayor abundamiento, cabe precisar que los autores de delitos imposibles también podrán ser objeto de medidas de seguridad que para el caso el código denomina preventivas (caución de no ofender y vigilancia por parte de la autoridad).

En otro aspecto de nuestra legislación en el que se ve reflejada la teoría de la peligrosidad es en las amplias escalas penales con las que se sancionan cada uno de los tipos penales que conforman la denominada parte especial del código. Esta amplitud de la escala penal determina una verdadera atribución de la facultad al magistrado de precisar en cada caso la sanción específica a aplicar. Para ello, el pretorio deberá analizar la concurrencia de circunstancias agravantes y atenuantes en el caso y, por manifiesto imperio legal, deberá tener en cuenta “la mayor o menor peligrosidad del culpable, sus antecedentes personales”.

Todos estos elementos han determinado que a nuestro código penal corresponda clasificarlo como un código híbrido, donde los elementos conceptuales propios de la teoría clásica

centrada en la conducta se entremezclan con elementos provenientes de la denominada teoría positiva, cuyo eje está colocado en la figura del delincuente.

En ocasión de la discusión parlamentaria que culminara con la sanción de la Ley 15.859, aprobada el 31 de marzo de 1987, nuevamente se expresó, a través de distintas voces, la fuerte receptividad que la teoría de la peligrosidad con todas sus implicancias ha tenido en el ambiente jurídico nacional. Dicha ley tuvo por objeto establecer un marco regulatorio al instituto de la prisión preventiva, ampliando el elenco de las excepciones al procesamiento con prisión, otorgando a tales efectos la facultad de no disponer el procesamiento sin prisión cuando concurrieran determinadas circunstancias.

Sin embargo, esta intención de reducir el dictado de prisiones preventivas no resulta contemplada en el texto sancionado, por la inclusión en el mismo del artículo tercero, en el que se estableció *que el Juez decretará la prisión preventiva cuando el hecho que se le imputare hubiera causado o pudiera causar a juicio del magistrado grave alarma social*. A esto ha de adicionarse la expresión que se utiliza en el literal b del artículo 1º —en la redacción dada por la Ley 16.058 de 27 de agosto de 1989— en el que se enuncian algunas de las circunstancias que han de concurrir para habilitar al magistrado al dictado del procesamiento sin prisión; en él se mandata al juez a analizar, entre otros elementos, la personalidad del imputado.

Resultan por demás significativas las expresiones que fueran vertidas tanto por algunos legisladores como por los representantes de la Suprema Corte de Justicia de la época, quienes expresaron la opinión del máximo órgano del Poder Judicial de la República. A modo de ejemplo se transcriben algunas de ellas:³

“La Suprema Corte de Justicia cree —y en ese sentido la opinión es unánime— que, más allá de los tecnicismos jurídicos, tiene que haber una opción para el Juez, en el sentido de que, cuando el hecho cause alarma social, no se decrete la excarcelación inmediata del procesado”.

En este mismo sentido se expresaba el autor del proyecto en discusión: “El artículo 3º atiene a lo que la Suprema Corte de Justicia denominó el sentido de justicia de la comunidad, *“la que enfrentada a cierto tipo de hechos puede experimentar una gran alarma social”*. Como se advierte claramente, de estas expresiones se desprende con nitidez y claridad indubitable cuál es la fuente conceptual en donde se nutrieron sus autores, los que se inspiraron en el denominado principio de la defensa social, apologado por los sostenedores de la doctrina criminológica positiva, que propugnaba que el derecho penal cumpliera la función de defender a la sociedad de los sujetos peligrosos, aun a costa de cercenar la libertad de éstos, sin necesidad de haber determinado en el proceso correspondiente su culpabilidad en un hecho antijurídico.

³ Diario de sesiones de la Comisión de la Cámara de Senadores de la República Oriental de Uruguay, 7/11/1985

En este sentido, entendemos por demás pertinente transcribir las consideraciones que, respecto a la inclusión en el proyecto de ley de esta concepción, efectuara el legislador Dr. García Costa. “Allí se dice que las personas no podrán ser liberadas a pesar de que concurran todos los otros factores, cuando hubiere razones de seguridad pública —nadie sabe lo que es— o se trate de un delito que cause alarma social”. En otro pasaje, este mismo legislador manifiesta su preocupación porque los promotores de esta modificación no lograron aclarar el alcance del concepto de seguridad pública y expresa: “Nos ha manifestado que para interpretarla confía en los jueces, porque son demócratas. No desearía ir preso en circunstancias en la que un Juez me diga que voy a quedar en esta situación a causa de la seguridad pública, si antes no sé qué interpretación se le va a dar a ese concepto”.

El derecho penal adolescente no ha escapado a la penetración de la teoría de la peligrosidad. Esto se ha reflejado tanto en las construcciones doctrinarias como en las jurisprudenciales y normativas, desde el momento en que comenzó a formularse en el país un derecho específico del menor, inspirado en el paradigma de la tutela de las personas menores de 18 años de edad, caracterizado por el desconocimiento de la condición de sujetos de derechos de los niños y de los adolescentes. Por lo cual se procedía a la aplicación de todo tipo de medidas de control social, que no eran otra cosa que verdaderas sanciones de carácter penal, con la particularidad de que las mismas no eran dictadas como consecuencia de un proceso de atribución de responsabilidad. Los objetos de esta tutela eran las personas menores de edad que la ley entendía se encontraban en situación irregular, como los denominados menores abandonados, moral o materialmente, a quienes equiparaba con los menores delincuentes. A los efectos de dejar en evidencia los fundamentos teóricos-doctrinarios que inspiraron a los codificadores, se transcribe a continuación un pasaje de la exposición de motivos del Código del Niño de 1934:

“La Comisión ha tenido en cuenta ante todo, que la gravedad del delito cometido no tiene en el caso la mayor importancia; la experiencia demuestra que casi siempre los menores más inadaptables a la vida del hogar y al régimen de los reformatorios, los impermeables a la acción persuasiva y educativa se cuentan entre los vagos, los viciosos, los pequeños rateros (...)”⁴

Dicha equiparación la establecía el artículo 119 del derogado código. Ambas categorías de menores de edad eran pasibles de las mismas medidas. Resulta ilustrativo transcribir un párrafo de la exposición de motivos de este código, cuando explicita las razones que llevaron al dictado de la citada disposición: “(...) Por lo demás, la ciencia moderna acentúa continuamente la tendencia a conceder mayor importancia al delincuente que al delito, porque la práctica enseña que el crimen es un índice engañoso de la temibilidad del criminal; se observa frecuentemente que delitos de escasa entidad objetiva castigados con penas insignificantes denuncian, por la forma y circunstancias en que se han cometido, carencias de sentido moral en sus autores (...)”⁵

⁴ Exposición de motivos, Código del Niño 1934, pág. 27.

⁵ Ídem.

Si el eje principal de atención era el sujeto y no la conducta, entonces qué sentido tiene el establecimiento de un proceso por el cual se determinara efectivamente la participación del menor de edad en un acto antijurídico. La inspiración de esta solución se encuentra también en la legislación de la época, tal como surge de la misma exposición de motivos en la que la Comisión redactora cita al Ministro Orlando que en una circular emitida a los Tribunales italianos, expresaba: “(...) es necesario que el magistrado instructor no se limite a establecer la materialidad del hecho delictuoso sino que proceda a todas las investigaciones que puedan hacer conocer la situación familiar del joven inculcado, el género y condiciones de su vida, los lugares y camaradas que frecuenta, la manera de ser y el carácter de aquellos que ejercen sobre él autoridad paterna o tutelar; los medios eventuales propios de la mala vida (...)”⁶

Todas las normas y formulaciones doctrinarias que hemos recorrido están plagadas de referencias a conceptos tales como temibilidad, alarma social, defensa social, categorías que forman el tronco analítico conceptual de la escuela positiva. La temibilidad era el término que usaba Garófolo para designar aquella condición que era propia de los sujetos peligrosos. El concepto de defensa social se deriva de una reformulación de la teoría de la pena; ésta deja de ser concebida como el castigo a una conducta antijurídica para convertirse en un instrumento de defensa social, que ha de desencadenarse como respuesta a la alarma social.

El Derecho nacional no ha podido desembarazarse de la pesada rémora que le implica el estar transido por distintas manifestaciones de la teoría de la peligrosidad.

Esta incapacidad para liberarse de este verdadero cuerpo extraño a la Justicia y al Derecho se manifestó una vez más en la sanción del CNA. Este cuerpo legal por el cual el país pretendió adecuar su legislación al nuevo paradigma consagrado en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN), resultando esta teleología —de alguna manera— tergiversada por la inclusión de disposiciones que sorprendentemente en los albores del siglo XXI vienen a recoger conceptos tales como la peligrosidad manifiesta.

III. La inconstitucionalidad de los artículos 86 y 91 inciso tercero del CNA

“Nullum Crimen E Nulla Poena Sine Praevia Legge Penale”

El principio de legalidad —elípticamente enunciado— se encuentra consagrado en el artículo 10 de la Constitución de la República. El mismo posee la indubitable significación de consagrar con rango constitucional este principio. El inciso segundo de dicho artículo expresa: *“Ningún habitante de la república será obligado a hacer lo que no manda la ley ni privado de lo que ella no prohíbe”*. Por tanto, no resulta tampoco procedente que se incremente la punibilidad de una conducta en mérito de un pronóstico de peligrosidad.

⁶ Idem

La pena a aplicarse no podrá ser otra que la establecida por la ley —en sentido formal y sustancial— por el hecho cometido y no por las características personales del sujeto, las cuales resultan indiferentes al derecho.

Esta indiferencia jurídica de los rasgos de la personalidad de las distintas formas de ser, del pensamiento, de la interioridad misma del sujeto, resulta consagrada a texto expreso en el inciso primero del artículo 10, el que dice: *“Las acciones privadas de las personas que de ningún modo atacan el orden público ni perjudican a un tercero, están exentas de la autoridad de los magistrados”*. Lo que viene a consagrar enunciándolo a contrario sensu el principio de lesividad, sólo podrán ser objeto de prohibición, de sanción por la ley, aquellas conductas que desencadenen un daño efectivo a algún bien jurídico protegido.

El concepto de la peligrosidad es un verdadero cuerpo extraño dentro de la teoría penal. Ésta, como fuera formulada magistralmente entre fines del siglo dieciocho y principios del siglo diecinueve, tiene en el principio de legalidad su eje central. Este principio consiste esencialmente en que ninguna persona puede ser sancionada si, no por haber incurrido en una conducta previamente tipificada como delito en la ley y no puede ser objeto de otra sanción que aquella que no sea la concretamente establecida como respuesta a la específica sanción cometida.

El diagnóstico de la peligrosidad en el caso de los adolescentes se ha extendido más allá del análisis de la personalidad del sujeto. En efecto, se utilizan como criterios determinantes de la peligrosidad consideraciones de carácter social, sintetizadas en eufemismos tales como “continentación familiar”, refiriéndose a aquellos casos de ausencia de familia responsable referente, conformada de acuerdo a pautas tradicionales.

En otros casos resulta evidente que la peligrosidad del adolescente se determina a partir de la consideración de las carencias sociales y de las de su entorno familiar, cuando en realidad estas circunstancias deberían ser utilizadas para fundar la disminución del reproche penal, cuando hubieran operado como una determinante de la conducta infraccional del adolescente.

Esta construcción del adolescente como peligroso es un resabio de la categoría de menores abandonados, moral y materialmente del Código del Niño, tal como viéramos anteriormente.

En situaciones como las referidas, en realidad se está frente al incumplimiento de las obligaciones positivas del Estado, consagradas a texto expreso en la Constitución de la República, artículo 40: “(...) El Estado velará por su estabilidad moral y material para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad”. Y en varios instrumentos de derechos humanos de carácter internacional, de rango constitucional en el país, según lo preceptuado por el artículo 72 de la Carta: *“La enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución, no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno”*.

El incremento de la punibilidad a partir de un juicio de criminalidad sustentado en consideraciones ajenas a la conducta y al sujeto imputado, fundada en la situación de riesgo social, importa la manifestación de una responsabilidad penal de tipo objetiva; en este caso, se estaría responsabilizando penalmente a un sujeto por factores o elementos que son ajenos a su persona; la responsabilidad penal es un fenómeno eminentemente subjetivo: sólo puede ser sancionado un sujeto por actos imputables a su conducta, al despliegue de su subjetividad y que resulten reñidos con el ordenamiento jurídico. Estas prácticas constituyen un atentado flagrante a los más esenciales derechos humanos. Dicho ejercicio está vedado por nuestro ordenamiento constitucional por lo dispuesto por el artículo 72.

Si alguna duda, abrigara el intérprete, respecto de la consagración del principio de legalidad en nuestra Constitución, dicha dubitación no puede más que esfumarse ante el texto claro del artículo 72 de la norma constitucional. La citada norma es de interpretación e integración constitucional. Respecto de la primera, en él se establece que la enumeración de derechos, deberes y garantías no es taxativa y en lo que hace a la integración, se dispone que a dicha enumeración deban adicionarse todos aquellos derechos que se desprendan de la dignidad de la persona humana y de la forma republicana de gobierno.

Entendemos por dignidad humana aquel conjunto de condiciones en las que debe desarrollarse la vida de los hombres para no ver degradada su condición de tales, verbigracia, prohibición de todo trato cruel, degradante y discriminatorio en ningún ámbito donde se desenvuelve la vida de la persona, y esto vale tanto para el ámbito familiar, social, laboral, educativo, carcelario.

El principio de legalidad es una manifestación de la dignidad humana, en tanto, sólo procede castigar a una persona cuando ésta con su conducta ha infringido alguna de las normas que la comunidad se ha dado para regular la vida en sociedad. El poder sancionatorio del Estado sólo podrá aplicarse en esta particular circunstancia y en ninguna otra hipótesis. Es condición propia de los hombres el ser libres, siendo un atributo inalienable de cada persona, desarrollar su vida de la manera que ella entienda adecuada a sus preferencias, creencias y valores.

En cuanto a la segunda categoría de derechos del artículo 72 —aquellos derivados de la forma republicana de gobierno—, se integran con los derechos que emergen de los principios de separación de poderes y del control jurisdiccional y político del ejercicio del gobierno, más aquellos derechos que vengán a garantizar la participación efectiva de las personas en las distintas instancias deliberativas de las que emerjan las normas que han de regular la vida de la comunidad y en todo proceso en el que tomen decisiones que afecten su vida. Este último aspecto cobra especial importancia en el caso de los niños, niñas y adolescentes, a quienes este artículo viene a garantizarles el derecho a la participación en todos los ámbitos institucionales donde desarrollan su vida, familia, escuela y servicios públicos. El principio de legalidad también es un principio inherente a la forma republicana de gobierno, en tanto es característica esencial de un Estado republicano el que el gobierno

se desenvuelva ajustado al Derecho, limitado por éste. El principio de legalidad es tanto una garantía para el individuo como un límite al ejercicio del poder punitivo del Estado. Ningún órgano del gobierno del Estado, esto incluye obviamente a los órganos del Poder Judicial, podrá disponer la aprehensión o sanción alguna a persona alguna que no hubiera incurrido en una conducta tipificada previamente como delictual.

Ningún instrumento legal podrá válidamente otorgar un poder sancionatorio penal genérico a ningún órgano del Estado, como lo realiza el legislador en el caso de las disposiciones cuya inconstitucionalidad venimos analizando, otorgando un amplio margen de discrecionalidad al magistrado para evaluar las circunstancias que subjetivamente conforman la peligrosidad.

Como se desprende del análisis que ha efectuado Dworkin respecto de la naturaleza de la función jurisdiccional, existe una verdadera imposibilidad lógica jurídica de que un magistrado pueda aplicar una disposición contraria a los principios generales del derecho.

Si bien está dentro de las funciones del juez interpretar los hechos, las normas y especialmente aquellas que no son claras o muy genéricas, como en este caso, como lo ha formulado Dworkin,⁷ el juez deberá recurrir a los principios generales del derecho, que son *“(en sentido estricto, en cuanto diferente a las orientaciones teleológicas) a un estándar que ha de ser observado no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social, que se considere deseable, sino porque es una exigencia de la justicia, la equidad o alguna otra dimensión de la moralidad”*. No es procedente con nuestra organización política, como lo expresa este autor, que los magistrados puedan producir derecho en términos sustanciales, si bien la labor jurisdiccional importará la producción de derecho en términos formales a través de la sentencia, *“reconocer a los jueces facultades legislativas que nadie le ha otorgado, y que estaría contra el principio republicano de la separación de poderes”*.

En el verdadero proceso de traducción de las normas genéricas al caso del que emergerá el mandato jurídico concreto, el juez debe efectuar algo más que un proceso silogístico, deberá colorear de significado expresiones genéricas, polisémicas; esta tarea deberá ser efectuada ceñida a los principios generales del derecho, los que serán tanto guía como límite de este ejercicio.

Dentro de los principios que informan el orden jurídico nacional e internacional de los derechos humanos, se encuentra el denominado principio del interés superior del niño, que se encuentra consagrado en el artículo tercero de la CDN:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

⁷ R. Dworkin, 1984, pág. 72.

Este principio tiene, entre otras funciones, la de operar como un límite a la intervención arbitraria o infundada del Estado. Así lo ha definido el Prof. Miguel Cillero, quien ha venido a precisar el alcance, contenido y funciones de este principio: *“De este modo es posible afirmar que el interés superior del niño, es nada más, pero nada menos que la satisfacción integral de sus derechos. (...)”* Más adelante Cillero expresa: *“Es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas (...)”*⁸

Este principio —como todo principio jurídico— cumple varias funciones, sirve como orientación al legislador y como límite de su labor, en tanto deberá tenerlo en cuenta al momento de legislar en materia de infancia. El legislador deberá operativizar este principio, creando los instrumentos legales necesarios para la protección de los derechos de los niños, en todos los ámbitos. Y este principio además opera como límite de la función legislativa, en tanto el legislador no podrá crear normas que contravengan al mismo.

Este principio también ha de servir al intérprete en su praxis hermenéutica; entre las funciones que cumplen los principios jurídicos está la de facilitar y guiar la tarea del intérprete. Sin entrar en profundidad en un tema que ha merecido la atención de los filósofos del derecho desde hace siglos, está para nosotros bastante claramente determinado que toda norma jurídica requiere ser interpretada. Por mayor claridad en que se exprese el texto jurídico, siempre será necesario interpretarlo. La propia naturaleza de la norma jurídica, su carácter general y abstracto determinará que quien tenga la responsabilidad de aplicar el mandato jurídico, deba dotarlo —siempre— de un significado referido a una situación concreta, en la que debe actuar la ley. Cuando el juez, el fiscal o el abogado o cualquier autoridad del Estado deban encarar la ardua tarea de resignificar en la situación concreta algunas de las normas referidas a la infancia, deberán ceñir su tarea al principio del interés superior del niño.

De las diversas interpretaciones o lecturas posibles de una disposición normativa el intérprete deberá elegir aquella solución que priorice el interés superior del niño, en su carácter holístico, sistemático, es decir, la decisión judicial deberá resguardar el derecho a la vida, a la libertad y a condiciones económicas, sociales que aseguren el pleno desarrollo del niño. En definitiva, se procurará afectar la menor cantidad de derechos del niño, asegurándole el pleno ejercicio de los derechos fundamentales, de manera de no poner en riesgo su desarrollo presente y futuro.

Otra de las funciones que viene a cumplir este principio es la integradora. Ante un vacío normativo, este principio deberá tanto inspirar, servir de guía, en la tarea encaminada a colmar ese vacío jurídico, como límite infranqueable dentro del que será lícito ejercer dicha praxis.

⁸ Miguel Cillero Bruñol. Revista Justicia y Derechos del Niño, número 9, segunda edición, UNICEF, Chile, noviembre de 2008.

Este principio tiene diversas traducciones en el ámbito de la intervención penal referida a los adolescentes. El mismo determina que toda la actuación punitiva del Estado encuentra un límite que no podrá traspasar en ninguna circunstancia.

La acción punitiva del Estado debe ejercerse siempre como última ratio y dentro del mínimo de lo imprescindible.

La lesividad que importa siempre la sanción penal deberá impactar sobre la menor cantidad de derechos posibles, lo cual determina que no sea procedente en ningún caso disponer la privación de libertad de un adolescente en base a consideraciones tales como la temibilidad o peligrosidad del mismo. El juez deberá considerar el interés del adolescente como prioritario, aun en esta materia, por encima de cualquier otra consideración, incluso la del interés colectivo, tal como lo expresa Cillero cuando dice que la Convención *“reconoce que los derechos del niño pueden entrar en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada, y que los derechos del niño deben ponderarse de un modo prioritario”*.⁹

La privación de libertad dispuesta, fundada en una apreciación efectuada respecto de algunos rasgos de la personalidad del adolescente que determinaría su aparente peligrosidad manifiesta, sólo encuentra fundamento en el denominado principio de la defensa social, el que habilitaría la actuación punitiva del Estado, dirigida a proteger a la sociedad, desconociendo —entonces— el mandato de la Convención y por ende de la Constitución de la República, que determina la preponderancia del interés superior del adolescente por sobre cualquier otro. En este caso se estaría restringiendo un derecho fundamental del adolescente —derecho a la libertad— en base a consideraciones ajenas al hecho ilícito cometido.

El establecimiento por parte del CNA del concepto de peligrosidad manifiesta como fundante del incremento de la sanción penal implica un desconocimiento del principio del interés superior, en tanto no existe derecho alguno de la sociedad que pueda fundamentar una restricción a un derecho tan esencial como el de la libertad, como consecuencia del eventual riesgo que pueda importar para la sociedad que el adolescente no sea recluso. Esto estaría determinando la primacía de un simple interés colectivo sobre un derecho individual inalienable. El interés superior del niño como principio esencial de la legislación evidentemente obsta a que pueda cercenarse un derecho de esta naturaleza en atención a un aparente interés colectivo.

EL principio del interés superior del niño no es otra cosa que una verdadera garantía que viene a asegurar el pleno desarrollo de los niños y adolescentes. Es, por lo tanto, un derecho inherente a la protección de la dignidad humana, por lo que posee, por disposición del artículo 72 de la Carta, rango constitucional en la República.

En el ordenamiento jurídico uruguayo estos principios —de legalidad, de lesividad y del interés superior del niño— están claramente recogidos en el ya mencionado artículo

⁹ Ídem.

72 de nuestra Constitución. En consecuencia, cuando algún magistrado de la República procede a hacer uso de las facultades que le otorga el artículo 86, fundando el derecho en el inciso tercero del artículo 91, está trasgrediendo los límites que al ejercicio de su función le imponen los principios generales del derecho.

Por aplicación del artículo 72, ingresan a nuestro ordenamiento jurídico con rango constitucional todos los instrumentos jurídicos internacionales en que se consagren derechos fundamentales de las personas que protejan su dignidad y el ejercicio de sus derechos civiles y políticos, así como los derechos de carácter económico y social que posibiliten el efectivo y pleno ejercicio de aquéllos. En consecuencia, instrumentos internacionales tales como la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, entre otros tantos, poseen rango constitucional en la República.

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en diciembre de 1948, se consagraron los principios de legalidad y de lesividad, que vienen a obstar, a impedir, que a una persona se le sancione en base a un juicio de peligrosidad. El inciso segundo del artículo 29 de la misma establece: *“En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona está solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y de las libertades de los demás (...)*” (subrayado es nuestro).

Este artículo posee una similitud de contenido con el artículo 10 de nuestra Constitución de la República. Como este último, dicho inciso viene de manera indirecta a establecer que sólo puede ser objeto de sanción penal aquel individuo que ha incurrido en una conducta que previamente ha sido calificada como antijurídica por la ley. Y más adelante establece un límite infranqueable a la ley: sólo será posible establecer como antijurídica una conducta cuando la misma importe una lesión a los derechos y libertades de otras personas, por lo que toda vez que una ley venga a establecer una figura penal, la misma deberá fundarse en la necesidad de protección de algún bien jurídico, de los que se hace mención en el citado inciso.

Pero este no es el único instrumento internacional que consagra el principio de legalidad. Referido al específico ámbito del derecho penal de adolescente, la CDN lo viene a consagrar en el artículo 40.

Entre las garantías y derechos establecidas en la CDN, y los derechos, garantías y deberes de la sección segunda de la Constitución de la República, existe una verdadera identidad de contenidos, que permitió —en su momento— la exigibilidad inmediata de la protección de los derechos y garantías de las personas menores de edad sometidas a procesos de naturaleza punitiva ante los tribunales del país.

El artículo 332 de la Constitución otorga plena operatividad a todas las disposiciones que reconozcan derechos a los individuos, atribuyan facultades e impongan deberes a las

autoridades públicas, estableciendo que no será obstáculo para la efectivización de los mismos la falta de reglamentación respectiva.

“Los preceptos de la presente Constitución que reconocen derechos a los individuos, así como los que atribuyen facultades e imponen deberes a las autoridades públicas, no dejarán de aplicarse por falta de la reglamentación respectiva, sino que esta será suplida recurriendo a los fundamentos de las leyes análogas y a los principios generales del derecho y a las doctrinas generalmente admitidas”.

El rango constitucional que adquiere la CDN en el orden jurídico de la República, tal como venimos formulando, determina que una disposición legal que contravenga alguna disposición convencional esté reñida con nuestra Constitución.

El artículo 40 de la CDN dispone 40.2 *“a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable, a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u ocasiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron”.*

La citada norma consagra, sin lugar a hesitación alguna, el principio de legalidad en el proceso de responsabilidad adolescente, lo que implícitamente obsta la aplicación de la teoría de la peligrosidad como fundamento del ejercicio sancionatorio.

El elenco de disposiciones inconstitucionales del CNA no se agota en el inciso tercero del artículo 91; existe dentro del capítulo que el CNA dedica a la organización del proceso penal adolescente otra disposición de muy dudosa constitucionalidad que es el Artículo 86, en el que se faculta al juez a disponer de manera discrecional la privación de libertad.

La atribución de facultades discrecionales para la disposición de sanciones es una violación flagrante al principio de legalidad, una de cuyas manifestaciones fundamentales es la existencia de una pena previa específica a ser aplicada frente a cada una de las conductas antijurídicas.

El artículo 86 está articulado teleológicamente con el inciso tercero del artículo 91 y ambas disposiciones legales conforman una sistemática inspirada en el aberrante principio de la defensa social.

El artículo 86 permite determinar discrecionalmente la sanción a aplicar frente al acto infraccional; esto posibilita que el magistrado pueda graduar la respuesta sancionatoria en atención a la peligrosidad del sujeto, cuando ésta —en concepto del juez— surja de manera clara, evidente, y entonces estará habilitado para aumentar la respuesta punitiva.

En la hipótesis de que un juez proceda a aplicar de forma armoniosa lo preceptuado en los citados artículos, cuya constitucionalidad venimos cuestionando, deberá tomar en cuenta, para juzgar al adolescente y determinar su eventual peligrosidad aquellos elementos que resultan de su subjetividad, al evaluar las características personales del adolescente, las del núcleo familiar al que pertenece y a su condición económico-social y cultural, y

debiendo recurrir para fundarlo científicamente a un informe pericial, en el que se formule algún pronóstico delictual.

Uno de los componentes esenciales del principio de legalidad es que la pena a aplicarse a la conducta debe estar previamente determinada por la ley; la persona tiene el derecho inalienable de conocer en qué casos y en qué circunstancias puede eventualmente ser objeto de una u otra sanción. Este principio es desconocido cuando se le otorgan al encargado de juzgar facultades discrecionales para la fijación de la pena.

IV. A modo de conclusión

La claridad de la colisión entre las normas de carácter constitucional y varias normas internacionales de rango constitucional, con el inciso tercero del artículo 91 y el artículo 86 CNA, no deja lugar a dudas acerca de la inconstitucionalidad de las mencionadas disposiciones legales.

Aun analizando estas dos disposiciones, conforme a la tesis más restrictiva respecto a las potestades de control de constitucionalidad de las leyes de la Suprema Corte de Justicia, deberíamos concluir su contravención con el texto constitucional. La tesis restrictiva a la que nos estamos refiriendo entiende que sólo es procedente la declaración de inconstitucionalidad de una disposición legislativa cuando la misma entra en contradicción flagrante con una norma constitucional. Esta corriente doctrinaria y jurisprudencial se funda normativamente en lo dispuesto en el numeral 20 del artículo 85 de la Carta, referido a las competencias del Poder Legislativo. En el citado numeral se expresa: *“Interpretar la Constitución sin perjuicio de la facultad que corresponde a la Suprema Corte de justicia de acuerdo a los artículos 256 a 261”*.

Los propugnadores de esta tesis restrictiva entienden que esta disposición le está otorgando al Poder Legislativo la facultad de disponer la interpretación obligatoria del texto constitucional, en el entendido de que no podría tener otra significación dicha disposición, ya que, como resultado obvio —sin necesidad de disposición constitucional alguna—, el Poder Legislativo podría interpretar la Constitución como reza el propio numeral 20 del artículo 85; esta facultad es sin perjuicio de las atribuciones que respecto del control de la constitucionalidad de las leyes se le otorga al máximo órgano judicial de la República.

En el proceso de elaboración de las leyes el legislador efectúa necesariamente un ejercicio de interpretación de las normas constitucionales con el objetivo de que la ley se ajuste a los preceptos constitucionales. Por ello, quienes sostienen esta tesis restrictiva lo hacen en el entendido de que una ley sólo puede ser declarada inconstitucional cuando el legislador hubiera interpretado equivocadamente la Constitución; en esta hipótesis la Suprema Corte de Justicia podría decretar la inobservancia de una ley. Además de entender que dicha interpretación es de carácter vinculante. Por lo tanto,

sólo sería procedente decretar la inconstitucionalidad de una ley cuando —de manera inopinable— entrara en contradicción con la Constitución.

Esta tesis resulta pasible de varios cuestionamientos en un ordenamiento jurídico como el uruguayo, en el cual el poder normativo constitucional reside radicalmente en la Nación, que ha de expresarse a tales efectos a través de uno de sus órganos, el Cuerpo Electoral, y es obvio que la función legislativa está subordinada a lo dispuesto por la Constitución, en tanto ésta emana de un órgano de mayor poder normativo. El Parlamento de la República carece de la más mínima atribución para modificar o trastocar —aunque sea por vía interpretativa— las disposiciones constitucionales, ya que esta potestad le es otorgada expresamente por la Constitución a otro órgano del Estado: el Cuerpo Electoral. De manera coherente con esta formulación, es que le ha otorgado la Constitución al órgano jerarca del Poder Judicial la facultad de controlar esta subordinación de la función legislativa a lo dispuesto por el texto constitucional.

El contenido del inciso tercero del artículo 91 y artículo 86 del CNA está reñido con lo dispuesto en el inciso segundo el artículo 29 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, con los artículos 3º y 40 de la CDN, ambos instrumentos de rango constitucional por imperio del artículo 72 de la Carta y con el artículo 10 del texto constitucional.

La aplicación de la doctrina de la peligrosidad contraviene los principios fundantes del orden jurídico internacional y nacional, recogidos en toda la sección segunda de la Carta constitucional. Tomar en cuenta la supuesta peligrosidad manifiesta del adolescente para incrementar la punibilidad y disminuir las garantías del proceso, importa el desconocimiento de los derechos más esenciales, inherentes a la condición humana.

El inciso tercero del artículo 91 y el artículo 86, que el legislador introdujo en el CNA, se dan de bruces, además, con los principios y garantías establecidos en el mismo Código, en el artículo 74 y especialmente en el inciso A, que consagra el principio de legalidad:

“Principios de judicialidad y legalidad.— El adolescente imputado de haber cometido una infracción a la ley penal, será juzgado por los Jueces competentes en conformidad a los procedimientos especiales establecidos por este Código. Se asegurará, además, la vigencia de las normas constitucionales, legales e Instrumentos internacionales, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño”.

Por todo lo expresado, entendemos que en todas las circunstancias en que, por no ser advertido por el juez competente en el caso, éste procediera a utilizar las facultades discrecionales otorgadas por el artículo 86 del CNA, en base al juicio de peligrosidad en cualesquiera de sus manifestaciones, la defensa está plenamente habilitada para impugnar dicha resolución, a través de la promoción de la acción de inconstitucionalidad por vía de acción y defensa, no correspondiendo otra cosa que el decreto de desaplicación por parte de la Suprema Corte de Justicia.

Bibliografía

Aller Maisonnave, Germán. “Peligrosidad y Derecho Penal”, *Violencia y Peligrosidad en la sociedad de hoy*, Konrad Adenauer, Editor y compilador: Dr. Daniel C. Malztman Pelta, Montevideo, 2002.

Baratta, Alessandro “Infancia y democracia”, página 207, *Derecho a tener Derecho*, tomo 4. UNICEF, Instituto Ayrton Sena, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, Uruguay.

Baratta, Alessandro “Democracia y derechos del niño”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, número 9, UNICEF, segunda edición, Santiago de Chile, noviembre de 2008.

Jorge Cerrutti. “Derecho penal, guerra y estado de excepción: enemigos y criminales en el mundo contemporáneo”. *Pensamiento Crítico*, Revista Question N° 21 (UNLP) 2009 <http://www.iade.org.ar>

Cillero Bruñol, Miguel. “Responsabilidad penal del adolescente y el interés superior del Niño”, *Revista Justicia y Derechos del Niño*, número 9, UNICEF, segunda edición, Santiago de Chile, noviembre de 2008.

De Zan, Julio. “La ética, los derechos y la justicia”, Konrad Adenauer, Argenjus y Fores, Montevideo, 2004.

Derechos Humanos en el Uruguay. Legislación Nacional. Editado por Cámara de Representantes de la República Oriental del Uruguay, Montevideo, 1999.

Diario de sesiones de la Cámara de Senadores, República Oriental del Uruguay. Páginas 103 y siguientes, 7 de noviembre de 1985.

Encalada Hidalgo, Pablo. “Derecho penal del enemigo”. *Revista Judicial DLH* <http://www.derechoecuador.com>

Foucault, Michel. “La vida de los hombres infames”. Colección Caronte ensayos, Editorial Altamira, La Plata, Argentina, 1996.

García Méndez, Emilio. “Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia”. *Revista Justicia y Derechos del Niño*, número 9, UNICEF, segunda edición, Santiago de Chile, noviembre de 2008.

García Méndez, Emilio (Compilador). “Infancia y democracia en la Argentina. La cuestión de la Responsabilidad Penal de los adolescentes”, Fundación Sur-Argentina, Editores del Puerto/ Ediciones del Signo, Argentina, 2004.

Jakobs Ghunter. Manuel Cancio Mellá, *Derecho Penal del Enemigo*, Cuadernos Civitas, primera edición, Madrid, 2003.

Jay Gould, Stephen. “La falsa medida del hombre”, Biblioteca de divulgación científica, Ediciones Orbis, Hyspamérica ediciones, Argentina, febrero de 1988.

Jiménez de Aréchaga, Eduardo. "Normas vigentes en materia de derechos humanos en el Sistema Interamericano. La Convención Interamericana como derecho interno", Fundación de Cultura Universitaria, Montevideo, Uruguay, noviembre de 1988.

Lombroso, Cesare. "Los criminales". Centro editorial Presa, Barcelona, 2003.

Lombroso, Cesare. La Escuela criminológica positivista. Analecta, 2003.

Metallo, Mercedes y Orihuela, Beatriz. "Código del Niño de la República Oriental del Uruguay de 1934", Fundación de Cultura Universitaria, tercera edición, 1991.

Preza Restuccia, Dardo. "Libertades en el proceso penal", Editorial Idea SRL, Montevideo, Uruguay, 1990.

Silva Sánchez, Jesús María. La expansión del Derecho penal, 2^{da} edición. Ed. Civitas, Madrid, 2001.

Uriarte, Carlos. "Control Institucional de la Niñez Adolescencia en infracción", Carlos Alvarez Editor, Montevideo Uruguay, agosto de 1999.

BRASIL: MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS E O ADOLESCENTE AUTOR DE ATO INFRAACIONAL

JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA

*“...não vês ali, sentadas
nessa casa, essas
crianças que parecem
emergir dum sonho?
Os mesmos que lhes
deviam amor lhes
deram morte...”
(Ésquilo. Orestíada. 498 a.C.)*

O tema

O tema relativo às medidas socioeducativas, enquanto resposta do Estado ao ato infracional cometido pelo adolescente, oportuniza a uma série de reflexões no contexto latinoamericano, onde os efeitos da Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança, em muitas Nações, contaminadas pela atuante cultura tutelar, ainda não passou de uma Carta de Intenções.

Aqui e ali, no continente, surgem propostas de redução da idade penal, de desconsideração do modelo de responsabilidade penal juvenil expresso na Convenção dos Direitos da Criança, ou ainda ações perversas de mitigação do conjunto das garantias, para o exercício perverso da discricionariedade sem limite, como nos adverte Emílio Garcia Mendez, sob o pífio argumento que as medidas socioeducativas não são penas.

No Brasil, com toda sua dimensão territorial e populacional e marcadas diferenças regionais, naquilo que diz respeito à execução de programas socioeducativos, apesar da sempre atuante mídia reacionária, há excelentes programas em andamento, com expressivos resultados, redução de reincidência, comprometimento do Estado e da Sociedade e grande eficiência.¹

A par dessa situação há os fracassos não menos espetaculares, produto do corporativismo institucional, indiferença do Poder Público (Executivo, como um todo, e Sistema de Justiça

¹ Suficiente para constatar tal situação as diversas experiências descritas, de norte a sul do Brasil, que se habilitaram ao Prêmio Socioeducando, realizado pelo Governo Federal, ILANUD e diversas organizações em 2008, em múltiplas categorias. No Estão do Rio Grande do Sul destaca ação da Rede de entidades de Centro de Defesa dos Direitos da Criança e do Adolescente (CEDEDICA) que executa programas socioeducativos em Meio Aberto com excelentes resultados, vide www.cededica.org.br

—onde incluo Judiciário, Ministério Público, Defensoria e Organismos de Segurança e Atendimento) e indiferença da própria sociedade.

As boas experiências, inclusive em privação de liberdade, raramente encontram espaço na imprensa para divulgação. Já o contrário é de conhecimento público, em denúncias que se sucedem, revelando uma situação insuportável e inadmissível; o modelo de atendimento para adolescentes privados de liberdade da antiga FEBEM de São Paulo (agora Fundação CASA), exposta na mídia seguidamente por suas mazelas e violação dos direitos humanos dos adolescentes, mas também de suas vítimas e do próprio pessoal que trabalha com estes jovens.

É inegável que estes jovens são, em sua esmagadora maioria, vítimas de um sistema. Vítimas do abandono estatal e da família, no mais das vezes. Mas também não se pode negar, que são, ou que tornam-se, vitimizadores. Do sucesso no trato da questão infracional, de nossa capacidade de demonstrar o sentido de responsabilização da Lei, que contempla direitos e obrigações, depende o futuro da própria Doutrina da Proteção Integral dos Direitos da Criança expressa na Convenção da qual o Estatuto faz-se a versão brasileira.

Cumprir lembrar, como enfatiza Emilio Garcia Mendez, que embora o número de adolescentes autores de ato infracional seja percentualmente insignificante em face do conjunto da população infanto-juvenil, a ação deste pequeno grupo tem grande visibilidade. É bom que se destaque que se está a falar, no caso do Brasil, de menos de um por cento da população infanto-juvenil, se cotejados os números daqueles adolescentes incluídos em medidas socioeducativas (de privação de liberdade e de meio aberto) com o conjunto da população com menos de dezoito anos.

Ainda assim, por conta de uma crise de implementação do Estatuto da Criança e do Adolescente, que resulta de uma crise de interpretação do próprio Estatuto,² as insuficientes ações em face da chamada “delinquencia juvenil” acabam tendo o poder de contaminação de toda a política pública de defesa dos direitos humanos da infância e da juventude brasileira, colocando em risco a proposta de funcionamento de todo sistema.

Como as boas experiências não tem suficiente visibilidade, é inculido na opinião pública um sentimento falso de que o modelo de atendimento de adolescentes infratores está fadado a não funcionar.

Ao lado disso, os inimigos do Estatuto da Criança e do Adolescente no Brasil propalam aos quatro ventos, semeando sofismas e muitas inverdades, a idéia falsa de que o Estatuto teria se transformado em um instrumento de impunidade, confundindo conceitos, não sabendo estabelecer a diferença entre inimputabilidade penal (ou seja, a vedação de submeter-se o adolescente ao regramento penal imposto ao adulto, no Brasil os maiores de 18 anos) e impunidade.

² Emilio Garcia Mendez define magnificamente essa questão em “Adolescentes e Responsabilidade Penal: Um debate Latinoamericano”. AJURIS, ESMP-RS, FESDEP-RS: Porto Alegre, 2000

Por conta de uma série de informações equivocadas que circulam por diversos espaços, em especial pela mídia, é bom que se consigne aqui a experiência européia.

Alemanha, Bélgica, Bulgária, Dinamarca, Espanha (desde o novo CP espanhol, que revogou a legislação penal franquista), França, Grécia, Holanda, Hungria, Inglaterra, Itália, Romênia, Suécia e Suíça, fixam a idade de responsabilidade penal em 18 anos.

Alemanha, Dinamarca, Espanha, Romênia e Suíça, esta até os 25 anos, e aqueles até 21 anos, tem um tratamento diferenciado para o “jovem adulto”, que poderá, em certas circunstâncias submeter-se às “sanções” próprias da adolescência, mesmo já penalmente imputáveis.

Estes países prevêem em suas legislações a responsabilização dos inimputáveis (como o Brasil, pelo Estatuto), com regramentos variados: Alemanha, Áustria, Bulgária, Hungria, Itália, a partir dos 14 anos; Bélgica, Portugal e Romênia a partir dos 16 anos; Dinamarca e Suécia a partir dos 15 anos, Espanha e Holanda (como o Brasil) a partir dos 12 anos; França, Grécia e Polónia a partir dos 13 anos e Inglaterra e Suíça que dão possibilidade de responsabilização de crianças, com sanções especiais, desde os sete anos.³

Por não saberem distinguir inimputabilidade de impunidade induzem em erro a opinião pública, trazem propostas reducionistas à idade de responsabilidade penal, distorcem fatos. Muitos o fazem por desconhecimento, por ignorarem os instrumentos introduzidos pelo Estatuto da Criança e do Adolescente. “Vomitam aquilo do qual não se alimentaram”, como certa vez sentenciou Antônio Carlos Gomes da Costa.

Assim se aproveitam os simplistas de prontidão, diante do clima de insegurança, violência e medo que desnorteia a sociedade brasileira, e bradam com propostas de redução de idade de imputabilidade penal, induzindo a opinião pública no equívoco de que inimputabilidade seria sinônimo de impunidade, construindo um imaginário de que tal alternativa seria apta a conter a criminalidade e restabelecer a ordem. Para falar dos vizinhos, no Uruguay o discurso é quase o mesmo, enquanto na Argentina ainda ninguém de sã consciência se recuperou da decisão da Corte Suprema que deu pela constitucionalidade da legislação minorista parida pela ditadura militar, na lógica do “prender para proteger”.

É passada a idéia de que o sistema de atendimento de infratores não tem jeito, e que motins e insurreições são da rotina deste processo, com mortes, e desrespeito dos direitos humanos de todos, dos infratores, de suas vítimas, dos trabalhadores do sistema.

A par disso trava-se entre os defensores do Estatuto um debate às vezes viril relativamente à natureza jurídica da medida socioeducativa.

³ Sobre o tema faz-se oportuno que se conheça a realidade européia, consultando, por exemplo, Carlos Vazquez Gonzales (Direito Penal Juvenil Europeo, Madrid: Dykinson, 2005) cuja obra a p. 420 trás atualizada tabela relativa à idade de responsabilização nos países europeus, tabela esta reproduzida neste trabalho ao final.

O centro do debate, remete à situação que Emilio Garcia Mendez definiu como crise de interpretação do Estatuto da Criança e do Adolescente, situando-se na identificação do sistema de responsabilidade que o Estatuto introduziu no Brasil em face do adolescente autor de ato infracional, na medida em que se faz a versão brasileira da Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança, pedra angular da Doutrina das Nações Unidas de Proteção Integral dos Direitos da Criança, que rompeu o chamado paradigma da incapacidade, para reconhecer na criança e no adolescente a condição de sujeito de direitos, pessoa em peculiar condição de desenvolvimento.

Este debate resultou exacerbado desde que passou a ser discutido no Brasil a necessidade ou não de uma Lei para regular a execução das medidas socioeducativas, ante a ausência de disposições específicas, notadamente a partir de uma proposta de esboço de anteprojeto produzido pelo Desembargador Antônio Fernando do Amaral e Silva, intransigente defensor do Estatuto, que ensejou muita polêmica entre os militantes da área da infância e juventude (Esboço para um anteprojeto de Lei de Execuções de Medidas Sócio-Educativas, Texto da Discussão, publicado pela ABMP, em 1998).

A discussão ainda se faz se o Estatuto contemplou ou não, sobre este ou outro adjetivo, um direito penal juvenil, sancionatório do adolescente quando autor de conduta a qual a Lei Penal define como crime ou contravenção.⁴

A certeza que se extrai de todo o debate e do ambiente que se estabelece diz como a necessidade de se demonstrar o óbvio.

Porque o óbvio precisa ser dito, ou como diria Lênio Streck, é necessário retirar o óbvio do anonimato: Qual seja, de que o Estatuto prevê soluções adequadas e efetivas à questão da chamada delinquência juvenil e o que nos tem faltado é a efetivação destas propostas, seguramente por ausência de decisão política, mas não apenas por isso, também pela inação da sociedade, que parece, em especial em nossos centros urbanos maiores, adormecida, indiferente ao destino de nossas crianças e jovens, prioridade absoluta da Nação brasileira.

Uma reflexão necessária

Certa feita utilizei uma referência feita por Moacir Scliar em um artigo seu, onde relata uma história contada por Simone de Beauvoir, onde buscava simbolizar o equívoco na condução do debate relativo à delinquência juvenil em face de nosso ordenamento jurídico e organização política e social.

⁴ Antônio Fernando Amaral e Silva foi precursor desse debate. Nesse sentido há diversos pronunciamentos na doutrina e na jurisprudência, expresso em súmulas do STJ, e diversas publicações. Trato deste tema em dois trabalhos: "Adolescente em conflito com a Lei: da indiferença à proteção integral. Uma abordagem sobre a responsabilidade penal juvenil". 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2009. e "Compêndio de Direito Penal Juvenil". 3ª ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2006. No mesmo sentido destaco ainda: Karyna Batista Sposato em "O Direito Penal Juvenil". São Paulo: RT, 2006 e Sérgio Salomão Shecaira, em "Sistema de Garantias e o Direito Penal Juvenil". São Paulo: RT, 2008.

Cabe aqui retomar esta parábola.

Na história contada por Simone, uma mulher, maltratada pelo marido, arranjava um amante, a cuja casa ia uma vez por semana. Para visitar o amante tinha de atravessar um rio e podia fazê-lo de duas maneiras: por barca ou por uma ponte.

Ocorre que nas vizinhanças havia um conhecido assassino, motivo pelo qual a mulher a evitava.

Um dia, demorou-se mais que de costume, e quando chegou ao rio, o barqueiro não quis levá-la, dizendo que seu expediente tinha terminado.

A mulher voltou a casa do amante e pediu que a acompanhasse até a ponte, mas o amante recusou, alegando cansaço.

A mulher resolveu arriscar, e o assassino a matou.

Simone então pergunta: quem é o culpado? O barqueiro burocrata? O amante negligente? Ou a própria mulher, por adúltera?

E comenta: - Em geral, as pessoas culpam um destes três, mas ninguém se lembra do assassino.

É como se fosse normal para um assassino assassinar.

Quando retoma com força a idéia de redução da idade de responsabilidade penal para fazer imputável os jovens a partir dos 16 anos (há quem defenda menos), em especial porque se desconhece as medidas socioeducativas, esta história permite uma transposição para a realidade de nossa discussão.

Esta tese, do rebaixamento da idade, em princípio, se faz inconstitucional, pois o direito insculpido no art. 228, da Constituição Federal do Brasil (que fixa em 18 anos a idade de responsabilidade penal) se constitui em cláusula pétrea, pois é negável seu conteúdo de “direito e garantia individual”, referido no art. 60, IV da Constituição Federal Brasileira como insuscetível de emenda.

Demais a pretensão de redução viola o disposto no art. 41 da Convenção das Nações Unidas de Direito da Criança, onde está implícito que os signatários não tornarão mais gravosa a lei interna de seus países. O texto da Convenção se faz Lei interna de caráter constitucional à luz do parágrafo segundo do art. 5º da Constituição do Brasil.

Cabe referir Ives Gandra Martins e Celso Ribeiro Bastos, citados por Sergio Salomão Shecaira,⁵ que destacam que “os direitos e garantias individuais conformam uma norma pétrea”. “Não são eles apenas os que estão no art. 5º, mas, como determina o parágrafo segundo do mesmo artigo, incluem outros que se espalham pelo Texto Constitucional e

⁵ Shecaira, Sergio Salomão. Sistemas e Garantias e Direito Penal Juvenil. São Paulo: RT, 2008, pgs. 139/140.

outros que decorrem de implicitude inequívoca. Trata-se, portanto, de um elenco cuja extensão não se encontra em Textos Constitucionais anteriores”.⁶

Shecaira⁷ sustenta o caráter de norma pétrea do art. 228 da Constituição, “uma garantia de não responsabilização criminal”⁸ enquanto sujeito em peculiar condição de desenvolvimento.

Mas a questão de fundo não é esta.

Tangenciando a sempre lembrada tese do discernimento - absolutamente descabida, pois é notório que se trata de decisão de política criminal a fixação etária - tal procedimento vem na contramão da história, vide a recente reforma do Código Penal Espanhol que, desde o tempo da ditadura franquista fixava a responsabilidade penal em 16 anos e que foi elevada para 18 anos, com adoção de um modelo de responsabilidade juvenil (semelhante ao do Estatuto) a partir dos 14 anos.

A questão da responsabilização do adolescente infrator e a eventual sensação da impunidade que é passada para a opinião pública decorre não do texto legal nem da necessidade de sua alteração - mesmo se admitindo não ser o Estatuto da Criança e do Adolescente uma obra pronta e acabada, que necessite aprimoramento.

A problemática se situa muito mais na incompetência do Estado na execução das medidas socioeducativas previstas na Lei, a inexistência ou insuficiência de programas de execução de medidas em meio aberto e a carência do sistema de internamento (privação de liberdade).

Como no caso do homicídio da mulher adúltera narrado por Simone se fica discutindo o crescimento da violência juvenil —esquecendo que tem como causas o desemprego, a miséria, a deseducação e a desagregação familiar—, se fica afirmando a necessidade de redução da responsabilidade penal —esquecendo que o sistema penal brasileiro é caótico, pretendendo lançar jovens de 16 anos no convívio de criminosos adultos—, e não se fala do verdadeiro vilão, qual seja, a ausência de comprometimento do Estado e da Sociedade com a efetivação das propostas trazidas pelo Estatuto.

O modelo preconizado pelo Estatuto é eficaz e adequado, e estão aí as experiências onde houve uma efetiva aplicação a demonstrar o que afirmo, responsabilizando e recuperando jovens, devendo sim ser efetivado o que Marcel Hope vaticina: O Estatuto é a receita, que a nós cumpre aviar.

⁶ Bastos, Celso Ribeiro; Martins, Ives Gndra da Silva. Comentários à Constituição do Brasil. São Paulo:Saraiva, 1989, v. 4, t.1, p. 371 e seguintes.

⁷ Sérgio Salomão Shecaira destaca que, embora não seja pacífica a orientação nesse sentido, a doutrina tem se inclinado por entender inconstitucional a redução da imputabilidade penal, mencionando lições de René Ariel Dotti em Curso de Direito Penal: parte geral, Rio de Janeiro:Forense, 2002, p. 413. Refere, ainda Shecaira, que há várias opiniões respeitáveis contrárias à idéia de que o art. 228 é uma cláusula pétrea, destacando o posicionamento de Miguel Reale Jr. (Instituições e Direito Penal, Rio de Janeiro: Forense, 2002, v. 1, p. 212). Realça posição de Janaina Conceição Pachcoal, para que a idade penal não seja rebaixada: “Por razões de política criminal, a inimputabilidade deve permanecer para os menores de 18 (dezoito) anos, que, aliás, deve-se lembrar, são submetidos às medidas socioeducativas (que, na verdade, são penas) previstas no Estatuto da Criança e do Adolescente” (PASCHOAL, Janaina Conceição. Direito Penal Parte Geral, Barueri :Manole, 2003, p.57.). Op. Cit. p. 139.

⁸ Op. Cit. p. 140/141.

Em resumo: falhas há e são graves, mas não são falhas de legislação que comprometem essa eficácia, mesmo que se possa aperfeiçoar a legislação, aproveitando a experiência acumulada nesses anos.

O erro que subsiste está na execução das medidas, na ausência (ou insuficiência) de investimentos nesta área e na necessidade de uma organização própria e especializada para o trato de jovens em conflito com a lei, cujos exigem tratamento diferenciado daquele dedicado a jovens e crianças em situação exclusiva de abandono ou portadores de necessidades especiais.

No que respeita ao projeto socioeducativo há necessidade de uma regulamentação, em complemento ao Estatuto, definindo procedimentos e estabelecendo com clareza os limites de responsabilidade de cada ator que opera na cena do trato do adolescente em conflito com a lei. Daí porque ser oportuno que exista uma lei de execução de medidas socioeducativas, rompendo com a desregulamentação desta área e opondo-se definitivamente ao arbítrio.⁹

Enquanto se despende energia vital discutindo redução da idade de responsabilidade criminal, permanecemos a ignorar a questão fundamental, qual seja, basta se dar meios de execução às medidas que o Estatuto propõe que se alcançará os resultados que toda a sociedade afirma desejar.

O fato é que falamos muito em igualdade de direitos e de obrigações, mas no momento de cobrarmos, especialmente dos excluídos suas obrigações, que são iguais a que exigimos dos incluídos, nos esquecemos de que àqueles não se assegura os mesmos direitos do que a estes. Nossa “pátria mãe gentil” tem sido madrasta para a grande maioria de seus filhos: cobra de todos, mas oferece condições a poucos... acabará sendo destituída do pátrio poder por abandono.

A natureza jurídica das medidas socioeducativas

É inegável que o Estatuto da Criança e do Adolescente construiu um novo modelo de responsabilização do adolescente infrator.

Quando nosso País rompeu com a vetusta doutrina da situação irregular e incorporou a Doutrina da Proteção Integral dos Direitos da Criança, promovendo o então “menor”, mero objeto do processo, para uma nova categoria jurídica, passando-o à condição de sujeito do processo, conceituando criança e adolescente, estabeleceu uma relação de direito e dever, observada a condição especial de pessoa em desenvolvimento, reconhecida ao adolescente.

O conceito que se pretenda emprestar ao sistema jurídico adotado pelo Estatuto no tratamento da questão do adolescente em conflito com a Lei, o *nomem juris* deste

⁹ A instituição do SINASE – Sistema Nacional Socioeducativo é um passo adiante visando a dar regulamentação a essa etapa do procedimento, porém faz-se indispensável que a Lei estabeleça a regra, na medida em que a ausência da regra acaba por produzir de regra a lei do mais forte.

sistema, se de “responsabilização especial”, se de “responsabilização estatutária”, se de “responsabilização infracional”, ou se de “direito penal juvenil”, desimporta, desde que tenhamos clareza que o Estatuto impõe sanções aos adolescentes autores de ato infracional e que a aplicação destas sanções, aptas a interferir, limitar e até suprimir temporariamente a liberdade dos jovens, há que se dar dentro do devido processo legal, sob princípios que são extraídos do direito penal, do garantismo jurídico, da ordem constitucional que assegura os direitos de cidadania.

A sanção socioeducativa, enquanto imposição sem o consentimento do afetado, tem, nessa dimensão, evidente natureza de penalidade.

O Estado de Direito se organiza no binômio direito/dever, de modo que às pessoas em peculiar condição de desenvolvimento, assim definidas em lei, cumpre ao Estado definir-lhe direitos e deveres próprios de sua condição.

A sanção estatutária, nominada medida socioeducativa, tem inegável conteúdo aflitivo (como diria o velho Basileu Garcia) e por certo esta carga retributiva se constitui em elemento pedagógico imprescindível à construção da própria essência da proposta socioeducativa.

Há a regra e há o ônus de sua violação.

Desta forma somente poderá ser sancionável o adolescente em determinadas situações. Só receberá medida socioeducativa se autor de determinados atos. Quais? Quando autor de ato infracional. E o que é ato infracional? A conduta descrita na Lei (Penal) como crime e contravenção.

Não existe mais o vago e impreciso conceito de “desvio de conduta”. Vige o princípio da legalidade ou da anterioridade penal.

Ou seja, somente haverá medida socioeducativa se ao adolescente estiver sendo atribuída a prática de uma conduta típica.

Ainda assim, para sofrer a ação estatal visando a sua socioeducação haverá de esta conduta ser reprovável, ser antijurídica, ou seja, que não tenha sido praticada sob o pálio de quaisquer das justificadoras legais, as causas excludentes da ilicitude previstas no art. 23 do Código Penal.

Se agiu o jovem em legítima defesa, ele, como o penalmente imputável, terá de ser absolvido, mesmo tendo praticado um fato típico.

Também não haverá ato infracional, por exemplo, se sua conduta não for culpável (excluindo-se do conceito de culpabilidade o elemento biológico da imputabilidade penal), ou seja, se lhe for inexigível conduta diversa, como legou ao mundo jurídico a doutrina penal alemã.¹⁰

¹⁰ O tema da culpabilidade, enquanto juízo de reprovação, não pode ser desconsiderado na pretensão do Estado na imposição da resposta socioeducativa, sob pena de instaurar um modelo de responsabilização objetiva, inaceitável em face o estágio de avanço da ciência penal. Neste sentido se faz notável texto de Miguel Cillero; “Nulla poena sine culpa. Um limite necessário al castigo penal de los adolescentes”.

Poderá, quem sabe, o jovem necessitar de alguma medida de proteção, como o acompanhamento e orientação temporário, mas jamais será destinatário de uma medida socioeducativa se o seu agir, fosse ele penalmente imputável, seria insusceptível de reprovação estatal.

Se constitui isso, no plano do direito, o que, entre outros efeitos, trouxe a Doutrina da Proteção Integral para o corpo do ordenamento jurídico pátrio, incorporado no Estatuto no trato da questão infracional.

Ou seja, há que ser examinado o cabimento da aplicação da medida socioeducativa ao infrator sob o prisma, sob os fundamentos, do Direito Penal, pois é inegável que a medida socioeducativa se constitui em um sancionamento estatal,¹¹ tanto que somente o Judiciário pode impo-la, mesmo nos casos em que esta venha a ser concertada em sede de remissão - Súmula 108 do STJ.

Desse ponto de vista, em memorável decisão, o então Ministro Sepúlveda Pertence já advertia que a minimização do caráter sancionatório e aflitivo da medida socioeducativa acabava por se transformar em uma reviviscência excêntrica de superada lição de Carnelutti da pena como um bem e da inexistência de lide no processo penal.¹²

Cabe lembrar que o descumprimento injustificado e reiterado de medida socioeducativa anteriormente imposta pode sujeitar o adolescente à privação de liberdade, nos termos do art. 122, III, do Estatuto. Mesmo em uma medida socioeducativa em meio aberto tem o adolescente sob sua cabeça esta espada do Estado. É inegável, pois, o caráter aflitivo desta imposição.

Assim, mesmo naquela audiência preliminar feita perante o Ministério Público, antes do Processo, deve estar presente o Defensor do Adolescente, quando não raras vezes é concertada a remissão (e aí há concerto e não concessão, porque quem concede é autoridade judiciária quando homologa o ato). A presença do Defensor traria o necessário equilíbrio à relação, mesmo sendo esta pré-processual, haja vista os efeitos disso resultante.

¹¹ A jurisprudência de nossas Cortes Superiores são reiteradas no sentido do caráter sancionatório da Medida Socioeducativa, bastando consultar os arestos que deram origem as súmulas do STJ, a saber: **Súmula 108:** A aplicação de medidas socioeducativas ao adolescente, pela prática de ato infracional, e da competência exclusiva do Juiz. **Súmula 265** É necessária a oitiva do menor infrator antes de decretar-se a regressão da medida sócio-educativa. **Súmula 338** A prescrição penal é aplicável nas medidas sócio-educativas. **Súmula 342** No procedimento para aplicação de medida sócio-educativa, é nula a desistência de outras provas em face da confissão do adolescente.

¹² Defesa e due process: aplicação das garantias ao processo por atos infracionais atribuídos a adolescente. 1. Nulidade do processo por ato infracional imputado a adolescentes, no qual o defensor dativo aceita a versão de fato a eles mais desfavorável e pugna por que se aplique aos menores medida de internação, a mais grave admitida pelo Estatuto legal pertinente. 2. As garantias constitucionais da ampla defesa e do devido processo penal — como corretamente disposto no ECA (art. 106- 111) — não podem ser subtraídas ao adolescente acusado de ato infracional, de cuja sentença podem decorrer graves restrições a direitos individuais, básicos, incluída a privação da liberdade. 3. A escusa do defensor dativo de que a aplicação da medida sócio-educativa mais grave, que pleiteou, seria um benefício para o adolescente que lhe incumbia defender — além do toque de humor sádico que lhe emprestam as condições reais do internamento do menor infrator no Brasil — é reviviscência de excêntrica construção de Carnelutti - a do processo penal como de jurisdição voluntária por ser a pena um bem para o criminoso - da qual o mestre teve tempo para retratar-se e que, de qualquer sorte, à luz da Constituição não passa de uma curiosidade. (STF, RE 285571 / PR, RECURSO EXTRAORDINÁRIO, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE)

Identifica-se aqui, na atual redação da Lei,¹³ uma concessão feita pelo Estatuto à antiga doutrina da situação irregular, tendo apenas transferido a antiga condição do Juiz de Menores, agora ao Promotor da Infância.

A inimputabilidade penal do adolescente, cláusula pétrea instituída no art. 228 da Constituição Federal, significa fundamentalmente a insubmissão do adolescente por seus atos às penalizações previstas na legislação penal, o que não o isenta de responsabilização e sancionamento.

Afinal pena e sanção são conceitos que se tocam, embora não se confundam. Aliás, as sanções administrativas, advertências, suspensão, etc, são espécies de penalização de uma legislação especial, a administrativa. As sanções tributárias, multas, etc., são espécies de penalização de outro ramo de legislação especial, e assim por diante.

Não é compreensível a obstinada oposição de alguns ao conceito de Direito Penal Juvenil inserto no Estatuto. Afinal assim o é definido em todos os países da América Latina¹⁴ onde houve a recepção em seus sistemas legislativos da Doutrina da Proteção Integral, nos termos da Convenção, cujo *modus operandi* é idêntico ao adotado no Brasil, assim como na Europa.¹⁵

Os eufemistas e as crianças no brasil

Quando se pugna pela exigibilidade de um procedimento calcado nas garantias processuais e penais na busca da fixação da eventual responsabilidade do adolescente, o que se pretende é vê-lo colocado na sua exata dimensão de sujeito de direitos.

Às vezes sob o pretexto de proteger se desprotege. É o que ocorre, quando se mitiga o conteúdo afilitivo da sanção socioeducativa, ignorando que esta tem uma carga retributiva, de reprovabilidade de conduta.

A medida socioeducativa adequadamente aplicada será sempre boa, mas somente será sempre boa se o adolescente se fizer sujeito dela, ou seja, somente será boa se necessária, e somente será necessária quando cabível, e somente cabível nos limites da legalidade, observado o princípio da anterioridade penal.

Se não há ato infracional, não se pode cogitar em sanção. Pode-se ver o adolescente inserido em programas de proteção, mas não em programas socioeducativos, na forma como se organiza o Estatuto, que faz uma clara e explícita distinção entre medidas de

¹³ Visando a obrigatoriedade de presença de Defensor nesta fase pré-processual chegou ser proposta alteração do Estatuto, por iniciativa da Deputada Luiza Erundina Projeto de Lei nº 256, de 1999, que introduzia o seguinte parágrafo ao art. 179, do Estatuto: § A oitiva do adolescente necessariamente será realizada com a presença do advogado constituído nomeado previamente pelo Juiz da Infância e da Juventude, ou pelo juiz que exerça essa função, na formada

Lei de Organização Judiciária local.

¹⁴ Veja se, por exemplo, a legislação da Costa Rica, cujo sistema de tratamento ao adolescente em conflito com a Lei é praticamente idêntico ao adotado no Brasil, com praticamente as mesmas medidas socioeducativas previstas como sancionamento às condutas infracionais, como pode ser visto em Armijo, Gilbert. "Manual de Derecho Procesal Penal Juvenil" – 1ª ed. – San José – Costa Rica: IJSA, 1998.

¹⁵ Carlos Vazquez Gonzales disserta sobre o tema em "Derecho Penal Juvenil Europeo". No Brasil, Sergio Salomão Shecaira oferece um panorama da legislação internacional em "Sistemas de Garantias e Direito Penal Juvenil".

proteção (Art. 101) e medidas socioeducativas (Art. 112), aquelas passíveis de terem como destinatários crianças e adolescentes enquanto vitimizados e estas que tem como alvo apenas adolescentes a quem se atribua a prática de ato infracional, vitimizadores.

Sob o título “Os eufemistas e as crianças do Brasil” o sempre atento Edson Sêda fez publicar um artigo onde tece observações quanto à dificuldade de alguns segmentos em admitir, mais por desconhecimento, do que por outra razão, a natureza penal de certas disposições do Estatuto. Por certo se toma a expressão natureza penal em seu caráter de garantismo, nos princípios que norteiam esta ciência, criado como garantia do cidadão contra o Estado.

O texto de Sêda surgiu de um questionamento de alguém que afirmava que as regras do Estatuto eram de Direito Civil exclusivamente, como se fosse possível dividir os ramos do direito em civil e penal.

O fato de o Direito da Infância e Juventude se constituir em um sistema autônomo não resta dúvida. Autônomo o é o direito civil, o próprio direito penal, o comercial, etc. Esta autonomia entretanto é, e necessariamente sempre será, relativa.

Diz respeito aos princípios que o informam, como no caso do direito da infância, os princípios da prioridade absoluta, da peculiar condição de pessoa em desenvolvimento, do caráter excepcional da privação de liberdade, etc. Mas há áreas de intersecção entre as ciências. Aliás o direito da infância e da juventude, por princípio, é o mais transdisciplinar dos direitos, estabelecendo uma interface permanente com outras áreas como psicologia, sociologia, pedagogia, etc.

Mas não existe uma autonomia absoluta. Não há ramo do direito que se lhe reconheça eficácia se não for constitucionalmente contaminado. O direito é formado por um conjunto de sistemas que se interligam.

Assim, há normas de direito civil, de direito penal, de direito tributário, de direito administrativo, no direito da infância.

Quando criou o Conselho Tutelar o Estatuto criou uma figura híbrida de Direito Administrativo. Ninguém questiona que o Conselho Tutelar é um instituto do Direito da Infância e Juventude, mas terá situações a serem equacionadas no Direito Administrativo. Assim por diante.

Imaginar que possa existir uma autonomia absoluta de um ramo da ciência do direito, será ignorar que o sistema se faz em um conjunto, com normas que se interligam.

Cabe aqui transcrever parte do texto de Sêda:¹⁶

“No âmbito das infrações de crianças e adolescentes de que trata este texto, todos nós (quando procuramos aprender sobre a matéria) sabemos que o Direito Criminal foi inven-

¹⁶ Sêda, Edson. “Os Eufemistas e as Crianças no Brasil”, MIMED, Rio de Janeiro, 1999.

tado para proteger o cidadão das arbitrariedades dos governantes do momento (Raimundo Faoro diria, dos donos do poder) que encarceravam seus desafetos ou as pessoas com quem não simpatizavam segundo seu próprio arbítrio.

“Criou-se então uma doutrina (de que Cesare Bonesana é precursor) através da qual se veda ao Estado punir pessoas por sua condição pessoal (ser pobre, ser rica, ser de esquerda, ser de direita, ter tal ou qual raça, pensar desta ou daquela maneira, ser idoso, adulto, criança ou adolescente). Humanista, a nova doutrina prevê que não se pune pessoas pelo que são, mas somente por condutas

que a sociedade reprova e que sejam descritas (as condutas) em lei aprovada pelo povo ou por seus representantes. Isso exatamente para evitar que o detentor do poder, no tempo (durante um governo) ou no espaço (um país, uma região, uma cidade, um bairro) proteja seus amigos e persiga ou puna seus desafetos.

*“Nascem assim as leis criminais para proteger o cidadão do arbítrio quando é acusado de praticar condutas que atingem o interesse dos demais. O que perversamente ocorreu, entretanto, é que historicamente, crianças e adolescentes foram excluídas dessas garantias e continuaram a ser punidas sem que os cuidados reservados aos adultos fossem respeitados. Por quê isso? Trato dessa matéria em detalhes num outro texto chamado *El Derecho a Las Oportunidades* (Edição Adês, fora do comércio).*

“Aqui basta dizer que nesse passado que estamos compulsoriamente encerrando agora em 1999 se praticou uma exclusão conceptual de crianças e adolescentes no mundo dos direitos e dos deveres chamado também mundo do Direito. Excluídos conceitualmente da condição cidadã (eram tidos como cidadãos do futuro, não cidadãos daqui e agora), crianças e adolescentes automaticamente ficaram excluídos dos benefícios da cidadania, entre os quais, principalmente, o da presunção de inocência (não se é infrator por mera denúncia...) e o de não serem punidos publicamente por condutas que praticadas por adultos não são puníveis. Repetindo para superior clareza: Não puníveis publicamente por condutas que, praticadas por adultos, são impuníveis.

“Esse, o imenso erro histórico que devemos corrigir urgentemente agora. Para que não ocorram barbaridades como essas das FEBEMs brasileiras (com esse ou com outro nome) da vida. E não ocorram declarações que a mim me parecem tacanhas de autoridades que ignoram certos avanços do tempo em que vivem e mantém essa exclusão conceitual de não cidadania.

“Com nossa adesão à Convenção dos Direitos da Criança da ONU, em 1989 ratificamos internacionalmente nosso compromisso constitucional de não punir crianças e adolescentes por atos que nós não puniríamos se adultos os praticassem. E nos comprometemos a estender a crianças e adolescentes as garantias de que em caso de punição, esta somente seria feita se ficasse provada a culpa do acusado (do imputado), com a presunção da inocência, ampla defesa por advogado e através do devido processo legal conduzido por juiz ou autoridade imparcial.

“Tudo isso são conquistas nas esferas filosófica, ética, antropológica, psicológica, política, administrativa, histórica e, ufa!... jurídica... do Direito Criminal, que opera conquistas científicas, trabalha com recursos técnicos (visando à eficiência e à eficácia) e se rege por normas de organização social (ordenamento jurídico do país) de caráter... jurídico (ufa! outra vez).

(...)

“Que quer dizer isso? Quer dizer que estendemos às crianças e aos adolescentes os benefícios do Direito Criminal. Então, o Estatuto, nessa matéria, trata sim de Direito Criminal e o faz da forma mais sublime possível: Quando a um adolescente se imputa (é imputável) uma conduta que é definida como crime ele goza da presunção da inocência, tem direito à ampla defesa por advogado, é submetido a um julgamento justo para responder por sua conduta (é responsável), terá sua culpa aferida no devido processo legal previsto no Estatuto (é culpável, tem culpabilidade) por juiz imparcial.

“Se for inocente (se não for culpado) será absolvido (ver o rigoroso artigo 189 do Estatuto). Se for culpado será condenado. Em julgamento justo, segundo o grau de gravidade de sua conduta, será sentenciado à repreensão, ou à reparação do dano causado, ou a prestar serviços comunitários, ou ficar em liberdade assistida (terá sua liberdade cerceada sob certos cuidados pedagógicos), ou ficar em semi-liberdade, ou ficar internado, privado de liberdade, quer dizer, preso. Se isso não é o Direito criminal, a ser aplicado com justiça e garantia dos direitos humanos e sociais pelo Estatuto, se isso é Direito Civil como S.R. afirmou, eu não sei o que é Direito Criminal nem sei o que é Direito Civil”.

As medidas socioeducativas

O Estatuto prevê dois grupos distintos de medidas socioeducativas. O grupo das medidas socioeducativas em meio aberto, não privativas de liberdade (Advertência, Reparação do Dano, Prestação de Serviços à Comunidade e Liberdade Assistida) e o grupo das medidas socioeducativas privativas de liberdade (Semi-liberdade e Internação).

A maior parte do debate na questão das medidas socioeducativas tem surgido a partir da permanente crise do sistema de internação. É necessário destacar que há bons exemplos de internação de adolescentes privados de liberdade funcionando no Brasil, embora se reconheça que há muito que avançar. O processo de regionalização de atendimento em curso em diversos Estados da federação é um avanço.

Nesta questão cumpre mais uma reflexão: Em privação de liberdade encontram-se, predominantemente, adolescentes autores de atos infracionais graves, com violência à pessoa e grave ameaça: Estupro, Latrocínio, Homicídio, Roubo.

O período máximo de internação por até três anos tem sido argumento para afirmar uma suposta fragilidade do Estatuto. O fato é que tres anos na vida de um adolescente é muito tempo.

Se para um adulto com cinquenta anos, na festa de Reveillon lhe escapa a afirmativa que o ano passou voando, tal se dá porque essa é sua percepção. Um ano representa dois por cento de sua vida. Um quase nada, pois o tempo é sempre medido em face do tempo já vivido e não da perspectiva de vida.

Para uma criança de cinco anos, um ano é uma eternidade, quase 20% de toda sua vida.

Para um adolescente, o ano custa muito a passar, pois representa muito tempo, um tempo em que muitas transformações são possíveis.

É razoável, entretanto, que se questione se estes três anos, para certos e determinados delitos são suficientes.¹⁷

Os adolescentes privados de liberdade não perfazem 5% daqueles que respondem a processos nas Varas da Infância. Ninguém, salvo raras exceções, inicia sua “carreira” delinqüencial pelo fim.

Antes do homicídio, antes do roubo, antes do latrocínio, via de regra, em 90% dos casos, houve outra infração. Mais leve.

Por que não temos conseguido com eficiência evitar que muitos de nossos jovens avancem nesta carreira? Porque nos preocupamos muito – e por certo é causa de preocupação -, mas nos preocupamos demasiadamente com as medidas socioeducativas privativas de liberdade e esquecemos das medidas socioeducativas em meio aberto.

Uma boa rede de atendimento, um bem estruturado programa de Liberdade Assistida ou de Prestação de Serviços à Comunidade é capaz de prevenir a internação. Há falha grave no sistema de atendimento em meio aberto e a conseqüência imediata disso é o inchamento do sistema de privação de liberdade. Este, por seu turno, por ausência de investimentos, de decisão política, tem sido causa de violência e atentados aos direitos humanos.

Medidas socioeducativas em meio aberto

Enquanto em relação às medidas socioeducativas que importam em privação de liberdade resta pacificado o entendimento de que a efetivação dos programas de atendimento são de competência do Executivo das Unidades Federadas. Já as Medidas Socioeducativas de Meio Aberto, Liberdade Assistida —LA e Prestação de Serviços à Comunidade— PSC devem ser operacionalizadas através de programas Municipais.

A advertência, a mais branda das medidas preconizadas pelo art. 112, esgota-se na admoestação solene feita pelo Juiz ao infrator em audiência especialmente pautada para

¹⁷ O limite máximo de privação de liberdade se faz variável no Direito comparado. Na Alemanha pode chegar a dez anos, muitos países fixam em oito anos para certos delitos mais graves. O limite de três anos, em face de certos delitos poderá ser insuficiente para que o Estado realize sua proposta socioeducativa. Entre os penalistas brasileiros que enfrentam o tema Cezar Roberto Bitencourt sustenta a possibilidade de faixas de responsabilização, até um limite de até sete anos de privação de liberdade para delitos graves, expressamente definidos por sua tipicidade (Tratado de Direito Penal, volume I, 14ª ed, São Paulo: Saraiva, 2009, p. 382)

isso; enquanto a reparação do dano supõe um procedimento de execução de medida que se exaure na contraprestação feita pelo adolescente, consoante estabelecido em sentença e cientificado o infrator em audiência admonitória.

As medidas de Prestação de Serviços à Comunidade —Prestação de Serviços à Comunidade— PSC (art. 117, do Estatuto) e de Liberdade Assistida (arts. 118 e 119, do Estatuto) têm-se revelado as mais eficazes e eficientes entre as propostas pela lei. A exemplo da prestação de serviços à comunidade prevista para o imputável como pena alternativa pelo Código Penal, a medida sócio-educativa correspondente pressupõe a realização de convênios entre o órgão coordenador do programa e os demais órgãos governamentais ou comunitários que permitam a inserção do adolescente em programas que prevejam a realização de tarefas adequadas às aptidões do infrator.¹⁸

Forma-se aí o respectivo processo de execução de medida de PSC, com relatos mensais fornecidos pelo órgão conveniado onde o adolescente presta o serviço. O encaminhamento do jovem a estes órgãos se fará por prévia audiência admonitória, onde recebe a orientação relativa ao cumprimento da medida, sendo cientificado de suas responsabilidades e dos objetivos buscados.

A prévia escolha da entidade para onde o adolescente em PSC é encaminhado faz-se mediante avaliação de suas condições pessoais, através da organização gestora do programa. Há, portanto, uma fase pré-início da medida, buscando a definição da entidade mais adequada para receber o infrator (art. 117, § único).

Decorrido o prazo de cumprimento, por período não excedente a seis meses (art. 117, “caput”), nova audiência marcará o encerramento da medida, em face dos relatos da instituição. A propósito, tanto aqui, como na Liberdade Assistida, o adolescente é advertido de que o descumprimento reiterado e injustificado da medida poderá resultar na regressão dessa medida para outra mais grave —até mesmo privativa de liberdade, quando o então módulo máximo de privação será de três meses (art. 122, § 1º).

A Liberdade Assistida constitui-se naquela que se poderia dizer “medida de ouro”. Assim dito, haja vista os extraordinariamente elevados índices de sucesso alcançados com esta medida, desde que, evidentemente, adequadamente executada.

Impõe-se que a Liberdade Assistida realmente oportunize condições de acompanhamento, orientação e apoio ao adolescente inserido no programa (art. 118, “caput”), com designação de um orientador (art. 118, § 1º) que não se limite a receber o jovem de vez em quando em um gabinete, mas que de fato participe de sua vida, com visitas domiciliares, verificação de sua condição de escolaridade e de trabalho, funcionando como uma espécie de “sombra”, de referencial positivo, capaz de lhe impor limite, noção de autoridade e

¹⁸ Experiência gratificante de cumprimento de Medida Socioeducativa de Prestação de Serviços à Comunidade tem sido possível nas APAEs. Sendo contra o patrimônio a maioria dos delitos praticados por adolescentes, ou seja. O delito do “TER”, a inclusão desses adolescentes em programas que lhe permitam participar do atendimento dos usuários das APAEs tem proporcionando uma nova perspectiva em face do “SER”, com bons resultados ao final.

afeto, oferecendo-lhe alternativas frente aos obstáculos próprios de sua realidade social, familiar, econômica, profissional e escolar (art. 119).

Estes programas de LA, de onde se extrai a figura do orientador, tanto podem ser governamentais, como comunitários, sob uma coordenação que realize o controle dos relatos periódicos, até um relatório final que será encaminhado ao Juízo, observado o prazo de seis meses, relativos à evolução da medida (art. 118, § 2º).

Como na PSC, a LA tem início em uma audiência admonitória, onde o adolescente é apresentado a seu orientador e na qual são estabelecidas as combinações iniciais sobre o cumprimento da medida, sendo, como na PSC, advertido da necessidade de cumprimento dessas combinações, sob pena, inclusive, de regressão da medida.

A manutenção destes adolescentes adequadamente assistidos, comprometendo-se a sociedade com esses programas, alcança sucesso na medida em que não se faça da Liberdade Assistida um simulacro de atendimento, como muitas vezes se faz em relação aos imputáveis colocados em sursis.

Medidas privativas de liberdade

Antônio Carlos Gomes da Costa nos ensina sobre os três princípios fundantes da medida socioeducativa privativa de liberdade, com raiz na Constituição Federal, em seu art. 227, § 3º, inc. V, a saber:

- I. *Princípio lógico*, o princípio da excepcionalidade, ou seja, a privação de liberdade se constitui na *ultima ratio* do sistema, sendo acionada como alternativa final em face do interesse público, com interpretação restritiva dos elementos estabelecidos no art. 112, § 1º do Estatuto, em combinação com os art. 122 e arts. 99 e 100, na forma do art. 113 daquele diploma legal.
- II. *Princípio cronológico*, o princípio da brevidade, na medida em que ao adolescente deve ser estabelecido um tratamento mais favorável que ao adulto, limitando-se o período de privação de liberdade ao mais breve possível enquanto caráter retributivo, de modo a não comprometer a finalidade pedagógica pretendida, minimizando os efeitos da inevitável contaminação que a internação acaba por produzir, por mais adequado que seja o projeto pedagógico desenvolvido.
- III. *Princípio ontológico*, o princípio da condição peculiar de pessoa em desenvolvimento, rompendo com a lógica da incapacidade, reconhece o adolescente como um sujeito em formação. Tem origem em outro princípio, extraído da Convenção das Nações Unidas de Direitos da Criança, a saber o princípio da autonomia progressiva, pelo qual a criança e após o adolescente, avançam paulatinamente no exercício pessoal das prerrogativas próprias da cidadania, enquanto sujeitos de direito, com direitos e deveres próprios dessa condição de desenvolvimento, passando a serem considerados

afirmativamente e não mais como meia-pessoas, incompletas ou incapazes, mas sim como seres humanos em crescimento, como adverte Mary Beloff.¹⁹

Dessa forma as medidas sócio-educativas que importam em privação de liberdade não de ser norteadas pelos princípios da brevidade e excepcionalidade consagrados no art. 121 do Estatuto, respeitada a peculiar condição de pessoa em desenvolvimento.

As medidas privativas de liberdade (semi liberdade e internamento) são somente aplicáveis diante de circunstâncias efetivamente graves, levando em conta o interesse público, observando-se com rigor o estabelecido nos incs. I a III do art. 122, reservando-se especialmente para os casos de ato infracional praticado com violência à pessoa ou grave ameaça ou reiteração de atos infracionais graves.

A deliberação pelo internamento fora das hipóteses do art. 122, do Estatuto, viola literalmente a lei e tem sido de reiterada manifestação no Superior Tribunal de Justiça a inadmissão de qualquer decisão pela internação fora dos estritos limites da Lei.

Cumprir destacar, porém, que a decisão pelo internamento deverá ocorrer “em última alternativa”, como expressamente disposto no § 2º do art. 122, considerado o princípio da excepcionalidade, de caráter norteador do sistema.²⁰

A inegável necessidade de interiorização dos internamentos em nosso País continental faz-se imprescindível. Necessário, porém, que se tenha sempre em mente a parábola do “Raio X do Dentista”, referida pelo grande Emílio Garcia Mendez.

Sobre o risco da proliferação de unidades de internamento, no revés da quase ausência total em nossos dias, advertia Emílio, referindo-se à necessidade de qualificação dos Juízes para esta área tão especial da jurisdição:

Imagine-se um dentista, aquele, do interior, que sempre tratou nossos dentes, sem necessidade de extrair chapas de raio X para este ou aquele procedimento. Um dia ele adquire o aparelho de raio X. Desse dia em diante, nosso bom dentista não faz mais nenhuma restauração sem extrair uma chapa de raio X, como forma de aumentar o custo, dirá alguém, talvez; mas, especialmente, como forma de justificar a aquisição da máquina.

Não será o fato de existirem as unidades que se tornará rotineira a internação, limitadas que estão aos expressos casos em que outra solução não houver, observados os critérios objetivos e subjetivos da Lei.

Porém, se não houver engajamento e comprometimento de Juízes e Promotores de Justiça para com o Estatuto, se não houver uma defesa técnica atuante e altiva em favor do

¹⁹ “Los derechos Del niño en el sistema interamericano”. Buenos Aires: Del Puerto, 2005, p. 35.

²⁰ No Rio Grande do Sul, desde a regionalização dos Juizados da Infância e Juventude com competência de Execução de Medidas Sócio-Educativas privativas de liberdade (Lei Estadual 9.896 de 09.06.1993) vive o Estado interessante experiência. Visa a iniciativa gaúcha a garantir que as medidas privativas de liberdade sejam cumpridas pelo adolescente o mais próximo possível de sua cidade de origem, evitando a crônica centralização das internações na Capital, problema de quase todos os Estados Federados, descentralizando a internação em municípios pólo.

adolescente, o risco da rotina da internação existe, em especial se os programas sócio-educativos em meio aberto não forem efetivados e disponibilizados.

Este risco se torna ainda maior enquanto não houver consciência que a medida socioeducativa tem uma natureza sancionadora, pelo que somente deve ser aplicada nos casos expressos em lei, com observância rigorosa das garantias constitucionais, processuais e penais previstas no sistema legal.

Em resumo, como afirmado alhures: Quando se mitiga o conteúdo aflitivo da sanção socioeducativa está-se ignorando que esta tem uma carga retributiva, de reprovabilidade de conduta. A medida socioeducativa adequadamente aplicada será sempre boa, mas somente será sempre boa se o adolescente se fizer sujeito dela, ou seja, somente será boa se necessária, e somente será necessária quando cabível, e somente cabível nos limites da legalidade, observado o princípio da anterioridade penal e o conjunto do sistema de garantias.

Anexo

Tabela europeia de imputabilidade penal

País	Idade de responsabilização juvenil	Idade de maioridade penal	Límite de idade de aplicação do direito penal juvenil a jovens adultos	Idade de Maioridade Civil
Alemanha	14	18	21	18
Áustria	14	19	21	19
Bélgica	18	18		18
Bulgária	14	18		
Croácia	14	18		
Dinamarca	15	18		18
Escócia	8	16	21	18
Eslováquia	15	18		
Eslovênia	14	18		
Espanha	14	18	21	18
Estônia	13	17	20	
Finlândia	15	18		18
França	13	18	21	18
Geórgia	14	18		
Grécia	13	18	21	18
Holanda	12	18		18
Hungria	14	18		
Inglaterra/Gales	10	18	21	18
Irlanda	12	18		18
Itália	14	18		18
Lituânia	14	18		
Noruega	15	18		18
Portugal	16	21		18
R. Checa	15	18		
Romênia	14	18		
Suécia	15	18		18
Suíça	7	18	25	20
Turquia	11	18	20	18

Fonte: VÁZQUEZ GONZÁLEZ, Carlos. *Derecho Penal Juvenil Europeo*. Madrid: Dykinson, 2005, p. 420.

RELEVAMIENTO A NIVEL NACIONAL DE DISPOSITIVOS PENALES JUVENILES EN ARGENTINA. * ANÁLISIS DE LOS RESULTADOS GENERALES A LA LUZ DE LOS INDICADORES EN MATERIA PENAL JUVENIL **

I. Introducción

Este informe presenta una síntesis de los datos nacionales construidos a partir de la información obtenida en el Proyecto Nacional de Revelamiento “*Hacia una mayor adecuación del sistema penal juvenil argentino a la Constitución Nacional y a los estándares internacionales en la materia*”, implementada de agosto a diciembre de 2007 y sistematizada en 2008, en forma conjunta por la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF) y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF - Oficina de Argentina), con la apoyatura técnica de la Universidad Nacional Tres de Febrero (UNTREF).

El Proyecto Nacional de Relevamiento se propuso reunir la normativa vigente en materia penal juvenil y relevar los dispositivos penales juveniles¹ en cada una de las provincias del país. Se obtuvieron datos relativos a la totalidad de las jurisdicciones, distinguiéndose dos tipos de dispositivos: los *establecimientos* que alojan a niños/as, adolescentes y jóvenes (NNAyJ) infractores y presuntos infractores y los programas que incluyen en forma habitual a NNAyJ infractores y/o presuntos infractores de la ley penal.²

La metodología utilizada consistió en la administración de distintos instrumentos de recolección de datos a diferentes actores del sistema penal juvenil y en la aplicación de técnicas de observación y de recolección de datos secundarios en terreno.

* Basado en “Adolescentes en el sistema penal. Situación actual y propuestas para un proceso de transformación”, realizado por la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia del Ministerio de Desarrollo de la Nación Argentina (SENNAF), Universidad Nacional Tres de Febrero (UNTREF) y UNICEF Oficina de Argentina, 2008. Ver Capítulo II “Relevamiento Nacional de Dispositivos Penales Juveniles. Resultados Generales”, páginas 38 a 58. La presente publicación cuenta con la autorización de las organizaciones mencionadas para su difusión en la presente revista.

** Síntesis elaborada por **Gimol Pinto**, Especialista en Protección a la Infancia y Adolescencia de UNICEF Oficina de Argentina, y **Gustavo Plantino**, Director Nacional de Adolescentes Infractores a la Ley Penal de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (SENNAF) del Ministerio de Desarrollo Social de Argentina.

¹ Utilizaremos el término “dispositivo penal juvenil” para referirnos a una modalidad particular de organización de las intervenciones del Estado como respuesta punitiva frente a la infracción o presunta infracción de la ley penal por parte de una persona menor de edad. La aplicación de una medida judicial implica la organización de elementos heterogéneos para la intervención —instituciones, saberes y discursos disciplinarios, elementos arquitectónicos, normativas administrativas y prácticas específicas, entre otros—. En este sentido, un establecimiento y un programa se consideran ambos dispositivos penales, aunque de distinto tipo, dado que si bien comparten un mismo fin, la organización y articulación de los elementos mencionados es diferente.

² Si bien los *establecimientos* no poseen un *estatus* autónomo, ya que se trata de organizaciones que forman parte de estrategias programáticas más amplias, sostenemos que es importante diferenciar esta modalidad particular de organización (que implica para el adolescente o joven el traslado y alojamiento forzoso en un lugar designado por el juez), de la organización de intervenciones que, aunque conllevan restricción de la libertad, se desarrollan en la comunidad misma (*programas de acompañamiento y/o supervisión en territorio*).

El proceso final de armado y pilotaje de los instrumentos fue el resultado de tres encuentros intensivos y una jornada nacional de capacitación realizada con la totalidad de los referentes regionales del Proyecto y con los referentes de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia en las distintas provincias del país. La administración en el territorio de las mencionadas técnicas permitió obtener una valiosa información y construir una variedad de datos relativos a los dispositivos penales juveniles existentes a nivel nacional. El presente relevamiento tomó como referencia para el análisis la elaboración de los indicadores internacionales en materia penal juvenil.³

Este informe es una síntesis de los principales resultados obtenidos en esa etapa de trabajo.

Cabe mencionar que la calidad y consistencia de la información que aquí se presenta ha sido validada en cinco encuentros regionales organizados para tal fin entre los meses de octubre y noviembre de 2007 en distintas provincias del país. En los encuentros estuvieron presentes los funcionarios y técnicos provinciales y nacionales responsables de los organismos de los que dependen los dispositivos objeto de análisis, y los referentes regionales, la unidad de consultores y la unidad de gestión centralizada, responsables de la implementación del Proyecto Nacional de Revelamiento. En ellos se procedió a la presentación de los datos relevados y sistematizados por la Secretaría para cada una de las regiones de referencia y al intercambio de información y opiniones entre los actores presentes.

En esta primera sistematización de los datos relevados se ha optado por considerar el conjunto del territorio nacional como distrito único. La información relevada ha permitido construir un primer análisis de la situación existente en nuestro país, a la vez que el recorrido transitado para arribar a dicha construcción —encuentros de capacitación e intercambio, encuentros regionales de validación de datos y encuentros para la construcción de consensos y planificación de acciones— ha permitido conocer las distintas realidades provinciales en materia penal juvenil e instaurar vínculos de colaboración política y técnica duraderos entre las distintas jurisdicciones entre sí y con la Nación.

En esta síntesis se presenta, en primer lugar, un panorama general sobre la cantidad de niños/as, adolescentes y jóvenes infractores y presuntos infractores de la ley penal incluidos en dispositivos para el cumplimiento de medidas judiciales, en todo el país y para el período de tiempo mencionado.

En segundo lugar, se procede a la descripción de la cantidad y las características de los establecimientos del país que alojan a niños/as, adolescentes y jóvenes infractores o presuntos infractores de la ley penal.

La elaboración de ambos tipos de datos se realizó a partir de la triangulación de distintas fuentes de información. Una de las fuentes principales fueron las entrevistas realizadas a los funcionarios a cargo de las áreas responsables de las políticas de infancia y adolescencia

³ Cf. "Manual para cuantificar los indicadores de la justicia de menores", UNICEF y UNODC (Naciones Unidas Oficina contra la Droga y el Delito), Naciones Unidas, Nueva York, 2008.

y de los dispositivos penales dirigidos a niños/as, adolescentes y jóvenes en cada una de las jurisdicciones del territorio nacional. La información así obtenida se complementó con la relevada en el transcurso del trabajo en terreno, mediante la realización de entrevistas a distintos actores de los dispositivos y a jueces de menores y con la recolección de material estadístico y documental.

En tercer lugar, el informe presenta datos referentes a los/as niños/as, adolescentes y jóvenes infractores y presuntos infractores alojados en establecimientos. Para su obtención, se visitaron 72 establecimientos del país que alojan a niños/as, adolescentes y jóvenes con causas penales. En el transcurso del trabajo en terreno fueron entrevistados los directivos responsables de los mismos y un número significativo de profesionales, operadores y personal de seguridad. Entre los actores entrevistados es importante destacar a niños/as, adolescentes y jóvenes que se encontraban alojados en los establecimientos al momento del relevamiento. Además de las entrevistas realizadas, se contó con valiosa información proveniente de las observaciones *in situ* y de la documentación brindada por las instituciones.

En cuarto lugar, el informe da cuenta de los datos relativos a los programas que no implican privación de la libertad, y brinda una caracterización de los NNAyJ incluidos en ellos.

En este caso, las fuentes de información fueron las mismas que para la obtención de los datos sobre los establecimientos.

El último apartado presenta algunas conclusiones a partir de los resultados expuestos, con vistas a obtener una línea de base que permita evaluar las transformaciones futuras en el área.

II. RESULTADOS OBTENIDOS

1. Total de niños/as, adolescentes y jóvenes infractores y presuntos infractores relevado

Con base en la información brindada por los funcionarios y los directores responsables de los dispositivos relevados que incluyen a NNAyJ infractores y presuntos infractores de la ley penal, en esta etapa de trabajo se pudo establecer que la cantidad de niños/as, adolescentes y jóvenes infractores y presuntos infractores, incluidos en dispositivos para el cumplimiento de medidas judiciales entre los meses de agosto y diciembre de 2007 en el país, era de un total de 6.294. De ese total, el 71% se encontraba incluido en programas y el 29% alojado en establecimientos.

Cabe mencionar que las cifras presentadas no constituyen un promedio tomado en un período de tiempo; se trata de un corte sincrónico que refleja la “foto de un día” en los establecimientos y programas. Las sucesivas consultas y visitas realizadas a las provincias con posterioridad al periodo del relevamiento indican que el dato se mantiene sin grandes variaciones en la actualidad (Cuadro 1).

Cuadro 1

Tipo de dispositivo	Niños/as, adolescentes y jóvenes				Total	%
	Alojados en establecimientos	%	Incluidos en programas	%		
Total país	1.799	29	4.495	71	6.294	100
Fuente: elaboración propia.						

Es importante aclarar que el Proyecto Nacional de Relevamiento se propuso conocer la cantidad total de NNAyJ infractores y presuntos infractores incluidos en dispositivos penales juveniles. Dado que sólo en algunas provincias los dispositivos penales de “menores” retienen a los jóvenes hasta los 20 años (ya que en muchos casos a los 18 años son derivados a establecimientos de adultos), las cifras antes mencionadas incluyen a los adolescentes infractores y presuntos infractores menores de 18 años captados por los dispositivos; pero no siempre incluyen a la totalidad de los jóvenes de entre 18 y 20 años infractores o presuntos infractores de la ley penal (los cuales se encuentran comprendidos o excluidos en las cifras totales de acuerdo con la normativa y las prácticas de cada provincia).

Asimismo, la cifra no incluye a los jóvenes que se encontraban cumpliendo condena en establecimientos para adultos dependientes de los servicios penitenciarios.

Por los motivos expuestos, sumados a un margen de subregistro existente en esta modalidad de relevamiento, se puede afirmar que la cantidad total aproximada de NNAyJ infractores y presuntos infractores de la ley penal incluidos en dispositivos del país es mayor que la relevada. Una proyección estimativa permite considerar que, al momento del relevamiento, aproximadamente 2.163 NNAyJ se encontrarían alojados en establecimientos, por lo que alrededor de 6.658 NNAyJ se encontrarían incluidos en dispositivos por la posible comisión de un delito.⁴

2. Establecimientos que alojan a niños/as, adolescentes y jóvenes infractores y presuntos infractores

a. Cantidad de establecimientos

Los establecimientos detectados en el transcurso del relevamiento como resultado de la triangulación de fuentes, técnicas y datos suman un total de 119 en todo el territorio nacional.

⁴ La metodología utilizada para la proyección se ajusta a la propuesta por el INDEC para la construcción de este tipo de datos.

Es importante aclarar que se trata de establecimientos donde los NNAyJ infractores y presuntos infractores cumplen una medida de privación de la libertad no menor de 72 horas; por lo que quedan excluidos de esta cifra y en este informe los establecimientos donde los NNAyJ permanecen detenidos por menos horas. Del total de establecimientos detectados se visitaron 72, lo que constituye una muestra definida del conjunto. Es decir, que la cobertura en territorio durante los meses de agosto a diciembre de 2007 alcanzó al 60,5% del total de los establecimientos detectados.

b. Caracterización de los establecimientos

La mayoría de los establecimientos que alojan a NNAyJ infractores y presuntos infractores son de tipo penal; se trata de instituciones que han sido diseñadas para alojar exclusivamente a NNAyJ con causas penales, que se encuentran imputados por la posible comisión de un delito. Estos establecimientos representan el 83% del total de los establecimientos informados. El 17% restante corresponde a establecimientos de tipo mixto o asistencial, y en ellos se aloja tanto a NNAyJ infractores y presuntos infractores como a niños/as y adolescentes que son institucionalizados como respuesta a problemáticas diferentes de la infracción de la ley penal (de protección, de salud, otras).

c. Régimen de los establecimientos

En relación con el régimen de los establecimientos, se pudo establecer que el 55% del total de los 119 establecimientos detectados posee un régimen cerrado. Por establecimiento de régimen cerrado se entiende a aquel que presenta barreras, alambrados, muros, puertas cerradas, personal de seguridad —armado o no—, que impiden la salida voluntaria de los niños/as, adolescentes y jóvenes allí alojados. El 43% del total presenta un régimen semicerrado; es decir, se trata de establecimientos que cuentan con barreras de seguridad de menor intensidad que en el caso de los cerrados y donde los NNAyJ pueden salir de los mismos solos o acompañados por personal que no sea de seguridad.

d. Dependencia de los establecimientos

Todos los establecimientos detectados dependen de áreas gubernamentales. No se registra en el país la existencia de establecimientos penales juveniles gestionados por organizaciones no gubernamentales.⁵

⁵ Esta afirmación no desconoce que algunos establecimientos, como las comunidades terapéuticas, son habitualmente gestionados por ONGs y pueden constituirse en lugares de derivación frecuente de niños/as, adolescentes y jóvenes infractores y presuntos infractores de la ley penal.

En el siguiente Cuadro se detalla la distribución de los establecimientos informados según su dependencia (Cuadro 2).

Cuadro 2

Tipo de dependencia	Establecimientos						Total
	Área especializada	%	Servicio penitenciario	%	Policía	%	
Total país	80	67	14	12	25	21	119
Fuente: elaboración propia.							

La gestión de la mayor parte de los establecimientos que alojan a NNAyJ infractores y presuntos infractores depende, entonces, de áreas provinciales especializadas. Es decir, de áreas que se encuentran bajo dependencia del poder administrador provincial y que no pertenecen a las fuerzas de seguridad ni al servicio penitenciario. Estos establecimientos representan el 67% del total.

Sin embargo, cabe destacar que la dependencia del 21% del total de los establecimientos informados se encuentra en manos de las policías provinciales. En todo el territorio nacional existen al menos 25 establecimientos policiales que alojan a NNAyJ infractores y presuntos infractores. Por otro lado, el 12% de los establecimientos informados depende del Servicio penitenciario.

Es decir, que la gestión cotidiana del 33% de los establecimientos que alojan NNAyJ infractores y presuntos infractores se encuentra en manos de áreas no especializadas, en abierta contradicción con la normativa internacional y nacional al respecto.

e. Acceso a otros derechos

• Derecho a la educación

De acuerdo con los datos brindados por las direcciones de los establecimientos relevados, los promedios regionales de horas semanales ofertadas para el nivel de educación primaria oscilan entre las 11 y las 19 horas por semana, es decir, entre dos y cuatro horas diarias (sin considerar el receso del fin de semana); para el nivel de educación secundaria, los promedios regionales van desde las 12 a las 25 horas por semana, entre dos y cinco horas por día (sin considerar el receso del fin de semana).

Los promedios arriba presentados incluyen tanto la carga horaria ofertada por personal que depende de los establecimientos como de personal que no depende de los mismos.

Con base en la información también brindada por las direcciones, pudo establecerse que la mayor parte de los establecimientos del país cuenta con personal docente propio. La oferta

formal de horas por parte del personal docente perteneciente a los establecimientos oscila entre las 6 y las 30 horas semanales, es decir, que algunos establecimientos aseguran con personal propio una oferta diaria de una hora de clase, mientras otros informan una oferta de seis horas diarias (sin considerar el receso del fin de semana).

Es importante aclarar que no puede establecerse una relación directa entre estas variables y el efectivo acceso a la educación por parte de los NNAyJ alojados. Si bien a partir de la información suministrada por las direcciones de los establecimientos relevados se ha podido establecer que la mayor parte de los NNAyJ institucionalizados asiste a clases de educación formal, entre 2 y 4 horas diarias como promedio, a partir de las entrevistas al personal y a los NNAyJ alojados en los establecimientos, se ha verificado que la existencia de la oferta educativa formal no garantiza en forma suficiente el acceso a este derecho por parte de los NNAyJ.

• Derecho al trato digno

Este derecho implica, para los NNAyJ incluidos en los dispositivos del sistema penal juvenil, la garantía de ser tratados con el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana.

En este sentido, el funcionamiento y la organización interna de los dispositivos dirigidos a adolescentes y jóvenes infractores y presuntos infractores de la ley penal deberían garantizar su seguridad personal y promover un sentimiento de justicia y de respeto por uno mismo y por los derechos fundamentales de las personas.

El Proyecto Nacional de Relevamiento tuvo por finalidad relevar y conocer la existencia y el funcionamiento de los dispositivos penales juveniles en todo el territorio nacional. En ese marco, se mantuvieron entrevistas con funcionarios, personal técnico y adolescentes (a estos últimos se les garantizó confidencialidad) que permitieron un acercamiento a la realidad institucional de los establecimientos.

La variedad de situaciones potenciales que afectan el derecho al trato digno en los establecimientos —cerrados y semicerrados— es amplia y puede comprender desde el destrato hasta los castigos físicos, pasando, por ejemplo, por la medicación innecesaria o excesiva o la falta de información adecuada con respecto a los motivos de su suministro.

Como el Proyecto no estuvo orientado a la detección de casos puntuales de malos tratos sino a conocer los contextos materiales y político-institucionales en los cuales los mismos tienen lugar, con independencia de situaciones particulares —irregularidades o delitos cometidos por personal de los establecimientos— y sin perjuicio de las actuaciones judiciales y/o administrativas producidas a partir de los hechos puntuales detectados, es posible afirmar, a modo de conclusión general, que existe una serie de circunstancias (hacinamiento, instalaciones inadecuadas, personal no especializado, ausencia de actividades, otras) que

por sí solas conllevan situaciones de maltrato o que coadyuvan a generar situaciones de conflicto y malestar que devienen en potenciales situaciones de malos tratos.

Asimismo, la información obtenida permite afirmar que las situaciones de vulneración del derecho a un trato digno se acrecientan en aquellos establecimientos no sujetos a supervisión o monitoreo externo a las autoridades a cargo de los mismos.

Es decir, que sólo los procesos de mejora de la calidad institucional en función de la consecución de objetivos legítimos y realistas pueden dar sustentabilidad en el tiempo a intervenciones que respeten rigurosamente los derechos humanos de los adolescentes y jóvenes incluidos en los dispositivos penales juveniles.

• Derecho a la salud y otros derechos

Con base en los servicios ofertados en los 72 establecimientos relevados (ya sea que la oferta de estos servicios dependa del propio establecimiento o presente otro tipo de dependencia), se indagó sobre la alternativa de acceso a derechos tales como salud, educación no formal, recreación y visitas de familiares.

La información obtenida se presenta en el Cuadro 3.

Cuadro 3

Establecimientos que ofrecen servicios...	Total	%
Total país establecimientos relevados	72	100
Chequeos médicos generales (salud)	59	82
Odontología (salud)	58	81
Control de enfermedades de transmisión sexual (salud)	51	71
Control de VIH (salud)	51	71
Talleres de salud reproductiva (salud)	38	53
Formación laboral (educación no formal)	29	40
Talleres artísticos (educación no formal)	38	53
Talleres deportivos / actividad física (recreación)	38	53
Talleres de juegos (recreación)	26	36
Otros	15	21
Fuente: elaboración propia.		

Tal como se observa, las direcciones del 82% de los establecimientos relevados declararon que se practican chequeos médicos generales a los NNyJ que son alojados en ellos, y que en el 81 % de los establecimientos se asiste odontológicamente a los niños/as y adolescentes. También en relación con el derecho a la salud, se observa que el 71% de

los establecimientos posee servicios de control de enfermedades de transmisión sexual y que igual porcentaje de las direcciones declaró contar con programas específicos para el control de VIH/ SIDA, mientras que en un 53% de los establecimientos se implementan talleres de salud reproductiva.

Con respecto a la formación laboral, el 40% de los establecimientos cuenta con talleres de capacitación en oficios, y un 53% del total de establecimientos posee talleres artísticos.

Con relación a la oferta recreativa, en el 53% de los establecimientos se realizan actividades físicas y/o deportivas. Por último, se observa que un 36% de los establecimientos ofrece actividades lúdicas para los NNAyJ alojados.

Con respecto al acceso a medios de información y/o comunicación dentro del establecimiento, la información brindada por las direcciones se expone en el Cuadro 4.

Cuadro 4

Establecimientos que ofrecen acceso a medios de información y/o comunicación	Total	%
Total país establecimientos relevados	72	100
Televisión	59	82
Teléfono	48	67
Radio	55	76
Diarios y revistas	53	74
Libros	52	72
Computadora	26	36
Internet	6	8
Otros	8	11
Talleres de juegos (recreación)	26	36
Otros	15	21
Fuente: elaboración propia.		

Como se observa en el Cuadro, una alta proporción de las direcciones de los establecimientos declaró que los NNAyJ acceden a ver televisión, lo que totaliza un 82%. El 76% comentó que los NNAyJ acceden a escuchar radio y un 74% del total manifestó que pueden acceder a diarios y revistas dentro del establecimiento.

En el 67% de los establecimientos relevados los NNAyJ pueden acceder a utilizar el teléfono de la institución. En el 33% restante, el acceso a la comunicación telefónica no es posible o queda librado a los recursos que los NNAyJ y sus familias se procuren —por ejemplo, la obtención de tarjetas telefónicas—.

En relación con el uso de computadoras, lo ofrece un 36% de los establecimientos relevados; en tanto que el acceso a Internet sólo es posible en el 8% de los establecimientos.

Al igual que en el punto anterior, es importante aclarar que, de acuerdo con las entrevistas realizadas con el personal y con los adolescentes y jóvenes alojados en los establecimientos, la oferta de los servicios mencionados no siempre garantiza el acceso efectivo a los derechos por parte de los NNAyJ.

f. Establecimientos sujetos a monitoreo o control externo

Con relación al universo de establecimientos relevados, y de acuerdo con lo expresado por las direcciones, se ha podido establecer que el 53% de los mismos posee algún tipo de monitoreo o de control externo. El control es realizado principalmente por los poderes judiciales provinciales y, en segundo término, por organismos gubernamentales de derechos humanos de nivel provincial y nacional.

También se registran seguimientos por parte de organismos gubernamentales de educación y, en una proporción mínima, por parte de organizaciones sociales. En algunos casos en que la gestión de los establecimientos se encuentra a cargo de las fuerzas de seguridad, las áreas provinciales responsables de las políticas de infancia y adolescencia suelen cumplir tareas de monitoreo con respecto a la situación de los NNAyJ alojados en ellos (Cuadro 5).

Cuadro 5

Monitoreo o control externo	Total	%
Sí	38	53
No	21	29
S/D	13	18
Total	72	100
Fuente: elaboración propia.		

Los datos relativos a la cantidad de personal que se desempeña en los establecimientos donde se alojan NNAyJ infractores y presuntos infractores fueron elaborados a partir de la información suministrada por los directores, la que fue oportunamente complementada con la información obtenida en las entrevistas con los profesionales, el personal de seguridad y los operadores de los 72 establecimientos visitados en el transcurso del trabajo en territorio.

El personal con el que cuenta el total de los establecimientos visitados es de 3.152 personas.

En promedio, cada uno de los establecimientos cuenta con una planta funcional conformada por 44 personas. Y existe una relación aproximada de dos personas adultas por cada niño/a, adolescente o joven alojado.

Con respecto a la función que desempeña el personal, se observa que el 32% cumple tareas de seguridad, el 27% son operadores que acompañan a los NNAyJ en sus actividades cotidianas, y el 9% desarrolla tareas docentes.

El ítem “otros recursos humanos” (32%) incluye a profesionales —en su gran mayoría trabajadores sociales, psicólogos, médicos y personal de enfermería—, personal administrativo, personal de maestranza y de cocina (Cuadro 6).

Cuadro 6

Según tareas desempeñadas	Recursos humanos								Total
	Personal seguridad	%	Operadores	%	Docentes	%	Otros RRHH	%	
Total país	1.008	32	859	27	271	9	1.014	32	3.152

Fuente: elaboración propia.

Con relación al “personal docente” (incluye tanto al personal acreditado por el sistema de educación formal como a otras personas designadas por las direcciones de los establecimientos como responsables de actividades de enseñanza, por ejemplo, personas a cargo de talleres de oficio y de arte), en el siguiente cuadro se observa la distribución promedio por establecimiento y el promedio de la dedicación semanal en horas (Cuadro 7).

Cuadro 7

Personal docente	Promedio general por establecimiento	
	Cantidad por establecimiento	Dedicación semanal en horas
Total país	4	22

Fuente: elaboración propia.

Se puede establecer que cada uno de los establecimientos relevados cuenta en promedio con 4 docentes, cada uno de los cuales posee un promedio de dedicación formal de 22 horas semanales.

2.1. Niños/as, adolescentes y jóvenes infractores y presuntos infractores alojados en establecimientos

a. Cantidad y sexo

En esta etapa de trabajo se ha podido establecer que la cantidad de niños/as, adolescentes y jóvenes infractores y presuntos infractores alojados en los establecimientos del circuito penal juvenil visitados —60,5% del total de los establecimientos detec-

tados por el proyecto— entre los meses de agosto y diciembre de 2007, era un total de 1.799 adolescentes.

Como se aclara al inicio del presente apartado, la cifra, que refleja “la foto de un día” en los dispositivos, no comprende la información completa sobre la cantidad de “jóvenes adultos” (jóvenes de 18 a 20 años) infractores o presuntos infractores de la ley penal alojados en establecimientos.⁶ Esto se debe a que, en muchos casos, las normativas y prácticas provinciales vigentes posibilitan que los jóvenes, una vez cumplidos los 18 años, puedan ser derivados a dependencias del servicio penitenciario destinadas a personas adultas. Por tal motivo, si se considera dicha franja etaria, la cantidad de jóvenes privados de libertad asciende a una cifra mayor.

Con relación a la variable sexo, se observa que el 90% de los NNAyJ institucionalizados en establecimientos son varones, resultando la razón de 11 varones por cada mujer alojada (Cuadro 8).

Cuadro 8

Sexo	Niños/as, adolescentes y jóvenes alojados						Total
	Varones	%	Mujeres	%	S/D	%	
Total país	1.614	90	149	8	35	2	1.799

Fuente: elaboración propia.

También se observa un 2% del total en la categoría “sin datos”, producto de la dificultad para obtener información fehaciente con respecto al sexo de algunos NNAyJ alojados en comisarías.

b. Condiciones de alojamiento

De acuerdo con la información aportada por los directores de los establecimientos relevados, se observa que la proporción de ocupación de los establecimientos alcanzaba el 79% de la capacidad total de alojamiento disponible (Cuadro 9).

Cuadro 9

Relación entre NNAyJ alojados y capacidad de los establecimientos	Niños/as, adolescentes y jóvenes	Capacidad de alojamiento establecimientos	% ocupación establecimientos
Total país	1.661	2.110	79

Fuente: elaboración propia.

⁶ Se excluyeron del total los NNAyJ que no se encontraban en los establecimientos por permisos prolongados. Los permisos prolongados consisten en licencias de semanas o meses otorgadas por el juez.

Como indica el siguiente Cuadro, el 85% de los NNAyJ infractores y presuntos infractores se encontraban alojados en establecimientos de régimen cerrado (Cuadro 10).

Cuadro 10

Régimen de alojamiento	Distribución de niños/as, adolescentes y jóvenes				Total
	Cerrado	%	Semicerrado	%	
Total país	1.525	85	274	15	1.799
Fuente: elaboración propia.					

c. Procedencia y documentación de los NNAyJ alojados

En su gran mayoría (más del 80%) los niños/as, adolescentes y jóvenes alojados en los establecimientos del país son argentinos. En una proporción significativamente menor, se encuentran niños provenientes de países limítrofes (1,2% del total). La categoría “sin datos” comprende el 18,3% del total (Cuadro 11).

Cuadro 11

Lugar de origen	Total	%
Argentina	1.449	80.5
Países limítrofes	21	1.2
S/D	329	18.3
Total	1.799	100
Fuente: elaboración propia.		

A partir de la información brindada por las direcciones de los establecimientos, se ha podido establecer que sólo el 59% de los niños/as, adolescentes y jóvenes alojados en los mismos posee Documento Nacional de Identidad (DNI). Un 13% de los NNAyJ tienen su DNI en proceso de trámite y un 7% directamente no posee DNI. También resulta significativo el elevado porcentaje de la variable “sin datos” en el registro de la información (Cuadro 12).

Cuadro 12

Documentación	Total	%
Con DN	1.069	59
Con DN en trámite	228	13
Sin DN	121	7
S/D	381	21
Total	1.799	100
Fuente: elaboración propia.		

d. Edades de los NNAyJ alojados

Respecto de las edades de los NNAyJ infractores y presuntos infractores que se encontraban alojados en establecimientos del país, 1.290 eran mayores de 16 años de edad. Esto implica que, en la medida en que los delitos imputados fuesen de acción pública y con pena mayor a dos años de prisión, alrededor de un 72% de los adolescentes y jóvenes alojados sería “punible”.⁷

Sin embargo, merece destacarse que al menos 298 niños y adolescentes alojados eran menores de 16 años de edad al momento del relevamiento. Es decir que, al menos el 17% de los niños y adolescentes alojados en establecimientos del país, en función de su edad, sería “no punible”.

Cabe mencionar que para la construcción de este dato existe un faltante de información importante y la categoría “sin datos” representa un 12% del total. Al igual que para otras variables, resulta notorio el déficit de registros institucionales en los establecimientos que permitan una obtención ágil de este tipo de información (Cuadro 13).

Cuadro 13

Relación entre edad y condición de punibilidad	Niños/as, adolescentes y jóvenes						Total
	Punibles	%	No punibles	%	S/D	%	
Total país	1.290	72	298	17	211	12	1.799
Fuente: elaboración propia.							

e. Tipo de delitos y situación procesal

En relación con el tipo de delitos imputados a los niños/as, adolescentes y jóvenes, es importante aclarar que existen grandes dificultades para obtener el dato de manera confiable.

Las fuentes utilizadas para su obtención fueron los directores de los establecimientos, quienes no tienen la obligación de conocer ni de registrar las carátulas de los expedientes judiciales. De todas formas, se ha tomado en cuenta esta información con el propósito de conocer los motivos que catalogan el ingreso a la institución, sabiendo que esta categorización puede ser modificada durante el proceso penal. Así, se obtuvo información sobre el 75% del total de los NNAyJ alojados. Sobre ese total, los porcentajes indican que la mayor frecuencia recae en los delitos contra la propiedad. Así, si se suman las categorías delitos contra la propiedad con y sin armas, se obtiene que estos delitos representan el 70% del total de hechos delictivos imputados a los NNAyJ alojados. De

⁷ Decreto-Ley 22.278/22.803, artículos 1 y 2.

estos delitos, el mayor porcentaje recae en los delitos contra la propiedad sin armas, que representan el 38% del total, mientras que los delitos contra la propiedad con uso de armas representan el 32%.

Alrededor de un 15% de NNAyJ alojados en establecimientos ha sido imputado por el delito de homicidio (porcentaje que incluye las tentativas y los consumados).

Siguen en importancia las infracciones a la Ley de estupefacientes, con un 5% sobre el total, y los delitos contra la integridad sexual que representan el 4% del total de delitos imputados. La categoría “otros” —que representa el 3% sobre el total— se encuentra conformada por al menos 6 tipos penales (Cuadro 14).⁸

Cuadro 14

Tipo de delitos imputados	Distribución porcentual de niños/as, adolescentes y jóvenes							
	C/ la prop. sin armas	C/ la prop. con armas	Homicidio	C/ la int. sexual	Privación leg. libertad	Estupefac.	Atentado y resist.	Otros
Total país	38	32	15	4	1	5	2	3

Fuente: elaboración propia.

Respecto de la situación procesal de los niños/as, adolescentes y jóvenes alojados en establecimientos, se obtuvieron los datos porcentuales que muestra el Cuadro 15.

Cuadro 15

Situación procesal	Distribución porcentual de niños/as, adolescentes y jóvenes			
	Condenados	Imputados	No punibles	Sin datos
Total país	9	56	17	18

Fuente: elaboración propia.

Con relación a esta variable, también existe una falta de información importante en todo el país. Sin embargo, la misma no puede adjudicarse sólo a un déficit en el registro de la información; antes bien, debe leerse como un importante dato en la medida en que se vincula al perfil que tradicionalmente tuvieron los establecimientos destinados a niños/as, adolescentes y jóvenes infractores y presuntos infractores, atravesados por el “paradigma tutelar”. De allí la escasa importancia dada históricamente al conocimiento de este tipo de variables.

⁸ Entre otros, amenaza, amenaza calificada, portación de armas, lesiones graves, encubrimiento, captura por fuga de establecimiento penal, etc. Para la obtención de los porcentajes se excluyó la categoría “sin datos”.

Sin embargo, es posible advertir que la mayor parte de los adolescentes y jóvenes (56%) se encuentran alojados en los establecimientos en calidad de imputados no condenados en razón de la ley que difiere la sentencia —absolución o condena— hasta cumplidos los 18 años de edad.

Un porcentaje mucho menor (9%) corresponde a jóvenes (de entre 18 y 20 años) que han sido condenados.

No obstante, es importante aclarar que para ponderar estos porcentajes de manera correcta es necesario considerar que las condenas son dictadas después de que los jóvenes han cumplido los 18 años de edad (entre los 18 y 21 años de edad), momento en que suele producirse su traslado al sistema penitenciario, por lo que muchos jóvenes condenados no se encuentran registrados en las cifras obtenidas.

f. Defensa técnica

En el relevamiento en terreno se ha indagado sobre la cantidad de niños/as, adolescentes y jóvenes que poseen abogado defensor oficial y particular. La información obtenida, de carácter estimativo, indica que el 72% de los NNAyJ son asistidos por un Defensor oficial. Sólo un 9% de los niños/as y adolescentes poseen un letrado particular como defensor (Cuadro 16).

Cuadro 16

Defensa técnica	Total	%
Abogado particular	168	9
Defensor oficial	1.295	72
S/D	336	19
Total	1.799	100
Fuente: elaboración propia.		

Dado que esta categoría posee estrecha relación con la garantía del derecho a la defensa de los NNAyJ infractores y presuntos infractores, resulta significativa la ausencia de información que se refleja en el ítem “sin datos”.

g. Tiempo de permanencia en establecimientos

A continuación se presenta el dato sobre el tiempo de permanencia de los NNAyJ en los lugares de encierro. Puede observarse el alto porcentaje de “sin datos” en el relevo de la información (18%), cuestión que señala una vez más la escasa existencia y/o la

falta de disponibilidad, por parte de las direcciones de los establecimientos, de registros institucionales de datos.

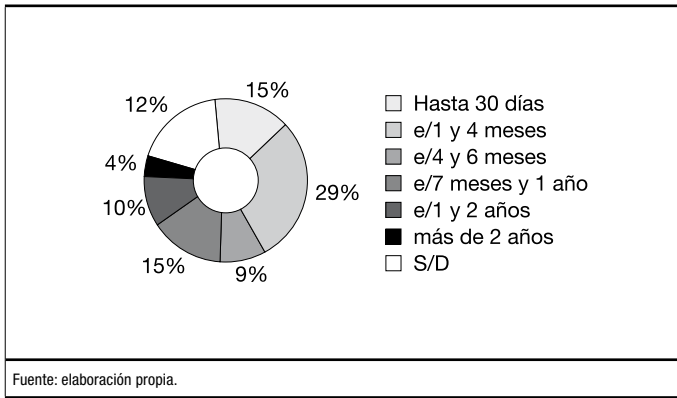
De acuerdo con la información obtenida, es posible establecer que el 29% de los NNAyJ permanecen alojados en los establecimientos entre 1 y 4 meses. El 15% se ubica en el rango de hasta 30 días y otro 15% en el rango de entre 7 meses y 1 año. El 4% de la población de NNAyJ se encuentra hace más de 2 años alojada en establecimientos. Para brindar mayor claridad a la presentación de los datos, se detallan por separado las cifras absolutas y la distribución porcentual (Cuadro 17). De las cifras se desprenden los siguientes porcentajes (Gráfico 1).

Cuadro 17

Tiempo de permanencia en establecimientos	Niños/as, adolescentes y jóvenes							Total
	Hasta 30 días	E/1 y 4 meses	E/4 y 6 meses	E/7 meses y 1 año	E/1 y 2 años	Más de 2 años	S/D	
Total país	275	543	159	261	174	67	320	1.799

Fuente: elaboración propia.

Gráfico 1



h. Egreso de los establecimientos

Sobre la base de las entrevistas realizadas a los directores, es posible señalar que las vías de egreso más frecuentes de los NNAyJ de los establecimientos son, en primer término, con la familia de origen y, en segundo lugar, la derivación a otros programas (de protección y penales).

El 16% de los niños/as, adolescentes y jóvenes es trasladado a otros establecimientos —penales, asistenciales, de salud— (Cuadro 18).

Cuadro 18

Principales vías de egreso de los establecimientos	Total %
Familia	46
Programas	28
Egreso autónomo	9
Otros establecimientos penales	7
Establecimientos para tratamiento de adicciones	4
Establecimientos asistenciales	4
Neuropsiquiátricos	1
Otros	1
Total	100
Fuente: elaboración propia.	

3. Programas dirigidos a niños/as, adolescentes y jóvenes infractores y presuntos infractores

a. Cantidad y características de los programas

Los programas que ofrecen alguna modalidad de intervención diferente de la institucionalización de los NNAyJ infractores y presuntos infractores en establecimientos suman en todo el país un total de 25.

Todos los programas detectados en el transcurso del relevamiento dependen de áreas gubernamentales (aunque es habitual que organizaciones no gubernamentales participen en su implementación). A diferencia de lo que ocurre con los establecimientos, la totalidad de los programas se encuentra bajo la órbita de las áreas provinciales especializadas.

Los programas difieren en su grado de especificidad: menos de la mitad de los programas detectados dirige su oferta de manera exclusiva a niños/as, adolescentes y jóvenes infractores y presuntos infractores de la ley penal. La mayoría de los programas, en cambio, están destinados a la asistencia de NNAyJ en diversas situaciones de vulnerabilidad, habitualmente llamados “en riesgo social”, entre los que suelen incluirse algunos NNAyJ infractores y presuntos infractores.

Del total de los programas detectados, 11 enmarcan sus intervenciones bajo una modalidad de acompañamiento en la comunidad; es decir, brindan alguna clase de seguimiento o asistencia por parte de un referente —de la comunidad o del área gubernamental especializada— a los NNAyJ incluidos en ellos. Se registran 9 programas del tipo “libertad asistida”; la mayor parte se implementa en los grandes centros urbanos del país y consiste en el acompañamiento del niño/a, adolescente o joven infractor o presunto infractor por

parte de un profesional. Este acompañamiento profesional puede darse en el lugar de residencia del niño/a, adolescente o joven o a partir de la asistencia periódica de estos últimos a actividades o a sitios institucionales acordados en forma previa.

Otra modalidad que presentan 5 de los programas detectados es la asistencia a través de algún tipo de subsidio a los NNAyJ y/o a sus familias —ayuda económica, beca escolar, plan de trabajo, subsidio a la vivienda, otro—.

En el caso de seis de los programas detectados se combinan ambas modalidades de asistencia, la de acompañamiento y la de subsidio (Cuadro 19).

Cuadro 19

Modalidad	Cantidad de programas no privativos de la libertad					Total
	Acompañamiento	Subsidio	Acomp. y subsidio	Otros	S/D	
Total país	11	5	6	2	1	25
Fuente: elaboración propia.						

De las entrevistas realizadas a los funcionarios y a los directores de los establecimientos se desprende que los programas mencionados: 1) suelen funcionar como una oferta alternativa al alojamiento de los NNAyJ infractores y presuntos infractores en establecimientos para el cumplimiento de la medida judicial; 2) su existencia permite que se acorten los plazos de privación y restricción de libertad en establecimientos cerrados y semicerrados; 3) en muchos casos los programas son considerados como una última y necesaria etapa del recorrido que realizan los NNAyJ infractores y presuntos infractores hacia el egreso del sistema penal; 4) en la mayoría de los casos sus intervenciones se dirigen a la promoción y restitución de derechos.

Por último, sólo tres de los programas informados adquieren la modalidad de un “egreso protegido” del sistema penal. En ellos se combinan el seguimiento de la situación del niño/a, adolescente o joven en libertad restringida por parte de profesionales u otros agentes del sistema, con acciones concretas de restitución de derechos (educación formal, capacitación laboral, participación en actividades artísticas y recreativas y/o formación ciudadana) y, en algunos casos, el otorgamiento de ayuda económica.

3.1. Niños/as, adolescentes y jóvenes incluidos en programas

En relación con los niños/as, adolescentes y jóvenes incluidos en los programas es muy notoria la ausencia en todo el país de registros de información relativa a su sexo y edad,

situación procesal, delito que se les imputa y tiempo de permanencia. Dicha ausencia puede adjudicarse a un déficit importante en el registro y sistematización de la información por parte de los responsables de los programas e interpretarse como un dato en sí mismo; vinculado al perfil proteccional o mixto (proteccional y penal) de la mayor parte de los programas, en los que no existe la práctica de registrar algunos tipos de variables —tales como situación procesal, delitos que se imputan a los adolescentes y jóvenes, tiempo de permanencia en los programas—. Por otro lado, al tratarse de programas no privativos de la libertad, la necesidad de contar con registros de información relativos a la edad y al sexo de los NNAyJ parece ser menor que en el caso de los establecimientos (donde estas variables determinan la derivación y permanencia de los adolescentes en uno u otro dispositivo).

a. Cantidad y sexo

Con base en la información brindada por los funcionarios responsables de los programas, en esta etapa de trabajo se ha podido establecer que la cantidad de niños/as, adolescentes y jóvenes infractores y presuntos infractores incluidos en programas no privativos de la libertad entre los meses de agosto y diciembre de 2007 era un total de 4.495.

Con relación al sexo, los varones representaban el 61% del total y las mujeres el 7%, por lo que la razón indica la presencia de 9 varones por cada mujer incluida en un programa (Cuadro 20).

Cuadro 20

Sexo	Niños/as, adolescentes y jóvenes en programas						Total
	Varones	%	Mujeres	%	S/D	%	
Total país	2.735	61	308	7	1.452	32	4.495

Fuente: elaboración propia.

b. Edades

Respecto de las edades de los niños/as, adolescentes y jóvenes que se encontraban incluidos en programas al momento del relevamiento, 1.290 tenían 16 años o más. Es decir que, en la medida en que los delitos imputados fuesen de acción pública y con pena mayor a dos años de prisión, alrededor de un 29% de los adolescentes y jóvenes incluidos en programas sería “punible” conforme la legislación vigente. En cambio, 334 niños y adolescentes contaban con menos de 16 años de edad, es decir, que al menos el 7% de los niños y adolescentes incluidos en programas del país resultan “no punibles” conforme la normativa vigente.

No obstante, para ponderar correctamente este dato, es muy importante considerar el faltante de información que se consigna en el ítem “Sin datos”, que representa el 64% del total (Cuadro 21).

Cuadro 21

Relación entre edad y condición de punibilidad	Niños/as, adolescentes y jóvenes en programas						Total
	Punibles	%	No punibles	%	S/D	%	
Total país	1.290	29	334	7	2.871	64	4.495

Fuente: elaboración propia.

III. CONCLUSIONES GENERALES

Sobre los dispositivos penales y los NNAyJ infractores y presuntos infractores

a. Grado de especialización de los dispositivos

El presente informe incluyó la descripción de dos tipos de dispositivos dirigidos a NNAyJ infractores y presuntos infractores de la ley penal: establecimientos y programas que no implican la privación de la libertad o su restricción en establecimientos. Las cifras indican que la cantidad de establecimientos existentes en el país supera en gran medida el número de programas —119 y 25, respectivamente—; y que del total de los establecimientos detectados, más de la mitad posee un régimen de tipo cerrado.

De acuerdo con los datos obtenidos, la gestión cotidiana del 33% de los establecimientos del país que alojan NNAyJ infractores y presuntos infractores depende de fuerzas de seguridad —policías y servicios penitenciarios provinciales—, y cuenta con escasa o nula injerencia por parte de los organismos jurisdiccionales responsables de la implementación de las políticas de niñez y adolescencia.

También se observa que el número de establecimientos mixtos —aquellos que alojan tanto a NNAyJ con causas penales como de cuidado y protección— alcanza el 17% del total de los 119 establecimientos detectados. Otro tanto ocurre con los programas no privativos de la libertad: al menos la mitad de los mismos son de naturaleza proteccional e incorporan, alternativamente, a NNAyJ infractores y presuntos infractores de la ley penal entre su población destinataria.

La interpretación de los datos mencionados puede considerarse como un índice de la insuficiente especialización de los dispositivos penales respecto de los estándares nacionales e internacionales establecidos. Esas limitaciones o carencias en lo que llamamos especialización se evidencian al menos en dos planos: por un lado, en la gestión por

parte de las policías provinciales y los servicios penitenciarios de dispositivos dirigidos a adolescentes, organismos que carecen de preparación, controles, normativas y recursos humanos capacitados para el trabajo con dicha población. Por otra parte, el empleo de programas de naturaleza proteccional para el abordaje de adolescentes infractores no privados de su libertad remite al paradigma de matriz tradicional tutelar e impide intervenciones técnicas adecuadas para situaciones que así lo demandan.

b. Relación entre dispositivos de intervención privativos y restrictivos de la libertad

En relación con los NNAyJ infractores y presuntos infractores, se puede establecer que existe en el país al menos un total de 6.294 niños/as, adolescentes y jóvenes incluidos en algún tipo de dispositivo. El 71% de este total (4.495) se encuentra en programas de tipo alternativo a la privación de la libertad y el 29% restante (1.799), en establecimientos.

De los niños/as, adolescentes y jóvenes alojados en establecimientos, el 85% se halla en establecimientos de régimen cerrado (1.525).

En principio, la distribución porcentual mencionada podría interpretarse de manera positiva, en tanto pareciera indicar la elección de dispositivos no privativos de la libertad como opción privilegiada para el cumplimiento de las medidas judiciales impuestas a los NNAyJ infractores y presuntos infractores. No obstante, es importante recordar la marcada ausencia de registros de información en aspectos fundamentales como la edad, la situación procesal, los delitos imputados y el tiempo de permanencia de los NNAyJ asistidos en programas, dado que esta situación dificulta evaluar si la totalidad de los programas se constituyen en una alternativa real a la privación de la libertad de los niños/as, adolescentes y jóvenes infractores y presuntos infractores de la ley penal o se trata de modalidades de institucionalización menos rigurosas pero también menos específicas e informales en su implementación.

Por otra parte, la cifra de niños/as, adolescentes y jóvenes infractores y presuntos infractores alojados en establecimientos, en su gran mayoría imputados por delitos contra la propiedad, confirma que los dispositivos de encierro continúan siendo una oferta y una opción frecuente en el circuito penal juvenil.

Por último, el relevamiento arroja dos datos muy importantes. Por un lado, que hay muchas jurisdicciones que carecen de manera absoluta de dispositivos de intervención que no sean de privación de la libertad. Por el otro, que en aquellas jurisdicciones que cuentan con programas o intervenciones no privativos de la libertad, los mismos raramente se constituyen en una verdadera "alternativa" al encierro (en el sentido de una oferta que le disputa sujetos a la medida potencialmente más perjudicial), sino como un acompañamiento cuando el encierro ya cesó o cuando nunca fue dispuesto.

c. Sobre el género y la edad de los NNAyJ

Con respecto a los datos relativos a la distribución por sexo de los NNAyJ, se observa en ambos dispositivos una gran preeminencia de varones, aunque la razón varón/mujer se reduce en el caso de los programas alternativos (de 11 a 1/ a 9 a 1). Esta importante diferencia podría adjudicarse a la construcción social del género, pero también convendría considerar la hipótesis de que las niñas, adolescentes y jóvenes infractoras y presuntas infractoras son derivadas mayormente a dispositivos de protección de derechos, cuestión sujeta a posible indagación en el futuro.

En lo relativo a la edad, se constata que al menos 632 niños/as y adolescentes incluidos en los dispositivos son menores de 16 años.

d. Acceso a derechos en establecimientos

Con respecto a los derechos de los NNAyJ alojados en los establecimientos relevados, se observa que la oferta educativa formal es despareja según los establecimientos (de 2 a 5 horas diarias). Por otra parte, con respecto a la educación no formal, se observa que sólo el 40% de los establecimientos relevados ofrece actividades vinculadas a la formación laboral y el 53% talleres relacionados con la educación artística. Otro tanto ocurre con las actividades de recreación —deportes y juegos— que se ofrecen en un 53% y un 36%, respectivamente, de los establecimientos visitados.

La mayoría de los establecimientos relevados ofrece atención básica en salud. Sin embargo, también en este rubro se observa una oferta despareja con respecto a la atención de la salud sexual reproductiva, especialmente en aspectos preventivos.

En lo relativo al derecho a la identificación, al menos el 21% de los NNAyJ alojados en los establecimientos no posee DNI y se desconoce la situación de otro 21%.

La mayoría de los NNAyJ alojados (72%) son asistidos por defensores oficiales, un 9% por abogados particulares y se desconoce la situación del 19% restante.

Los datos presentados permiten concluir de modo general que una parte importante de los establecimientos relevados cuenta con una oferta que en muchos casos no resulta suficiente para garantizar el ejercicio efectivo de los derechos a la totalidad de los niños/as, adolescente y jóvenes a su cargo. Asimismo, se observa una importante dificultad para la articulación entre los servicios que se brindan en esos espacios y los efectores públicos o privados que los brindan al resto de la comunidad.⁹

⁹ Posiblemente esto se deba en parte a la reproducción acrítica de las concepciones y prácticas gestadas en las tradicionales instituciones totales y, en parte, a la dificultad para lograr articulaciones interinstitucionales e intersectoriales eficaces, formales y que puedan sostenerse en el tiempo.

Proyecciones

Como mencionáramos, el presente informe constituye un primer resultado del proceso de análisis de la información recabada en una primera instancia del Proyecto Nacional de Relevamiento. Al combinar el trabajo en terreno, la realización de entrevistas a distintos tipos de actores y la recolección de documentación normativa, ha proporcionado una importante cantidad de información que ha posibilitado elaborar un diagnóstico integral que permite diseñar líneas de acción que contemplen las particularidades de los dispositivos existentes en las diferentes regiones del país.

Si bien la falta de información en muchas de las categorías relevadas representa un verdadero obstáculo para el conocimiento de la situación de los niños/as, adolescentes y jóvenes incluidos en los dispositivos penales, la magnitud de esta carencia, que se verifica en todo el país, constituye un dato en sí mismo. Aun cuando en ambos tipos de dispositivos —establecimientos y programas— el origen del registro insuficiente de información puede adjudicarse a la impronta de la matriz tradicional tutelar, revela la informalidad en la implementación y monitoreo de los dispositivos en la medida en que se hace difícil, si no imposible, dar cuenta de su impacto sobre la población destinataria sobre la base de información incompleta y, por lo tanto, poco confiable.

Para alcanzar un resultado óptimo resulta indispensable contar de aquí en adelante con información actualizada de manera ininterrumpida. Para tal fin consideramos recomendable avanzar en los registros de la información, construyendo y asegurando los mecanismos que, a nivel provincial y nacional, resulten conducentes para tal fin. En tal sentido, el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia resulta el ámbito adecuado para consensuar la puesta en funcionamiento de un sistema informático de relevamiento y sistematización de datos que permita monitorear, con la frecuencia requerida, la información relativa al sistema penal juvenil en todo el país.

Sin duda, las consecuencias de la puesta en marcha de un sistema informático de relevamiento serán fructíferas, puesto que permitirán elaborar análisis orientados a conocer cómo funcionan los distintos dispositivos penales juveniles en el país y quiénes son sus destinatarios, lo que se transforma en un indispensable y básico insumo si el objetivo consiste en diseñar e implementar políticas orientadas a adecuar el sistema penal juvenil a los estándares constitucionales e internacionales en la materia.

ANOTACIONES PRONTUARIALES DE LOS ADOLESCENTES: UN TEMA PENDIENTE

IVÁN FUENZALIDA SUÁREZ
ABOGADO*

El sistema de responsabilidad penal juvenil de nuestro país no contiene normas que regulen especialmente los efectos que deban asignarse a las anotaciones prontuariales que generen las condenas que se imponen a los adolescentes, como tampoco regula los efectos de esas anotaciones una vez cumplida la mayoría de edad. En este escenario, las únicas reglas aplicables son las que existen respecto de los adultos, por lo que los menores de dieciocho años se encuentran sujetos a idénticos mecanismos de eliminación de anotaciones prontuariales, siendo procedente fundar alegaciones de reincidencia durante la adultez en delitos cometidos durante la minoría de edad. Sólo las anotaciones que hayan sido eliminadas del prontuario por vía del mecanismo reglado en el DL 409 quedan al margen de esta posibilidad, dado que quien cumple con todos los requisitos establecidos en esta norma debe ser considerado como si nunca hubiere delinquirido para todos los efectos legales y administrativos. Los restantes mecanismos de eliminación de anotaciones son, en realidad, modalidades de omisión de anotaciones en los certificados de antecedentes y conservan su validez debiendo ser incluidas en los certificados que se agregan a un proceso criminal. El marco normativo vigente tampoco distingue entre los jóvenes que registran un único delito de escasa gravedad de aquellos que poseen una larga trayectoria marcada por ilícitos graves. Parece razonable aspirar a que el ordenamiento jurídico se haga cargo de regular especialmente esta materia, conforme a criterios político-criminales que posibiliten la respuesta diferenciada que el derecho internacional exige para los adolescentes.

Si bien la Ley 20.084 no contiene normas que regulen en detalle cómo se administran las anotaciones prontuariales a que da lugar la condena de adolescentes por ilícitos penales, ni cuáles son sus efectos en relación con la restante normativa penal, es un hecho que esas anotaciones existen y que a su respecto pueden resultar aplicables diferentes cuerpos normativos. La problemática más relevante en esta materia dice relación con la posibilidad de que esas anotaciones den o no lugar a la aplicación de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal. A este respecto, la postura que se adopte debe hacerse cargo, necesariamente, del carácter especial del sistema de responsabilidad penal de los adolescentes, de las prescripciones contenidas en los instrumentos internacionales vinculantes y del ineludible equilibrio que debe buscarse entre los principios que inspiran este sistema y la demanda de justicia que el aparato público de enjuiciamiento criminal está llamado a satisfacer.

* El autor fue Director de la Unidad Especializada en Responsabilidad Penal Adolescente y Violencia Intrafamiliar del Ministerio Público de Chile, desde su creación, en diciembre de 2005 hasta marzo de 2009.

En la búsqueda de respuestas a la interrogante planteada debe tenerse en cuenta el carácter jurídico del problema en sentido amplio, es decir, el análisis debe incorporar no sólo la dimensión normativa en sentido estricto, sino también la valoración de la realidad que las normas están llamadas a regular. Dicho de otro modo, el marco normativo delimita un margen de acciones jurídicas cuyos énfasis o alcances son determinados por la política de persecución. Esta última —la política de persecución— debe orientar el accionar de los agentes de control de modo que el resultado de sus acciones sea el funcionamiento adecuado del sistema, respetuoso de cada uno de los principios que lo inspiran y que, en los casos en que estos principios colisionen, resuelva los conflictos del modo que mejor convenga al equilibrio entre el interés público y los intereses particulares comprometidos.

En concreto, la definición político-criminal que nos plantean las anotaciones prontuariales registradas durante la adolescencia de una persona y la posibilidad de usarlas para agravar o atenuar su responsabilidad por delitos cometidos durante la adultez, debe ajustarse al marco jurídico y permitir que los conflictos que subyacen en cada caso particular se resuelvan de modo que la respuesta penal concreta satisfaga los propósitos preventivos generales del sistema penal y actualice la prevención especial positiva de un modo suficiente y sin excesos.

1. Marco normativo¹

En concreto, en Chile el problema planteado discurre en un marco normativo que contempla las siguientes normas jurídicas:

1. Ley 20.084, que Establece un Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal.
2. DL 645, de 1925, que Crea el Registro Nacional de Condenas.
3. DL 409, de 1932, Sobre Regeneración y Reintegración del Penado a la Sociedad.
4. DS N° 64, de 1960, que Reglamenta la Eliminación de Prontuarios Penales, de Anotaciones y el Otorgamiento de Certificados de Antecedentes.

En la determinación de las normas jurídicas aplicables, debe tenerse presente que el artículo 2° inciso final de la Ley 20.084 dispone que, en su aplicación, se tendrán en consideración todos los derechos y garantías que les son reconocidos a los adolescentes en la Constitución, en las leyes, en la Convención sobre los Derechos del Niño y *en los demás instrumentos internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes*.

En nuestra realidad jurídica el único instrumento internacional sobre derechos de la infancia y la adolescencia, que cumple con los requisitos de haber sido ratificado por

¹ A las normas que se citan cabría agregar la Ley 18.216, sobre "Medidas Alternativas a las Penas Privativas de Libertad", sin embargo, existen razones jurídicas formales y materiales para sostener que ese régimen de sanciones alternativas no es aplicable a los adolescentes, por lo que su tratamiento no será abordado en este trabajo.

Chile y encontrarse vigente, es la Convención sobre los Derechos del Niño. Sin embargo, al margen de los principios generales que se desprenden de su texto, la Convención no contiene normas expresas que se refieran específicamente al tema que nos ocupa.

Se ha discutido si el artículo 2 de la Ley 20.084 se refiere a los instrumentos internacionales que no tienen carácter de tratado. En rigor, se trata de concluir si un instrumento internacional que, en sí mismo, no tiene carácter vinculante puede considerarse como una norma de aplicación obligatoria en virtud de la remisión contenida en esta disposición de nuestra legislación interna. Con este propósito se arguye que el artículo 2° no habla de tratados sino de instrumentos internacionales, por lo que cabrían en este concepto otros instrumentos como las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores (Reglas de Beijing). Sin embargo, en términos estrictos, la norma habla de *“instrumentos internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”*, requisitos que sólo cumple la Convención sobre los Derechos del Niño. Luego, aparte de este último, no existen otros instrumentos internacionales que reúnan las condiciones de estar ratificados y vigentes que se refieran a infancia y adolescencia y su relación con la justicia penal. Siendo así, las Reglas de Beijing mantienen el carácter de recomendaciones en el ámbito internacional, mismas que los Estados pueden tener presente y acoger en el diseño normativo de sus instituciones y ordenamientos internos, de modo que sólo si así ocurriera podrían tener carácter vinculante. Específicamente, la regla N° 21.2 de Beijing refiere que las anotaciones prontuariales generadas en la adolescencia no serán consideradas en la etapa adulta de una persona. Esta recomendación no ha sido, hasta ahora, recogida por ninguna norma interna, de modo que la eventual utilización de estas anotaciones debe quedar sujeta al marco normativo efectivamente vinculante y vigente en Chile, más allá del reproche que merezca el legislador que, pudiendo hacerlo, no recogió esta clara recomendación de la comunidad internacional. La nobleza de los fines que el intérprete persiga al pretender “expandir” el alcance del artículo 2 de la Ley 20.284 en el sentido anotado, no es suficiente para forzar la inclusión de la regla referida en nuestro marco normativo interno ni para atenuar el reproche a nuestro legislador.

2. Generación de anotaciones prontuariales

De acuerdo con nuestro sistema de enjuiciamiento criminal de adultos, como es sabido, las únicas resoluciones judiciales que motivan su registro en el prontuario penal son las sentencias condenatorias por crimen, simple delito o falta. Respecto de las faltas existe una situación particular, puesto que el prontuario penal se abrirá sólo a partir de la tercera condena, según dispone el artículo 3° del DS. N° 64, de 1960.

En términos generales, respecto de los adolescentes, también se registran en el prontuario penal las sentencias condenatorias por crimen o simple delito, existiendo una situación especial respecto de las faltas. Sabemos que en la Ley 20.084 se establece que los adolescentes pueden ser perseguidos penalmente por las faltas sólo si son mayores de 16 años y han cometido alguna de las contempladas en el inciso tercero del artículo 1°. Siguiendo la regla del artículo 3° del DS. N° 64, de 1960, sólo la tercera condena por faltas permitirá registrar la anotación en el prontuario. Sin embargo, el Servicio de Registro Civil e Identificación ha dispuesto que, excepcionalmente, se registrará la anotación de

la primera condena cuando se trate de aquellas faltas contempladas en los artículos 494 N° 19, sólo respecto del artículo 477, 494 bis y 495 N° 21 del Código Penal.²

3. Inclusión u omisión de las anotaciones prontuariales en los certificados de antecedentes³

Por regla general, los certificados de antecedentes que expide el Servicio de Registro Civil e Identificación deben incluir todas las anotaciones vigentes que una persona registre en su prontuario penal. Por excepción, algunas anotaciones deben omitirse en algunos certificados, como ocurre, por ejemplo, con las condenas impuestas con alguna de las medidas alternativas de la Ley 18.216, mientras la medida se esté cumpliendo. Como contra-excepción —siguiendo con el ejemplo—, estas medidas deben siempre incluirse en los certificados que se expidan para postular a las Fuerzas Armadas, de Orden, Gendarmería de Chile y los que se requieran para su agregación a un proceso criminal.

En el caso de los adolescentes, la situación en la práctica se invierte. A este respecto el inciso final del artículo 2° del DL 645, de 1925, que crea el Registro Nacional de Condenas, señala que *“Los antecedentes relativos a los procesos o condenas de menores de edad sólo podrán ser consignados en los certificados que se emitan para ingresar a las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile, Gendarmería de Chile y a la Policía de Investigaciones o para los fines establecidos en el inciso primero del presente artículo”*.

De acuerdo con lo anterior, para los adolescentes la regla general será la omisión de las anotaciones prontuariales en los certificados que se emitan a su respecto y, por excepción, deberán consignarse en aquellos que se expidan para postular a las instituciones mencionadas y en los que soliciten el Ministerio Público y los tribunales de justicia con competencia criminal.⁴

4. Eliminación de las anotaciones prontuariales de los adolescentes, según DS. 64, de 1960

La posibilidad de hacer uso de las anotaciones prontuariales generadas por delitos cometidos durante la adolescencia, para fundar alegaciones relativas a la concurrencia de circunstancias modificatorias de la responsabilidad penal en la adultez, depende, en definitiva, de la vigencia que esas anotaciones tengan después de cumplida la mayoría de edad.

² Sobre esta materia, el Registro Civil ha dictado instrucciones contenidas en los oficios 627, de 2006, y 126 y 402, de 2008, a los que no se pudo tener acceso para este trabajo.

³ El “extracto de filiación”, utilizado para los fines de persecución penal, es, en rigor, un documento público que certifica las anotaciones prontuariales que registra una persona determinada, es decir, un certificado de antecedentes.

⁴ El inciso primero del artículo 2° del DL 645, de 1925, dispone: *“Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 21 de la Ley N° 19.628, sobre protección de datos de carácter personal, el Servicio de Registro Civil e Identificación comunicará al Ministerio Público, a los tribunales con competencia en lo criminal o a los juzgados de policía local, en su caso, los datos que soliciten para comprobar la reincidencia de los imputados”*.

En principio, cualquier anotación vigente puede servir de fundamento a la alegación de una circunstancia modificatoria y, por el contrario, no servirán a esos efectos las anotaciones que hayan perdido su vigencia. A este respecto, cobran especial importancia los mecanismos de eliminación de las anotaciones.

En el ámbito propio de los adolescentes, la regla general en esta materia está contenida en el artículo 8°, letra h), del DS N° 64, de 1960, que Reglamenta la Eliminación de Pron-tuarios Penales, de Anotaciones, y el Otorgamiento de Certificados de Antecedentes. En lo pertinente, esta norma ordena que las anotaciones prontuariales por condenas a penas no aflictivas,⁵ correspondientes a delitos cometidos antes del cumplimiento de la mayoría de edad, deberán ser eliminadas en el mismo momento en que se cumpla la condena. En cambio, si la anotación corresponde a una condena de pena aflictiva la eliminación se hará transcurridos tres años desde el cumplimiento de la pena.⁶

Los alcances que posee la eliminación de anotaciones prontuariales regulada en este texto normativo, serán analizados más adelante, en el punto 6 del presente trabajo.

4.1. Eliminación de anotaciones por penas no aflictivas

De acuerdo con lo anterior, si la condena ha significado imponer al adolescente una pena no aflictiva, su eliminación procede inmediatamente después de que dicha sanción haya terminado de cumplirse. Si bien el referido artículo 8° letra h) dispone que la eliminación se haga “*en el mismo momento en que se cumple la condena*” y el Servicio de Registro Civil ha resuelto que se procederá a ello de oficio, en la práctica este Servicio estará impedido de hacerlo si no media la recepción de información que acredite que ha finalizado el cumplimiento de la pena.

En el marco del nuevo sistema de responsabilidad penal adolescente, lo esperable es que el órgano encargado de la ejecución de las sanciones —el SENAME, con sus centros y programas de administración directa e indirecta— oficie al Servicio de Registro Civil informando que ha finalizado el cumplimiento de la pena. Si ello no ocurre, cosa habitual en el sistema anterior, es el propio adolescente el que debe solicitar la eliminación, presentando el correspondiente certificado de cumplimiento. En cualquier caso, desde que la sanción sea cumplida y hasta que se efectúe materialmente la eliminación, siempre habrá de transcurrir el tiempo necesario para que el Servicio de Registro Civil sea correctamente informado de que se han verificado los supuestos que la norma exige para la eliminación de la anotación.

⁵ Si bien, en su momento, existió alguna discusión acerca del carácter aflictivo de las sanciones de la Ley 20.084, ella se encuentra superada, por lo que el criterio para definir si estas sanciones son o no aflictivas es el mismo que el utilizado respecto de los adultos, es decir, la extensión de la pena con límite de tres años.

⁶ DS. N° 64, de 1960, Art. 8°: *Se eliminará una anotación prontuarial: h) Cuando se trate de condenados que hayan cumplido una pena no aflictiva y que a la fecha de la comisión del delito tenían menos de 18 años de edad, se procederá a eliminar la anotación prontuarial desde el mismo momento en que se cumple la condena. Nos obstante, los menores de 18 años de edad a la fecha de la comisión del delito, que sean condenados con una pena aflictiva, deberán esperar que transcurran tres años desde el cumplimiento de la condena para proceder a la eliminación de dicha anotación prontuarial.*

No obstante, de acuerdo con el inciso tercero del artículo 8° ya citado, no basta el mero cumplimiento de la pena para que la eliminación se haga efectiva, sino que, además, para que el Director del Servicio dicte la resolución que ordene la eliminación deberá acreditarse ante él que el condenado goza de irreprochable conducta anterior y tratarse de la única anotación que exista en el prontuario del interesado.⁷

En la práctica, el Servicio de Registro Civil no formula exigencias específicas para acreditar la irreprochable conducta anterior, bastándole constatar que no existen anotaciones prontuariales anteriores respecto del condenado, por lo que, en los hechos, habiéndose cumplido la pena y no existiendo otra anotación en el prontuario, se procederá a la eliminación.

También en el terreno de lo práctico, cabe señalar que cuando se efectúa la eliminación de una anotación prontuarial, siempre que no exista otra anotación vigente, el prontuario se destruye materialmente, sin que queden vestigios del mismo y menos de lo que pudo ser su contenido. De este modo, si un adolescente ha sido condenado a una pena de corta duración cuya anotación fue eliminada y, eventualmente, vuelve a ser condenado antes de cumplir la mayoría de edad, la anotación por la nueva condena será considerada como la única, es decir, no precedida por ninguna otra, por lo que nuevamente el adolescente cumpliría con los requisitos del artículo 8° para ser beneficiado con la eliminación de la anotación. Ello no obsta a que, si es del caso, se alegue en sede judicial la improcedencia de la circunstancia atenuante del N° 6 del artículo 11 del Código Penal, acreditando por los medios que se encuentren disponibles que la conducta pretérita del adolescente no ha sido irreprochable, por existir antecedentes de cualquier naturaleza que revelen la reprochabilidad de su comportamiento, como pueden ser los registros institucionales de haber cometido delito con anterioridad y haber sido condenado por ello.

Adicionalmente, cabe agregar que la práctica del Servicio de Registro Civil de destruir materialmente el prontuario en estas circunstancias, estando facultado para ello por el artículo 9°, impediría la aplicación del artículo 14 del DS 64, toda vez que al hacer desaparecer el prontuario se imposibilita expedir en el futuro cualquier certificado con las anotaciones eliminadas, cuestión a la que debe darse cumplimiento necesariamente si caduca el beneficio de eliminación al registrarse una nueva condena.

Sin embargo, la eliminación de una anotación prontuarial verificada en virtud del mecanismo reglado en el DS. 64, puede no ser definitiva, puesto que, según dispone el artículo 14, la anotación de una nueva condena hará caducar la eliminación (que el mismo artículo califica de “beneficio”), ordenando que los certificados que se expidan con posterioridad contengan las anotaciones que se había dispuesto omitir.⁸

⁷ DS 64, de 1960, Artículo 8°, inciso tercero: “En todos los casos relacionados con las letras f), g) y h) se otorgará el beneficio por resolución fundada, sólo a aquellas personas que acrediten irreprochable conducta anterior, mediante los antecedentes que el Director exija, y siempre que la anotación de que se trate sea la única que exista en el prontuario del interesado”.

⁸ DS. 64, de 1960; Art. 14°: “La anotación en el prontuario de una nueva declaratoria de reo o condena hará caducar el beneficio concedido en virtud del presente decreto. En tal caso, los certificados que se expidan contendrán todas las anotaciones ordenadas omitir con anterioridad, salvo que el Director del Servicio otorgue nuevamente dicho beneficio, y sólo por una vez más.

La redacción de esta disposición no es del todo feliz, puesto que utiliza la voz “omitir”, lo que haría pensar que se refiere sólo a las anotaciones omitidas, excluyendo a las eliminadas. Sin embargo, en su primera parte claramente se refiere a los beneficios concedidos en virtud del “presente decreto”, lo que debe entenderse referido a todos los beneficios que regula este cuerpo normativo, como las anotaciones eliminadas y la eliminación de prontuario.

La eventualidad de que la anotación eliminada recobre su vigencia es un factor relevante a la hora de determinar si es procedente o no invocar su existencia como sustento de una agravante de responsabilidad penal, como veremos más adelante.

4.2. Eliminación de anotaciones por penas aflictivas

Tal como se adelantó, la segunda parte de la letra h) del artículo 8° del DS. 64 dispone que las anotaciones originadas en una condena a pena aflictiva, por delitos cometidos antes de la mayoría de edad, se eliminarán transcurridos tres años desde el cumplimiento de la pena.

En relación a la eliminación de estas anotaciones, aplica todo lo dicho en el apartado anterior, sobre la irreprochable conducta anterior del interesado —respecto de lo cual no hay mayores exigencias que la inexistencia de anotaciones anteriores— y del carácter único de la misma anotación, por lo que la única gran diferencia radica en el momento en que debe efectuarse la eliminación, esto es, en este caso, tres años después de cumplida la pena.

De igual modo, tiene incidencia en la eventual utilización de estas anotaciones como fundamento de una circunstancia agravante la eventual rehabilitación de la anotación, al caducar el beneficio.

Sin embargo, respecto de esto último, conviene relevar que, en la práctica, y teniendo presente el principio general de que las anotaciones vigentes gozan de eficacia en la materia, lo normal será que estas anotaciones permanezcan en el extracto de filiación —sin posibilidad de ser eliminadas— hasta bien entrada la mayoría de edad, dado que se trata de condenas superiores a tres años de duración a los que deben sumarse los tres años que deben esperarse, luego del cumplimiento, para su eliminación. Luego, como mínimo estas anotaciones no podrán ser eliminadas antes de los veinte años de edad del interesado, evento que se verificará sólo si la pena comenzó a cumplirse en el piso etario mínimo de la responsabilidad penal adolescente, esto es, a los 14 años de edad.

5. Eliminación de las anotaciones prontuariales de los adolescentes, según DL 409, de 1932

El segundo mecanismo a través del cual los adolescentes pueden beneficiarse con la eliminación de anotaciones prontuariales es el regulado en el DL 409, de 1932, Sobre Regeneración y Reintegración del Penado a la Sociedad.

Se trata de un mecanismo ideado para el régimen penal de los adultos y que, a diferencia del DS 64, de 1960, no contiene normas específicamente dirigidas a los adolescentes. Sin embargo, debemos entender que es aplicable a los menores de 18 años en tanto concede

“beneficios” no regulados en el estatuto jurídico especial de estos últimos y, por ende, no alcanzables por ellos sino en virtud del principio general de que jamás un adolescente podrá ser objeto de un mayor rigor penal que los adultos.

En este segundo y último régimen de eliminación de anotaciones prontuariales se hacen distinciones en función ya no del carácter afflictivo de la pena, sino en atención a si el interesado ha sido condenado una o más veces.

5.1. Eliminación de una anotación por la primera condena

En rigor, aunque el DL 409 habla de primera condena, el procedimiento de eliminación, en este caso, se aplica a quienes pretenden eliminar una anotación cuando ésta es la única que se registra en su prontuario, puesto que si antes de finalizar el cumplimiento de la primera condena o antes de finalizar el procedimiento de eliminación el interesado es objeto de una nueva condena, necesariamente deberá aplicarse el procedimiento previsto para casos de más de una anotación.

En fin, si se trata de la primera y única condena, según los artículos 1º y 2º del DL 409, la eliminación procederá si el interesado acredita que observó muy buena conducta durante el cumplimiento de la pena, que conoce bien un oficio o profesión, que posee conocimientos mínimos de 4º año de educación básica,⁹ que ha estado en contacto durante dos años con el Patronato de Reos y que no ha vuelto a ser condenado durante este tiempo de contacto.

5.2. Eliminación de anotaciones por dos o más condenas

De acuerdo con el DL 409, también las personas que hayan sido condenadas dos o más veces pueden beneficiarse con la eliminación de sus antecedentes prontuariales.

En este caso, deben cumplirse los mismos requisitos señalados en el apartado precedente, con la única diferencia del plazo de observación o de contacto con el Patronato de Reos que, esta vez, debe ser de cinco años.

6. Efectos de la eliminación de anotaciones prontuariales

Los efectos que pueden atribuirse a la eliminación de anotaciones prontuariales dependen del mecanismo utilizado al efecto, toda vez que existen diferencias significativas entre los cuerpos normativos que regulan la materia, según veremos a continuación.

⁹ Los requisitos de carácter laboral y educacional pueden ser obviados respecto de las personas que por su edad o estado físico, acreditado con certificado médico, no estén en condiciones de estudiar o trabajar. Artículo 4º del DL 409.

6.1. Efectos de la eliminación por el mecanismo del DL 409

El DL 409, en su artículo 1°, establece que la persona que sea beneficiada con la eliminación de anotaciones por esta vía tendrá derecho a que *“se le considere como si nunca hubiere delinquirido para todos los efectos legales y administrativos”*. Reforzando esta idea, el artículo 6° agrega la prohibición de expedir certificados en que consten las anotaciones que hayan sido suprimidas de acuerdo con este mecanismo. Todavía más, prescribe que las personas que infrinjan esta prohibición dando esa clase de información, o la divulguen o expresen en cualquier forma, serán juzgadas como autores del delito de injuria grave.

El alcance de estas disposiciones queda meridianamente claro si se leen a la luz de lo expresado en los considerandos del DL 409. En éstos se señala, por ejemplo, *“Que, como un medio de levantar la moral del penado para que se esfuerce por obtener su mejoramiento por medio del estudio, del trabajo y de la disciplina, debe dársele la seguridad de que, una vez cumplida su condena y después de haber llenado ciertos requisitos, pasará a formar parte de la sociedad en las mismas condiciones que los demás miembros de ella y de que no quedará el menor recuerdo de su paso por la prisión”*.

Consistente con esta expresión de intenciones, el cuerpo del DL 409 estableció —como se ha dicho anteriormente— que el interesado en la eliminación de sus anotaciones debía pasar en contacto con la autoridad administrativa un lapso variable según el número de condenas, acreditar el aprendizaje de una profesión u oficio, conocimientos mínimos equivalentes a cuarto año de enseñanza básica, además de haber observado muy buena conducta durante el cumplimiento de la pena y no haber vuelto a ser condenado. El cumplimiento de estos requisitos supone, en el diseño normativo, que cabe considerar al interesado como si nunca hubiere delinquirido.

El que se agregue en el artículo 1° que la consideración de nunca haber delinquirido tiene eficacia para *“todos los efectos legales y administrativos”* nos obliga a concluir que, en materia penal, ello debe entenderse como la desaparición de los efectos de la condena en todo orden, de modo que no puede utilizarse ese antecedente para configurar agravantes basadas en la reincidencia ni para impedir la configuración de la atenuante de irreprochable conducta anterior. Sólo de esta manera puede verificarse en la práctica el objetivo expresado en los considerandos del decreto de dar al penado la seguridad de que será parte de la sociedad en igualdad de condiciones que el resto de las personas y que no quedará recuerdo alguno de su paso por la prisión.

6.2. Efectos de la eliminación por el mecanismo del DS 64, de 1960

A diferencia del régimen del DL 409, en el DS 64, de 1960, no se contemplan disposiciones que regulen expresamente los efectos de la eliminación de las anotaciones prontuariales.

Para determinar sus efectos, entonces, debemos tener presente que el mecanismo normado en este Decreto Supremo supone una “eliminación” muy particular que, en los hechos, se traduce en la obligación de omitir la anotación “eliminada” de futuros certificados de antecedentes, puesto que, aún en el supuesto de eliminación del prontuario reglada en el artículo 9°, existe la posibilidad de emitir en el futuro certificados que contengan las anotaciones que hayan sido objeto de eliminación si se verifica la causal de caducidad del beneficio prevista en el artículo 14.

Adicionalmente, resulta necesario recurrir a la regla de interpretación sistemática, incorporando en este análisis otros cuerpos normativos relacionados con el tema. Precisamente, este método de interpretación se encuentra presente en el análisis que hace la ltma. Corte de Apelaciones de Santiago en sentencia que, acogiendo un recurso de nulidad, señala:

“5°) Que el alcance de estas disposiciones reglamentarias (artículos 8° y 9° del DS 64) quedó limitado por la norma posterior y de mayor jerarquía contenida en el artículo 29 de la Ley 18.216, de 14 de mayo de 1983, que en su inciso final restringió los efectos de la eliminación de antecedentes prontuarios respecto de condenados a quienes les hubiere sido concedido alguno de los beneficios que la misma ley contempla.

En efecto, la norma citada determina los casos en que —concurriendo las exigencias que la misma disposición prevé— el beneficiario de alguna de las medidas alternativas de cumplimiento puede obtener certificados de antecedentes en los cuales no se consignen las respectivas condenas, o bien, conseguir la eliminación definitiva de sus antecedentes prontuarios.

Sin embargo, el inciso tercero del mismo artículo dispone, textualmente, lo siguiente:

“Exceptúanse de las normas de los incisos anteriores los certificados que se otorguen para el ingreso a las Fuerzas Armadas, de Orden, Gendarmería de Chile y los que se requieran para su agregación a un proceso criminal.

6°) Que del tenor de la norma citada se desprende que lo que allí se autoriza es a omitir o eliminar de los certificados de antecedentes las anotaciones prontuarios por condenas anteriores para fines de rehabilitación o reinserción social, lo que ciertamente no significa que quede eliminado el delito, ni la condena impuesta al sentenciado. Es así, que el inciso tercero del artículo 29, antes transcrito, exceptúa expresamente los certificados emitidos para ser agregados a un proceso criminal, con lo que deja en claro que la eliminación de antecedentes no tiene efectos penales, desde que tales certificados deben necesariamente consignar todas las condenas anteriores, condición que será determinante a la hora de resolver sobre la forma de ejecución de las penas”.¹⁰

En concreto, el razonamiento de este fallo apunta a que la “eliminación” de anotaciones prontuarios efectuada con arreglo al DS 64, de 1960, sólo permite omitir dichas anota-

¹⁰ Corte de Apelaciones de Santiago, fallo de nulidad de 20 de diciembre de 2007, Rol Ingreso Corte N° 2.607-2007.

ciones en los certificados de antecedentes; que ello obedece a la intención del sistema punitivo de disminuir la estigmatización que provoca el poseer antecedentes penales y facilitar la reinserción social de quienes han cumplido sus penas; pero, agrega, que la referida omisión carece de eficacia respecto del sistema penal, para lo cual alude a una norma posterior y de rango superior, como la Ley 18.216, que obliga a considerar las anotaciones por condenas en que se hayan conferido algunas medidas alternativas en los certificados que se emitan para ser agregados a un proceso criminal.

El razonamiento parece correcto, no sólo por argumentos de texto expreso, sino por otras razones que veremos seguidamente. Sin embargo, si esta conclusión es correcta respecto de las condenas que conceden medidas alternativas a la privación de libertad, con mayor razón debiera sostenerse igual razonamiento respecto de las que imponen penas de cumplimiento efectivo, toda vez que el mayor reproche social que suponen estas últimas justifica el no atribuirles mayores ventajas que a las primeras.

Con todo, existen otros factores que justifican sostener que la eliminación de anotaciones según el DS 64, de 1960, no tiene efectos en el proceso penal:

a) La eliminación de anotaciones prontuariales, con efectos en el proceso penal, debe cumplir exigentes requisitos: El único cuerpo normativo que en nuestro país regula expresamente la eliminación de anotaciones con efectos en los ámbitos legal y administrativo —el DL 409—, establece varios requisitos orientados a asegurar que quien se beneficia de la eliminación se encuentra efectivamente *regenerado y readaptado a la vida colectiva*.¹¹ Así es que se exige conocer bien un oficio o una profesión; poseer conocimientos mínimos de educación formal; no haber vuelto a ser condenado; haber observado muy buena conducta durante el cumplimiento de la pena; además de haber estado en contacto con el Patronato de Reos por un considerable espacio de tiempo luego de haber finalizado el cumplimiento de la sanción. Finalmente, acreditado que todas estas exigencias se encuentran cumplidas, el beneficio se concede por decreto supremo, es decir, por un acto administrativo expedido por el Presidente de la República o por orden suya.

La naturaleza de estas exigencias, no se condice con el acto administrativo del Jefe Superior de un Servicio dependiente del Ejecutivo, que ordena la eliminación de una anotación prontuarial con —en la práctica— un requisito de carácter único, como es el simple transcurso del tiempo, por lo que no puede atribuirse a este mecanismo idénticos efectos.

b) Carece de sentido sostener que el ordenamiento contempla dos mecanismos diferentes, con exigencias diversas, para obtener idénticos resultados: El Registro Nacional de Condenas, destinado a dejar constancia de las condenas impuestas por

¹¹ Considerandos del DL 409, de 1932. "(...) Que es innecesario mantener esta anotación en el prontuario de aquellos ex penados que han demostrado fehacientemente estar regenerados y readaptados a la vida colectiva".

los tribunales de justicia, fue creado en nuestro país por el DL 645, de 1925. Posteriormente, en 1932, se estableció el mecanismo de eliminación de las anotaciones por el DL 409, en los términos anotados.

Cuando en 1960 se reglamentó el procedimiento administrativo de eliminación de anotaciones del DS 64, nada se dijo acerca de la vigencia del DL 409 ni de una eventual colisión entre ambos mecanismos. Por lo demás, esta última norma, investida de rango legal, no podía ser alterada en modo alguno por otra de inferior jerarquía, de modo que debemos entender que, a partir del 5 de enero de 1960 —fecha de dictación del DS 64—, no hemos tenido en Chile dos mecanismos de eliminación de anotaciones de igual eficacia, sino uno de rango legal, con plenos efectos legales y administrativos, y otro de rango administrativo, con efectos restringidos a la expedición de certificados de antecedentes para facilitar la inserción social del interesado, sin incidencia en eventuales y futuros procesos penales que pudieren afectarle.

- c) Si ambos mecanismos produjeran los mismos efectos, el más exigente habría sido objeto del desuso:** Es evidente que el mecanismo reglado en el DS 64 es significativamente menos exigente que el que se establece en el DL 409, por lo que es natural y obvio concluir que, si ambos fueran capaces de producir idénticos resultados, desde el mismo 5 de enero de 1960 los interesados en eliminar sus anotaciones prontuariales habrían dejado de recurrir al Patronato de Reos y de esforzarse por acreditar los signos de su rehabilitación, limitándose a impetrar el beneficio administrativo una vez transcurrido el plazo requerido.
- d) El beneficio del DS. 64 tiene carácter provisional:** De conformidad con el artículo 14, la eliminación de anotaciones regulada en el DS 64 —y aun la eliminación del prontuario a que se refiere el artículo 9°— tiene carácter provisional y sus efectos se mantienen en tanto el interesado no vuelva a ser objeto de una nueva anotación por condena. A contrario sensu, si después de haber eliminado una anotación el interesado vuelve a ser condenado, la anotación eliminada deberá ser incluida en futuros certificados de antecedentes. Por tanto, la anotación que ha vuelto a estar vigente constituirá un antecedente que puede ser invocado como base de la reincidencia sin ninguna duda, aun cuando ha podido serlo, en el proceso penal, durante el lapso en que haya permanecido “eliminada”.

De conformidad con estos razonamientos, es dable concluir que el mecanismo reglado en el DS 64, de 1960, produce el efecto de impedir que los certificados de antecedentes que se expidan respecto del interesado incluyan la anotación que haya sido objeto de eliminación por las causales previstas en su artículo 8°, pero no quita a aquel el carácter de condenado ni elimina el antecedente que originó la anotación y, por lo mismo, no impide que esa misma anotación figure en el extracto de filiación que se agrega a un proceso criminal, por lo que el antecedente eventualmente eliminado puede, igualmente, servir de fundamento a la alegación de una circunstancia agravante basada en la reincidencia.

En el caso de los adolescentes, esta conclusión es aún más evidente si se tiene a la vista el inciso final del artículo 2° del DL 645, de 1925, que creó el Registro Nacional de Condenas, y que establece que *“Los antecedentes relativos a los procesos o condenas de menores de edad sólo podrán ser consignados en los certificados que se emitan para ingresar a las Fuerzas Armadas, Carabineros de Chile, Gendarmería de Chile y a la Policía de Investigaciones de Chile o para los fines establecidos en el inciso primero del presente artículo”*.¹²

De acuerdo con la disposición citada, las anotaciones por condena de menores de edad deben incluirse en los certificados que se emitan a solicitud del Ministerio Público, los tribunales con competencia en lo criminal o los juzgados de policía local, para acreditar la reincidencia de los imputados.

7. Conclusiones

Recapitulando, de todo lo expresado puede concluirse lo siguiente:

- a)** En nuestro ordenamiento jurídico, los adolescentes no poseen un régimen especial de registro y eliminación de anotaciones prontuariales. Los mecanismos que les son aplicables son exactamente los mismos que existen respecto de los adultos.
- b)** Desde luego, las condenas penales que anteceden al juzgamiento criminal por un nuevo delito tienen incidencia en la configuración de circunstancias modificatorias que perjudiquen o favorezcan a los imputados y deben ser puestas en conocimiento del órgano jurisdiccional para su adecuada ponderación. La regla general es que dichas condenas figuren en el extracto de filiación emitido por el Servicio de Registro Civil e Identificación, aunque puede ocurrir que una condena, impuesta por sentencia ejecutoriada, no figure en el extracto por razones diversas. En ese evento, su existencia puede acreditarse por otros medios como el acompañamiento de la copia fidedigna del fallo.
- c)** Otra regla general indica que todas las anotaciones que figuren en el extracto de filiación constituyen antecedente suficiente para fundar una circunstancia modificatoria de responsabilidad penal. Por excepción, no pueden utilizarse a ese efecto las anotaciones que hayan sido objeto de eliminación del prontuario a través del mecanismo reglado en el DL 409, de 1932, toda vez que el beneficio concedido a través de este mecanismo obliga a considerar al beneficiado como si nunca hubiere delinquirido para todos los efectos legales y administrativos. Adicionalmente, la utilización de las anotaciones así eliminadas permite juzgar al responsable como autor del delito de injuria grave.
- d)** El mecanismo de eliminación de anotaciones prontuariales reglado en el DS 64, de 1960, produce el efecto de obligar al Servicio de Registro Civil e Identificación a omitir la anotación eliminada en futuros certificados de antecedentes, a fin de facilitar el

¹² Este inciso fue introducido al artículo 2° del DL 645, de 1925, por el artículo 59 de la Ley 20.084. Sobre el mismo tema ver nota 4.

proceso de reinserción social del ex penado, pero no le quita su calidad de condenado ni hace desaparecer el antecedente, por lo que la anotación de que se trate debe constar en el certificado que se emita para ser agregado a un proceso criminal y, por ende, puede ser invocada para acreditar la reincidencia. Si la anotación no consta en el extracto, por cualquier razón, su existencia puede acreditarse por otros medios.

- e) En razón de que no existe un régimen especial para adolescentes en nuestro ordenamiento jurídico y dado que los que les resultan aplicables no contemplan disposiciones que les otorguen un tratamiento diferenciado, la vigencia y eliminación de sus anotaciones prontuariales queda sujeta a idénticas reglas, por lo que las anotaciones originadas por delitos cometidos durante la minoría de edad pueden invocarse durante la adultez si no han sido objeto de eliminación a través del mecanismo establecido en el DL 409, de 1932.
- f) No obsta a la conclusión precedente lo expresado en la Regla de Beijing N° 21.2,¹³ puesto que dicha disposición se encuentra contenida en un instrumento internacional que no está ratificado por Chile y, por ende, tampoco se encuentra vigente en nuestro país, circunstancias estas últimas expresamente exigidas en el artículo 2° de la Ley 20.084, para tener carácter vinculante.

8. Consideraciones finales

Al inicio de este trabajo se aludió a la necesidad de resolver los conflictos jurídicos relacionados con la materia en comento, con una perspectiva político-criminal que se propusiera la obtención de respuestas penales que, al tiempo de satisfacer los propósitos preventivos generales del sistema, actualizara la prevención especial positiva de un modo suficiente y sin excesos.

La revisión del marco normativo aplicable, no obstante, evidencia claramente que en Chile no contamos con disposiciones que otorguen un tratamiento especial a los adolescentes en materia de anotaciones prontuariales. Con excepción de la letra h) del artículo 8° del DS 64, de 1960, que extiende el beneficio a las anotaciones por condena a penas afflictivas, en circunstancias que para los adultos el beneficio sólo alcanza a las penas de hasta tres años de duración, no existe en nuestro ordenamiento un régimen especial para los menores de 18 años.

La discusión que nos ha ocupado en este trabajo se desarrolla en el marco de un orden jurídico penal en el que la reincidencia juega un rol relevante a la hora de determinar la extensión de las penas que deben aplicarse a quienes cometen delito. Si bien dentro de los operadores del sistema de enjuiciamiento criminal hay quienes ven en esto un

¹³ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) 21.2 "Los registros de menores delincuentes no se utilizarán en procesos de adultos relativos a casos subsiguientes en los que esté implicado el mismo delincuente".

resabio del antiguo y superado derecho penal de autor, la decisión político-criminal vigente en nuestro ordenamiento es clara en orden a determinar la sanción considerando la existencia de condenas previas, por lo que en este punto la posibilidad de que los criterios de actuación del órgano persecutor se orienten en una dirección distinta se encuentra fuertemente limitada.

Del mismo modo, la inexistencia de un régimen especial para los adolescentes, en materia de anotaciones prontuariales, condiciona el accionar persecutor y resta espacios para generar criterios generales de actuación que modifiquen el acento político-criminal ya definido en el marco jurídico aplicable, de modo que sólo es posible recurrir a razones de justicia material para decidir, en casos concretos, si resulta adecuado, prudente, justo y consistente con el espíritu del sistema de justicia penal juvenil, concretar la posibilidad de esgrimir la existencia de condenas por delitos cometidos en la adolescencia como argumento para agravar la pena de una persona en su etapa adulta.

Ciertamente, es imperativo que el sistema jurídico se haga cargo de las particularidades que el comportamiento de las personas presenta durante su fase de formación y desarrollo y, consistente con ello, asigne a las conductas punibles cometidas durante esa etapa consecuencias jurídicas diferentes a las que esas mismas conductas generan cuando se desarrollan en la edad adulta.

Tal vez la discusión y el análisis de una eventual regulación en esta materia sea capaz de producir algunos matices a la recomendación que contienen las Reglas de Beijing, pero lo que no parece aceptable es que ese debate siga estando ausente.

A la luz de la información estadística disponible respecto de los adolescentes y su vinculación con el sistema de justicia penal, sabemos que alrededor del 80% de los jóvenes alcanzados por el sistema presentan un solo ingreso, es decir, están lejos de presentar siquiera un mínimo nivel de arraigo de la conducta delictiva. Sabemos también que un porcentaje similar de los delitos que se les imputan corresponden a ilícitos de escasa gravedad. En tales circunstancias y especialmente respecto de los jóvenes de edades más cercanas al límite inferior de la franja de responsabilidad penal (14 y 15 años), la recomendación de las Reglas de Beijing puede resultar no sólo útil sino necesaria a una sociedad que pretende ser inclusiva y formadora. Es decir, para la gran mayoría de los casos que se conocen en el marco de la responsabilidad penal adolescente parece factible y político-criminalmente adecuado acoger la recomendación internacional y establecer la prohibición de que las anotaciones penales registradas por delitos cometidos durante la adolescencia sean usadas para cualquier efecto penal en la adultez. Pero es dable reconocer que, de otra parte, el carácter absoluto de esa regla ofrece algunos problemas político-criminales en el segmento minoritario de jóvenes con amplio historial delictivo y que cometen delitos graves, especialmente cuando los protagonistas son jóvenes muy próximos a cumplir la mayoría de edad.

Dicho en términos simples, en un sistema como el nuestro, que mantiene la reincidencia como un factor relevante dentro de los mecanismos de determinación de la sanción penal —por arcaico que ello pueda parecer—, parece admisible prescindir del antecedente penal cuando éste da cuenta de un hurto simple cometido a los 14 años de edad y proceder de un modo diferente si el antecedente ha sido generado por un robo con homicidio cometido a los 17 años y 11 meses de edad. El establecimiento de un criterio político-criminal sobre esta materia también puede incluir algunas consideraciones acerca de la gravedad de la conducta delictiva cometida en la adultez y el tiempo que ha mediado entre ésta y su antecedente. O sea, puede no ser lo mismo contar con una anotación penal por un hurto cometido a las 14 años y ser imputado por lesiones leves a los 30 años de edad que haber cometido un robo con homicidio algunos días antes del cumplimiento de la mayoría de edad y ser imputado por un delito de similar gravedad un día después de haberla cumplido. Lo que no resulta admisible es no hacerse cargo de que también en esta materia debe existir una regulación especial para los adolescentes, necesidad que se hace más imperativa cuando, por defecto, se fuerza la aplicación de disposiciones adoptadas en el primer tercio del siglo pasado.

EL MONITOREO DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES: LA EXPERIENCIA DE LA DEFENSORÍA GENERAL DE LA NACIÓN ARGENTINA

DAMIÁN R. MUÑOZ*

I. Introducción¹

El presente trabajo tiene por objeto esbozar un breve relato acerca de la labor que viene desarrollando la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes, bajo la órbita de la Defensoría General de la Nación Argentina.²

A tal efecto, intentaré una breve aproximación sobre la experiencia —eminentemente práctica pero no por ello carente del debido marco teórico de actuación— que la Comisión ha obtenido en el trabajo cotidiano que, sobre el colectivo de la infancia y adolescencia, realiza desde el año 2006.

De alguna manera, con estas líneas pretendo dar a conocer una labor que importa un compromiso diario, colmada de dificultades y obstáculos, y que muchas veces resulta difícil de evaluar. Ya que esta particular materia, es decir, la de la infancia y adolescencia privada de su libertad, parece estar atravesada por el “*nunca nada es suficiente*” para mejorar sus condiciones.

No obstante ello y con absoluta convicción, entiendo que la dinámica de trabajo que ha desplegado de un tiempo a esta parte la CSTINNyA no puede ser desdeñada y, muy por el contrario, a pesar de que nada sea suficiente, siempre resultará preferible asumir un compromiso en la acción que resignarse a la pasividad de las imposibilidades.

El trabajo posee la siguiente estructura. En el punto II efectuaré una breve reseña sobre la creación y los objetivos de la Comisión, ubicándola en el diseño político e institucional de la Defensoría General de la Nación.

En el apartado III me referiré al marco de intervención y al marco conceptual de la tarea desarrollada, como así también al objeto del monitoreo de la CSTINNyA.

* Defensor Auxiliar de la Defensoría General de la Nación Argentina; Cotitular de la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes de la Defensoría General de la Nación Argentina.

¹ Agradezco a María García Morabito, Secretaria de la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes de la Defensoría General de la Nación Argentina, por su invaluable colaboración para la elaboración del presente trabajo.

² En adelante, para referirme a la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes, utilizaré de manera indistinta la Comisión o CSTINNyA.

Luego, en el punto IV, detallaré la dinámica de trabajo de la Comisión, destacando el diseño estratégico y las distintas líneas de acción que comúnmente se despliegan.

Seguidamente, en el apartado V realizaré una muy breve síntesis de la tarea desarrollada por la CSTINyA desde su creación.

Por último, en el punto VI esbozaré algunas reflexiones finales.

II. Creación y objetivos de la CSTINyA

A partir de la reforma constitucional de 1994, el Ministerio Público de la Defensa constituye —por mandato constitucional— un órgano independiente con autonomía funcional y autarquía financiera.³

El diseño orgánico y funcional del Ministerio Público de la Defensa se vio luego fortalecido mediante la sanción de la ley Orgánica del Ministerio Público.⁴

Resulta relevante destacar que, entre otros deberes y atribuciones, en lo que aquí interesa, la ley mencionada establece que el Defensor General de la Nación, en su carácter de jefe máximo del Ministerio Público de la Defensa, deberá “realizar todas las acciones conducentes para la defensa y protección de los derechos humanos”, como así también “promover y ejecutar políticas para facilitar el acceso a la justicia de los sectores discriminados”.⁵

De esta manera, el diseño político, institucional y orgánico del Ministerio Público de la Defensa construyó un ámbito de intervención más amplio, en el que, además de la función clásica referida a la defensa técnica de las personas individuales, aparecen en escena los colectivos en condiciones de vulnerabilidad.

Es por ello que se ha explicado que “teniendo en cuenta lo dispuesto por el derecho internacional de los derechos humanos y la jerarquía constitucional de las disposiciones sobre acceso a la justicia de todas las personas, que exige llevar a cabo medidas necesarias para hacerlas efectivas, resulta misión fundamental de esta Defensoría General promover y ejecutar políticas para facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas especialmente desprotegidas”.⁶

Es precisamente en este marco en el que la Sra. Defensora General de la Nación, Dra. Stella Maris Martínez, dictó la Resolución DGN n° 841/06, de fecha 22 de junio de 2006, mediante la cual creó la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes.

³ Art. 120, Constitución Nacional.

⁴ Ley n° 24.946.

⁵ Art. 51, incs. d y e, Ley n° 24.946.

⁶ Ministerio Público de la Defensa, “Promoción de Políticas de Protección de los Sectores Especialmente Vulnerables. Comisiones y Programas de la Defensoría General de la Nación”, Publicación de la Secretaría General de Política Institucional, Buenos Aires, 2008, p. 7.

Entre los diversos fundamentos que sustentaron la creación de la Comisión, la Sra. Defensora General destacó:

“Que, este Ministerio Público de la Defensa debe realizar todas aquellas acciones conducentes para la defensa y protección de los derechos humanos (art. 51 inc. d, ley 24.946) y en este orden, ejercitar las medidas enderezadas a lograr el mejor cumplimiento de las competencias que la Constitución y las leyes le otorgan (art. 51 inc. m).

“Que, en particular, deben asegurarse medidas tendentes a garantizar un control intensivo sobre el efectivo ejercicio de derechos esenciales de niñas, niños y adolescentes en las instituciones de guarda e internación y comunidades terapéuticas”.

“Que los objetivos alcanzados por la tarea desempeñada por la Comisión de Cárceles señalan que la concurrencia regular practicada por sus coordinadores a los centros de encierro carcelario, la confección de informes, el desarrollo de reuniones con autoridades penitenciarias, la garantía de un mayor contacto del interno carcelario y su defensa técnica y demás medidas desarrolladas en su consecuencia, han resultado de superlativa utilidad para la obtención de logros en el mejoramiento de las condiciones de detención de personas, y contribuido a disminuir la violencia en los ámbitos institucionales”.

“Que acorde a dicha experiencia, debe constituirse una comisión en el ámbito de esta Defensoría General de la Nación con exclusiva competencia en materia de control de legalidad de las condiciones de alojamiento de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren sometidos a alguna forma de tratamiento institucional que cercene o limite su libertad ambulatoria; todo ello en coordinación con la Comisión de Cárceles y el Programa de atención a las problemáticas sociales y relaciones con la comunidad”.

“Que las tareas de dicha comisión deben ser coordinadas por experimentados magistrados de este Ministerio Público de la Defensa en la materia”.

Por todas estas consideraciones, la resolución antes citada creó la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional de Niñas, Niños y Adolescentes *“en el ámbito de la Defensoría General de la Nación, con el exclusivo objetivo de coordinar tareas tendentes a verificar las condiciones generales de alojamiento de niñas, niños y adolescentes en las distintas instituciones del país”.*

La CSTINNyA se encuentra conformada, en carácter de coordinadores o cotitulares, por Defensores Públicos Oficiales y Funcionarios del Ministerio Público de la Defensa, con especial formación y experiencia en materia de infancia y adolescencia. Es decir, los coordinadores cumplen —en el ámbito de la Defensa Pública— dos roles. Por un lado, el desempeño como Defensores Públicos asumiendo las defensas de los casos particulares que lleguen a sus respectivas dependencias y, por el otro, la labor de coordinación de la Comisión.

Además, la CSTINNyA cuenta con personal especialmente seleccionado, no sólo por su formación en la temática sino también por su compromiso, y procurando una mirada interdisciplinaria de la labor. De este modo, está integrada por dos abogados, una licenciada en trabajo social y una técnica en Minoridad y Familia.

Por otra parte, y a fin de fortalecer el abordaje interdisciplinario, la Comisión también cuenta con la colaboración de los asesores médicos de la Defensoría General de la Nación.

Este diseño institucional de la Comisión —es decir, tanto en lo que respecta a su ubicación dentro de la órbita de la Defensoría General como así también su integración con Defensores Públicos— constituye una evidente garantía de independencia en la ejecución de sus tareas.

En efecto, si uno de los requisitos indispensables para el efectivo monitoreo de las condiciones de privación de libertad (ya sea en materia de infancia, adolescencia o adultos) se vincula a la independencia de los encargados de tal control, este diseño importa una transparencia absoluta. Ya que obtura todo tipo de cuestionamientos vinculados a la independencia que puedan tener relación con, por ejemplo, intereses partidarios, clientelísticos, económicos, mera búsqueda de réditos, entre otros.

La creación de la CSTINNyA se inscribe en la lógica de un fortísimo compromiso de la Defensoría General de la Nación, enderezado a lograr una nueva institucionalidad en materia de monitoreo independiente de los diversos colectivos en situación de privación de libertad.

Este compromiso implicó un nuevo campo de acción para la Defensa Pública. Es decir, una nueva geografía de actuación y con una dinámica por completo diferente a la tradicional intervención en la defensa concreta de la persona individual. Es posible, entonces, caracterizar esta institucionalidad como una Defensa Pública genérica de los colectivos en situación de vulnerabilidad.

En este sentido, se sostuvo que *“si bien la Defensa Pública Oficial otorga cobertura técnico-jurídica a los asistidos o representados en el caso particular, existen numerosas problemáticas que requieren además una asistencia integral y genérica. Por eso se instaron diversas medidas que se cristalizaron en la creación y funcionamiento de las Comisiones y Programas...”*.⁷

En función de ello, actualmente funcionan en el ámbito de la Defensoría General de la Nación, además de la CSTINNyA, las siguientes Comisiones y Programas

- Comisión de Cárceles;⁸
- Programa para la Aplicación de Tratados sobre Derechos Humanos;⁹

⁷ Ministerio Público de la Defensa, *op. cit.*, p. 8.

⁸ Conf. Resolución DGN N° 158/98, de fecha 26/02/1998.

⁹ Conf. Resolución DGN N° 370/98, de fecha 21/04/1998. Este Programa se encuentra a cargo de la Sra. Defensora General de la Nación, Dra. Stella Maris Martínez.

- Programa de Asistencia y Patrocinio Jurídico;¹⁰
- Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad;¹¹
- Comisión para la Asistencia Integral y Protección del Refugiado y Peticionario de Refugio;¹²
- Comisión sobre Temáticas de Género;¹³
- Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional Neuropsiquiátrico;¹⁴
- Programa Piloto para la Asistencia Jurídica a Mujeres Privadas de Libertad;¹⁵
- Programa sobre Diversidad Cultural;¹⁶
- Comisión del Migrante;¹⁷

Por último, también cabe destacar que en atención a la multiplicidad de cuestiones que las diversas Comisiones y Programas abordan y con la finalidad de unificar iniciativas, oportunamente se estableció una Coordinación General de Programas y Comisiones, en el ámbito de la Secretaría General de Política Institucional de la Defensoría General de la Nación.¹⁸ Luego, se resolvió que la Coordinación General funcione como área descentralizada de la Defensoría General, de tal forma que se ocupe de manera excluyente en la coordinación de todos los Programas y Comisiones, dependiendo en forma directa de la Sra. Defensora General.¹⁹

III. El marco de la intervención: algunas precisiones conceptuales

En una primera aproximación y partiendo de la propia denominación, la Comisión está conformada por: a) una dinámica: el seguimiento; b) un objeto: el tratamiento institucional; y c) un destinatario: el colectivo de la infancia y adolescencia.

En lo que respecta al seguimiento, se trata de una dinámica de retroalimentación a través del monitoreo. Lo que implica realizar tareas de relevamiento, inspección, recomendación, control de mejoras, y luego una reedición de esta secuencia.

¹⁰ Conf. Resolución DGN N° 1883/08, de fecha 03/12/08. Cabe destacar que con anterioridad a esta fecha se desarrollaba bajo el nombre de Oficina de Querrelas, conf. Resolución DGN N° 749/99, de fecha 03/06/09.

¹¹ Conf. Resolución DGN N° 441/06, de fecha 29/03/2006.

¹² Conf. Resolución DGN N° 1071/07, de fecha 18/07/2007.

¹³ Conf. Resolución DGN N° 1154/07, de fecha 14/08/2007.

¹⁴ Conf. Resolución DGN N° 1421/07, de fecha 02/10/2007.

¹⁵ Conf. Resolución DGN N° 1966/07, de fecha 20/12/2007.

¹⁶ Conf. Resolución DGN N° 1290/08, de fecha 04/09/2008.

¹⁷ Conf. Resolución DGN N° 1858/08, de fecha 28/11/2008.

¹⁸ Conf. Resolución DGN N° 2069/07, de fecha 28/12/2007.

¹⁹ Conf. Resolución DGN N° 1883/08, de fecha 03/12/2008.

El tratamiento institucional es sencillamente el trato que se les brinda en las distintas instituciones a las niñas, niños y adolescentes —esto es, los destinatarios— que se encuentren en situación de privación de libertad o de separación del medio familiar.

Al consistir el trato en el objeto del seguimiento, es claro que la finalidad de la Comisión será entonces realizar las intervenciones necesarias para alcanzar el “buen trato”. Toda la dinámica laboral de la CSTINNyA estará guiada por el objetivo de lograr el mejor trato posible en los ámbitos institucionales de la infancia y adolescencia.

Así enmarcada la cuestión, resulta primordial alcanzar una definición de “buen trato”. Y esta definición no puede ser otra que una conceptualización normativa. El “buen trato” es un estándar normativo que surge de una lectura integral y sistemática de todo el ordenamiento internacional, nacional y local en materia de infancia y adolescencia.

De esta manera, el concepto de “buen trato” —entendido como estándar genérico o marco— se encuentra conformado por un catálogo de estándares vinculados a las condiciones generales de alojamiento,²⁰ tales como:

- condiciones del trato hacia las niñas, niños y adolescentes privados de libertad;
- condiciones edilicias;
- condiciones de salubridad;
- condiciones de alimentación;
- actividades educativas, laborales, recreativas, espacio para el ocio, etc;
- régimen disciplinario;
- condiciones de comunicación con el medio libre y visita de las familias;
- trato dispensando a los familiares;
- condiciones laborales del personal;
- perfil y capacitación del personal.

Ahora bien, una vez definido —a nivel abstracto pero normativo— el estándar de “buen trato” con el detalle de todos sus componentes, la labor de la Comisión consiste en controlar el grado de congruencia del estándar normativo con la práctica institucional concreta. En rigor, el trabajo de la CSTINNyA consiste en iluminar la tensión que se presenta entre el “buen trato normativo” y el “trato efectivamente dispensado”.

²⁰ No pretendo en este trabajo ingresar al análisis del contenido específico de cada uno de estos estándares, ya que ello excedería ampliamente el objeto de estas líneas. En este punto y en lo que aquí interesa, basta con destacar que la conceptualización de estos estándares no resultan meros caprichos o expresiones de buena voluntad, sino que constituyen imperativos jurídicos cuyo cumplimiento no puede soslayarse. Estos estándares normativos pueden encontrarse en la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (“Reglas de Beijing”), las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes, entre otras.

Es precisamente sobre esta tensión donde recae fundamentalmente la mirada de la Comisión, lo que se podría denominar la “brecha del estándar”. Es el espacio sobre el cual se debe intervenir para realizar todas aquellas acciones conducentes a reducir esa brecha.

Sin embargo, es necesario señalar que no basta con destacar la “brecha del estándar”, sino que también deben analizarse los matices de esta tensión, el nivel de gravedad y, por supuesto, de urgencia que ello implica. Pero además, la mirada debe también profundizar en sus causas y, lógicamente, las posibles soluciones.

El análisis de estas tensiones es lo que permite caracterizar las distintas problemáticas vinculadas al trato institucional, ya que pueden constituir —en cuanto a la entidad de la cuestión— situaciones coyunturales o estructurales; y —en lo que se refiere a la cantidad de los sujetos involucrados— situaciones individuales o generales.

En síntesis, una vez identificada la “brecha del estándar” —que, tal como se detalló, puede obedecer a una problemática coyuntural/estructural e individual/general—, el paso ulterior consiste en el estudio de sus causas y análisis de las recomendaciones para su solución.

Aquella identificación permitirá también determinar el área competente para la solución de la cuestión.

Además, es a través del análisis de la “brecha del estándar” lo que permitirá evaluar las distintas estrategias de intervención frente a la situación problemática. Así, sin pretensión de formular un catálogo taxativo, las intervenciones posibles son:

- la celebración de reuniones con actores institucionales involucrados en la cuestión (por ejemplo, los directores de los centros de privación de libertad, los responsables políticos de la administración, etc.);
- la confección de informes con las debidas recomendaciones a fin de resolver aquellas situaciones que importen la “brecha del estándar”;
- las acciones judiciales (por ejemplo, denuncias penales, habeas corpus, etc.), las que a mi criterio deben configurar la *ultima ratio* como método de intervención.

Ante esta lógica, la problemática que presenta la “brecha del estándar” exige una cuidadosa ponderación entre las soluciones factibles y las ideales. Por tal motivo, esta ponderación debe ser realizada desde una perspectiva realista. En particular, teniendo presente que el objetivo final de reducir aquella brecha no puede ser pensado de otro modo que bajo la forma de un proceso, en el que necesariamente interactúan diversos actores. Específicamente, este proceso —desde una visión realista— debe ser entendido como una acumulación de soluciones factibles y, por supuesto, guiadas hacia la solución ideal.

Se trata de pensar que, muchas veces y, por supuesto, ello dependerá de la urgencia de cada problemática, es posible alcanzar el objetivo final (esto es, la solución ideal entendida

como la constatación fáctica del estándar normativo) mediante el proceso acumulativo de soluciones parciales y, por ende, factibles.

Desde esta perspectiva, la labor de la CSTINNyA tiende al trabajo interinstitucional que permita la construcción de los espacios de diálogo necesarios para la adopción de todas aquellas buenas prácticas que resulten propicias para la reducción de la “brecha del estándar”. Es decir, para mejorar el trato institucional dispensado a las niñas, niños y adolescentes. Y ello, porque de esta manera, en tanto fueron discutidas, analizadas y adoptadas con la plena convicción de los distintos actores institucionales, las buenas prácticas devienen en sólidas y sustentables.

En este sentido, la Comisión —a través de los diferentes mecanismos de actuación— siempre guía su intervención en la búsqueda de esta construcción, para que —en definitiva— la gestión de las buenas prácticas sea adoptada con vocación de perdurabilidad.

Por estas consideraciones es que, tal como detallé más arriba, las intervenciones bajo la modalidad de las acciones judiciales deben ser la *ultima ratio*. Es obvio que la decisión acerca de la judicialización del reclamo de la “brecha del estándar” dependerá de diversas variables, tales como la gravedad de la problemática, la urgencia del caso, el nivel de sensibilidad de las autoridades de la administración para su solución, las posibilidades reales de la administración para la resolución, la existencia o no de reclamos previos, entre muchas otras.

No obstante ello, y sin perjuicio de que la Comisión ha recurrido en determinados casos a la intervención judicial, lo cierto es que —por regla— esta modalidad no debe ser la forma de accionar para la adopción de las buenas prácticas.

En primer lugar, porque por su propia lógica no configura un medio que implique un proceso de diálogo y discusión que permita mejorar el trato a través de la participación interinstitucional.

En segundo lugar, desde una visión estratégica y una perspectiva de construcción colectiva de buenas prácticas, obviamente la intervención judicial no garantiza el resultado del reclamo. En consecuencia, una vez sometida la cuestión a la instancia judicial, en el caso que la denuncia o petición sea rechazada (ya sea por cuestiones formales o de fondo), evidentemente la decisión judicial implicará —tácita o expresamente— una confirmación de la práctica impugnada, lo que en definitiva importará un mayor obstáculo para modificarla en el futuro.

Por último, la decisión de someter el reclamo a la instancia judicial debe estar precedida necesariamente de un detallado análisis y una cuidadosa ponderación sobre las eventuales consecuencias negativas.

Es decir, puede suceder que una vez que interviene la agencia judicial en el abordaje de la problemática planteada, la resolución del caso implique —temporaria o definiti-

vamente— un agravamiento en las condiciones del trato institucional. En consecuencia, antes de emprender cualquier reclamo judicial deben evaluarse —de la manera más puntillosa posible— todas estas alternativas, de modo tal de evitar que la decisión judicial importe un paradójico reconocimiento de derechos que, al mismo tiempo, implique un agravamiento de las condiciones de privación de libertad.

Desde este punto de vista, la Comisión presenta algunas particularidades que claramente la distinguen de otros actores institucionales que puedan realizar tareas de monitoreo.

En efecto, si la función de la CSTINNyA debe inscribirse en una nueva institucionalidad, entendida como una Defensa Pública genérica del colectivo de la infancia y adolescencia en situación de privación de libertad, esta defensa genérica del colectivo no puede desconocer los intereses concretos de las personas individuales que lo componen.

Y es por ello que la Comisión —a diferencia de otros actores que no cargan con semejante responsabilidad— encuentra un límite muy concreto e infranqueable en su ámbito de actuación. Bajo ningún pretexto, en el marco de esta Defensa genérica, se pueden realizar acciones que —de algún modo— importen consecuencias que, directa o colateralmente, impliquen un menoscabo de los derechos individuales de los integrantes del colectivo. Ya que una actuación así importaría, lisa y llanamente, un ejercicio perverso de la defensa.

En otras palabras, la Defensa genérica significa la salvaguarda de los derechos del colectivo que, necesariamente, estará conformado por la sumatoria de los derechos de las personas que lo conforman.

En esta misma línea, debe destacarse que una tarea imprescindible que debe realizarse para determinar si efectivamente la Defensa genérica coincide con los intereses individuales de los niños y adolescentes involucrados, es precisamente garantizarles el derecho a ser oídos. De esta manera, mediante un diálogo franco y en el marco de un vínculo de confianza, como así también con una particular escucha por parte del adulto interviniente, se construye el medio idóneo para conocer las realidades individuales y, en definitiva, poder evaluar en concreto el riesgo de cada intervención.

IV. La dinámica de trabajo

Tal como detallé más arriba, el objetivo de la Comisión es realizar un seguimiento del trato que reciben las niñas, niños y adolescentes en situación de institucionalización.

En particular, este monitoreo se efectúa respecto de las condiciones generales de alojamiento que se brinda a los niños y adolescentes bajo alguna modalidad de tratamiento institucional, con la finalidad de garantizarles el efectivo cumplimiento de su condición de sujetos de derecho.

Para el cumplimiento de estos objetivos existen diversos ámbitos a través de los cuales la Comisión actúa. Estas intervenciones pueden iniciarse tanto de oficio —por la propia

iniciativa de la CSTINNyA—, como a requerimiento de las diversas Defensorías que integran el Ministerio Público de la Defensa, de los jóvenes institucionalizados o de otros organismos estatales.

Asimismo, la Comisión opera como canal de refuerzo de la comunicación existente entre el niño y/o adolescente institucionalizado y su Defensor Público u otros organismos actuantes. De este modo, con simplificación burocrática, se procura transmitir las peticiones formuladas por los niños y adolescentes, contribuyendo así a una mayor agilización en el acceso a la justicia de este colectivo.

Todos los objetivos hasta aquí mencionados se pretenden cumplimentar a través de los mecanismos que se exponen a continuación:

- realización de visitas oficiales;
- realización de visitas de seguimiento;
- gestión de peticiones formuladas por los niños y adolescentes alojados en los diversos dispositivos institucionales visitados, relevados mediante entrevistas personales;
- diligenciamientos específicos respecto de solicitudes de intervención desde las Defensorías Públicas Oficiales u otros organismos;
- otras instancias de intervención institucional.

El diseño estratégico del trabajo de la Comisión es anual. Es decir, a fin de cada año se realiza una evaluación de lo abordado y, en función de ello, se establecen las líneas de trabajo para el siguiente, definiendo las temáticas y prioridades, como así también la continuación de proyectos del año anterior.

Asimismo, en el marco de dicho diseño se confecciona un cronograma anual de las visitas oficiales que se realizarán a los distintos dispositivos juveniles. Es posible detallar que el derrotero integral del seguimiento se encuentra integrado por las siguientes fases:

- individualización del dispositivo juvenil a visitar, determinado en función de la planificación estratégica y las urgencias del caso (por ej., por la recepción de alguna denuncia);
- preparación de la visita (análisis de las características del lugar, población, existencia de denuncias previas, estudio de los informes previos de la Comisión sobre el mismo centro);
- visita propiamente dicha;
- análisis de la situación observada, confección del informe y detalle de las recomendaciones a las áreas con competencia para resolver las cuestiones planteadas;
- visitas de seguimiento, a fin de monitorear las mejoras o modificaciones que se recomendaron.

Las visitas oficiales son aquellas que realizan los Coordinadores o Cotitulares, con la colaboración del personal de la Comisión. Estas visitas pueden llevarse a cabo en horario diurno o nocturno y, por supuesto, siempre son realizadas sin aviso previo.²¹

En líneas generales, es posible señalar que las visitas que realiza la Comisión se estructuran siguiendo el orden de las siguientes etapas:

- recorrido general por todas y cada una de las instalaciones del centro;
- entrevistas personales con las niñas, niños y adolescentes;
- examen de registros del centro (por ej., registro de alojados, libro de guardia, historias clínicas, etc.);
- entrevista final con la autoridades, ante las cuales se les brinda una breve síntesis del resultado de la visita, como así también se le formulan los planteos necesarios que requieran los casos urgentes constatados.

Como puede apreciarse en esta dinámica de trabajo, la confección del informe posterior a la visita y que contendrá las recomendaciones que se le formularán a las distintas áreas, configura una etapa fundamental en la tarea del monitoreo.

En consecuencia, su confección debe poseer una estructura determinada.²² El informe debe contener la siguiente información:

- la fecha y la hora del inicio de la visita;
- los miembros de la Comisión que concurrieron a la visita;
- el detalle del recorrido realizado y las condiciones observadas;
- la mención de las buenas prácticas detectadas;
- el detalle —lo más puntualizado posible— de las problemáticas detectadas, enumeradas en función de la seriedad y urgencia que presentan;
- la redacción de las recomendaciones, en función de cada problemática detallada, las que deben importar una contribución de la mirada de la Comisión a la solución del problema.

Está claro que, por la propia lógica circular de la dinámica del monitoreo, será este informe el que luego permitirá no sólo la apertura al diálogo con las autoridades correspondientes para resolver los déficits de las condiciones de alojamiento, sino también que constituirá el punto de partida para las futuras visitas de seguimiento. De manera tal que se puede controlar y evaluar si las recomendaciones y/o mejoras se han materializado o no.

²¹ Resulta muy interesante el impacto que han tenido las visitas en horario nocturno a los dispositivos de régimen cerrado. Obviamente, estas visitas poseen una dinámica bastante diferente a las realizadas en el horario diurno. Han permitido conocer las condiciones de alojamiento en momentos que, tradicionalmente, nunca habían sido monitoreadas.

²² En este sentido, debe destacarse que la Asociación para la Prevención de la Tortura (APT) ha publicado diversos cuadernillos sobre el monitoreo de los lugares de detención en general, como así también sobre la estructura que deben poseer estos informes de recomendación. Pueden consultarse interesantes guías prácticas en su sitio web: www.apt.ch.

V. Breve memoria de las acciones realizadas

1. Las visitas oficiales

Tal como ya lo mencioné, la realización de las visitas oficiales se aborda desde la formulación de un cronograma anual que, eventualmente, puede modificarse en virtud de la recepción de denuncias respecto de situaciones puntuales en alguna Institución.

En atención a la gran cantidad de establecimientos existentes y la diversidad de prestaciones que brindan, en el armado del cronograma se toman en consideración diversos factores de las Instituciones que, en líneas generales, guardan relación con los niveles de vulnerabilidad de la población alojada y los problemas edilicios que puedan presentar.

Las visitas oficiales a las instituciones se realizan por parte de los coordinadores, acompañados por personal de la Comisión y sin previo aviso. La idea de no acordar previamente la visita guarda relación con tener la posibilidad de entrar en contacto con dinámicas cotidianas y espontáneas de las instituciones que se visitan.

En estas visitas se recorre la totalidad de las instalaciones, de las que se toman fotografías y se mantienen entrevistas tanto con los jóvenes alojados como con las autoridades de la institución.

De los aspectos más relevantes de la visita se confecciona un informe, en el que se incorporan las vistas fotográficas y consideraciones respecto de las buenas prácticas y las problemáticas detectadas. Estos informes son elevados a la Sra. Defensora General de la Nación, quien a su vez los remite a los diversos organismos de los que dependen los establecimientos visitados.

Una vez entregado el informe, la Comisión realiza un seguimiento respecto de la superación de las irregularidades constatadas y el cumplimiento de las recomendaciones efectuadas.

Este seguimiento se efectúa a través de diversos mecanismos: remisión de oficios a los organismos intervinientes, comunicaciones telefónicas con las autoridades de los establecimientos y otras dependencias y, en algunos casos, visitas de seguimiento periódicas a las instituciones visitadas, que son llevadas a cabo por el personal de la Comisión.

Al mes de junio del año 2009, la Comisión ha realizado las siguientes visitas oficiales:²³

- Comunidad Terapéutica Tekove Roga “Isla Silvia” (en dos oportunidades, 2006 y 2007);
- Residencia de Convivencia e Integración Comunitaria “Dr. Sánchez Picado” (2006);
- Residencia de Convivencia e Integración Comunitaria “Colonia Ricardo Gutiérrez” (en dos oportunidades, 2006 y 2007);

²³ Más allá de la especificidad de la lista que a continuación detallaré, entiendo que resulta útil ya que se podrá observar no sólo la cantidad, sino además la diversidad de los dispositivos sobre los cuales se efectúa el monitoreo.

- Instituto “Dr. Carlos Arenaza” (2006);
- Asociación Pro Ayuda al Niño Discapacitado —APAND— (en dos oportunidades, 2006 y 2009);
- Instituto de régimen cerrado “Manuel Rocca” (2007);
- Instituto de régimen cerrado “San Martín” (2007);
- Instituto de régimen cerrado “Dr. Luis Agote” (tres visitas diurnas y una visita en horario nocturno, 2007, 2008 y 2009);
- Clínica de Psicopatología Nuestra Señora de Luján (2007);
- Instituto de régimen cerrado “Manuel Belgrano” (una visita diurna y una visita en horario nocturno, 2007 y 2008);
- Instituto de régimen cerrado “Úrsula Llona de Inchausti” (2008);
- Residencia de Convivencia e Integración Comunitaria “Almafuerte” (2008);
- Residencia “El Hornero” (2008);
- Instituto “Alvear” (2008);
- Comunidad Terapéutica “Raíces” (2008);
- Instituto “Ramayón López Valdivieso” (2008);
- Hogar “Rayuela” (2008);
- Hogar “Centro San Pablo” (2008);
- Fundación “Programa Imagen” (2008);
- Asociación Civil La esquina de las flores, Hogar “La casa de Andrés” (2008);
- Instituto Fátima (2008);
- Asociación Mutual “Promover” (2009);
- Asociación Civil Ideas Hogar “Casa del Sol” (2009);
- Hogar “Amparo Maternal” (2009);
- Fundación Jabab Luvabitch “Programa IELADEINU” (2009).

Algunas de las visitas mencionadas se realizaron como consecuencia de la recepción de denuncias determinadas por parte de diversos organismos (por ej., Defensorías Públicas Oficiales, Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, etc.).

Otras visitas se efectuaron en conjunto con la Comisión de Seguimiento del Tratamiento Institucional Neuropsiquiátrico de la Defensoría General de la Nación, por encontrarse

comprometidas problemáticas comunes a ambas Comisiones y para otras se requirió la cooperación de Asesores Médicos de la Defensoría General de la Nación.

a) Las visitas oficiales nocturnas

En algunos Institutos de régimen cerrado, además de las visitas oficiales diurnas se implementaron visitas oficiales en horario nocturno. Y ello, con la finalidad de observar la dinámica institucional fuera del horario administrativo y en momentos en que los jóvenes alojados permanecen exclusivamente en compañía del personal de seguridad.

Estas visitas tuvieron una excelente receptación en los jóvenes alojados, quienes en su mayoría manifestaron no haber tenido con anterioridad visitas fuera del horario administrativo.

En los informes que se confeccionaron en consecuencia, la Comisión consideró indispensable modificar el sistema de guardias nocturnas en las instituciones visitadas. Al respecto, se recomendó la conveniencia de que alguna autoridad de la institución permanezca durante la noche y los fines de semana, especificando que debiera revestir la suficiente autoridad como para ejercer una idónea y eficaz intervención en caso de presentarse algún conflicto entre la población alojada y el cuerpo de seguridad.

Sobre esta recomendación, la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia —dependiente del Ministerio de Desarrollo Social— respondió oportunamente a la Comisión que se encuentra evaluando la posibilidad de incorporar personal que acompañe a los guardias de seguridad en horarios nocturnos y durante los fines de semana, lo que estará sujeto a contar con los recursos humanos suficientes para poder brindar dicho servicio.

b) Las visitas oficiales a comisarías

Durante los meses de marzo y abril del año 2009, con la finalidad de efectuar un relevamiento de las condiciones de alojamiento de los jóvenes en las Comisarías de la Ciudad de Buenos Aires, así como verificar el cumplimiento de las disposiciones de la Resolución Nº 2208/2008 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, la Comisión efectuó la visita de un número considerable de dependencias policiales.

En dicha oportunidad se mantuvieron entrevistas con las autoridades de cada dependencia y se recorrieron las instalaciones, especialmente los espacios destinados al alojamiento de personas menores de edad y se tomó vista de los registros correspondientes. Asimismo, se obtuvieron datos de algunos casos registrados, a fin de estimar el tiempo que los jóvenes permanecen en las dependencias policiales.

En el informe confeccionado luego de realizadas las visitas, la CSTINNyA recomendó la incorporación de mayor cantidad de profesionales médicos que sean designados para

atender exclusivamente a las personas menores de edad que sean detenidas, lo que redundaría en una disminución del tiempo de permanencia en las comisarías, como así también se garantice el funcionamiento y mantenimiento del sistema informático existente para los trámites de reincidencia, a fin de agilizar todos los trámite que implica el ingreso de un imputado menor de edad en las dependencias policiales.

Por último, la CSTINNyA concluyó en que resulta recomendable contar con un espacio de alojamiento exclusivo para los detenidos menores de edad, con instalaciones adecuadas y personal especializado.

2. Las visitas de seguimiento

Durante el año 2007 se implementaron las visitas de seguimiento, las que fueron sistematizadas y fortalecidas en el 2008.

La idea de estas visitas es que el personal de la Comisión realice un seguimiento de las cuestiones observadas en algunas instituciones durante las visitas oficiales, así como de las eventuales modificaciones que pudieran operarse.

Asimismo, a través de entrevistas personales, se relevan peticiones de las niñas, niños y jóvenes alojados.

Por último, se mantienen entrevistas con las autoridades de cada una de las instituciones visitadas a fin de formalizar algunos pedidos de los jóvenes, como así también señalar las cuestiones que deben ser mejoradas.

Actualmente, bajo esta dinámica de las visitas de seguimiento, se concurre mensualmente a los Institutos de régimen cerrado “Manuel Rocca”, “Dr. Luis Agote”, “San Martín”, “Belgrano” y “Úrsula Llona de Inchausti”.

En algunas oportunidades estas visitas se realizaron durante algún día del fin de semana, también para conocer la dinámica institucional en días y horarios no convencionales.

La Comisión resolvió implementar este tipo de visitas mensuales en principio únicamente respecto de los Institutos de régimen cerrado, en el entendimiento de que las condiciones de alojamiento resultan, obviamente, más adversas que en los dispositivos de tipo abierto.

Sin perjuicio de ello, teniendo en cuenta dicha situación, así como las oportunas visitas oficiales realizadas, se efectúan visitas de seguimiento a la Residencia de Convivencia e Integración Comunitaria “Dr. Sánchez Picado” y a la Comunidad Terapéutica “Tekove Roga Isla Silvia”, también dependientes de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia; así como a cualquier otra institución ya visitada cuando resulte necesario.

El mayor logro de la realización mensual de estas visitas radica en haberse constituido la Comisión como referente de la población alojada en los reclamos que guardan relación

con las condiciones en que llevan a cabo su institucionalización y en la profundización de la construcción de una presencia institucional externa y permanente en estos dispositivos, generando vínculos constantes y de confianza con los niños y adolescentes alojados en los dispositivos de tipo cerrado.

De esta manera, ante la constatación de deficiencias en lo edilicio, así como pedidos de diversos insumos por parte de los jóvenes, en todos los casos son puestos en conocimiento de las autoridades correspondientes y, en su gran mayoría, son subsanados.

En este orden de ideas, corresponde señalar que la Comisión ha obtenido, en la generalidad de los casos, respuestas positivas por parte de las autoridades de las instituciones visitadas y de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia. Lo que ha permitido, con relación a la implementación de estas visitas, una coordinación indispensable y un diálogo permanente para el concreto mejoramiento de las condiciones de privación de libertad de las personas menores de edad.

3. Los requerimientos de las niñas, niños y adolescentes entrevistados

En las visitas realizadas por la Comisión, así como en algunos casos a petición de Magistrados y Funcionarios del Ministerio Público de la Defensa, se mantienen numerosas entrevistas con niñas, niños y jóvenes en situación de institucionalización.

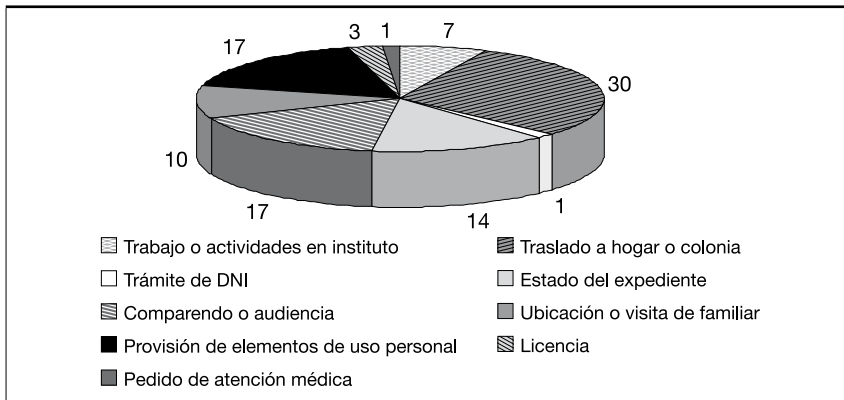
En la mayor parte de los diligenciamientos, la función de la CSTINNyA radica en la realización de diversas gestiones ante los correspondientes organismos estatales. En esta intervención se pretende evitar la superposición de tareas, poniendo en conocimiento —en muchos casos mediante comunicaciones telefónicas u oficios— de la petición al Defensor correspondiente o a las autoridades del Instituto pertinente, efectuándose un posterior seguimiento hasta la concreción de la solicitud.

El resultado obtenido en el diligenciamiento se pone en conocimiento del joven peticionante por vía telefónica o mediante una entrevista personal en su lugar de alojamiento, experiencia que resulta sumamente positiva en la construcción de un vínculo de confianza entre los jóvenes y los integrantes de la Comisión, al obtener respuestas concretas respecto de sus peticiones.

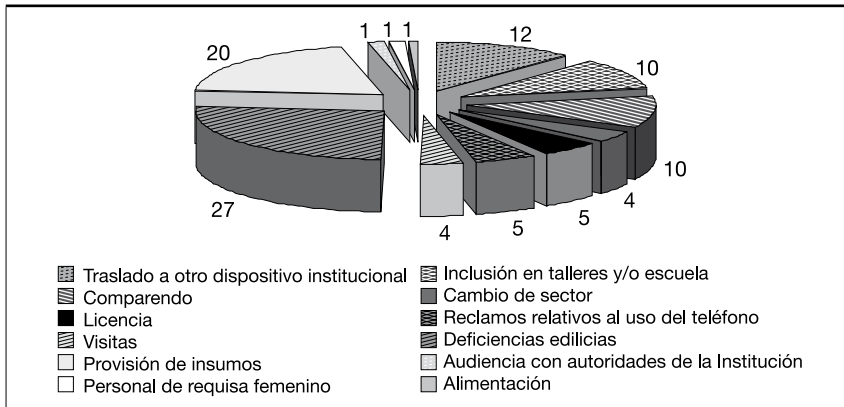
A lo largo del año 2008 se recabaron 259 peticiones, observándose un notorio incremento en relación al año 2007, en el que existieron 135 peticiones.

El contenido de los pedidos es diverso, pero la mayor parte guarda relación con cuestiones edilicias, condiciones de privación de libertad y pedidos de audiencias con los Jueces o los Defensores, como puede observarse en los gráficos que se detallan a continuación:

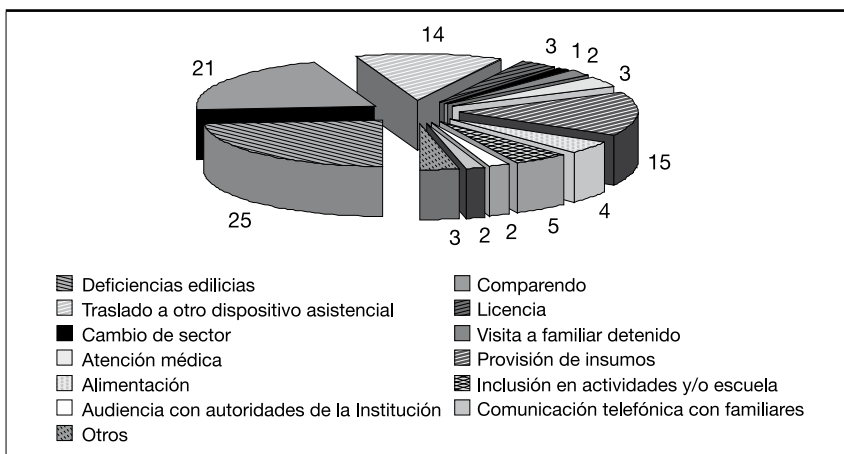
Pedidos año 2006 (%)



Pedidos año 2007 (%)



Pedidos año 2008 (%)



4. Las solicitudes de intervención

Los requerimientos de intervención a la Comisión provienen —en líneas generales— de tres ámbitos institucionales diversos: las Defensorías Públicas Oficiales; la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia de la Nación; y las autoridades y personal de los equipos técnicos de las instituciones de alojamiento de niñas, niños y adolescentes.

Según la naturaleza de la problemática presentada, la CSTINNyA interviene a través de algunas de sus vías de actuación. Debido a que muchas de las solicitudes de intervención se relacionan con cuestiones institucionales genéricas, en la mayor parte de los casos la solicitud de intervención concluye en una visita oficial. En otros, se mantienen entrevistas individuales y/o grupales, o bien se efectúan gestiones ante los organismos administrativos correspondientes.

En lo que respecta a los requerimientos formulados por los Defensores Públicos, la mayor proporción se vincula con alguna deficiencia referida a las condiciones de privación de libertad de sus asistidos.

Por otra parte, desde la creación de la CSTINNyA, se ha trabajado de manera articulada y en coordinación con la Dirección Nacional de Asistencia Directa a Personas y Grupos Vulnerables de la Secretaría de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, quienes remiten la información que reciben en relación a posibles condiciones adversas de alojamiento en las Instituciones.

Por último, desde el año 2008 la Comisión ha recibido diversos pedidos de intervención por parte de autoridades y personal de los equipos técnicos de las propias instituciones. Esta circunstancia comenzó a constatarse a inicios del año 2008 debido a que se estaban produciendo extensas demoras en los traslados de los menores de edad desde los institutos de régimen cerrado hacia los dispositivos asistenciales —que fueron transferidos en el 2007, como consecuencia de la implementación de la Ley nº 26.061, del ámbito nacional al Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires—. En estos casos la actuación de la Comisión consistió en la remisión de oficios y comunicaciones telefónicas con los organismos de derivación correspondientes, lográndose en la mayor parte de los casos una eficaz agilización de los procesos burocráticos.

5. Otras intervenciones

a) El relevamiento de niñas, niños y adolescentes institucionalizados

En el 2007 se efectuaron dos tipos de relevamientos con el objeto de elaborar una base de datos.

Por un lado, se realizó un relevamiento permanente de las instituciones visitadas, mediante la solicitud de listados de los jóvenes alojados con especificación de la disposición

judicial. La mayor información registrada ha sido de la población alojada en institutos de régimen cerrado.

Otro nivel de relevamiento más específico se efectuó en el mes de mayo de ese mismo año, respecto de las personas menores de edad institucionalizadas en todo el interior del país a disposición de la Justicia Federal, con especificación del lugar de alojamiento y recursos disponibles a tal efecto.

b) Estudio sobre el funcionamiento de las actividades educativas en los institutos de régimen cerrado

Durante el primer semestre del año 2008, en un trabajo conjunto con el Programa de Atención a las Problemáticas Sociales y Relaciones con la Comunidad de la Defensoría General de la Nación, se realizó un relevamiento a través de la toma de encuestas voluntarias en cada uno de los institutos de régimen cerrado (“San Martín”, “Rocca”, “Belgrano”, “Inchausti” y “Agote”), a fin de conocer el estado de situación de la oferta de las actividades educativas, tanto formales como informales. En total se realizaron 149 encuestas.

Con posterioridad a la recopilación y sistematización de la información obtenida, se realizó un informe de los resultados de las encuestas por cada Instituto, así como un diagnóstico de situación y recomendaciones.

La totalidad del informe fue remitido a la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia solicitando se remitan copias de dicha documentación a cada uno de los institutos para conocimiento de los directivos, coordinadores pedagógicos y las/os jóvenes alojadas/os.

Como consecuencia de los resultados obtenidos, las recomendaciones fueron las siguientes:

- creación de instancias participativas permanentes en el ámbito de la escuela y los talleres donde los jóvenes puedan constituirse como actores relevantes, con incidencia sobre el diseño, el marco convivencial y la implementación del proyecto educativo;
- realización de cronogramas y programas de estudios y talleres para cada joven a fin de que conozca anticipadamente las actividades que desarrollará durante el día;
- planificación anticipada de las actividades a realizarse y de los recursos humanos necesarios para los períodos de receso escolar, que incluyan la posibilidad de desarrollar talleres al aire libre durante el verano;
- promover la libertad de elección sobre los cursos, teniendo en cuenta los intereses y aptitudes de cada joven;
- organización de los cursos de mayor demanda en niveles progresivos en pos de fomentar la profundización de conocimiento así como el incentivo de los jóvenes en la acumulación de saberes de su interés. Priorizar esto por sobre el criterio de rotación de los talleres;

- garantizar la continuidad del aprendizaje para los casos de traslados a otros institutos;
- otorgar certificados para los talleres de formación;
- asegurar la suficiente provisión de recursos materiales y humanos que garantice la continuidad en el dictado de las actividades;
- arbitrar los medios necesarios a fin de garantizar el presentismo de los maestros y profesores a cargo del dictado de clases en los institutos, en pos de procurar el cumplimiento de una carga horaria diaria acorde a las necesidades de un sujeto en proceso de formación que además presenta un alto nivel de frustraciones en su trayectoria educativa;
- oferta de actividades diversas tanto a la mañana como a la tarde a fin de que los jóvenes permanezcan el menor tiempo posible dentro de los sectores de alojamiento;
- evaluar la posibilidad de incorporar el dictado de charlas de orientación vocacional educativas y laborales.

La Comisión continúa trabajando cotidianamente en el mejoramiento de la oferta de actividades educativas tanto formales como informales que se brindan en los institutos de régimen cerrado, en el entendimiento de que resulta un pilar fundamental en la tarea de mejorar las condiciones generales de alojamiento de los menores de edad.

c) Folletos informativos en relación a las condiciones de alojamiento en Comisarías

Con motivo del dictado de la Resolución Nº 2208/2008 del Ministerio de Justicia, Seguridad y Derechos Humanos de la Nación, la Comisión elaboró un folleto informativo de derechos para las personas menores de edad cuya libertad ambulatoria se restrinja, que fue distribuido en los ámbitos judiciales penales especializados en niñez y adolescencia para su difusión.

En ese mismo folleto se consignó el número de teléfono de la Comisión para la eventual denuncia ante incumplimientos a dicha normativa.

Asimismo, la Comisión inició el seguimiento de la adecuación edilicia de las instalaciones policiales a dicha Resolución, mediante la remisión de oficios al Sr. Jefe de la Policía Federal Argentina, lo que luego se completó con las visitas a las Comisarías mencionadas en el apartado de las visitas oficiales.

d) Encuentro en el Instituto de régimen cerrado “Dr. Luis Agote” respecto de los derechos y garantías frente al proceso penal

En el mes de marzo del año 2009 la CSTINNyA organizó —en dos grupos de trabajo— un encuentro a fin de desarrollar una charla con la totalidad de la población alojada acerca

del proceso penal, los actores involucrados y los derechos y garantías de las personas menores de dieciocho años imputadas de delito.

6. Los logros obtenidos

Más allá de que las condiciones edilicias de las instituciones visitadas resultan fluctuantes como consecuencia de diversas cuestiones que afectan en mayor medida a los establecimientos de tipo cerrado, la Comisión ha logrado constatar en numerosas oportunidades importantes modificaciones y mejoras que se han ido ejecutando en respuesta a los informes confeccionados, tanto respecto de las cuestiones edilicias como las vinculadas al trato institucional en los diversos establecimientos.

De todas formas, no puede dejar de mencionarse que esta es una labor permanente y este es, justamente, uno de los mayores logros alcanzados por la Comisión. Esto es, practicar una intervención continua respecto de las condiciones de alojamiento de las niñas, niños y adolescentes privados de su medio familiar, de modo de asegurarles condiciones dignas de conformidad con los estándares aplicables a la materia.

Se ha logrado comprobar, a raíz de los logros alcanzados con posterioridad a las visitas oficiales realizadas, la importancia de contar con un espacio como el aquí presentado fuera del ámbito del Poder Ejecutivo Nacional para el seguimiento de las condiciones y tratamientos institucionales en que se encuentran los jóvenes institucionalizados.

La efectiva actuación de la CSTINNyA se ha visto plasmada —además— en los pedidos de intervención por parte de las autoridades de las diversas instituciones, quienes han confiado en la gestión de la Comisión como canal de refuerzo para realizar sus respectivas peticiones.

Con respecto a las entrevistas personales mantenidas con las niñas, niños y jóvenes privados de su medio familiar, si bien en algunos casos pudo haber operado cierta superposición de operadores, lo cierto es que se han logrado gestiones exitosas —a través de la debida y coordinada articulación— en los reclamos que guardan relación con la cuestión puntual de las condiciones de alojamiento. Problemáticas que, por cierto, exceden la cuestión de la causa judicial y que anteriormente carecían de un ámbito institucional específico tendente a resolverlas.

Los diligenciamientos efectuados en relación a los pedidos de los jóvenes, en su mayoría efectuados vía telefónica, han agilizado sensiblemente el trabajo y la efectivización de lo peticionado, estrechando de este modo los tediosos márgenes de burocratización.

A medida que la actuación de la Comisión obtiene mayor difusión, se relevan mayor cantidad de requerimientos de intervención por parte de los distintos organismos, los que resultan de gran utilidad a los fines de detectar problemáticas específicas y propiciar soluciones en conjunto, en resguardo de los derechos de los niños y jóvenes que se encuentran institucionalizados.

VI. A modo de conclusión

Tal como lo detallé al comienzo de estas líneas, he pretendido en este trabajo realizar un breve relato acerca de la labor que desarrolla la CSTINNyA, con el objeto de dar a conocer una experiencia que, a mi criterio, resulta interesante.

Es evidente que toda intervención sobre el colectivo de la infancia y adolescencia implica asumir la responsabilidad sobre una práctica que, ya se sabe, resulta difícil e inabarcable. Y, al mismo tiempo, con una alta cuota de insatisfacción porque cada logro que se obtiene, cada resultado medianamente exitoso, se ve eclipsado inmediatamente por el catálogo de asuntos pendientes que aún quedan por abordar.

Sin embargo, y a pesar de los pronósticos que recomiendan la pasividad, la Comisión se hace presente en el trabajo cotidiano, en la labor del día a día que muchas veces resulta invisible pero que en definitiva permite fortalecer esta nueva institucionalidad de la Defensa Pública de los colectivos más vulnerables.

El trabajo de la CSTINNyA confirma que siempre es preferible —aun con sus aciertos y errores, fortalezas y debilidades— la opción del compromiso activo que el vacío de la pasividad. En especial, cuando se trata del universo de las niñas, niños y adolescentes en situación de privación de libertad.

Porque en definitiva, en la lucha diaria por garantizar el “buen trato” hacia la infancia y adolescencia que, de una u otra manera, se encuentra institucionalizada, se juega también la legitimidad del Estado de derecho.

SECCIÓN SEGUNDA

JURISPRUDENCIA

LA JUSTICIABILIDAD DEL DERECHO A LA SALUD. FACULTADES, VENTAJAS Y LIMITACIONES DEL PODER JUDICIAL PARA INCIDIR SOBRE LA FORMULACIÓN DE POLÍTICAS PÚBLICAS

JAVIER M. PALUMMO*

I. El caso *metilfenidato*

En el año 2007 se condenó en primera y segunda instancia al Ministerio de Salud Pública (MSP) a proporcionar información relativa a la importación y fabricación de medicamentos que contienen la sustancia *metilfenidato*. La información solicitada era indispensable para poder efectuar un contralor de la utilización del psicoestimulante, realizando un contraste de esos datos con información estadística secundaria demográfica, socioeconómica y referida al sistema educativo. La situación que se pretendió examinar se vincula no sólo a la praxis médica —posible sobre diagnóstico generalizado—, sino también a la ausencia de estrategias pedagógicas y a la estigmatización de los niños y adolescentes que son calificados como hiperactivos. Actualmente estamos trabajando en ejecución de sentencia en lo incumplido por parte del MSP.

Datos proporcionados por el MSP en el marco del proceso judicial antes mencionado:

En el 2001 la importación de este fármaco alcanzaba a 900 gramos. Mientras que en el año 2002, en plena crisis económica comienza la disparada de la importación de la droga, la que alcanza a 4.500 gramos. En el siguiente año la cantidad duplica con creces alcanzando a los 9180 gramos. En el año 2004 sigue en aumento (9947 gramos) y en el 2005, si bien disminuye a 5.804 gramos, lo hace únicamente para volver a aumentar a 8.764 en el año 2006 y a llegar a la preocupante situación del año 2007. En este año la importación de la droga alcanzó casi 17.000 gramos. En definitiva, de 900 gramos a 17.000 en 6 años.

En el año 2008 fue iniciado un nuevo juicio de amparo contra el MSP ante el aumento desmedido de la importación y, por tanto, del consumo del *metilfenidato* en Uruguay, especialmente por la población infantil y adolescente. El *metilfenidato* es un estimulante del sistema nervioso central cuyo uso indebido es muy corriente y se utiliza cada vez más para el tratamiento de los trastornos de la concentración entre los niños.¹

* El autor es abogado, Doctor en Derecho y Ciencias Sociales y Magíster en Políticas Públicas y Derechos de la Infancia y la Adolescencia (Universidad de la República, Uruguay), Consultor de organismos internacionales de derechos humanos (UNICEF-CIDH), y Coordinador del Observatorio del Sistema Judicial (Movimiento Nacional Gustavo Volpe-UNICEF) y de la Clínica Jurídica de derechos humanos de la infancia y la adolescencia (MNGV). La Clínica Jurídica del Observatorio del Sistema Judicial es un laboratorio de práctica y reflexión jurídica que trabaja sobre casos de violaciones a derechos en casos testigo o ante situaciones que impactan en el interés público; actúa ante los Tribunales y la Administración promoviendo el litigio estratégico y la práctica del derecho de interés público; fue instalada en el año 2007.

¹ Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, Informe anual de la JIFE, Nota informativa N°4, del 4 de marzo de 1997.

En el año 1998 la JIFE² hizo un llamamiento “a todos los gobiernos para que ejerzan una estricta vigilancia con miras a impedir el excesivo diagnóstico de trastornos de la concentración en niños y el tratamiento médicamente injustificado con *metilfenidato* y otros estimulantes”. Esta Junta expresó su preocupación por la prescripción de esta droga sin tener en cuenta el riesgo inherente de uso indebido y narcodependencia.³ Asimismo, solicitó a todos los gobiernos que ejerzan la más estricta vigilancia a fin de impedir el “diagnóstico excesivo” en niños y el tratamiento médicamente injustificado con *metilfenidato* y otros estimulantes.

En el mismo sentido, el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas ha recomendado que se realicen estudios más a fondo sobre el diagnóstico y el tratamiento de los trastornos de concentración y del déficit de atención. Especialmente en referencia a los posibles efectos negativos de los psicoestimulantes para el bienestar físico y psicológico de los niños, y que se utilicen en la medida de lo posible otras formas de manejo y tratamiento de esos trastornos del comportamiento.⁴

En Uruguay es el MSP quien tiene las funciones de policía sanitaria de los medicamentos y de control de las profesiones vinculadas a la salud. Ha quedado en evidencia en los juicios tramitados que los controles del MSP son insuficientes. La acción de amparo en consonancia con los informes y recomendaciones citados se dirige a evitar el diagnóstico excesivo del Trastorno por Déficit Atencional por Hiperactividad (TDAH) entre los niños y el tratamiento a base de *metilfenidato*, que no esté justificado por razones médicas válidas. Para ello, es preciso que el MSP desarrolle mecanismos de control eficaces.

II. Facultades, ventajas y limitaciones del Poder Judicial

1. Consideraciones introductorias

El principal argumento sostenido por el MSP en el proceso fue el sostener que ni la ciudadanía —representada por la parte actora— ni el propio Poder Judicial podían abordar el tema, en tanto reside en el Ministerio, es decir, en el Poder Ejecutivo. Esta posición que fuera sostenida por el Ministerio en toda la primera instancia fue expresada en el marco del trámite de la apelación por el Sr. Director de Salud, en nota en la que afirma la negativa a derivar sus cometidos de policía sanitaria a los “particulares”. En dicha nota consideró injerencia de “particulares” los reclamos a la Administración.

La sentencia de primera instancia en lo sustancial fundamentó su decisión en dos argumentos bien definidos. En primer lugar, considerando que: “el juez del amparo no puede

² Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes (JIFE) es el órgano de fiscalización independiente y cuasi judicial encargado de vigilar la aplicación de los tratados de fiscalización internacional de drogas.

³ Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes, Informe anual de la JIFE, 23 de febrero de 1999. Disponible en: < www.incb.org/pdf/s/press/1998/s_rel_04.pdf >

⁴ Comité de los Derechos del Niño, CRC/C/15/Add.268, 20 de octubre de 2005 (Observaciones finales. Australia); CRC/C/DNK/CO/3, 23 de noviembre de 2005 (Observaciones finales. Dinamarca); CRC/C/15/Add.272, 20 octubre de 2005 (Observaciones finales. Finlandia).

invadir competencia de otro poder, vulnerando el principio de separación de Poderes”. Siguiendo lo establecido por la representante del Ministerio Público afirma que “la solicitud (de autos) se encuentra en la órbita de las políticas de Estado dentro del Poder Ejecutivo, y no es materia de acción de amparo, no pudiendo imponerse a esa Secretaría de Estado por vía jurisdiccional, en estricto respeto del principio de separación de poderes”. En segundo lugar, resuelve no hacer lugar a la demanda promovida entendiendo que: “...importa tener presente que el amparo es un medio procesal de carácter excepcional, residual o ‘heroico’, reservado para extremas situaciones en que por falta de otros medios legales peligren derechos fundamentales...”.

En el presente comentario no se hará referencia al segundo de los argumentos mencionados, pero sí al primero.⁵

2. Facultades del Poder Judicial en los procesos de exigibilidad de los derechos económicos y sociales de la infancia y la adolescencia

a. El reconocimiento normativo de los derechos y su exigibilidad⁶

En un Estado de derecho tan importante como el reconocimiento normativo de los derechos es la existencia de mecanismos eficaces de exigibilidad y defensa de los mismos. Los derechos constituyen una “precondición” elemental del sistema democrático en tanto ayudan a proteger las reglas procedimentales del mismo, asegurando las condiciones del debate público y las decisiones colectivas.⁷

El derecho, en tanto práctica social compleja, no se agota en la existencia de la norma. La existencia de un amplio reconocimiento normativo de los derechos no significa necesariamente que existan en el ámbito interno mecanismos de protección eficaces a los cuales recurrir y menos aún que los mecanismos existentes están siendo utilizados eficientemente.

La exigibilidad de los derechos económicos y sociales implica la posibilidad de que el Poder Judicial, al entender en los procesos de justiciabilidad de los mismos (en este caso: la acción de amparo prevista en los artículos 195 y 196 del Código de la Niñez y la Adolescencia, CNA), pueda ordenar al Poder Ejecutivo una acción determinada.

⁵ El artículo 195 del Código de la Niñez y Adolescencia, CNA, instituye una acción de amparo que sin perjuicio de coincidir en muchos aspectos con el proceso establecido en la Ley N° 16.011, se diferencia del mismo en su naturaleza no residual, no excepcional, de principio, elementos todos abarcados en la claridad de la norma que en su inciso número 3 dispone: “Procederá en todos los casos, excepto que exista proceso jurisdiccional pendiente, presumiéndose, salvo prueba en contrario, que los otros medios jurídicos de protección resultan ineficaces”.

⁶ Cf. Palumbo Lantes, J., La acción de amparo como instrumento para la exigibilidad de los derechos económicos y sociales e incidencia en las políticas públicas en el ámbito interno, tesis de maestría, UDELAR, 2008.

⁷ Gargarella, R., *Las amenazas del constitucionalismo: constitucionalismo, derechos y democracia*, en: AAVV, Los derechos fundamentales, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA), 2001, pp. 4 y 5.

Esta actividad implica el “emplazamiento del Estado a realizar la conducta debida” en el entendido de que “la constatación de la obligación incumplida debe ser seguida por la manifestación circunstanciada de qué conducta o conductas debe realizar el Estado para garantizar o satisfacer el derecho violado”.⁸

En este sentido, se ha desarrollado el concepto de debido proceso sustantivo en los siguientes términos:

El *debido proceso sustantivo* no es más que un estándar o patrón para determinar, dentro del margen de arbitrio que tienen el legislador o el poder reglamentario, hasta dónde se pueden restringir válidamente los derechos consagrados por las normas a reglamentar, o dicho en otros términos, cuál es el espacio concreto de discrecionalidad que puede ser utilizado por el legislador o el órgano ejecutivo, al regular un derecho consagrado en la Constitución, en los tratados internacionales o en la ley.⁹

La titularidad de derechos subjetivos implica —utilizando las palabras de Ferrajoli— expectativas negativas de no lesión o positivas de prestación, y los deberes correspondientes, esto es, las prohibiciones y obligaciones que constituyen garantías primarias de tales derechos. Los derechos sociales por su carácter generalmente prestacional implican que a través de las políticas sociales se les proporcione a los titulares de esos derechos, por ejemplo: el acceso a un servicio de salud o a un servicio educativo. Sostener que a los derechos sociales no les corresponde la obligación de una conducta determinada, que se trata de principios programáticos no necesariamente traducibles a prestaciones específicas, implica sostener que:

[...] no existirían, por ejemplo, los derechos sociales a pesar de hallarse constitucionalmente reconocidos, si falta una legislación de desarrollo que disponga las obligaciones correspondientes e instituya los órganos competentes para cumplirlas [esta tesis], es abiertamente antipositivista, dado que contradice el principal postulado del positivismo jurídico: el principio según el cual una norma existe si y sólo si ha sido puesta por la autoridad legitimada por el ordenamiento para su producción.¹⁰

La obligación de los Estados de garantizar el cumplimiento de los derechos económicos y sociales implica necesariamente considerar a las políticas sociales como instrumentos fundamentales para satisfacer estas obligaciones. Afirmar lo contrario implica negarle normatividad a la Constitución y a toda la normativa consagratória de derechos económicos y sociales.¹¹

En caso de conflicto, entonces, los derechos humanos desplazan a cualquier otra consideración que no se refiera a derechos. Ronald Dworkin (Ronald Dworkin, *Los derechos en Serio*, Editorial Ariel, Barcelona, 1989, págs. 276-303.) argumenta, por su parte, que decir

⁸ Cf. Abramovich, V. y Courtis C. *Los derechos sociales como derechos exigibles* (Prólogo de Luigi Ferrajoli), 2ª Ed. Trotta, 2004, p. 136. En referencia al carácter exigible de los derechos económicos y sociales: Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Ed. Trotta, Madrid, 1999, pp. 59-65; *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Ed. Trotta, Madrid, 2001, pp. 180-196.

⁹ Courtis, C., *La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales: apuntes introductorios*, en: Courtis, C., (comp.) *Ni un paso atrás. La prohibición de regresividad en materia de derechos sociales*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2006, p. 23.

¹⁰ Ferrajoli, L., *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Ed. Trotta, Madrid, 2006, pp. 54-55.

¹¹ Cf. Tomasevski, K., *El asalto a la educación*, Interpón Oxfam, Barcelona 2004, p. 77.

que los individuos tienen derechos supone darles reconocimiento aun cuando la mayoría o el gobierno piensen, incluso con buenas razones, que el beneficio social agregativo sería mayor de no existir tales derechos.¹²

La institución de los derechos es, por consiguiente, crucial, porque representa la promesa que la mayoría hace a las minorías de que la dignidad y la igualdad de éstas serán respetadas.¹³

Cuando además de tratarse de derechos económicos y sociales se trata de derechos de la infancia y la adolescencia es de aplicación la normativa contenida en instrumentos internacionales de derechos humanos y en la Constitución Nacional que ordenan —bajo diferentes formulaciones— dar prioridad a los derechos de este grupo específico.¹⁴

b. La objeción contramayoritaria

El argumento que desarrolló el Ministerio y el sentenciante de primera instancia además de ser claramente regresivo, hace eco de una discusión absolutamente superada desde el punto de vista teórico, doctrinario y jurisprudencial hace décadas. Generalmente el argumento es denominado objeción contramayoritaria. Se trata de un tema que ha sido ampliamente debatido desde la filosofía del derecho y la teoría constitucional.¹⁵ El núcleo de la objeción refiere a la posibilidad de justificar que un órgano contramayoritario como el Poder Judicial pueda ordenarle a órganos mayoritarios la ejecución de una política determinada o pueda invalidar o desaplicar decisiones de estos órganos. Se entiende por “contramayoritario” el órgano que no es elegido por las mayorías y que en el marco de sus competencias puede afectar las decisiones adoptadas por otros órganos que sí fueron electos por las mayorías cuando dichas decisiones afectan derechos y garantías constitucionales.

Por un lado, se sostiene el carácter antidemocrático de la intervención del órgano contramayoritario y se resiste *a priori* la interferencia judicial y la judicialización de reclamos que consideran deben ser resueltos por la administración pública.

También se ha fundamentado esta posición —y así sucedió en el caso de autos— en la violación del principio de separación de poderes y en el concepto de autogobierno.¹⁶

¹² Zúñiga Fajuri, A., *El interés público del derecho a la vida*, en: AAVV., Litigio y Políticas Públicas en: Derechos Humanos, Cuadernos de Análisis Jurídico N° 14, Serie Publicaciones Especiales, Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, Santiago de Chile, noviembre 2002.

¹³ Dworkin, R., *Los derechos en Serio*, 5ª Reimp., Editorial Ariel, Barcelona, 2002, p. 303.

¹⁴ La Constitución uruguaya en sus artículos 40 y siguientes impone un tratamiento especial para la infancia y la adolescencia como grupo. En el mismo sentido podemos citar el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros.

¹⁵ También existen importantes estudios comparativos en relación al papel del Poder Judicial y las posibilidades de revisión judicial en los sistemas continentales y en el *common law* en: Mameli, A., *Judicial review, social antagonism and the use of litigation as a tool for combating poverty*, en: Williams, L.; Kjønsstad, A. y Robson, Peter (eds.), *Law and poverty: the legal system and poverty reduction*, CROP International Studies in Poverty Research, Zed Books, New York, 2003, p. 139.

¹⁶ Cf. Bergallo, P., *Justicia y experimentalismo: la función remedial del poder judicial en el litigio de derecho público en Argentina*, en: AAVV., *El papel de los abogados*, Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política (SELA), 2005.

Entendido este último como el derecho del pueblo de autogobernarse a través de los órganos ejecutivo y legislativo por medio de la representación política y de la votación según la regla de la mayoría.

Argumentar la violación del principio de separación de poderes implica asumir una posición a favor de una atribución rígida de funciones constitucionales a los tres poderes y presentan al Poder Judicial como interfiriendo con las potestades claramente atribuidas a las otras ramas. Lo que implica desconocer la complejidad de las relaciones entre los distintos poderes y las ventajas de un “modelo dialógico de interacción que supone el desdibujamiento de funciones estrictas en pos de prácticas que promueven el diálogo y la deliberación”.¹⁷

Corresponde expresar que en el marco de procesos de amparo regidos por el CNA la justicia había desestimado este tipo de objeciones en los siguientes términos:

[...] se puntualizará, por último, que, en concepto de la sentenciante, ni la promoción del presente proceso, ni este pronunciamiento violan el principio constitucional de separación de poderes. Sin perjuicio de compartir los conceptos de Zaffaroni (citado por el actor) ha de tenerse presente que el ejercicio de la jurisdicción radica en juzgar y hacer ejecutar lo juzgado (Ley 15.750). Y de ello se ha tratado, justamente, en autos: se ha denunciado una —eventual— omisión, se la ha acreditado y, en consecuencia, se ha denunciado la Sede en aplicación del poder-deber que deriva del ejercicio de su cargo. Y ello, en el caso concreto, porque no por el hecho de invocar la protección de intereses difusos o indeterminados, se transforma la hipótesis de autos y, por ende, lo resuelto, en tarea de colegislación o de indebida intromisión en la actuación de otros poderes del Estado.¹⁸

Por su parte, quienes refieren en términos absolutos a la existencia de un derecho al autogobierno a través de los órganos ejecutivo y legislativo por medio de la representación política y de la votación según la regla de la mayoría, desconocen que en el marco de un Estado de Derecho de carácter democrático y constitucional ese derecho al autogobierno se encuentra limitado por el contenido constitucional que establece formas de corrección ante la posibilidad de “error” de las mayorías.

Al hacer cumplir esos derechos, la Constitución puede resultar antidemocrática; su blindaje tiene esa consecuencia [...] es de esperar que los jueces puedan apelar y apelen a los valores políticos de la concepción pública, siempre que la Constitución misma implícita o explícitamente invoque esos valores [...] Lo que deben hacer [los jueces] es apelar a los valores políticos que, a su entender, pertenezcan a la interpretación más razonable de la concepción pública y de sus valores políticos de justicia y razón pública. Y esos son valores respecto de los cuales ellos creen de buena fe que como exige el deber de civildad, puede esperarse razonablemente que todos los ciudadanos, en tanto que individuos razonables y racionales, aceptarán.¹⁹

¹⁷ Idem.

¹⁸ Juzgado Letrado de Familia de 25° turno, Sentencia Nº 103 de 11 de setiembre de 2007.

¹⁹ Rawls, J., *El liberalismo político* (Trad. de Antoni Doménech), Crítica, Barcelona, 2004, p. 270-271.

Esta idea del monopolio de la legitimidad democrática por parte de los órganos mayoritarios parte de la creencia de que esta legitimidad cae en cascada desde los órganos electos al aparato burocrático inferior. Pero las decisiones cuestionadas en muchos casos no responden a actos emanados de órganos cuyos titulares fueron votados.²⁰

En opinión de Rawls, la democracia constitucional es dualista: distingue el poder constituyente del poder ordinario, así como la constitución de la ley ordinaria.

Al aplicar la razón pública, el tribunal corre con la tarea de prevenir la erosión de esa ley por parte de la legislación aprobada por pasajeras mayorías, o, más probablemente, por parte de intereses estrechos organizados y bien situados que tratarán de llevar el agua a su molino. Si el tribunal asume ese papel y efectivamente lo desempeña, es incorrecto decir que es derechamente antidemocrático [...] El tribunal no es antimayoritario respecto de la ley suprema cuando sus decisiones resultan razonablemente acordes con la Constitución misma [...].²¹

Estos límites constitucionales también son producto de una decisión democrática, pero de diferente "calidad". No hay tensión alguna entre los derechos y la democracia, en la medida en que los derechos son el producto de un consenso democrático que es recogido en la norma constitucional. Tampoco se trata de una desconfianza hacia las mayorías, sino de establecer un estatuto general de derechos y garantías que no se encuentre supeditado a decisiones coyunturales.

Los jueces, entonces, no estarían tomando decisiones contrarias a las de la mayoría, sino que estarían justamente haciendo prevalecer la voluntad de la mayoría "constitucional", sobre la mayoría del pueblo en un cierto momento histórico [...] El pueblo se autoimpone una Constitución que opera como límite a sus futuras decisiones democráticas.²²

El carácter contramayoritario de los órganos jurisdiccionales asegura la protección de las minorías frente a las mayorías, garantizando las libertades individuales y el pluralismo político.

[...] una teoría jurídica de la democracia dotada de capacidad explicativa no puede hoy ignorar los límites y los vínculos constitucionales al principio de mayoría que existen ya en casi todos los ordenamientos democráticos. Límites y vínculos que, nos guste o no, son un rasgo empírico de tales ordenamientos del que una teoría de la democracia debe

²⁰ Cf. Courtis, Cristian, Comunicación personal, Buenos Aires, mayo 2008.

²¹ Rawls, J., ob. cit., 2004, pp. 268-269. Para una crítica al dualismo constitucional y a la posición de Rawls ver: Gargarella, R., ob. cit., 1996, pp. 139 y ss.; y del mismo autor, ob. cit., 2006, pp. 15 y ss. En ambos trabajos Gargarella hace referencia a la obra de Bruce Ackerman, quien —en sus palabras— procuró dar cabida a dos instituciones [...] por un lado destacó la noción de que, en una democracia, el que debe gobernar es el pueblo, y no algún cuerpo de élite como el poder judicial. Es la propia ciudadanía —sostuvo Ackerman— la que debe decidir cómo gobernarse, decidiendo, ante cada problema constitucional, el rumbo a tomar. Por otro lado, el profesor norteamericano puso énfasis en la idea de que *no todas las decisiones que toman las mayorías merecen ser igualmente consideradas* [...] El punto central de la teoría de Ackerman es que existen dos tipos de decisiones fundamentales dentro de una democracia. En primer lugar, se encuentran las decisiones que toman el conjunto de los ciudadanos: las que llama "decisiones constitucionales", que se expresan a través del dictado de la Constitución [...] En segundo lugar, están las decisiones que toma la ciudadanía a través de su gobierno [...] los funcionarios del gobierno pueden actuar y tomar múltiples decisiones, pero sus decisiones deben respetar los límites que la propia ciudadanía les ha fijado, cada vez que intervino en el proceso político" (Ackerman, B., *We the people: Foundations*, Cambridge, Mass., Harvard U.P., 1991 *apud* Gargarella, Roberto, ob. cit., 1996, pp. 135-137). No hay obras citadas del autor en referencia de los años marcados en amarillo, citadas anteriormente, por lo tanto, no se puede hablar de obra citada.

²² Saba, R., *Derechos sociales, políticas públicas y acceso a la información*, en: *Seminarios salud y política pública*, Seminario VIII, Centro de Estudios de Estado y Sociedad, Buenos Aires, 2004.

dar cuenta, salvo que quiera negar, con ellos, el carácter democrático de las actuales democracias constitucionales.²³

Es por tanto la Constitución, en cuanto proyecto político del Estado, la que justifica las atribuciones objetadas de los órganos judiciales. Son los derechos constitucionales los que operan como límite a las decisiones democráticas de los órganos mayoritarios. Desde este punto de vista, la supuesta “invasión” de los jueces en la política es, en realidad, el producto ineludible de una decisión del pueblo de retirar del ámbito de la “política” decisiones que ya fueron tomadas “a nivel” constitucional.²⁴

Esta posición es consecuente con la idea de que el papel del Poder Judicial resulta indispensable para el desarrollo de la democracia en la medida que:

[...] el amparo concreto de derechos, por medio de los jueces, garantiza el respeto a la dignidad de los ciudadanos y el goce efectivo, no formal, de los derechos [...] Los jueces son pilar y garantía de la democracia en la medida que puedan efectivamente proteger los derechos humanos y limitar el ejercicio del poder [...].²⁵

La legitimidad de los órganos judiciales contramayoritarios es producto del reconocimiento constitucional de los derechos y del papel asignado al Poder Judicial de garantía ante la lesión de los mismos.²⁶

Por último, corresponde mencionar que si los poderes mayoritarios resolvieran los conflictos de exigibilidad de derechos de conformidad con los estándares normativos no estaríamos ante un escenario de justiciabilidad de derechos. En definitiva, la actuación judicial se moviliza ante el incumplimiento o el cumplimiento deficiente de las obligaciones normativas por parte de los órganos mayoritarios.

c. La actuación jurisdiccional como garantía de compatibilidad entre los estándares jurídicos y las políticas

El proceso de exigibilidad de derechos económicos y sociales tiene como objetivo corregir las políticas públicas cuando éstas no son adecuadas a los estándares jurídicos que se constituyen en límites de la discrecionalidad política. Encontramos aquí a los denominados casos estructurales, en los que la causa de la violación de derechos refiere a prácticas o políticas sistémicas. De lo que se trata es de examinar la compatibilidad de la política pública con el estándar jurídico aplicable y, por ende, su idoneidad para satisfacer el derecho en cuestión.

En estos casos, si el tribunal considera que esa política —o un aspecto de ella— es incompatible con el estándar, reenvía la cuestión a los poderes concernidos para que

²³ Ferrajoli, L., ob. cit., 2006, p. 99.

²⁴ Cf. Saba, R., ob. cit., 2004.

²⁵ Zúñiga Fajuri, A., ob. cit., 2002.

²⁶ Cf. Nino, C.S., La constitución de la democracia deliberativa, Gedisa, 1998, Capítulo 1.

la reformulen. Ejemplos de estándares a partir de los cuales los tribunales analizan una política pública son los de razonabilidad, adecuación, no discriminación, progresividad, no regresividad, transparencia, etc.²⁷

En estos casos la actuación jurisdiccional no implica la sustitución de la administración en la tarea de planificación y diseño de las políticas públicas. Lo que ocurre es que esas políticas en el marco del proceso judicial son contrastadas y examinadas en cuanto a su compatibilidad con los estándares jurídicos aplicables y vinculantes para la administración.

Las políticas públicas referidas a derechos económicos y sociales pueden existir pero no lograr contrarrestar el deterioro y la vulneración de tales derechos, no ser capaces de asegurar su goce efectivo, o no haber favorecido la superación de las condiciones que ocasionan la violación de dichos derechos. El Tribunal en esos casos queda colocado en la posición de tener que analizar lo hecho por el poder administrador y verificar si las políticas implementadas han logrado contrarrestar la situación de vulneración de derechos constitucionales y derechos humanos de la infancia y la adolescencia. Para esto es posible que el Tribunal analice tanto los datos sobre cobertura de los distintos servicios comprendidos en el caso concreto, como el grado de satisfacción de la población afectada. El análisis de cobertura puede implicar el estudio de los planes de acción. Y en el caso de que este plan no exista, el Tribunal puede exigir que se establezca un plan de trabajo con metas específicas, indicadores, responsabilidades y plazos.

Esta situación tipo también tiene ejemplos enmarcados en acciones de amparo tramitadas conforme a lo expresado en el CNA. En uno de esos casos, encontramos que el órgano jurisdiccional dispuso un plan de trabajo al cual el poder administrador debió ajustar su actividad, en los siguientes términos:

En mérito a la totalidad de lo que antecede, y como se adelantó, se amparará la pretensión deducida disponiendo que el INAU, en plazo de veinticuatro horas, inicie la adopción de medidas tendientes a:

I) la realización, al 30 de noviembre de 2007 (fs. 25), del anunciado estudio cualitativo-cuantitativo a efectos de determinar no sólo la cantidad sino también el perfil (según variables tenidas en cuenta a fs. 199 y siguientes, en cuanto corresponda) de niños y adolescentes en situación de calle o viviendo en la calle,

II) la consideración, caso por caso, de las situaciones de niños o adolescentes en situación de calle o viviendo en la calle, ya avistados,

III) el abordaje inmediato de estos y

IV) su derivación hacia los núcleos más adecuados para su protección (familia, centros de atención diurna y/o nocturna, internación en dependencias del INAU o las que sean

²⁷ Abramovich, V., *Líneas de trabajo en Derechos Económicos, Sociales y Culturales: Herramientas y aliados*, en: Revista Sur, Año 2, Nº 2, San Pablo, p. 215.

supervisadas por éste, a título de ejemplo y sin que ello implique enumeración taxativa), a efectos de evitar las consecuencias nocivas derivadas de las referidas situaciones, en plazo no superior a noventa días.²⁸

En este caso si bien la sentencia refiere a la existencia de una omisión del INAU surge de la misma que se estaban desarrollando políticas específicas por parte del instituto referido, las cuales fueron consideradas insuficientes e inadecuadas para garantizar los derechos en juego.

En caso de concluirse que los planes no responden a los estándares normativos o que las acciones específicas o los recursos asignados son insuficientes u otro tipo de inadecuación, el Tribunal debe exigir a las entidades administrativas que cumplan con sus deberes constitucionales y con sus obligaciones internacionalmente asumidas. Para lo cual, se requiere que se adopten dentro de plazos razonables las acciones tendientes a asegurar el goce efectivo de los derechos involucrados. Esto incluye la disposición de dineros públicos indispensables para la ejecución de dichas acciones, dado el evidente contenido prestacional de los derechos en juego. En referencia a este tipo de situaciones es especialmente ilustrativa la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia:

No se trata en este caso de que a través de la acción de tutela se esté ordenando un gasto no presupuestado o que se esté modificando la programación presupuestal definida por el Legislador. Tampoco está definiendo nuevas prioridades, ni modificando la política diseñada por el Legislador y desarrollada por el Ejecutivo. Por el contrario, la Corte, teniendo en cuenta los instrumentos legales que desarrollan la política de atención a la población desplazada, así como el diseño de la política y los compromisos asumidos por las distintas entidades, está apelando al principio constitucional de colaboración armónica entre las distintas ramas del poder, para asegurar el cumplimiento de los deberes de protección efectiva de los derechos de todos los residentes en el territorio nacional. Esa es la competencia del juez constitucional en un Estado Social de Derecho respecto de derechos que tienen una clara dimensión prestacional, como pasa a verse.²⁹

La administración no debe únicamente desarrollar determinadas políticas públicas sino que además debe ajustarlas a estándares normativos.

En este tipo de casos, la actuación judicial en la etapa de ejecución no consiste en la imposición compulsiva de una condena, entendida como una orden detallada y autosuficiente —por ejemplo la imposición de la obligación de pagar un monto líquido y exigible— sino en el seguimiento de una instrucción fijada en términos generales, cuyo contenido concreto se va construyendo en el curso de la instancia a partir del “diálogo” entre el juez y la autoridad pública. De modo que la sentencia, lejos de constituir la culminación del proceso, opera como un punto de inflexión que modifica el sentido de la actuación jurisdiccional: desde su dictado, es al Estado a quien le corresponde diseñar el modo en

²⁸ Juzgado Letrado de Familia de 25° turno, Sentencia N° 103 de 11 de setiembre de 2007.

²⁹ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia N° T-025 de 22 de enero de 2004, Bogotá, DC., Expediente T-653010 y acumulados. Disponible en: <<http://www.acnur.org/biblioteca/pdf/2501.pdf>>

que cumplirá las instrucciones del juez, y el tribunal se limitará a controlar la adecuación de las medidas concretas adoptadas con el mandato que ha impartido.³⁰

Es preciso recordar que en el Estado de Derecho la actividad administrativa y por lo tanto el diseño y la ejecución de las políticas públicas es en esencia controlable por la jurisdicción. Esto es así en tanto el control es inseparable del propio concepto de Estado Constitucional de Derecho.³¹

III. Consideraciones finales

La sentencia que se comenta al abordar la cuestión en debate parte de identificar la existencia de estándares jurídicos que deben ser considerados a la hora de la dirección y diseño de programas de salud.

En adelante, el Tribunal desarrolla una serie de consideraciones en referencia al principio de separación de los Poderes del Estado y la función jurisdiccional. En dicha sentencia se expresa con claridad meridiana:

[...] el conocimiento y decisión respecto a actos u omisiones de la Administración que pudieran ser lesivos o amenacen por ilegitimidad manifiesta derechos reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución —claramente de rechazo en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho—, sino porque precisamente, hacerlo, constituye la razón de ser del medio jurídico actuado, en el ámbito de la competencia natural del Poder Judicial, y constituye —sin cortapisas—, la razón de principio de su propia existencia - arg. arts. cits; 7, 72, 332 y Sección XV de la Constitución; Ley 15.750, L. O. T. En similar posición a la de la Sala Ochs Olazábal, Daniel, “La acción de amparo” págs. 107 y siguientes.

La competencia del Poder Ejecutivo está dada por la adopción de todas las medidas necesarias para mantener la salud colectiva y su ejecución por el personal a sus órdenes, dictando todos sus reglamentos y disposiciones necesarios para ese fin primordial. Pero la omisión o el desatino del poder administrador constituye manifiesta ilegitimidad pues desatiende derechos, bienes y valores reconocidos por la Constitución. Continúa la sentencia expresando que:

El fundamento de la intervención judicial en casos como el de autos deriva de que todos los poderes del Estado están sometidos a la Constitución y es la vigencia de ésta la que legitima la intervención judicial.

En el caso concreto, las omisiones del Ministerio y la inadecuación de sus controles a los estándares exigibles son los que justifican la intervención jurisdiccional.

El sistema jurídico y el ámbito judicial poseen algunas características que lo transforman en un escenario privilegiado para los reclamos de exigibilidad de los derechos económicos

³⁰ Abramovich, Victor, ob. cit., 2005, pp. 215 y 216.

³¹ Aragón Reyes, M., Constitución y control del poder, Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1995, pp. 69 y ss.

y sociales. Primeramente, por la posición de la administración de justicia respecto de la política. En el ámbito judicial pueden hacer oír su voz y hacer valer sus derechos los más débiles y quienes se encuentran peor representados en el escenario político.

El escenario judicial implica además un espacio en el cual se traduce el reclamo social en uno jurídico. Lo que implica permutar una competencia de poder puro por un proceso en el que las decisiones deben justificarse explícitamente y en términos legales. Esta necesidad de justificar y explicitar el fundamento de las decisiones limita el espacio de discrecionalidad y arbitrariedad de quienes ostentan el poder.³²

Sin perjuicio de que esta cuestión excede el objetivo del presente trabajo, es preciso expresar que una actuación como la descrita requiere de un Poder Judicial que, además de ser independiente y de asegurar la más amplia deliberación en torno a los temas abordados, desarrolle un servicio de administración de justicia de calidad que sólo puede lograrse con jueces capacitados para este importante papel y mecanismos de ascenso transparentes. Los referidos constituyen evidentes presupuestos del desarrollo de procesos de justicia-bilidad de los derechos económicos y sociales en el sentido que fuera explicitado.

³² Cf. Vilhena Vieira, O., *La desigualdad y la subversión del Estado de derecho*, en: Sur Revista Internacional de Derechos Humanos, Nº 6, Año 4, San Pablo, 2007, p. 49.

Ministro Redactor: Dr. Ricardo C. Pérez Manrique

Montevideo, 24 de abril de 2009.

VISTOS:

Para el dictado de Sentencia Definitiva de Segunda Instancia estos autos caratulados “XX c/ Poder Ejecutivo – Ministerio de Salud Pública. **PROCESO DE AMPARO**” Ficha Nº 2-41143/2008, venidos en apelación de la Sentencia Nº 16/2008 dictada por el Señor Juez Letrado de Familia de 18º Turno Dr. Jesús Pereira Sucunza:

RESULTANDO:

- 1)** Por la recurrida (fs. 83/105) a cuya relación de antecedentes la Sala se remite, no se hizo lugar a la demanda promovida en autos.
- 2)** El actor deduce recurso de apelación a fs. 106/114, solicita se revoque la recurrida, condenándose al Estado en los términos referidos en la demanda.

Se agravia en síntesis en cuanto a que entiende que el Poder Judicial tiene facultades en los procesos de exigibilidad de los derechos económicos y sociales de la infancia y la adolescencia. Que existe reconocimiento normativo de la exigibilidad de tales derechos. Analiza la denominada objeción contramayoritaria, a partir de la que el Poder Judicial, por no provenir de la expresión popular directa, no podría incidir en decisiones de poderes como el Ejecutivo que tienen tal origen. Invoca jurisprudencia que ha desestimado este tipo de excepciones y doctrina concordante. Son los derechos constitucionales los que operan como límite a las decisiones democráticas de los órganos mayoritarios, la intervención de los jueces en este plano depende de una decisión de orden constitucional. La actuación judicial se moviliza ante el incumplimiento o el cumplimiento deficiente de las obligaciones normativas por parte de los órganos mayoritarios. La administración debe ajustar sus políticas públicas a estándares normativos, el Tribunal debe exigir a las entidades administrativas que cumplan con sus deberes constitucionales y con sus obligaciones internacionalmente asumidas.

Se agravia en cuanto al carácter excepcional que se atribuye en la recurrida a la acción de amparo. Incurre en error la sede a quo al desconocer las características especiales que reviste la acción de amparo prevista en el Código de la Niñez y Adolescencia. La doctrina y jurisprudencia que cita la sentencia refiere a materia civil, anterior a la existencia del artículo 195 del CNA. De principio la acción es procedente. Nada ha probado la cartera, el testimonio de la Química Farmacéutica Pimienta ha demostrado lo precario de las políticas del Ministerio y lo ineficiente que es la vía

administrativa. Para un proyecto que busca evaluar el consumo de sustancia prescripta al 30 % de nuestros niños, equiparada a la cocaína y que se encuentra sujeta a contralor internacional, se destinarán US\$ 500, de los cuales ni uno será provisto por la demandada. De todas formas las medidas proyectadas por la demandada no tienen por finalidad ni están dirigidas a controlar el diagnóstico excesivo y a cumplir con los requerimientos internacionales.

- 3)** La Dra. María Silvina Echarte Acevedo en nombre y representación del Estado, Ministerio de Salud Pública, evacua el traslado a fs. 128/132, solicita se confirme la recurrida.

Se coincide con la Sede y el Ministerio Público en cuanto a que en el caso de autos, no se configuran los extremos legales para que exista la acción de amparo.

No existe acto, hecho u omisión, se ha acreditado que el Ministerio actúa de manera legal, dentro del ámbito de su competencia, protegiendo la salud de la población y naturalmente de los menores y adolescentes. Se han instrumentado mecanismos de control y se ha puesto en funcionamiento estudio de campo.

Tampoco se da ilegitimidad manifiesta, la que debe surgir claramente de la superficie del conflicto, si la decisión impone un análisis en profundidad y un debate, no es procedente esta acción.

Es necesario además que no existan otros medios que permitan tener el mismo resultado previsto en el literal b) del artículo 9 de la Ley 16.011, debió promoverse la vía administrativa, que es legalmente pertinente, dándose oportunidad a la administración de pronunciarse en la forma debida. El Ministerio en actuación de sus cometidos establecidos en el artículo 2º ap. 1 de la Ley Nº 9.202 ha actuado de manera adecuada, con legitimidad, en el control del uso de la sustancia denominada Ritalina.

No existiendo ilegitimidad en el actuar del MSP, ni violación de derecho alguno, ni lesión de derecho o libertad alguna que afecte al actor se deberá confirmar la sentencia de primera instancia y desestimar la acción de amparo impetrada, por ser la misma improcedente y carente de asidero jurídico y fáctico.

- 4)** Franqueado el recurso de apelación (Nº 965/2009, fs. 133), los autos se reciben estando desintegrada la Sala por licencia de uno de sus titulares —v. fs. 138—, una vez integrada nuevamente se convoca a audiencia a las partes y a testigos (fs. 137).

La audiencia se diligencia a fs. 142/ 156, prorrogándose a efectos de que la letrada del Ministerio de Salud Pública efectuara consulta sobre la posibilidad de llegar a un acuerdo sobre la cuestión.

Continuando la audiencia, indica la Sra. Representante de la Administración, que por resolución de la Dirección de Salud del Ministerio de Salud Pública que luce a fs. 157 no es posible llegar a acuerdo alguno.

Las partes realizan apreciaciones sobre la prueba diligenciada.

El Ministerio Público representado por la Sra. Fiscal en lo Civil de 12º Turno Dra. Graciela González, ratifica su posición en cuanto a la improcedencia de la acción.

Retirado el Tribunal a deliberar, se acuerda la presente, convocándose a audiencia de dictado de sentencia para el día de la fecha (fs. 158/159).

CONSIDERANDO:

- I)** La presente acción de amparo tiene como antecedente la tramitada en autos acordonados 2-43442/2007 en los que por Sentencia Nº 146/2007 de fs. 104/131 de la misma Sede se dispuso que la parte demandada informara al actor acerca de datos sobre cantidad de medicamentos que contienen metilfenidato, total de importaciones, dinero que insumen las mismas, etc.

La misma fue confirmada por Sentencia Nº 380/2007 de esta Sala de fs. 156/165.

El Ministerio de Salud Pública cumple la Sentencia con información que resulta de fs. 146/149 y de acordonados sobre Intimación Ficha 59-48/2008 de fs. 12/16.

- II)** En estos autos se deduce acción de amparo en los términos del artículo 195 del Código de la Niñez y Adolescencia a efectos de que se condene a la demandada: a) establecer una política de control del aumento del metilfenidato o ritalina por parte de la población infantil y adolescente, y para evitar el diagnóstico excesivo del Trastorno por Déficit Atencional por Hiperactividad entre los niños y el tratamiento en base a dicha sustancia y b) establecer un protocolo para la prescripción del fármaco, como sucede con otros fármacos.

- III)** Elementos fácticos que resultan de autos.

El incremento en la importación de la sustancia, que resulta de la información brindada por el MSP en acordonados, exteriorizado en cuadro de fs. 20 la demanda: de 900 gramos en 2001 a 17.000 en 2007.

Las características especiales del medicamento y la preocupación entre otros de Informe Anual de la Junta Internacional de Fiscalización de Estupefacientes que resulta de fs. 3 y 4 en que se reitera la petición a todos los Gobiernos de que “hagan todo lo posible para evitar el diagnóstico excesivo de ADD entre los niños y el tratamiento a base de metilfenidato que no esté justificado por razones médicas válidas”.

De fs. 146 de Ficha 2-43442/2007 resulta informe de fecha 26.IX.2007, ratificado y elevado a la Sede a quo de 19.XI.2007.

A fs. 146 en que la Q. F. Blanca Pimienta Jefe Fiscalización Estupefacientes y Psicotrópicos, Departamento de Medicamentos del M.S.P. informa:

“...las especialidades antes referidas, es decir aquellas que contienen Metilfenidato, deben ser prescriptas por el Profesional Universitario competente, en receta triplicada (naranjas y/o amarillas). En este Sector se controlan, a mes vencido, dichas recetas, resultando de allí un aumento del consumo que no evidencia fármaco dependencia.

Asimismo nuestro país se encuentra adherido al Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas y las resoluciones pertinentes del Consejo Económico y Social de Naciones Unidas; el metilfenidato integra el listado de sustancias psicotrópicas sometidas a fiscalización internacional (subrayado en el original). Mediante el “formulario estadístico A/P”, se informan las estadísticas trimestrales de importaciones y exportaciones de sustancias incluidas en la Lista II del Convenio sobre Sustancias Psicotrópicas de 1971 (presentadas a la Junta Internacional de Fiscalización de estupefacientes en cumplimiento de dicho Convenio), la resolución I de la conferencia de Naciones Unidas para la Adopción de un Protocolo sobre sustancias psicotrópicas y las resoluciones 1756 (L) y 1981/7 del Consejo Económico Social).

La misma técnica depone en autos a fs. 59/63 testimonio del que resulta: el metilfenidato se prescribe mediante receta verde en lo privado y celeste en Salud Pública. Las recetas se archivan en el lugar de expedición del medicamento, existen controles trimestrales. Hay alarma en cuanto al uso por muchas personas “en eso estamos estudiando el abanico de pacientes que lo están consumiendo”. Hay una comisión que aún no ha ingresado al estudio del tema de este medicamento. Tampoco la comisión de vigilancia se puede afirmar que tenga por cometido el estudio de la cuestión. Afirma de la existencia de un proyecto de investigación, piloto, en cuatro centros, con financiación del exterior de US\$ 1.000 para la dos investigadoras que recogería datos como edad y sexo de los pacientes.

“Grosso modo un 30% de los niños están consumiendo metilfenidato” dice la testigo (fs. 63).

Las testigos de parte actora, ambas Psicólogas, entienden que existe sobreindicación del medicamento, en base a diagnósticos exclusivamente de médicos, muchas veces a demanda de establecimientos escolares V. Valfre fs. 56/59 y Liberman fs. 63/65.

La Sala convocó a la Profesora Agregada de Psicología Infantil Dra. Gabriela Garrido que depone a fs. 142/155: señala la importancia del diagnóstico, la naturaleza multifactorial del TDAH y la existencia de consensos internacionales para pautar todo lo que tiene que ver con el diagnóstico y el tratamiento. El metilfenidato se prescribe con receta naranja, los psiquiatras tienen habilitación para prescribirlo, no sabe si un pediatra puede hacerlo. En el Pereira Rossell usamos receta común en duplicado, en Atención Primaria comunican a farmacia Hospital Vilardebó los pacientes que iban a usar el medicamento. Destaca el potencial efecto negativo del abuso de la sustancia. Una investigación advierte que en el área de Salud Pública sería prescripto en un alto porcentaje por especialistas.

A su vez el Dr. Jorge Quian, convocado también por el Tribunal, Profesor Agregado de la Facultad de Medicina y Director del Programa de Salud de la Niñez a fs. 155 y 155 vta. declara que su División diseña políticas respecto de la niñez —personas hasta los 12 años de edad—. Cuando la presente Administración asumió, realizó una encuesta entre los pediatras a través de la Sociedad de Pediatría sobre cuáles eran los principales problemas que los pediatras creían afectaban a los niños. De la misma resultó que los déficit de atención eran un problema importante para la pediatría. En este tema pese a la política de su División, no ha habido pautas que “nosotros hayamos incorporado”. El metilfenidato se prescribe con receta naranja, cualquier médico puede recetarlos. Las recetas naranjas son muy controladas por el Ministerio de Salud Pública.

- IV)** El Tribunal ha recogido de la página web del “Grupo de Expertos Nacionales para el Estudio del Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad” el 1er. Consenso Latinoamericano sobre el Trastorno por Déficit de Atención e Hiperactividad de México, junio del 2007, del que participaron técnicos nacionales entre otros la Dra. Gabriela Garrido, testigo de autos (ver. www.tdahlatinoamerica.org).

En el mismo se estima en un 5 % el promedio mundial del TDAH, la necesidad de asegurar el diagnóstico por especialistas y el carácter multifactorial que requiere atención interdisciplinaria.

A su vez las Dras. Noelia Speranza, Noelia Goyeneche, Daniela Ferreiro y colaboradores publicaron en Archivos de Pediatría del Uruguay 2008; 79 (4) la investigación sobre “Uso de metilfenidato en niños y adolescentes usuarios de servicios de asistencia pública de Montevideo” en que concluyen:

“En este estudio no se identificaron problemas importantes relacionados con la indicación de metilfenidato. En relación a la prescripción se destaca el uso de esquemas de tratamiento con dosis bajas y en combinación con otros psicofármacos. La frecuencia de las “posibles” reacciones adversas comunicada fue elevada y en su mayoría, leves. Considerando que existe escasa información sobre la seguridad, principalmente a largo plazo, resulta indispensable desarrollar estrategias de farmacovigilancia intensiva ya que estos niños constituyen un grupo de riesgo. La educación de los profesionales de la salud y de los usuarios representa una estrategia fundamental para promover el uso racional de metilfenidato”.

- V)** Del análisis probatorio resulta a criterio de la Sala que es necesario tener cuenta que tanto la atención del TDAH como su diagnóstico oportuno y adecuada respuesta debe ser realizada atendiendo a los múltiples factores que inciden en el mismo, así como el control de la medicación que se utiliza. Todo lo que demuestra la necesidad de la dirección y diseño de programas de salud adecuadas.

Especialmente respecto del metilfenidato, aspecto del que el propio demandado ha admitido la necesidad de su contralor, en sintonía con las investigaciones reseñadas

que ubican a los niños como un sector de riesgo ante la inapropiada indicación de dicho producto farmacéutico (fs. 146).

La incidencia del trastorno es del 5 % a nivel mundial según el consenso referido ut supra, del 7 % en los niños uruguayos según la testigo Garrido y según la Q. F. Pimienta en declaraciones citadas un 30 % de los niños utilizan la medicación (fs. 63).

Se utiliza para prescribirlo la receta naranja según los testigos Quián y Garrido, según Pimienta en informe citado las recetas verde o celeste.

Se afirmó en autos, lo que no ha sido controvertido que en el ámbito de Salud Pública, no se utiliza la receta naranja, sino que se prescribe con la blanca por duplicado. La referencia es el Hospital Pereira Rossell, único Hospital especializado en Pediatría del país, de ahí la importancia del hecho.

No se puede estimar cantidad ni sexo de niños medicados, pues no surge el dato de las recetas naranjas y menos de las blancas utilizadas en el ámbito de la Salud Pública.

El demandado no ha brindado en autos otra información sobre la existencia de reglamentos o disposiciones administrativas por él dictados en cuanto a si el habilitado para diagnosticar es un especialista o lo puede hacer cualquier médico, tampoco en cuanto a la existencia de igual determinación respecto del tratamiento farmacológico.

No se ha demostrado que se disponga de elementos informáticos que permitan el rápido y oportuno procesamiento de los datos relevados —aunque como se viera son parciales—.

- VI)** A partir de tal cuadro fáctico deberá ingresarse a los agravios del amparista, enderezados a cuestionar la configuración en autos de los presupuestos legales para que proceda la acción de amparo.

Se comparte en lo esencial los argumentos fundados en abundantes y acertadas citas por parte del recurrente.

Ellos están dados en cuanto a la presente acción, por la Ley Nº 16.011 y por el artículo 195 del Código de la Niñez y Adolescencia.

El derecho que se estaría vulnerando por las eventuales omisiones de la Administración sería el Derecho a la Salud y a la vida de los Niños y Adolescentes que según la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos: Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en su art. 12 (Ley Nº 13.751); Declaración Americana de los Derechos y Deberes Hombre en sus arts. I y XI; la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 4º, 19, 25 (Ley Nº 15.737); Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 6º, 14, 17 (Ley Nº 13.751) y Declaración Universal de Derechos Humanos en sus arts. 3 y 25 y Convención de los Derechos del Niño artículos 2, 3, 4, 16, 19, 24

(Ley N° 16.137) además de la normativa citada por el propio demandado a fs. 149 de los acordonados.

La Constitución de la República consagra en sus artículos 7 la protección del Derecho a la vida, 40 y 41 el derecho de los niños a una protección especial y en su artículo 44 el derecho a la salud de todos los habitantes de la República.

EL CNA establece el derecho de todo niño y adolescente a las medidas de protección especiales que su carácter de sujeto en desarrollo exige entre otros al Estado (art. 3°), el derecho a la vida y a la salud entre otros (art. 9), el artículo 11 bis del Código introducido por la Ley N° 18.246 de Derechos Sexuales y Reproductivos consagra el derecho de todo niño y adolescente a la información y al acceso a los servicios de salud. A su vez estos derechos están protegidos por la Acción de Amparo Especial prevista en su artículo 195.

La competencia del MSP deriva del artículo 2° ap. 1 de la Ley N° 9.202:

“La adopción de todas las medidas que estime necesarias para mantener la salud colectiva, y su ejecución por el personal a sus órdenes, dictando todos los reglamentos y disposiciones necesarios para ese fin primordial”.

- VII)** A partir de tales consideraciones se habrá de revocar la decisión atacada al estimar de recibo los agravios formulados.
- A)** Por de pronto porque conforme las resultancias de autos se verifican los presupuestos habilitantes para tutelar la acción de amparo instaurada.

La misma procede contra todo acto, omisión o hecho de las autoridades estatales o paraestatales, así como de particulares que, en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace con ilegitimidad manifiesta, cualquiera de los derechos y libertades reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución, con excepción de los casos en que proceda la interposición del recurso de “habeas corpus”.

La acción queda sometida a las garantías inherentes del debido proceso de las decisiones que al respecto y que en el ejercicio de la función jurisdiccional pueda pronunciar la Justicia competente (arts 1, 3 ley 16.011; 195 C. N. A).

Es un especial medio jurídico de protección que opera cuándo no existan otros o resultaren en el caso ineficaces, presumiéndose en vistas al resguardo de los derechos de los niños y adolescentes y salvo prueba en contrario, que otras vías pasibles de concebir para la defensa de los derechos comprometidos en cuanto a su eficacia, no lo son (art.195 C. N. A).

Vale decir, que tal previsión normativa específica, comporta flexibilizar —en función de intereses prioritarios, prevalentes y tuitivos que constituyen imperativos constitucionales y legales art. 6 del C. N. A.— el rigor de actuación procesable a través del amparo.

La acción especial de amparo establecida por el Código de la Niñez y Adolescencia, si bien sigue en líneas generales la Ley Nº 16.011 reviste particularidades específicas que impiden su calificación como de residual y heroica. En líneas generales procede salvo que exista proceso jurisdiccional pendiente y se presume que los otros medios de protección son ineficaces.

Su objeto es la protección de los derechos de los niños y adolescentes, por eso se confía su decisión a los Tribunales de Familia, tanto en primera como en segunda instancia: la decisión debe atender la protección de tales derechos en función de lo establecido en el artículo 3º del C. N. A.

En autos, la demandada enfatiza la improcedencia formal de la acción de amparo, desde que entiende que la vía administrativa que pudieron y debieron seguir los promotores, resultaba adecuada y eficaz para tutelar sus peticiones.

Sin embargo, con sólo proclamarlo, no decae la presunción en contrario, desde que la ley exige su verificación.

En el subexámene, no parece desacertado colegir respecto a la ineficacia, si se tiene presente las resultancias del proceso de amparo acordonado, que antes el actor promoviera contra la demandada. Su finalidad fue exclusivamente obtener información del tema, lo que demandó dos instancias y en lo procesal la reiterada conducta contraria a franquear la información —de parte del Ministerio—, con similares argumentos a los de autos.

Es más, de la propia posición del Sr. Director de Salud a fs. 157 resulta una contundente afirmación de la falta de disposición del Ministerio. Se afirma la negativa a derivar sus cometidos de policía sanitaria a los particulares, cuando en realidad quienes son denominados “particulares” están requiriendo de la Administración las correcciones necesarias en protección de los derechos de los niños.

Frente a dicha posición tajante, de considerar injerencia de “particulares” los reclamos a la Administración, no se advierte la eficacia que pudiera tener la vía administrativa para satisfacer la petición del amparista.

- B)** En el mismo orden de ideas, tampoco es de recibo como fundamento para el rechazo del amparo, que una decisión jurisdiccional que acoja el tenor de las propuestas, signifique por sí misma vulnerar el principio de separación de los Poderes del Estado.

Tal tesis es incorrecta.

No sólo porque ello implica sin sustento normativo, radiar de la función jurisdiccional, el conocimiento y decisión respecto a actos u omisiones de la Administración que pudieran ser lesivos o amenacen por ilegitimidad manifiesta derechos reconocidos expresa o implícitamente por la Constitución —claramente de rechazo en el marco de un Estado Social y Democrático de Derecho—, sino porque precisamente, hacerlo,

constituye la razón de ser del medio jurídico actuado, en el ámbito de la competencia natural del Poder Judicial, y constituye —sin cortapisas—, la razón de principio de su propia existencia - arg. arts. cits; 7, 72, 332 y Sección XV de la Constitución; Ley 15.750, L. O. T. En similar posición a la de la Sala Ochs Olazábal, Daniel “La acción de amparo” págs. 107 y siguientes.

En el caso concreto resulta aceptado, la trascendencia que tiene el uso debidamente prescripto de la medicación metilfenidato, en el tratamiento de T. D. A. H, y el crecimiento de su administración a la población necesitada de ello, especialmente en los niños y adolescentes. Más allá de su eficacia terapéutica científicamente comprobada, la naturaleza del fármaco y propiedades demanda el control y debido ajuste inherente a su correcta, estricta, exclusiva y ostensible finalidad, por las autoridades encargadas de la Salud.

Es materia entonces de incumbencia del Estado y particularmente del Ministerio de Salud Pública conforme claro mandato de la Constitución —art. 44— y de su Ley Orgánica transcrita ut supra, la adopción de todas las medidas necesarias para mantener la Salud Colectiva y su ejecución por el personal a sus órdenes dictando todos sus reglamentos y disposiciones necesarios para ese fin primordial.

De lo anterior se desprende que no hacerlo o hacerlo mal constituye manifiesta ilegitimidad pues desatiende derechos, bienes y valores reconocidos por la Carta Fundamental cuyo goce inmediato en la concepción “ius naturalista” a que se afilia es consustancial a la condición de ser humano.

Señala el constitucionalista argentino Bidart Campos: *“Cuando la Constitución ordena a un órgano de poder el ejercicio de una competencia, ese órgano está obligado a ponerla en movimiento ... (y) ... que cuando omite ejercerla, viola la Constitución por omisión, en forma equivalente a como la vulnera cuando hace algo que le está prohibido...”* (“La Justicia Constitucional y la inconstitucionalidad por omisión”, en ED 78-785).

El fundamento de la intervención judicial en casos como el de autos deriva de que todos los poderes del Estado están sometidos a la Constitución y es la vigencia de ésta la que legitima la intervención judicial:

“En esta sujeción del juez a la Constitución, y, en consecuencia, en su papel de garante de los derechos fundamentales constitucionalmente establecidos, está el principal fundamento actual de la legitimación de la jurisdicción y de la independencia del poder judicial de los demás poderes, legislativo y ejecutivo, aunque sean —o precisamente porque son— poderes de mayoría”. (Ferrajoli, Luigi, Derechos y garantías, La ley del más débil, Editorial Trotta, pág. 26).

En la especie, se acepta que la Administración en parte investiga el consumo y reglamenta la prescripción; se avanzó con la utilización de un soporte informático para recopilar

información; la existencia de un proyecto en vistas a evaluar el consumo. Empero, si se tiene presente las particularidades que entraña no ya en nuestro País, sino en el mundo entero el padecimiento del TDAH, y concurrentes condiciones mórbidas asociadas, la falta o ausencia o aún la insuficiencia de un diseño o programa que consulte y concilie la estrategia terapéutica general a seguir para su combate, especialmente teniendo en cuenta las recomendaciones de expertos en el punto en cuestión, constituye omisión y es por su manifiesta repercusión en el ámbito de la Salud, ilegítima.

Tales omisiones, que resultan de autos, constituyen el fundamento adecuado de la protección requerida por el actor al promover la presente acción. El Dr. Quian admite la importancia del problema, destacado en una encuesta con pediatras, pero no se han iniciado acciones al respecto; la Junta de Vigilancia no ha tratado el tema según Pimienta.

VII) A partir de tal contexto y de lo reseñado en Considerando V) de la presente, se analizarán las peticiones del amparista.

En relación a las cuestiones de eventual aumento del consumo y del diagnóstico excesivo o inadecuado del TDAH, tanto como resulta del citado Consenso Latinoamericano como de lo que afirma la testigo Dra. Garrido en su declaración resulta que: no existe prueba de laboratorio para diagnosticar el déficit, deben hacerse estudios complementarios como psicológicos y pedagógicos, en el trastorno participan muchas disciplinas. La testigo resalta la importancia del diagnóstico. Concluye en la existencia de consensos internacionales y en que “Un pediatra o médico clínico no puede diagnosticar bien este trastorno...”.

En consecuencia es necesario realizar acciones tendientes a que el diagnóstico del TDAH sea realizado por quienes están capacitados para ello: la testigo habla de neuropsiquiatras y de psiquiatras infantiles, en lo que parece coincidir el Dr. Quian—, siguiendo los consensos internacionales y atendiendo el carácter multifactorial del mismo.

En cuanto al tratamiento, de las mismas fuentes resulta la importancia del tratamiento de orden farmacológico, a la vez que la necesidad de incorporar otros elementos tanto pedagógicos como psicológicos. También la puesta en práctica de los controles necesarios por la naturaleza de tal medicación.

El metilfenidato según la reglamentación se prescribe con recetas especiales —naranjas—, a criterio del Dr. Quian cualquier médico podría recetarlos. Como se vio en el ámbito de la Salud Pública no se utilizan estos recaudos, debería unificarse el sistema.

Finalmente esas recetas especiales carecen de datos esenciales como edad y sexo del paciente al que se medica, lo que debería incorporarse.

La información derivada de las recetas debería ser acumulada en una sola base de datos, que abarcara tanto el sistema público como el privado de atención, que permita extraer los datos completos debidamente procesada que exigen inclusive los organismos especiales de contralor (fs. 149).

Las acciones tendientes a superar la omisión deberán realizarse en plazo de noventa días, el que se entiende razonable conforme a las resultancias de autos.

VIII) Se advierte la excesiva demora de anterior instancia en la elevación de los autos a la Sala a efectos de dilucidar el presente recurso, lo que deberá tener en cuenta el a quo para el futuro.

Por lo expuesto, atento a lo establecido en el artículo 197 del Código General del Proceso, el Tribunal

FALLA:

Se revoca la recurrida, estableciéndose que el Ministerio de Salud Pública en término de noventa días a partir de la presente realice las acciones necesarias respecto de niños y adolescentes para que: a) el diagnóstico del TDAH se realice por profesionales especializados conforme a los consensos internacionales; b) la indicación de metilfenidato sea realizada por los especialistas que al efecto se determinen, en todos los ámbitos de la salud tanto pública como privada, mediante un recetario uniforme; c) agregar los datos de sexo y edad del paciente en dicho formulario; la información será acumulada en una sola base de datos, que abarque tanto el sistema público como el privado de atención y que permita extraer los datos completos que exigen inclusive los organismos especiales de contralor.

Sin especial condenación.

Oportunamente, devuélvase.

LA JUSTICIA FEDERAL Y EL PRINCIPIO DE JUSTICIA ESPECIALIZADA: TENSIONES EN LA JURISPRUDENCIA*

MARTINIANO TERRAGNI**

1. Introducción

El llamado principio de justicia especializada en relación con imputados menores de 18 años de edad ha tenido en los últimos años un nuevo capítulo en su debate jurisprudencial, caracterizado por diferentes posturas que lo maximizan para hacerlo comprensivo del juzgamiento de cualquier delito atribuido a esa franja etaria o lo disminuyen a su mínima expresión.

Así, han aparecido posturas encontradas en los órganos jurisdiccionales nacionales con competencia en la Capital Federal (Juzgados Nacionales de Menores,¹ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional de la Capital Federal,² Juzgados Nacionales de Primera Instancia en lo Criminal y Correccional Federal,³ Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal de la Capital Federal,⁴ Tribunales Orales de Menores⁵ y Cámara Nacional de Casación Penal) que han multiplicado las posibilidades de solución de estas controversias y refundado al principio de especialidad.⁶

2. Las normas internacionales

La Convención sobre los Derechos del Niño⁷ (en adelante CDN), incorporada con otros tratados de derechos humanos a la Constitución Nacional (en adelante CN), estableció como un estándar respecto de las personas menores de edad a las que se imputa o declara responsables de haber cometido un delito el principio de especialidad. En esa línea, establece que:

“(…) los Estados parte tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños

* Este informe fue publicado en el Suplemento de Justicia Juvenil de la revista de Derecho Penal y Procesal Penal 5/2009, Ed. Lexis Nexis, Buenos Aires, pp. 833/841.

** Docente del Departamento de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

¹ En adelante, JNM.

² En adelante, CCC.

³ En adelante, JFed.

⁴ En adelante, CCC Fed.

⁵ En adelante, TOM.

⁶ Respecto de la jurisprudencia seleccionada para este trabajo, se utilizaron fallos que destaquen una pauta de solución, ya que en los años recientes han sido cientos las causas en las cuales se han planteado contiendas de competencia (ya que abarca no sólo a las iniciadas en este período sino también a las que ya se estaban tramitando con anterioridad).

⁷ Convención sobre los Derechos del Niño, A.G. res. 44/25, anexo, 44 U.N. GAOR Supp. (No. 49), ONU Doc. A/44/49, del 20/11/89, en vigencia desde el 2/09/90, aprobada por la Ley n° 23.849 sancionada el 27/09/90 y promulgada de hecho el 16/10/90.

de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes”.⁸

Como ya se planteara en la introducción, resta dilucidar entonces si el imputado (menor de edad) de un delito de competencia de la justicia federal contará con un órgano especializado (y podría agregarse exclusivo) que se encargue de conocer en el proceso penal que se inicie en su contra; o sólo basta con normas específicas aplicables a los imputados menores de edad, con prescindencia del órgano que las aplique.

3. Aportes del sistema interamericano de protección de derechos humanos

La Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte IDH) ha considerado respecto de la protección especial de la niñez en relación al debido proceso en actuaciones judiciales que “(...) si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”.⁹

Agregó además que “(...) los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad”.¹⁰

Posteriormente y sobre la misma cuestión, la aludida Corte indicó los elementos que caracterizan a esa jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley, así como sus leyes y procedimientos: “1) la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales; 2) en el caso de que un proceso judicial sea necesario, este Tribunal dispondrá de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso; 3) dispondrá también de un margen suficiente para el ejercicio de facultades discrecionales en las diferentes etapas de los juicios y en las distintas fases de la administración de justicia de niños; y 4) los que ejerzan dichas facultades deberán estar especialmente prepara-

⁸ Artículo 40.3 de la CDN.

También la Convención Americana de Derechos Humanos establece respecto de la cuestión que: “Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento”. (art. 5.5).

Al confrontar este texto con el de la CDN, se ha sostenido que la obligación en el segundo caso “es estricta y más directa (confr. VAN BUEREN, Geraldine, *The international Law on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff Publishers, La Haya-Boston-Londres, 1998, p. 175 —traducción no autorizada—)”, CNCP, causa n° 8.551, “P., P.L. y otro s/ recurso de casación”, del voto del Dr. García, del 13/08/08.

⁹ Corte IDH, Opinión Consultiva 17/2002 del 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, párrafo 98.

¹⁰ Corte IDH, Opinión Consultiva 17/2002, ya cit., párrafo 109.

dos y capacitados en los derechos humanos del niño y la psicología infantil para evitar cualquier abuso de la discrecionalidad y para asegurar que las medidas ordenadas en cada caso sean idóneas y proporcionales”.¹¹

4. Las normas locales

El art. 28 del CPPN establece que:

“El Tribunal de Menores juzgará en única instancia en los delitos cometidos por menores que no hayan cumplido dieciocho (18) años al tiempo de la comisión del hecho, aunque hubiese excedido dicha edad al tiempo de juzgamiento, y que estén reprimidos con pena privativa de la libertad mayor de tres (3) años”.

A su vez, el art. 29 del CPPN determina que:

“El juez de menores conocerá:

- 1) En la investigación de los delitos de acción pública cometidos por menores que no hayan cumplido dieciocho (18) años al tiempo de la comisión del hecho.
- 2) En el juzgamiento en única instancia en los delitos y contravenciones cometidos por menores que no hayan cumplido dieciocho (18) años al tiempo de la comisión del hecho y que estén reprimidos con pena no privativa de la libertad o pena privativa de la libertad que no exceda de tres (3) años.
- 3) En los casos de simple inconducta, abandono material o peligro moral de menores que no hayan cumplido dieciocho (18) años al tiempo de encontrarse en esa situación, conforme lo establecen las leyes especiales”.

5. Antecedentes en la jurisprudencia

La aplicación de la Ley 23.737 ya había sido uno de los puntos más álgidos de un debate jurisprudencial que se iniciara hace más de diez años respecto de los alcances del principio de justicia especializada en la justicia federal de la Capital Federal.

Pero también pueden observarse otros supuestos que luego se desarrollarán, en los cuales la dispersión de criterios también fue evidente.

5.1. En la justicia federal

La jurisprudencia de este fuero utilizó centralmente un argumento normativo para sostener su competencia respecto del juzgamiento de menores de edad imputados de conductas previstas en la Ley 23.737, y sostener los beneficios de la persecución penal por la unificación de los órganos encargados de la persecución de esos delitos. Así, “La Ley 23.737

¹¹ Corte IDH, Caso “Instituto de Reeduación del Menor” vs. Paraguay, sentencia del 2 de septiembre de 2004, párrafo 211.

prevé en forma clara y excluyente la competencia de la Justicia Federal en todo el país para el juzgamiento de actividades ilícitas en materia de estupefacientes sin consagrar excepción alguna. Por ello, no obstante tratarse de una norma de derecho común, al discutirse el proyecto de ley primó de manera particular la aspiración de unificar en un solo fuero el juzgamiento de los mencionados ilícitos, ello en razón de la necesidad de concentrar la actividad en la búsqueda del perfeccionamiento de la mejor aplicación de la ley o de la justicia contra este grave flagelo de la humanidad de hoy”.¹²

A la complejidad y naturaleza del bien jurídico protegido por la norma de mención se agregó la necesidad (satisfecha) de contar con personal especializado en el trato con imputados menores de edad, que deviniera en la creación de una Oficina de Patronato. En tal sentido se sostuvo que “(...) es innegable que la investigación de conductas delictivas cometidas por menores requiere para su seguimiento y rehabilitación la intervención de personal especializado que preste asesoramiento y orientación técnica a nivel familiar y de juzgados. Ese fue el objetivo manifestado por esta Cámara al crear la oficina de Patronato de Menores (Acordada Nº 17 y 33/79)”.¹³

5.2. En el fuero penal económico

Tampoco en el fuero penal económico la discusión es reciente. En paralelo a lo ocurrido en la justicia en lo criminal y correccional federal, la justicia nacional en lo penal económico también se expidió sobre los alcances de una norma específica en relación a los imputados menores de edad, pero en un camino inverso al derivar las actuaciones a la justicia de menores.

Por la incorporación de la CDN a la CN, se entendió que nuestro país asumió la obligación de suministrar a un órgano jurisdiccional especializado el conocimiento procesal sobre toda persona menor de edad: “la calidad de menor del autor de un hecho delictivo, más allá del delito atribuido, adquiere relevancia a los efectos de determinar cuál será el órgano jurisdiccional que deberá entender en su juzgamiento, más aún teniendo en consideración la especificidad de la competencia de los Tribunales Orales de Menores para entender en las causas donde resulte imputado un menor de edad, deberán siempre conocer los Tribunales que estén organizados para juzgar a los mismos”.¹⁴

Rectificado tal criterio luego por la CNCP, al resolver que: “Si bien el delito investigado —contrabando de estupefacientes en grado de tentativa— fue cometido por una menor, no es menos cierto que es de competencia territorial del fuero penal económico (arts. 1026 y 1027 inc. 2º del C.A.), ya que el hecho se descubrió en las instalaciones del

¹² CCC Fed, Sala I, “A., C. H. s/ inc. de incompetencia”, rta. el 12/02/91.

¹³ CCC Fed, Sala I, causa nro. 24.886, “Talon, Fernando”, del 5/10/93.

¹⁴ Tribunal Oral en lo Penal Económico n° 3 de la Capital Federal, causa n° 204, “K., L s/contrabando de estupefacientes”, del 1/07/98.

aeropuerto internacional de Ezeiza, por lo que resulta competente el Tribunal Oral en lo Penal Económico”.¹⁵

6. Las nuevas alternativas procesales

Para comprender el entramado de decisiones judiciales sobre la cuestión, es adecuado hacer una breve descripción de las contiendas más frecuentes de competencias trabadas recientemente entre la justicia minoril y la federal en el ámbito de la Capital Federal.

Veamos en apretada síntesis tales alternativas:

- En general, el JFed se declaraba de oficio incompetente para entender en la cuestión, remitiéndose en consecuencia las actuaciones al JNM. Si este último no compartía tal decisión, la cuestión era resuelta por la CCC Fed (por resultar el fuero que previno).
- Si la CCC Fed compartía el criterio del magistrado federal de la primera instancia, enviaba las actuaciones a la justicia de menores. En esta opción, la contienda de competencia ya estaría resuelta por el art. 44 del CCPN.
- Pero la CCC también comenzó a decidir sobre estas contiendas de competencia, ya que las causas comenzaron a ser elevadas “en consulta” por los JNM, en detrimento del art. 44 del CPPN.
- Ya en esta instancia, si la CCC compartía el criterio del JNM de que quien resultaba competente para juzgar a imputados menores de edad era la justicia federal, se daba por *trabada* la contienda y se invitaba a la CCC Fed a dirimir el conflicto de competencia ante la CNCP (es decir, su superior común).
- La CNCP podía entender que el conflicto estaba ya resuelto por aplicación del art. 44 del CPPN y declarar improcedente la elevación a esa instancia; o resolver el fondo del asunto, donde primaron los argumentos que asignaron competencia al fuero federal.

7. El capítulo más reciente del debate

A continuación se resumirán los argumentos utilizados, ya que en general han sido luego reiterados en las decisiones posteriores, con matices que serán también analizados.

7.1. El trámite ante la justicia federal

7.1.1. En primera instancia

Al plantearse una declinatoria ante un JFed para entender en la instrucción de un delito atribuido a un imputado menor de edad, se sostuvo respecto de la organización judicial

¹⁵ CNCP, Sala II, “K., L. s/ competencia”, del 10/02/99.

que "(...) uno de los cambios más notables ha sido la incorporación, dentro de la estructura judicial de la Nación, de una magistratura especial para el juzgamiento de aquellos delitos cometidos por personas menores de 18 años (arts. 28 y 29 del Código Procesal Penal de la Nación)", pero que sin embargo, esto solo lejos estaba de satisfacer todas las expectativas sobre la cuestión".¹⁶

Luego, en referencia a los dispositivos normativos aplicables a los imputados menores de edad, se indicó que: "Más allá de la existencia de un juez que ha de estar calificado por poseer un conocimiento especial en la atención y trato de las personas menores de edad, el proceso penal aplicable ante la noticia de un delito que lo indique cual autor es el mismo que comparten todas y cada una de las falencias antes indicadas [en referencia a las leyes 10.903 y 22.278]. Es así que a ese juez, poseedor de la capacidad para comprender la problemática que exhibe la situación de los niños, niñas y adolescentes, no goza por ello de las herramientas necesarias para brindar la adecuada solución a los conflictos que pueden suscitarse ante sus estrados. Antes bien, las limitaciones y dificultades son las mismas que afectan a cualquier otro magistrado ante un supuesto cuyo juzgamiento incluya la situación de menores de edad".¹⁷

Respecto de las competencias que involucraba la aplicación de la ley de estupefacientes, se agregó que "(...) la Ley 23.737 —norma sustantiva emanada del Congreso Nacional en el marco de las atribuciones concedidas por el art. 75, inc. 12, de la Carta Magna—, que además de describir conductas vinculadas con sustancias estupefacientes, estipular reglas y disposiciones específicas para su investigación e incorporar figuras especiales para esa tarea, establece claramente la competencia de la justicia federal de todo el país para su juzgamiento (art. 34)"; y, en definitiva, "Independientemente de la trascendencia de la conducta investigada, de la magnitud de los hechos examinados y aún de las personas involucradas en tales eventos, es siempre la justicia criminal federal la encargada de su juzgamiento en virtud de un criterio que, excediendo el caso en concreto, procura otorgar un sistema eficiente para la comprensión universal de la temática yacente en la Ley 23.737".¹⁸

7.1.2. En segunda instancia

Al retomar la cuestión, interviniendo en la apelación de la denegatoria de la declinatoria *supra* reseñada, la Sala II de la CCC Fed estableció la necesidad de garantizar el principio de justicia especializada en la aplicación de la Ley 23.737, resolviendo la competencia del fuero nacional de menores con variados argumentos.

En el aspecto normativo, y basándose en los arts. 3.1 y 40.3 de la CDN y en la Opinión Consultiva n° 17 de la Corte IDH falló respecto de la distribución de las competencias

¹⁶ JFedn°2, Secretaría n° 4, causa n° 16.295/04, "PCH, JJ y otros s/ infracción ley 23.737", del 02/06/05.

¹⁷ JFed n° 2, Secretaría n° 4, causa n° 16.295/04, ya cit., del 02/06/05.

¹⁸ JFed n° 2, Secretaría n° 4, causa n° 16.295/04, ya cit., del 02/06/05.

penales en la Capital Federal que "(...) es desacertado supeditar la efectivización del principio de que los menores de edad sean juzgados por tribunales especializados a una eventual modificación de las reglas de distribución de competencia que contiene la ley procesal, toda vez que corresponde también a los tribunales locales el deber de adoptar las medidas necesarias para evitar que el Estado incurra en responsabilidad internacional por incumplimiento de un tratado".¹⁹

Por otro lado, señaló que "(...) el Tribunal entiende que en el ámbito nacional nuestra legislación procesal permite cumplir con el compromiso internacional referido, en la medida en que el artículo 29 del Código Procesal Penal de la Nación establece que el juez de menores conocerá en la investigación de los delitos de acción pública cometidos por menores que no hayan cumplido dieciocho (18) años al tiempo de la comisión del hecho, sin distinción en cuanto a si se trata de materia común o federal la comprometida".²⁰

Para concluir que: "No puede sobreponerse al establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el tratamiento de la problemática delictiva de menores de edad, el interés en una administración de justicia unificada en procura de mayor eficiencia en la represión de todas las actividades vinculadas con estupefacientes, que persigue el artículo 34 de la Ley 23.737 atribuyendo competencia federal en todos los casos en atención a que supuestamente siempre se encontraría comprometida la seguridad nacional (CSJN, Fallos 292:534), el que hoy en día puede considerarse relativizado con la reciente sanción de la ley 26.052".²¹

A estos argumentos se agregó de manera contundente que: "El cumplimiento del principio sentado [especialidad] reclama mucho más que la asistencia por parte de personal especializado en la materia brindado por la oficina de Patronato de esta Cámara de Apelaciones, porque exige que el juez tenga competencia exclusiva en delitos cometidos por menores de 18 años y excluyente de los cometidos por mayores de esa edad. No se trata de que existan órganos jurisdiccionales que se especialicen en la problemática delictiva juvenil, a través del asesoramiento interdisciplinario que requiere la particularidad de esta materia, sino que existan órganos que se encarguen exclusivamente de esa cuestión. No de otro modo puede entenderse la referencia a órganos específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad".²²

¹⁹ CCC Fed, Sala II, causa n° 22.821, "Incidente de incompetencia de L., Y. A.", del 28/12/05.

²⁰ CCC Fed, Sala II, causa n° 22.821, ya cit., del 28/12/05.

²¹ CCC Fed, Sala II, causa n° 22.821, ya cit., del 28/12/05.

En otro caso resuelto en esta instancia, la Sala I de la CCC Fed señaló que: "en el orden interno se cuenta con una norma procesal que prevé una magistratura especial para el juzgamiento de aquellos delitos cometidos por personas menores de 18 años: el artículo 29 del Código Procesal Penal de la Nación. Y por otra parte, si bien la ley de Estupefacientes N° 23.737 establece la competencia de la justicia federal de todo el país para el juzgamiento de las conductas vinculadas con sustancias estupefacientes (artículo 34°), la norma de procedimiento penal citada en primer término, permite cumplir con el compromiso asumido por el Estado, ya que sujeta a los menores a una justicia especializada, sin importar si se trata de materia federal o común la comprometida". Respecto del personal especializado, la CCC Fed entendió que los jueces especializados (JNM) son quienes se hallan en mejores condiciones de garantizar el tratamiento adecuado de los niños, con independencia de las cuestiones materia del juicio criminal, concluyendo que "este Tribunal entiende que, el modo más adecuado para que sean efectivamente respetados los derechos constitucionales de los menores y de que se concrete el tratamiento especial que requieren por su condición, es que sea un tribunal especializado el que se ocupe de su problemática. Resulta indispensable hacer uso de esa "justicia especializada" con estructura y procedimientos específicos para aquellos conflictos que se susciten, con preeminencia a si se trata de materia federal o común la comprometida, máxime cuando se cuenta con juzgados nacionales creados a tal fin" (CCC Fed, Sala I, causa n° 38.655, "A., W. D. s/ apela procesamiento por infracción a la ley 23.737", del 10/04/06).

²² CCC Fed de la Capital Federal, Sala II, causa n° 27.223, "C., A. y otro s/sobreseimiento", del 11/11/08.

7.1.3. Excepción a la regla en la justicia federal

Sin embargo, otra postura de los mismos jueces federales cambió el temperamento de enviar en todos los casos las actuaciones a los JNM por resultar estos especializados en la temática. Así, “Aún cuando los suscriptos ante casos similares —art. 14, párr. 2º, ley 23737 y art. 11, ley 22278— insistió en la necesidad de un fuero especial que cumpla con el estándar de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, el criterio adverso, al menos de parte de la C. Nac. Casación Penal... los incontables conflictos de competencia generados y el tiempo por ellos insumido en detrimento de la adopción del temperamento que manda la ley en beneficio del menor, nos llevan a rever dicho criterio para proveer una respuesta inmediata que atienda con eficacia el interés superior del niño, preocupación que desde un primer momento nos ha inspirado. Ello, claro está, en tanto se dé el supuesto *ut supra* mencionado. Por tanto, en este excepcional supuesto, razones de economía procesal y una rápida administración de justicia que atienda al efectivo derecho de defensa de las partes comprometidas, hacen conveniente, tal como lo sostiene la fiscal general adjunta, que el juez que previno, es decir el juez federal, sea quien de modo inmediato resuelva en ese sentido respecto de G. (conf. art. 11, ley 22.278), y prosiga con la encuesta ante la hipótesis remanente de comercio de estupefacientes”.²³

7.2. El trámite ante la justicia de menores

7.2.1. En la segunda instancia

En la contienda que reeditara este debate, la CCC no compartió los fundamentos de la CCC Fed, al sostener que: “La Ley 23.373 prevé en forma clara y excluyente la competencia de la Justicia Federal en todo el país para el juzgamiento de actividades ilícitas en materia de estupefacientes sin consagrar excepción alguna, salvo las que introdujo la Ley 26.052 que no influyen en el presente caso”. Para agregar que: “Tanto los juzgados como los tribunales orales federales son también tribunales de menores respecto de los delitos que excita la restringida competencia de ese fuero, contando éstos con todo lo necesario para resguardar debidamente los derechos del menor (...) Tal fue el objetivo manifestado por la Cámara Federal al crear la oficina de Patronato de Menores (Acordada Nº 17 y 33/79)) y al dictar la Acordada Nº 28/90, mediante la cual se resolvió aprobar la norma reglamentaria para la aplicación de las Leyes 10.903 —hoy derogada— y 22.278 ...”²⁴

Se refirió en otro precedente, al deslindar el alcance del principio del interés superior del niño, que “(...) Esta Sala entiende que la competencia material del sub examen

²³ CCC Fed, Sala I, “G., L. N.”, 27/05/07.

²⁴ CCC, Sala V, causa n° 29.047, “L., Y. A. y otros s/tenencia de estupefacientes –Competencia”, del 2/06/06.

corresponde al fuero de excepción, a mérito de lo estipulado en el artículo 34 de la Ley 23.737 y del rígido principio contenido en el artículo 36 del Código Procesal Penal, cuya inteligencia ha sido la de garantizar el principio de juez natural (...) De allí que este Tribunal haya sostenido que las reglas de competencia específica en razón de la materia federal no se encuentran alteradas debido a que el supuesto autor de los hechos atribuidos resulte ser un menor de edad. Esta pauta general sólo puede ser conmovida por los supuestos extraordinarios de conocimiento originario por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (...) Bajo tal perspectiva y como ninguna afectación al interés superior del niño se deriva de la circunstancia de que el caso sea juzgado por un magistrado federal, habida cuenta de las atribuciones que éstos poseen para aplicar un régimen especial con intervención de los asesores particulares en la materia”.²⁵

Al reiterar los argumentos reseñados, se agregó que: “Tales preceptos, en consonancia con las disposiciones de la Ley 26.061 (art. 3°) en cuanto se entiende que por interés superior de la niña, niño y adolescente, a la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos por esa manda, llevan a concluir en que la intervención de la justicia federal no menoscaba tal teleología siempre que cuenta con las mismas facultades que invisten a los magistrados de menores”.²⁶

Para esta corriente jurisprudencial, tampoco la sanción de la Ley 26.052 (que defederalizó algunos supuestos de la Ley 23.737)²⁷ alteró este criterio: “De conformidad con los argumentos volcados por la jueza de menores, entendemos que ha de ser la justicia de excepción la que deba seguir interviniendo en la presente causa (...) La Ley 23.737 prevé en forma clara y excluyente la competencia de la justicia federal en todo el país para el juzgamiento de actividades ilícitas en materia de estupefacientes con la sola excepción introducida por la Ley 26.052, que no guarda relación con el presente caso. En consecuencia, los juzgados federales son también tribunales de menores respecto de los delitos cuyo conocimiento corresponde a ese fuero, más allá de que el imputado haya o no alcanzado la mayoría de edad”.²⁸

8. Otros supuestos

Las controversias en la competencia para aplicar la ley de estupefacientes se replicaron también en otras cuestiones. Respecto de la aplicación de la ley que penaliza los actos discriminatorios se resolvió que: “Si las manifestaciones vertidas por los imputados no se realizaron para alentar o incitar a la persecución o al odio contra una persona o grupo de personas a causa de su condición social o caracteres físicos,

²⁵ CCC, Sala VII, causa n° 33.103, “S., N. A.”, del 15/11/07.

²⁶ CCC, Sala VII, causa n° 32.211, “B., R. R.”, del 29/06/07 y causa n° 32.550, “C., L. M.”, del 23/08/07.

²⁷ Sancionada el 27/07/05, promulgada el 30/08/05 y publicada en el B.O. del 31/08/05.

²⁸ CCC, Sala IV, causa n° 31.437, “C., J.”, del 27/3/2007, entre muchas otras.

no se configura ninguna de las causales requeridas por la Ley 23.592. La Ley 23.592 está dirigida a adoptar medidas contra aquellas conductas que afecten los derechos y garantías reconocidos por la Constitución nacional, sobre bases igualitarias, estas medidas consisten en otorgar al damnificado la facultad de tornar ineficaz el acto discriminatorio y ser indemnizado. Con ello, debe continuar en la intervención de las actuaciones, la justicia de menores”.²⁹

En otro caso, donde se investigaban delitos atribuidos a imputados menores de edad dentro de instituciones de encierro de jurisdicción nacional, se dispuso sobre la competencia que: “La conducta desplegada por los imputados afectó directamente al patrimonio del Estado Nacional, por lo que la intervención de la justicia federal, encuentra su fundamento en el resguardo de los intereses e instituciones nacionales, sin importar la magnitud de los daños causados a los bienes estatales. La Corte Suprema de Justicia ha sostenido que en los delitos cometidos en establecimientos del Estado Federal, es la justicia de excepción quien mejor se encuentra habilitada para investigar, más aún cuando no se puede descartar que el accionar desplegado por los menores haya afectado el normal funcionamiento de la institución. Se resuelve que debe continuar interviniendo el Juzgado Federal”.³⁰

Sobre el mismo punto, la justicia nacional de menores con sede en la Capital Federal ha entendido que el tratamiento tutelar del imputado menor de edad aparece en casos en los cuales se ha terminado el proceso penal federal —por el dictado de un sobreseimiento— como mejor realizable por los jueces de menores. Así, “No obstante el delito investigado resulte de competencia federal —sustracción de correspondencia—, si se trata de un menor inimputable, debe privilegiarse el fuero especial (...) En razón de la especialización en relación al tratamiento y la problemática del menor, debe privilegiarse al fuero especial para entender en el juzgamiento de causas en que se encuentran involucrados menores de edad”.³¹

En otro supuesto bastante usual en la justicia minoril, cual es la falsificación de licencia de conducir atribuido a imputados menores de edad, se resolvió que: “No es competente la justicia federal para conocer en la causa en la que se investiga la falsificación de una licencia de conducir expedida por un municipio, pues no se afectan intereses nacionales o el normal funcionamiento de alguna institución de esa naturaleza. En cuanto al delito de la sustracción de los documentos, al ser un delito de naturaleza común sin que se exceda la competencia del juzgado que intervino, corresponde que continúe interviniendo la justicia de menores”.³²

Recientemente, y sobre la ley de Regulación de Servicios de Telefonía Móvil, se entendió que “(...) La Ley 25.891 prevé en forma clara y excluyente la competencia de la Justicia

²⁹ CCC, Sala VII, causa n° 24.154, “P., M. S.”, del 17/07/04.

³⁰ CCC, Sala VI, causa n° 32.765, “V., J. E.”, del 6/07/07.

³¹ CCC, Sala I, causa n° 22.254, “G. G., F.”, del 2/04/04.

³² CCC, Sala VII, causa n° 25.778, “B., M. J.”, del 9/02/05.

Federal en todo el país para el juzgamiento de las actividades ilícitas allí establecidas. En consecuencia, los juzgados federales son también tribunales de menores respecto de los delitos cuyo conocimiento corresponde a ese fuero”.³³

9. Distintos criterios en la Cámara Nacional de Casación Penal

Como ya se indicara, la CNCP ha reconocido y desarrollado desde sus orígenes la jurisdicción especializada en relación a personas menores de edad. Pero tratándose de supuestos de competencia de la justicia federal o de la justicia nacional en lo penal económico, la interpretación mayoritaria ha sido en sentido contrario, es decir, restringiendo los alcances de la competencia minoril.

En este sentido, la competencia sobre la materia desplaza al imputado menor de edad: “Los jueces federales en lo criminal y correccional tienen, en cuanto a los delitos de su competencia en los cuales resultan imputados menores de edad frente a la ley penal, el carácter de magistrados específicos, de modo que no se advierte que su intervención en tales casos transgreda normativa interna o supranacional alguna, ni que pueda acarrear responsabilidad internacional del Estado argentino por incumplimiento de disposiciones convencionales de las que es parte”.³⁴

Este criterio de otorgarle carácter de jueces de menores a los magistrados federales se vio reforzado en decenas de contiendas de competencia posteriores.

9.1. La solución procesal

Una vía de solución para estas múltiples contiendas de competencia ha sido recurrir al art. 44 del CPPN. Dispone la norma que:

“Si dos tribunales se declaran simultánea y contradictoriamente competentes o incompetentes para juzgar un delito, el conflicto será resuelto por la Cámara de Apelaciones superior del juez que previno”.

A modo de ejemplo, “(. . .) la contienda negativa de competencia suscitada entre el Juzgado Federal y el Juzgado de Menores mencionados más arriba ha sido ya resuelta por la Sala interviniente de la Cámara de Apelaciones superior del magistrado que previno, órgano que, en virtud de lo establecido en el art. 44 del Código Procesal Penal de la Nación y del artículo 24, inc. 7, del decreto Ley 1285/58, es el llamado a así hacerlo. Por ende, no

³³ CCC, Sala IV, causa n° 34.322, “C., L. E. s/ Competencia”, del 16/12/08 (criterio que retoma lo resuelto por la Sala V, *in re* causa n° 34.475, “G., L. D s/ competencia”, del 23/04/08).

³⁴ CNCP, Sala I, “L., Y.A., s/ competencia”, del 7/09/06. Asimismo el resolutorio remite al dictamen del Fiscal ante la Cámara de Casación, quien había agregado que “los tribunales orales federales son también tribunales de menores respecto de los delitos que excita la restringida competencia de ese fuero, contando éstos con todo lo necesario para resguardar debidamente los derechos del menor”.

corresponde, que esta Sala se pronuncie al respecto...”, devolviéndose en consecuencia las actuaciones al JNM para que continúe con el trámite respectivo.³⁵

9.2. La remisión a federal

9.2.1. Magistrados especializados

Al reiterar los argumentos expuestos, “(...) los jueces federales en lo criminal y correccional tienen, en cuanto a los delitos de su competencia en los que resultan imputados menores de edad frente a la ley penal, el carácter de magistrados específicos, de modo que no se advierte que su intervención en tales casos transgreda normativa interna o supranacional alguna (...) refuerza esta postura la existencia de la Oficina del Patronato de Menores de la Cámara Nacional en lo Criminal y Correccional Federal de esta ciudad, especializada y dedicada al resguardo de los derechos de los menores”.³⁶

9.2.2. Intervención no dirimente

Aunque ya hubiera sido resuelto el conflicto de competencia por el art. 44 del CPPN en los términos *supra* indicados, igualmente la CNCP también resolvió pronunciarse sobre el fondo de la controversia y otorgarle intervención a la justicia federal. Así, “Que en la medida en que la resolución de la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal no fue adoptada en función dirimente (art. 44 del C.P.P.N.) y no obstante la incorrecta intervención conferida a la Cámara del Crimen por parte del señor juez de menores, a efectos de evitar mayores dilaciones en el trámite de la presente causa”.³⁷

9.2.3. Especialidad o especificidad

Sí pueden observarse novedosos argumentos en otro precedente de la CNCP, que redefine ciertos aspectos de la discusión: “(...) no se han obligado los Estados a establecer necesariamente tribunales o unidades judiciales distintas, sino, antes bien, al establecimiento de autoridades e instituciones ‘específicas’ en el marco judicial, en el sentido de ‘en especial consideración’ de que se trata de casos de niños de quienes se alega han cometido una infracción penal. O, en otros términos, de autoridades e instituciones que tienen un grado de ‘especialización’ en consideración a la ‘especie’ con la que deben tratar”.³⁸

³⁵ CNCP, Sala IV, causa n° 9.143, “G., L. R. y otro s/competencia”, del 25/06/08. Además, entre muchos otros, CNCP, Sala II, causa n° 8.303, “M., C. M. s/ competencia”, del 13/07/07.

³⁶ CNCP, Sala III, causa n° 9.459, “V., P.A. s/competencia”, del 05/06/08, entre muchas otras.

³⁷ CNCP, Sala I, reg. n° 10.998, del 11/09/07.

³⁸ CNCP, Sala II, causa n° 8.551, “P., P. L. y otro s/ recurso de casación”, del 13/08/08, del voto del Dr. García.

Al referirse al aspecto normativo, se agregó que: “(...) tanto los jueces y tribunales de menores y los jueces y tribunales federales aplican las mismas leyes especiales en los casos de imputaciones penales contra niños de entre 16 y 18 años de edad. Tampoco está en discusión que las reglas de procedimiento aplicables por unos y otros sean las mismas. Lo que se discute es sobre la especificidad de las autoridades e instituciones, en particular, si son los jueces federales o los jueces de menores quienes revisten tal carácter en los casos en que los menores de edad son acusados de haber infringido la ley de estupefacientes 23.737”.³⁹

En definitiva, “Los jueces de menores en nuestro país no son autoridad más `específica` que el resto de los jueces cuando se trata de conocer de los casos en los que se alega que un niño ha cometido una infracción penal, pues el procedimiento para su selección es el mismo que el que se sigue para los jueces federales, y el Estado no les provee a los primeros un entrenamiento más específico y permanente que a los segundos relacionado con la problemática de los niños, de lo cual pudiese concluirse que aquéllos resultan más especializados para intervenir en esos casos. La especialización no se deriva de la diferente denominación del juez o tribunal, sino de estos elementos”.⁴⁰

10. El criterio de la Corte Suprema de Justicia de la Nación

La CSJN tenía ya resuelto que si los dos magistrados entre los que se planteó el conflicto de competencia se encontraban en análoga situación legal para asumir la función tutelar del imputado menor de edad, la elección debía hacerse ponderando cuál de ellos se hallaba en mejores condiciones de alcanzar la protección integral de sus derechos.⁴¹

Pero recientemente se expidió en relación a la investigación del delito un precedente que merece formular una salvedad. Se trataba de una contienda entre un juez provincial (Entre Ríos) y un juez federal. La referencia tiene su razón de ser en que la situación en la Capital Federal es sustancialmente diferente, ya que los jueces que integran esta judicatura revisten el mismo carácter nacional.⁴²

Para la CSJN, “En definitiva, debo concluir sin lugar a dudas que en la medida que se encuentre asegurado ese régimen especial [aplicable a los imputados menores de edad], pierde trascendencia en el plano internacional la organización interna de los tribunales,

³⁹ Descartándose también en este fallo como elemento diferenciador a los auxiliares administrativos, ya que “tanto los jueces de menores y los federales tienen igual autoridad para requerir la colaboración de la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia (arts. 43 y 44 de la ley 26.061), así como del Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia (arts. 45 y 46 de la misma ley)”, con remisión a lo expuesto sobre la Prosecretaría del Patronato de Menores.

⁴⁰ CNCP, Sala II, causa n° 8.551, ya cit., del 13/08/08, del voto del Dr. García.

⁴¹ Fallos: 315:752; 322:328; 323:2388.

⁴² Fallos: 302:914 y 321:2434, entre muchos otros.

pues la aplicación de los principios en materia de menores no puede confundirse con la competencia, determinada esta última por la forma de organización estatal surgida de la Constitución Nacional”.⁴³

11. A modo de conclusión

Es de notar que en los últimos años la competencia de la justicia de menores se ha visto drásticamente recortada (por ejemplo, respecto de la investigación de delitos que tuvieran a menores de edad como víctimas, de la ejecución de las sentencias⁴⁴ o supuestos como los analizados de delitos de índole federal).

A ello debe sumársele la extensión de su competencia para intervenir también en los delitos atribuidos conjuntamente a imputados mayores y menores de edad.⁴⁵

En definitiva, y más allá de la opinión que se pueda tener al respecto, es claro un debilitamiento creciente del principio de especialidad, con consecuencias que parecen todavía no apreciadas en su magnitud por los operadores del sistema, que podrían llegar incluso a la supresión del fuero especializado de la Capital Federal.

⁴³ Comp. 766 L. XLIII, “L., H. s/ infracción a la Ley 23.737”, del 2008/12/02 (del dictamen del Procurador General de la Nación al cual se remitiera el Alto Tribunal).

⁴⁴ Así, “Al sancionar el Congreso Nacional las leyes 23.984 y 24.050 que regulan el procedimiento penal y la organización de la administración de la justicia penal, no sólo determinó su criterio de especialización en relación al trámite de las causas en las que se encuentran involucrados jóvenes infractores de la ley penal, sino que también hizo lo propio con una organización específica del poder judicial en lo referente a la supervisión de la ejecución de las condenas impuestas en todo el orden nacional. Así colocó en cabeza del juez de ejecución penal de modo excluyente el control del cumplimiento de las condenas impuestas por los diferentes tribunales penales, sin distinción de la especialidad que hubiese gobernado el trámite de atribución de responsabilidad y consecuente sanción. De ese modo, el legislador prefirió hacer primar con especialidad a la ejecución penal sobre otras, haciendo al juez de ejecución un juez de garantías en el marco del cumplimiento de las condenas impuestas... aún la de menores”; agregándose que “no existe vulneración alguna a los parámetros señalados por las normas internacionales, siempre y cuando en el control de la ejecución de la pena se tenga especial atención a la particular circunstancia de que la condenada ha cometido el delito siendo menor de edad (es decir: primar el interés superior del niño al que se refiere la mencionada Convención)” (CNCP, Sala III, causa n° 7.981, “C., L. D. s/ recurso de casación”, rta. el 17/07/07).

⁴⁵ En un planteo de inconstitucionalidad de la Ley 24.170, que determinó que en los casos de enjuiciamiento conjunto de imputados mayores y menores de edad debe intervenir la justicia de menores, se resolvió que “(...) la atribución de competencia a tribunales especializados en la materia, que cuenten con una estructura y procedimientos específicos es el modo más acertado para el resguardo de los derechos constitucionales de los menores, y la implementación de tratamientos acordes a sus condiciones, por lo que las razones de orden práctico esgrimidas en el pronunciamiento cuestionado no resultan, a nuestro juicio, decisivas para arribar a la declaración de inconstitucionalidad de la referida ley” (CNCP, Sala III, causa n° 8.367, “P. P., J. A. y Gómez Rodríguez, Julio s/ recurso de inconstitucionalidad”, del 11/12/07).

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA DE LA NACIÓN ARGENTINA,
FALLOS 331:2691. "RECURSO DE HECHO
DE GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO Y MUSA, LAURA SOBRE HÁBEAS
CORPUS COLECTIVO A FAVOR DE MENORES DE 16 AÑOS
PRIVADOS DE LIBERTAD EN EL INSTITUTO GENERAL
SAN MARTÍN DE LA CIUDAD DE BUENOS AIRES"**

Procuración General de la Nación

"García Méndez Emilio y Musa Laura s/ causa n° 7537"

S.C. G. 147; L. XLIV

Suprema Corte:

Al sólo efecto de que V.E. pueda pronunciarse sobre la cuestión planteada, mantengo el recurso de queja interpuesto.

Buenos Aires, 10 de abril de 2008.-

ES COPIA

ESTEBAN RIGHI

G. 147. XLIV.

RECURSO DE HECHO

García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina

s/causa N° 7537

Buenos Aires, 2 de diciembre de 2008.

Vistos los autos: "Recurso de hecho deducido por el Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal en la causa García Méndez, Emilio y Musa, Laura Cristina s/ causa N° 7537", para decidir sobre su procedencia.

Considerando:

1º) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, al hacer lugar al recurso de casación e inconstitucionalidad interpuestos por la Fundación Sur, resolvió: "II) Declarar la inconstitucionalidad del art. 1º de la ley 22.278, con los alcances aquí fijados. III) Poner en conocimiento de las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Criminal y Correccional y Federales, a los jueces de menores y federales, a la Defensoría General y Procuración General de la Nación, de lo aquí resuelto. IV) Hacer saber a los jueces de menores y federales que deberán comunicar lo aquí resuelto a aquellos organismos administrativos que intervengan conforme las previsiones de la ley 26.061 (Título IV) sean Nacionales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. V) Exhortar al Poder Legislativo para que dentro

de un plazo no mayor a un (1) año, adecue la legislación penal en materia de menores a los nuevos estándares constitucionales y establezca un sistema integral y coordinado con la ley 26.061. VI) Encomendar a los jueces de menores a que convoquen a una mesa de diálogo e inviten a los actores involucrados con la problemática de los menores, junto con el accionante, la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, los Directores o Encargados de los Institutos de Menores y a organizaciones civiles que pretenda participar, para que: 1) Dentro de un plazo no mayor a 90 días se ordene la libertad progresiva de los menores de 16 años que a la fecha se encuentren dispuestos en los términos de la ley 22.278 y se articule con los organismos administrativos con competencia en la materia la confección de los planes individuales y se adopten las medidas que la normativa autoriza (arts. 32 y ss. de la ley 26.061) para cumplir con el objeto de la protección integral de los niños; 2) Con relación a los casos de menores de 16 años que ingresen al sistema penal por una supuesta infracción a la ley penal, con posterioridad al día de la fecha, aplicar la misma modalidad aquí expuesta, para que —una vez comprobada la edad del menor— en un plazo no mayor de 90 días se implementen con relación a ellos los planes mencionados en los arts. 32 y ss. de ley 26.061, para su oportuna incorporación. 3) Planificar y evaluar las propuestas para una implementación estructural de los planes y políticas mencionados en los arts. 32 y ss. de ley 26.061; debiendo remitir a esta Sala en forma bimestral un informe que dé cuenta del resultado y contenido de los avances de las reuniones que a tal fin se realicen. VII) Convocar a los jueces de menores, conforme a la representación que ellos acuerden, y a los demás actores que intervengan en la mesa de diálogo para el día 18 de marzo de 2008, a las 11:30 hs. a una primera audiencia ante esta Sala a fin de poner en conocimiento los avances implementados, conforme las pautas aquí fijadas”. Contra ello, el Fiscal General ante dicha Cámara interpuso recurso extraordinario, cuya denegación motiva esta queja.

2º) Que esta Corte, en su sentencia del 18 de marzo del corriente año, declaró la admisibilidad del recurso extraordinario y, sin que ello implicara un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, suspendió la decisión recurrida (fs. 69). El Procurador General, con motivo de la vista que le fue corrida, mantuvo el recurso extraordinario al solo efecto de que el Tribunal pueda pronunciarse. Corresponde, entonces, examinar en la presente oportunidad la sustancia del sub examine.

3º) Que la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante la Convención), al tiempo que ha reconocido que el niño es un sujeto de derecho pleno, no ha dejado de advertir que es un ser que transita un todavía inacabado proceso natural de constitución de su aparato psíquico y de incorporación y arraigo de los valores, principios y normas que hacen a la convivencia pacífica en una sociedad democrática. De ahí que aluda a la “evolución” de las facultades del niño (arts. 5 y 14.2), a la evolución de su “madurez” (art. 12), y al impulso que debe darse a su “desarrollo” (arts. 18.1, 27.2), físico, mental, espiritual, moral y social (art. 32.1). Es por ello, además, que los Estados habrán de garantizar el “desarrollo” del niño (art. 6.2).

La Convención, por ende, pone en evidencia un doble orden de consideraciones, además de la derivada de su art. 43, vale decir, haber dejado intactas, salvo en cuanto las haya mejorado, todas las protecciones que otros textos internacionales habían enunciado en punto a los niños. Por un lado, da por presupuesto que los niños gozan de los derechos que le corresponden, en tanto que personas humanas. Por el otro, en atención a lo antedicho, tiende, como objetivo primordial, a “proporcionar al niño una protección especial”, con lo cual el tratado continúa, no sin profundizarla, la orientación que ya habían marcado los instrumentos internacionales que expresamente menciona el párrafo octavo de su preámbulo.

Por ello, a los fines del sub lite, interesa particularmente subrayar que dicha protección especial importa reconocer lo que todo niño es, vale decir, un sujeto pleno de derechos, y, por consiguiente, configurar la “protección especial” en términos de concretos derechos, libertades y garantías, a las que los Estados deben dar “efectividad”, adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin (Convención, art. 4).

La Convención, en breve, supone una redefinición de los nexos que median entre el niño, por un lado, y las instituciones estatales y el universo de los adultos, por el otro, y también las que vinculan a estas últimas con los padres de los niños y la familia en general.

4º) Que uno de los principios establecidos por la Convención se relaciona con el “trato” a que tiene “derecho todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales” (Convención, art. 40.1). Este derecho es el de ser tratado “de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad” (idem). Cabe advertir que la noción de reintegración parte de asumir que las dificultades que afronta un niño no son necesariamente individuales, y considerar relevante, en cambio, el medio social en que vive.

Súmase al principio indicado, otro no menos relevante. La Convención dispone que los Estados Partes tomarán las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños “a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular [...] b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales” (art. 40.3). Un resultado de igual tenor se impone a la luz de las Reglas de Beijing, en cuanto establecen que incluso para los “menores delincuentes” pasibles de sanción, “[s]e examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de [éstos] sin recurrir a las autoridades competentes [...] para que los juzguen oficialmente” (11.1). Esta práctica, explica el comentario de la citada regla, en muchos casos constituye la “mejor respuesta”, y sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de justicia de menores. Para el niño no pasible de

sanción, en consecuencia, cobra toda su magnitud el art. 40.4 de la Convención relativo a las “diversas medidas” ajenas a los procedimientos judiciales, y a “otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones”, que debe prever el Estado.

En esta línea de ideas, asimismo, se inscribe la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley, así como las normas y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, inter alia, por la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales y, en el caso de que un proceso judicial sea necesario, se disponga de diversas medidas, tales como asesoramiento psicológico para el niño durante el procedimiento, control respecto de la manera de tomar el testimonio del niño y regulación de la publicidad del proceso (Caso “Instituto de Reeducción del Menor vs. Paraguay”, sentencia del 2-9-2004, Serie C Nº 112, párr. 211). Por otra parte, siempre que esté en juego la persona de un niño, el contenido del derecho a su libertad personal “no puede deslindarse del interés superior del niño razón por la cual requiere de la adopción de medidas especiales para su protección, en atención a su condición de vulnerabilidad” (ídem, párr. 225). Es pertinente también reproducir los términos en que la citada Corte ha censurado el comportamiento de gobiernos que toleran una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo: “En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el 'pleno y armonioso desarrollo de su personalidad', a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida” (Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, sentencia del 19-11- 1999, Serie C Nº 63, párr. 191).

5°) Que estos derechos especiales que tienen los niños por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario sino un imperativo constitucional que se erige, nada menos, que en pauta determinante de la nueva perspectiva que debe informar el sistema. Por otro lado, entre dicho imperativo y el régimen de la ley 22.278 en cuanto regula los casos de menores no punibles, media una fuerte tensión. Así, por ejemplo, los menores son privados de su libertad, bajo calificaciones tales como “dispuestos”, “internados” o “reeducados” o “sujetos de medidas tutelares”, situaciones que han significado, en muchos casos, el encierro en condiciones de similar rigurosidad que la aplicada en la ejecución de las penas impuestas a los adultos, aunque con efectos más dañinos, pues interrumpe su normal evolución.

La mencionada tensión se manifiesta principalmente en dos características tan distintivas como criticables, a saber: el “retaceo” de principios básicos y elementales que conforman el debido proceso, y la subsistencia de la doctrina de la “situación irregular” en el régimen de la ley 22.278, especialmente en su art. 1º, párrafos segundo, tercero y cuarto.

El Comité de los Derechos del Niño, en octubre de 2002, expresó a la República Argentina su preocupación por la subsistencia de legislación basada en la doctrina de la “situación irregular”, abarcando en tales términos no solamente la ya derogada ley 10.903 (párrafo 15), sino también a la ley 22.278 (párrafos 40 y 62). Si bien refiriéndose en conjunto a ambas leyes, el Comité puntualizó que el régimen legal vigente, inspirado en la mencionada doctrina, no traza una distinción clara entre niños que necesitan protección y cuidado y niños en conflicto con la ley penal. Aunque con la sanción de la ley 26.061 y derogación de la ley 10.903 han perdido actualidad algunas críticas del Comité (como la incluida en el párrafo 15 de que no hay norma alguna que considera al menor sujeto de derechos), hay otras que sí mantienen vigencia. En efecto, el régimen de la ley 22.278 no ha sido aún ajustado a los estándares prescritos por la Convención sobre los Derechos del Niño y otros documentos que apuntan a superar las prácticas inspiradas en el paradigma de la “situación irregular” y son mencionados por el Comité en sus recomendaciones (párrafo 63.a). Por otro lado, cabe recordar que el Comité también puso de resalto el número de niños, especialmente de familias pobres, que se encuentran privados de un medio familiar y colocados en instituciones de asistencia pública o en internados, a menudo lejos de su hogar (Observaciones finales: Argentina, 9-10-2002, CRC/C/15/Add.187, párrs. 15, 40, 42, 62 y 63). El Comité se refirió a la “eliminación del concepto tradicional de ‘situación irregular’” también al expedirse sobre la situación de otros países (Observaciones finales: Paraguay, 12-10-2001, CRC/C/15/Add.166, párr. 10. b; Observaciones finales: El Salvador, CRC/C/15/Add.232, 4-6- 2004, párr. 3. d, y Observaciones finales: Guatemala, 8-6- 2001, CRC/C/15/Add.154, párrs. 11 y 56).

Como conclusión, el Comité recomendó a la Argentina, *inter alia*, que: a. establezca mecanismos y procedimientos apropiados para hacer frente a la situación de los niños que necesitan atención y protección; b. revise sus leyes y prácticas relativas al sistema de justicia de menores para lograr cuanto antes su plena conformidad con las disposiciones de la Convención, en particular los arts. 37, 39 y 40, así como con otras normas internacionales en la materia, como las Reglas de Beijing y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), y c. asegure que exista una clara distinción, en cuanto a procedimientos y trato, entre los niños que tienen conflictos con la justicia y los niños que necesitan protección (cit. párrs. 41 y 63 a y c).

6º) Que, con todo, la fuerte tensión señalada no puede justificar que por vía pretoriana se arbitre o se tienda a arbitrar, sin más, una suerte de régimen general sustitutivo del previsto por la ley 22.278, y nada menos que con los alcances que le confiere el fallo apelado. Este último, en términos generales, no es censurable por el diagnóstico que formula acerca de los males que padece el sistema vigente; sí lo es respecto del medio escogido para superarlos. Varias razones concurren a ello. Tal como lo reiteró esta Corte no es propio del cometido fijado al Poder Judicial en el art. 116 de la Constitución Nacional dictar una sentencia con carácter de norma general derogatoria de las disposiciones en cuestión

implementando un mecanismo de reemplazo en su lugar, cuando resulta evidente que —en esta materia— tal solución requiere de la suficiente e indispensable concreción de medidas de política pública previas (conf. arg. Fallos: 329:3089; 330:4866).

Elo implicaría sustituirse a competencias propias de los otros poderes del Estado (Fallos: 330:4866, 4873/ 4874); máxime, cuando el convencional constituyente, en la última reforma de 1994, le ha adicionado al Congreso la atribución específica de promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados de derechos humanos, en particular, respecto de los niños (art. 75, inc. 23, de la Constitución Nacional).

No es asunto de desaprobar solamente leyes que basadas en la anacrónica situación irregular limiten los derechos, libertades y garantías de los niños. Se trata de eso, por cierto, pero de mucho más, como lo es establecer, al unisono, otras políticas, planes, programas generales y específicos en materia de educación, salud, deporte, adicciones, estrategias, instituciones, instalaciones debidamente calificadas con personal adecuado, recursos y normas de coordinación. Tales acciones, cuya implementación es atributo directo de los poderes públicos, resultan previas a cualquier medida de alcance general —como la apelada— que, con el sincero espíritu de creer mejorar la situación ya grave, no la favorezca y —eventualmente— en la práctica lleve a la vulneración de los derechos que intenta proteger.

Es dable afirmar que las cuestiones que encierra la problemática de los menores en conflicto con la ley penal son de una delicadeza, gravedad y complejidad extremas, tanto en sus causas como en sus consecuencias personales y con relación a la comunidad toda. El análisis de tales aspectos remite al diseño de las políticas públicas en general, y la criminal en particular, que ameritan un debate profundo y juicios de conveniencia, que exceden la competencia de esta Corte.

7º) Que, de todos modos, el tribunal no puede permanecer indiferente ante la gravedad de la situación y la demora en proceder a una adecuación de la legislación vigente a la letra del texto constitucional y, en especial, a la de la Convención sobre los Derechos del Niño. Por consiguiente cabe requerir al Poder Legislativo que, en un plazo razonable, adecue la legislación a los estándares mínimos que en lo pertinente surgen de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos incorporados a la Constitución Nacional (art. 75, inc. 22, segundo párrafo).

8º) Que el texto de la ley 26.061 permite afirmar, sin mayor esfuerzo interpretativo, que la política de protección integral de derechos de las niñas, niños y adolescentes “debe ser implementada mediante la concertación articulada de acciones de la Nación, las provincias, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y los Municipios (...) en la elaboración de a) políticas, planes y programas de protección de derechos, (...) c) recursos económicos; (...) e) medidas de protección de derecho” (arts. 32 y 33).

Por lo tanto y en atención a todo lo que se lleva dicho, resulta de toda urgencia y necesidad que los organismos administrativos nacionales y locales con competencia en la materia emprendan las acciones necesarias con el propósito de trazar y ejecutar políticas públicas que tiendan, en todo lo que sea apropiado, a excluir la judicialización de los problemas que afectan a los menores no punibles, es decir, aquellos que no han alcanzado la edad mínima para ser imputados por infringir la ley penal (arts. 40.3 y 40.4 de la Convención de los Derechos del Niño).

En este orden de razonamiento, corresponde requerir a los Poderes Ejecutivos Nacional y local para que, a través de los organismos administrativos correspondientes, en un plazo razonable, adopten las medidas que son de su resorte.

9º) Que la función del derecho, en general, es la de realizarse; lo que no es realizable nunca podrá ser derecho. En este cometido, la medida adoptada aparece como la más adecuada para hacer efectivos los derechos y garantías consagrados en la Constitución Nacional. Aquélla se funda en el rol institucional que le compete a esta Corte como Poder del Estado, sin desentenderse de las relaciones que deben existir con los otros poderes, los que —claro está— se encuentran también vinculados con el propósito constitucional de afianzar la justicia. Dichos departamentos de Estado constituyen, en el caso concreto, el canal adecuado para llevar a cabo aquellas acciones sin cuya implementación previa se tornaría ilusoria cualquier declaración sobre el punto.

10) Que el deber del Estado de respetar los derechos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos incumbe a cualquier poder y órgano, independientemente de su jerarquía, so pena de incurrir en responsabilidad internacional (Caso “Ultima tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros)” Serie C 73, sentencia del 5 de febrero de 2001 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos).

No se deja de apreciar entonces que todos los órganos del Estado deben asumir los roles de garante (art. 1.1 Convención Americana), que a cada uno, de acuerdo a sus atribuciones constitucionales y legales, les corresponde. Así, entre “las medidas de otra índole” que el Estado debe arbitrar para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención (art. 2) se inscriben las sentencias judiciales. Los tribunales están obligados a atender como consideración primordial al interés superior del niño, sobre todo cuando es doctrina de esta Corte que garantizar implica el deber de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que pudiesen existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos reconocidos en la Convención (Fallos: 318:514).

En coincidencia, entonces, con los estándares internacionales ya señalados, les corresponde a los jueces, en cada caso, velar por el respeto de los derechos de los que son titulares cada niña, niño o adolescente bajo su jurisdicción, que implica escucharlos con todas las garantías a fin de hacer efectivos sus derechos (conf. arts. 12.2 y 40.2.b de la Convención sobre los Derechos del Niño).

11) Que la ley 26.061, que establece un sistema de protección integral de las niñas, niños y adolescentes, únicamente deroga a la ya citada ley 10.903. Por lo tanto, la interpretación de la ley 22.278 no debe ser efectuada en forma aislada sino en conjunto con el resto del plexo normativo aplicable, como parte de una estructura sistemática, y en forma progresiva, de modo que mejor concilie con la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia, allí previstos.

Es menester tener en cuenta una de las pautas de mayor arraigo en la doctrina de este Tribunal, conforme a la cual la inconsecuencia o la falta de previsión jamás debe suponerse en la legislación, y por esto se reconoce como principio inconcuso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darles un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (Fallos: 310:195; 320:2701; 321:2453; 324:1481, entre otros). Y comprende además, su conexión con otras normas que integran el ordenamiento vigente, del modo que mejor concuerde con los principios y garantías de la Constitución Nacional (Fallos: 292:211; 297:142; 307:2053, 2070).

12) Que también les concierne a los jueces mantener un conocimiento personal, directo y actualizado de las condiciones en las que se encuentran los niños sujetos a internación (densidad poblacional de los institutos, higiene, educación, alimentación, adecuado desempeño personal), con el fin de tomar todas aquellas medidas que sean de su competencia y que tengan como efecto directo un mejoramiento en la calidad de vida de los niños. En especial, deberán revisar, permanentemente y en virtud de ese conocimiento inmediato, la conveniencia de mantener su internación. Todo ello implica no otra cosa que el cumplimiento del artículo 3º, tercer párrafo de la Convención sobre los Derechos del Niño, en todo cuanto sea incumbencia de los jueces.

Por otra parte, específicamente, en relación a los niños que cometen un delito cuando todavía no han cumplido la edad mínima, el Comité de los Derechos del Niño ha reconocido, recientemente, que si bien no pueden ser formalmente acusados ni considerárseles responsables en un procedimiento penal, “si es necesario, procederá adoptar medidas especiales de protección en el interés superior de esos niños” (Observación General N° 10/2007, “Derechos del niños en la Justicia de menores”, del 25 de abril de 2007, párr. 31).

En efecto, es función también de los magistrados competentes en la materia adoptar dichas medidas, agotando todas las variables que permitan orientarse, prioritariamente, hacia servicios sustitutivos de la internación que puedan ser dispuestos, según las circunstancias particulares de cada niño, teniendo como horizonte su interés superior. Ello, con el fin de evitar la estigmatización y no solamente porque resultan más beneficiosas para el menor, sino también para la seguridad pública, por la criminalización que, a la postre, puede provocar la institucionalización y el consiguiente condicionamiento negativo. Obviamente, que en el ejercicio de dicho rol les corresponde controlar, no sólo su procedencia en cada

caso, sino también, periódicamente, si las circunstancias que las motivaron han cambiado, tanto como la vigencia de su necesidad y razonabilidad.

13) Que, en tales condiciones, corresponde requerir al Poder Legislativo que, en un plazo razonable, adecue la legislación en la materia a los estándares mínimos que surgen de los instrumentos internacionales incorporados a la Constitución Nacional y a que los poderes Ejecutivos Nacional y local a través de sus organismos administrativos competentes implementen efectivamente las medidas que son de su resorte.

En consecuencia, se impone revocar la sentencia apelada, lo cual en nada impide y en todo exige, naturalmente, que los jueces con competencia en causas relativas a menores no punibles en la situación de la ley 22.278 dicten, cuando correspondiere, las decisiones que en el caso concreto sean requeridas para la salvaguarda de los derechos y libertades del menor y para la protección especial a que éste es acreedor, con arreglo a la Constitución Nacional y con los tratados internacionales que rigen la materia, allí previstos.

Por ello, se hace lugar a la queja, y al recurso extraordinario interpuestos, y se revoca la sentencia apelada con los alcances indicados. Acumúlese la queja al principal, hágase saber, practíquense las comunicaciones ordenadas a los Poderes Legislativo y Ejecutivo Nacional y local, y a la Cámara Nacional de Casación Penal a efectos de que transmita la presente a todos los jueces competentes en la materia, a la Defensoría General y a la Procuración General de la Nación. Oportunamente, devuélvase. RICARDO LUIS LORENZETTI - ELENA I. HIGHTON de NOLASCO - CARLOS S. FAYT - ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI (según su voto)- JUAN CARLOS MAQUEDA - E. RAUL ZAFFARONI - CARMEN M. ARGIBAY.

ES COPIA

VOTO DEL SEÑOR MINISTRO DOCTOR DON ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI

Considerando:

1°) Que la Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal, al hacer lugar al recurso de casación e inconstitucionalidad interpuesto por la Fundación Sur, resolvió: "II) Declarar la inconstitucionalidad del art. 1 de la ley 22.278, con los alcances aquí fijados. III) Poner en conocimiento de las Cámaras Nacionales de Apelaciones en lo Criminal y Correccional y Federales, a los jueces de menores y federales, a la Defensoría General y Procuración General de la Nación, de lo aquí resuelto. IV) Hacer saber a los jueces de menores y federales que deberán comunicar lo aquí resuelto a aquellos organismos administrativos que intervengan conforme las previsiones de la ley 26.061 (Título IV) sean Nacionales o de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. V) Exhortar al Poder Legislativo para que dentro de un plazo no mayor a un (1) año, adecue la legislación penal en materia de menores a los nuevos estándares constitucionales y establezca un sistema integral y coordinado con la ley 26.061. VI) Encomendar a los jueces de menores a que convoquen a una mesa de diálogo e inviten a los actores involucrados con la problemática de los menores, junto

con el accionante, la Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia, los Directores o Encargados de los Institutos de Menores y a organizaciones civiles que pretenda participar, para que: 1) Dentro de un plazo no mayor a 90 días se ordene la libertad progresiva de los menores de 16 años que a la fecha se encuentren dispuestos en los términos de la ley 22.278 y se articule con los organismos administrativos con competencia en la materia la confección de los planes individuales y se adopten las medidas que la normativa autoriza (arts. 32 y ss de la ley 26.061) para cumplir con el objeto de la protección integral de los niños; 2) Con relación a los casos de menores de 16 años que ingresen al sistema penal por una supuesta infracción a la ley penal, con posterioridad al día de la fecha, aplicar la misma modalidad aquí expuesta, para que —una vez comprobada la edad del menor— en un plazo no mayor de 90 días se implementen con relación a ellos los planes mencionados en los arts. 32 y ss. de la ley 26.061, para su oportuna incorporación. 3) Planificar y evaluar las propuestas para una implementación estructural de los planes y políticas mencionados en los arts. 32 y ss. de ley 26.061; debiendo remitir a esta Sala en forma bimestral un informe que dé cuenta del resultado y contenido de los avances de las reuniones que a tal fin se realicen. VII) Convocar a los jueces de menores, conforme a la representación que ellos acuerden, y a los demás actores que intervengan en la mesa de diálogo para el día 18 de marzo de 2008, a las 11.30 hs., a una primera audiencia ante esta Sala a fin de poner en conocimiento los avances implementados, conforme las pautas aquí fijadas”. Contra ello, el Fiscal General ante dicha Cámara interpuso recurso extraordinario, cuya denegación motiva esta queja.

2º) Que esta Corte, en su sentencia del 18 de marzo del corriente año, declaró la admisibilidad del recurso extraordinario y, sin que ello implicara un pronunciamiento sobre el fondo del asunto, suspendió el pronunciamiento apelado (fs. 69). El Procurador General, con motivo de la vista que le fue corrida, mantuvo el recurso extraordinario al solo efecto de que el Tribunal pueda pronunciarse. Corresponde, entonces, examinar en la presente oportunidad la sustancia del sub examine.

3º) Que la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante la Convención), al tiempo que ha reconocido que el niño es un sujeto de derecho pleno, no ha dejado de advertir que es un ser que transita un todavía inacabado proceso natural de constitución de su aparato psíquico y de incorporación y arraigo de los valores, principios y normas que hacen a la convivencia pacífica en una sociedad democrática. De ahí que aluda a la “evolución” de las facultades del niño (arts. 5 y 14.2), a la evaluación de su “madurez” (art. 12), al impulso que debe darse a su “desarrollo” (arts. 18.1, 27.2), físico, mental, espiritual, moral y social (art. 32.1). Es por ello, además, que los Estados habrán de garantizar el “desarrollo” del niño (art. 6.2), entendido este término “en su sentido más amplio, como concepto holístico” (Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 5. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño (artículos 4 y 42 y párrafo 6 del artículo 44), 2003, CRC/GC/ 2003/5, pár. 12, y Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, sentencia del 2-9-2004, Serie C

N° 112, párr. 161). De ahí también que este tratado disponga que la educación deberá estar encaminada a “preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena” (art. 29.1.d). Es el descripto el “incuestionable dato óptico” señalado por el Tribunal en “Maldonado” (Fallos: 328:4343, 4381).

La Convención, por ende, pone en evidencia un doble orden de consideraciones, además de la derivada de su art. 43, vale decir, haber dejado intactas, salvo en cuanto las haya mejorado, todas las protecciones que otros textos internacionales habían enunciado en punto a los niños (vgr.: Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, arts. 6.5, 10.2.b y 3, 14.1 y 4, 23.4 y 24; Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, arts. 10.3 y 12.2.a; Convención Americana sobre Derechos Humanos, arts. 19, 5.5 y 4.5, entre otros; asimismo: Declaración Universal de Derechos Humanos, art. 25.2 y Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, art. VII). Por un lado, da por presupuesto que los niños gozan de los derechos que le corresponden en tanto que personas humanas. Por el otro, en atención a lo antedicho, tiende, como objetivo primordial, a “proporcionar al niño una protección especial”, con lo cual el tratado continúa, no sin profundizarla, la orientación que ya habían marcado los instrumentos internacionales que expresamente menciona el párrafo octavo de su preámbulo.

Análogas conclusiones, por lo pronto, pueden seguirse del art. 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos: los niños “al igual que los adultos, ‘poseen los derechos humanos que corresponden a todos los seres humanos’”; pero, además de ello, tienen derecho “a las medidas de protección que su condición de menor requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”. El precepto, en consecuencia, debe entenderse como “un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial” (Caso “Instituto...”, cit., párr. 147 y sus citas; asimismo: Caso Bulacio vs. Argentina, sentencia del 18-9-2003, Serie C N° 100, párr. 133. V. “Maldonado”, cit., p. 4379).

4°) Que, a los fines del sub lite, interesa particularmente subrayar el paradigma al que se ciñó dicha protección especial. Fue cuestión, por lo pronto, de abandonar los modelos paterno-autoritarios, las orientaciones basadas en la llamada “situación irregular” del niño, los marcos tutelares discrecionales, cuando no marcados por tendencias que entrecruzaban compasión y represión. Fue cuestión, a su vez, de reconocer lo que todo niño es, vale decir, un sujeto pleno de derechos, y, por consiguiente, de configurar la “protección especial” en términos de concretos derechos, libertades y garantías, a las que los Estados debían dar “efectividad”, adoptando todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole, requeridas a tal fin (Convención, art. 4). La censura a la mentada “situación”, por cierto, ya ocupó la atención de esta Corte en el recordado precedente “Maldonado” (cit., esp. ps. 4376/4379), y también la de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la cual,

asimismo, no dejó de observar que “este cambio conceptual” suele hacer “necesario un cambio de legislación en todos aquellos países partes del tratado [Convención sobre los Derechos del Niño], así como también el impulso de políticas públicas tendientes a lograr un efectivo reconocimiento en el niño de este nuevo carácter de sujeto de derecho” (Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Paraguay, OEA/Ser./L/VII.110 doc. 52, 9-3-2001, cap. VII, párr. 11).

La Convención, en breve, tradujo una redefinición de los nexos que median entre el niño, por un lado, y las instituciones estatales y el universo de los adultos, por el otro, y también las que vinculan a estas últimas con los padres de los niños y la familia en general. “Implementar los derechos humanos de los niños no debe ser visto ni como un proceso caritativo, ni como el otorgamiento de favores a aquéllos” (Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 5, cit., párr. 11).

5°) Que uno de los principios constitutivos del nuevo paradigma radica, esencialmente, en el “trato” a que tiene “derecho todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales” (Convención, art. 40.1). Este derecho es el de ser tratado “de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad” (idem). Cabe advertir, pues ilustra la impronta de la Convención, que el empleo de la palabra “reintegración”, según se sigue de los debates desarrollados durante la elaboración de aquella, obedeció al deliberado propósito de no reiterar el término “rehabilitación” usado en el art. 14.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y, de esta forma, evitar el riesgo de que algunos Estados abusaran de la rehabilitación como una indeseable forma de control social. Además, la rehabilitación implicaba que la responsabilidad recaía sólo en el individuo, que podía ser apartado de la sociedad para su tratamiento, y ser liberado una vez rehabilitado. La noción de reintegración tiene un diferente punto de partida, al rechazar la asunción de que las dificultades que afronta un niño son necesariamente individuales, y considera el medio social de éste (Van Bueren, Geraldine, *The International Law on the Rights of the Child*, Nijhoff, La Haya/Boston/Londres, 1998, p. 173). Tal criterio, por lo demás, se ve reforzado en el sub examine a poco que se advierta que, a juicio de esta Corte, aun la pena de prisión ha de perseguir los fines “reintegradores sociales” consagrados en virtud del art. 75.22 de la Constitución Nacional (“Verbitsky”, Fallos 328:1146, 1185).

Súmase al principio indicado, otro no menos relevante. La Convención dispone que los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños “a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular [...] b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los

derechos humanos y las garantías legales” (art. 40.3). Ahora bien, si este lineamiento es aplicable a los niños que atraviesan la situación indicada, con cuanta mayor razón habrá de serlo a aquellos, también mentados en la norma, “de quienes se alegue que han infringido las leyes penales”, vale decir, a los que, no obstante esto último, en ningún caso podrían ser punidos, tal como ocurre según la ley 22.278, con los que no hubiesen cumplido 16 años. Es “presupuesto irrefutable” que los menores por debajo de la edad mínima de responsabilidad penal “no pueden ser objeto de una acusación formal y ser sometidos a un procedimiento penal” (Comité de los Derechos del Niño, Observación general N° 10. Los derechos del niño en la justicia de menores, 2007, CRC/C/GC/10, párr. 31). Un resultado de igual tenor se impone a la luz de las Reglas de Beijing, en cuanto establecen que incluso para los “menores delincuentes” pasibles de sanción, “[s]e examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de [éstos] sin recurrir a las autoridades competentes [...] para que los juzguen oficialmente” (11.1). Esta práctica, explica el comentario de la citada regla, en muchos casos constituye la “mejor respuesta”, y sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de justicia de menores. Para el niño no pasible de sanción, en consecuencia, cobra toda su magnitud el art. 40.4 de la Convención relativo a las “diversas medidas”, ajenas a los procedimientos judiciales, y a “otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones”, que debe prever el Estado. Es precisamente sobre el citado art. 40.3.b y 4 que ha puesto especial énfasis una de las recomendaciones a los Estados adoptadas por el Comité de los Derechos del Niño al cabo del debate general “Violencia estatal contra el niño” (State violence against children, 2000, CRC/C/100, punto 18 de las recomendaciones; asimismo, del citado Comité, Observación general N° 5, cit., párrs. 23/27 y 33).

En esta línea de ideas, asimismo, se inscribe la Corte Interamericana de Derechos Humanos: la jurisdicción especial para niños en conflicto con la ley, así como las normas y procedimientos correspondientes, deben caracterizarse, *inter alia*, por la posibilidad de adoptar medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, máxime cuando el contenido del derecho a la libertad personal de aquéllos no puede deslindarse del interés superior del niño, razón por la cual requiere de la adopción de medidas especiales para su protección, en atención a su condición de vulnerabilidad (Caso “Instituto...”, cit., párs. 211 y 225). Todo niño “tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece” (Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala, sentencia de 19-11-1999, Serie C N° 63, párr. 191).

6°) Que habida cuenta que estos derechos especiales que tienen los menores por su condición, no constituyen sólo un postulado doctrinario, sino que su reconocimiento también entraña un imperativo jurídico de máxima jerarquía normativa (“Maldonado”, cit., p. 4379), resulta evidente que entre dicho imperativo y el régimen de la ley 22.278 en cuanto regula los casos de menores no punibles, media una más que fuerte tensión.

Esta última, en palabras del citado precedente, se ha manejado con “eufemismos”. Así, por ejemplo, los menores no son sujetos de privación de la libertad, sino que son “dispuestos”, “internados” o “reeducados” o “sujetos de medidas tutelares”. Empero, estas medidas, materialmente, han significado, en muchos casos, la privación de la libertad, incluso en lugares de encierro en condiciones de similar rigurosidad y limitaciones que aquellos lugares donde se ejecutan las penas de los adultos. “En la lógica de la dialéctica del derecho de menores, al no tratarse de medidas que afectan la 'libertad ambulatoria', aquellas garantías constitucionales dirigidas a limitar el ejercicio abusivo de la prisión preventiva u otras formas de privación de la libertad aparecen como innecesarias” (ídem, p. 4377). Empero, “no hay diferencia, más allá de su denominación, entre la [situación de privación de la libertad] sufrida por el adulto durante la etapa del proceso y la soportada por un menor durante el período de tratamiento tutelar, resultando la institucionalización de los últimos, más deteriorante aún, pues interrumpe su normal evolución. El artificio de nominar de modo diferente la privación de libertad de cualquier persona, desde hace muchos años se conoce en doctrina como el 'embuste de las etiquetas’” (L.1157.XL. “L., L. A. s/ causa N° 5400”, sentencia del 18 de diciembre de 2007, considerando 10). Todo ello, amén de otras dos características tan distintivas como criticables: el “retaceo” de principios básicos y elementales que conforman el debido proceso, y la ausencia de una línea divisoria clara entre el niño imputado de un delito de aquel otro niño desamparado (o incluso del que fue víctima), tal como se desprende del art. 2 de la ley 22.278 y de la hermenéutica de la ley 10.903 de Patronato de Menores, conocida como “Ley Agote” (art. 21; “Maldonado”, cit., ps. 4376/4377).

La doctrina de la situación irregular, reflejada en la ley 22.278, en consecuencia, resulta a todas luces “anacrónica”, por cuanto “caracteriza al niño como un sujeto pasivo e incompetente, en contraposición a la doctrina de la 'protección integral', sobre la que se basa la Convención sobre los Derechos del Niño” (Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Quinto informe sobre la situación de los derechos humanos en Guatemala, 45 OEA/Ser.L/V/II.111 Doc. 21 rev., 6-4-2001; en igual sentido: Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia, OEA/Ser.L/V/ II.102 Doc. 9 rev. 1, 26-2-1999, cap. XIII, párr. 22). Una de sus consecuencias más graves, es el amplio poder de discrecionalidad que concede a los jueces, lo cual, en la práctica, muchas veces se traduce en violaciones de derechos de los niños infractores de la ley penal (ídem, Tercer informe... Paraguay, cit., cap. VII, párr. 14).

No es casual, entonces, que el Comité de los Derechos del Niño, en 2002, le haya expresado a la Argentina su preocupación por cuanto: a. la ley vigente relativa al niño, 10.903, se remonte a 1919 y se base en la doctrina de la “situación irregular”, en virtud de la cual los niños son objeto de protección judicial; b. no existe ninguna ley nacional vigente en que se considere que el niño es sujeto de derechos, c. la citada ley, así como la 22.278 (que también se funda en la antedicha doctrina) no distinguen, en lo que se refiere a los procedimientos judiciales y el trato, entre los niños que necesitan atención y protección y los niños que

tienen conflictos con la justicia, y d. el número de niños, especialmente de familias pobres, que se encuentran privados de un medio familiar y colocados en instituciones de asistencia pública o en internados, a menudo lejos de su hogar (Observaciones finales: Argentina, 4-10-2002, CRC/C/15/Add.187, párrs. 15, 40, 42, 62 y 63; en sentido análogo: Observaciones finales: Chile, 1-2-2002, CRC/C/15/Add.173, párrs. 8 y 53). El objetivo, según lo indica dicho órgano internacional, no es otro que “la eliminación del concepto tradicional de ‘situación irregular’” (Observaciones finales: Paraguay, 12-10-2001, CRC/C/15/Add.166, párr. 10.b; Observaciones finales: El Salvador, CRC/C/15/Add.232, 4-6-2004, párr. 3.d, y Observaciones finales: Guatemala, 8-6-2001, CRC/C/15/Add.154, párrs. 11 y 56), merced al cual los niños “muchas veces se consideran objetos (Doctrina de la situación irregular) y no sujetos de los derechos” (Observaciones finales: Perú, 21-1-2000, CRC/C/15/Add.120, párr. 17). De ahí que, en la recordada oportunidad, haya recomendado a la Argentina, inter alia, que: a. establezca mecanismos y procedimientos apropiados para hacer frente a la situación de los niños que necesitan atención y protección; b. revise sus leyes y prácticas relativas al sistema de justicia de menores para lograr cuanto antes su plena conformidad con las disposiciones de la Convención, en particular los arts. 37, 39 y 40, así como con otras normas internacionales en la materia, como las Reglas de Beijing y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), y c. asegure de que exista una clara distinción, en cuanto a procedimientos y trato, entre los niños que tienen conflictos con la justicia y los niños que necesitan protección (cit. párrs. 41 y 63 a y c).

7°) Que, con todo, la fuerte tensión señalada no puede justificar que por vía pretoriana se arbitre o se tienda a arbitrar, sin más, una suerte de régimen general sustitutivo del previsto por la ley 22.278, y nada menos que con los vastos alcances que le confiere el fallo apelado. Este último, en términos generales, no es censurable por el diagnóstico que formula acerca de los males que padece el sistema vigente; sí lo es respecto del medio escogido para superarlos. Varias razones concurren a ello. En primer lugar, tal como lo reiteró esta Corte para 2007 en el caso “Badaro” (Fallos: 330:4866), no es propio del cometido fijado al Poder Judicial en el art. 116 de la Constitución Nacional dictar una sentencia con carácter de norma general derogatoria de las disposiciones en cuestión, pues ello implicaría sustituirse al Congreso en las funciones que le corresponden a éste (Fallos: 330:4866, 4873/ 4874). No es el Poder Judicial, cabe agregar, una suerte de plaza sustitutiva a la que pueden ser desplazados o traídos, para su resolución, temas que son del resorte de otros poderes. Ni siquiera una finalidad de bien público admite que se arbitren panaceas al margen de las instituciones (“Galletti c. Provincia de San Juan”, Fallos: 148:65, 80), mayormente cuando es atributo del Congreso, además del que siempre ha contado para legislar en la materia, promover medidas de acción positiva que garanticen el pleno goce de los derechos reconocidos por la Constitución Nacional y por los tratados de derechos humanos, en particular, respecto de los niños (art. 75.23), norma que descalifica todo accionar que en la práctica lleve a un resultado que afecte tales derechos (“Badaro”, Fallos: 329:3089, 3096 y su cita —2006—).

En segundo término, no demanda mayores explicaciones afirmar que las cuestiones que encierra la problemática de los menores en conflicto con la ley penal, son de una delicadeza, gravedad y complejidad extremas. No es asunto, ciertamente, de desaprobar normas y políticas que, basadas en la anacrónica situación irregular, desconozcan en plenitud los derechos, libertades y garantías de los niños. Se trata de eso, por cierto, pero de mucho más, como lo es establecer, al unísono, otras políticas, planes, programas, estrategias, instituciones y normas de coordinación que, sin incurrir en dicho desconocimiento, hagan realidad las medidas de protección a las que aquéllos tienen derecho y a cuya implementación está obligado el Estado, para más, mediante la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas (Convención, art. 3; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-17/02, 28-8-2002, Serie A N° 17, párr. 78 y punto 6 de la opinión). Todo ello, por su naturaleza, trasciende no sólo el ya mentado cometido jurisdiccional del Poder Judicial, sino, también, sus capacidades. Por otro lado, la cuestión exhibe singulares contornos en las actuales circunstancias puesto que, en 2005, la ley 26.061 ha derogado a la ya citada ley 10.903 en el sentido de las ya mentadas Observaciones finales dirigidas a la Argentina por el Comité de los Derechos del Niño ("Maldonado", cit., 4369), y, después de enunciar el objetivo de "la protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes que se encuentren en el territorio de la República Argentina, para garantizar el ejercicio y disfrute pleno, efectivo y permanente de aquellos reconocidos en el ordenamiento jurídico nacional y en los tratados internacionales en los que la Nación sea parte" (art. 1), ha previsto principios, derechos y garantías del niño (título II), un sistema de protección integral de éste (título III) y diversos órganos destinados a ello (título IV). Más aún; el presente problema de la minoridad, dicho esto al margen del pronunciamiento impugnado, tampoco puede reducirse, so riesgo de incurrir en una superficialidad lindante con la irresponsabilidad, a una suerte de toma de posición entre una u otra de las tendencias en juego, máxime cuando "puede surgir, dialécticamente, una corriente de síntesis, de encuentro, de consenso, devolviendo a la palabra 'tutela' su sentido genuino —como se habla de tutela del Derecho o de tutela de los derechos humanos—, su acepción original y pura: un Derecho protector, no un Derecho desposeedor de los derechos fundamentales" (Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, cit., voto concurrente razonado del juez García Ramírez, párr. 24).

En tales condiciones, se impone revocar la sentencia apelada, lo cual en nada impide y en todo exige, naturalmente, que los jueces con competencia en causas relativas a menores no punibles en la situación de la ley 22.278, dicten, cuando correspondiere, las decisiones que en el caso concreto sean requeridas para la salvaguarda de los derechos y libertades del menor y para la protección especial a que éste es acreedor, con arreglo a las normas del bloque de constitucionalidad del que se ha hecho mérito en esta sentencia y, en cuanto fuere apropiado, a la ley 26.061. No ofrece dudas que entre las "medidas de otra índole"

que el Estado debe arbitrar “para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención” (Convención, art. 4; en sentido análogo, Convención Americana sobre Derechos Humanos, art. 2), se inscriben las sentencias judiciales. Los “tribunales”, al respecto, están obligados a atender, como consideración primordial, al interés superior del niño, llevando a cabo una “supervisión adecuada” (idem, art. 3), sobre todo cuando es doctrina de esta Corte que “garantizar” los derechos humanos implica para el Estado el deber “de tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar” de aquéllos (“Giroldi y otro”, Fallos: 318:514, 530, con cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos), lo cual comprende el ejercicio del “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas aplicables in concreto y los tratados internacionales enunciados en el art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional (“Mazzeo”, Fallos: 330:3248, 3297, con cita de la Corte Interamericana de Derechos Humanos). Es función elemental y notoria de los jueces hacer cesar, con la urgencia del caso, todo eventual menoscabo que sufra un menor en la situación mencionada de sus derechos constitucionales, para lo cual dicha supervisión implica una permanente y puntual actividad de oficio. Valga la presente, en consecuencia, como recordatorio e instrucción en tal sentido (doctrina de “Verbitsky”, citado, ps. 1203/1204). Otro tanto cabe predicar, en su medida, del Ministerio Público de la Defensa.

Finalmente, el Tribunal tampoco puede pasar por alto que la cuestión exige, con necesidad y apremio, la actividad del Congreso y del Poder Ejecutivo nacionales. En consecuencia, al modo en que fue hecho en el mencionado “Badaro” de 2006 (citado, ps. 3096 y 3099), también procede, atento las relaciones que deben existir entre los departamentos de Estado, comunicar a dichos poderes el contenido de esta sentencia a fin de que, en un plazo razonable, arbitren las medidas que son de su resorte.

Por ello, se hace lugar a la queja y al recurso extraordinario interpuestos, y se revoca la sentencia apelada con los alcances indicados. Acumúlese la queja al principal, hágase saber, practíquense las comunicaciones ordenadas a los poderes legislativos y ejecutivos nacionales, y a la Cámara Nacional de Casación Penal a efectos de que transmita la presente a todos los jueces competentes en la materia y, oportunamente, devuélvase.

ENRIQUE SANTIAGO PETRACCHI.

ES COPIA

Recurso de hecho interpuesto por Raúl Omar Pleé, Fiscal General ante la Cámara Nacional de Casación Penal.

Tribunal de origen: Sala III de la Cámara Nacional de Casación Penal.

Tribunales que intervinieron con anterioridad: Sala V de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional y Juzgado Nacional de Menores n° 5.

SECCIÓN TERCERA

DOCUMENTO

INFORME DE LA SITUACIÓN DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY PENAL EN LOS PAÍSES DEL MERCOSUR,^{*} PRESENTADO EN AUDIENCIA REGIONAL ANTE LA CIDH

Marco general

JUSTICIA JUVENIL Y DERECHOS HUMANOS

Un desafío clave que se plantea para nuestros estados en un mundo globalizado como el actual es la construcción de una política pública que dé respuesta a la problemática de los niños, niñas y adolescentes en conflicto con la ley penal, sobre la base de los fundamentos del respeto de los derechos humanos, tratando de evitar que estas respuestas sean exclusivamente punitivas o criminalizadoras.

Las contradicciones —y muchas veces consecuencias— generadas por los proyectos de desarrollo económico de los países, especialmente los situados en el hemisferio sur del planeta, conocidos como países en proceso de desarrollo, han dado lugar a un constante debate acerca de la necesidad de construcción de nuevas directrices sobre el control social del delito y la necesidad de evitar la lógica política de la criminalización de la pobreza.

Las políticas públicas implementadas por nuestros estados en materia de infancia y adolescencia no estuvieron ausentes de esta lógica de control social, la cual se escondió bajo el ropaje de la doctrina de la situación irregular.

La primera etapa en la búsqueda por construir una política criminal de control social del delito fundada en las premisas de los derechos humanos, pasa por la innegociable ruptura de esta tendencia criminalizadora y de erigir sistemas que limiten y acoten por medio de garantías las permanentes tendencias a expandir los sistemas penales.

En este sentido, no estamos tratando desde una perspectiva axiológica la delincuencia, sino más bien en el entendimiento de que toda sociedad genera su cuota de conflictos, que son controlados por mecanismos diseñados e implementados por cada comunidad. Es con este telón de fondo que creemos que los procesos de definición de lo que se considera delito debe ser entendido, comprendido y controlado. En un breve análisis de la

^{*} El presente informe ha sido realizado y presentado en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos el 28 de octubre de 2008 por Darío Abdala y Nora Pulido por COLECTIVO DE DERECHOS DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA (Argentina), Carlos Nicodemos por la ASSOCIACAO NACIONAL DOS CENTROS DE DEFESA DA CRIANCA E DO ADOLESCENTE (ANCD - Brasil), Soledad Cáceres por la COORDINADORA POR LOS DERECHOS DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA (CDIA - Paraguay) y Luis Pedernera del COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (Uruguay). Esta versión contiene algunas correcciones, modificaciones y actualizaciones al texto original a los efectos de esta publicación.

delincuencia infantil en América Latina vemos una profundización en el proceso punitivo generado por la penalización de la pobreza.

Esto es así porque sabemos que la historia de la afirmación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes está marcada por elementos y valores como la caridad y la filantropía, además de la representación en la que la familia y las instituciones de atención siempre hablan en nombre de los intereses de los niños, niñas y los adolescentes.

A partir de la proclamación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN), se rompe jurídicamente con la política de la justicia de menores basada en la lógica de la construcción punitiva de las políticas sociales por parte del Estado, que se sostenía en proyecciones de corte peligrosista y etiológico a partir de las condiciones de vida material de los niños, las niñas y los adolescentes, para la que era innecesario el respeto del principio de legalidad.

La CDN establece un nuevo punto de referencia doctrinal sobre la base de los derechos humanos que, en primer término, limita la intervención punitiva a partir del desarrollo de un sistema de garantías que frena la discrecionalidad penalizadora sobre la infancia.

Este proceso de cambio de modelos de intervención se da entre lo que se denomina el paradigma tutelar de las viejas legislaciones de menores y el nuevo marco de lo que algunos denominan protección integral de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En este contexto entre los instrumentos internacionales que apoyan este marco de protección de derechos, podemos mencionar: las **Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia (“Reglas de Beijing”)** de 1985; las **Reglas de Naciones Unidas para la “Protección de los Menores Privados de Libertad”** de 1990; las **Directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (“Directrices de Riad”)** de 1990 y la reciente **Observación General Nº 10 sobre los derechos del niño en la justicia de menores, del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas.**¹

Estos documentos internacionales, junto a la Convención Americana de Derechos Humanos de la Organización de Estados Americanos, forman el núcleo de directrices para la construcción de una política de control de las infracciones basada en el respeto de los derechos humanos de los/as adolescentes privados de la libertad.

A su vez, el Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos también ha contribuido a la elaboración de estándares mínimos de protección de dichos derechos en el tema que nos compete. Así podemos encontrar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos los ha establecido en la OC 17, como así también en el caso “Instituto de Reeducação del Menor c/ Estado Paraguayo” conocido como “**Panchito López**”, en el punto

¹ Observación General Nº 10 del Comité de los Derechos del Niño (“**Los derechos del niño en la justicia de menores**”), emitida durante el 44º período de sesiones en Ginebra, del 15 de enero al 2 de febrero de 2007.

resolutivo N° 11 de la Sentencia dictada el 2 de setiembre de 2004, en el que ordena la creación de una política pública para la atención de adolescentes en conflicto con la ley.

Se hace imperioso que nuestros países avancen en lograr la vigencia efectiva de dichos instrumentos y estándares, los cuales se obligaron a respetar para avanzar hacia un Estado de Derecho más sólido y con mayor integración social.

Sin embargo, estando en plena vigencia la CDN en América Latina, muchos países no traducen sus obligaciones, que derivan del cumplimiento del tratado, en acciones concretas a través de la formulación de políticas públicas focalizadas, produciéndose así un distanciamiento entre lo que se formula en la ley y la realidad. En consecuencia, los estándares emanados de la CDN no son implementados en la realidad cotidiana de las instituciones por los operadores con responsabilidad en la materia, es decir, el impacto retórico de la CDN no tiene correspondencia con la aplicación concreta de las políticas públicas de infancia que desarrollan nuestros países.

Como consecuencia de ello, los derechos humanos no se conceptualizan como un límite al poder estatal coactivo y los mecanismos de protección de los derechos de un sector de la población extremadamente vulnerable son débiles.

Podemos ver claramente que las privaciones de libertad siguen siendo las sanciones más aplicadas a los niños, niñas y adolescentes y que los procesos judiciales continúan permeados por la cuestión de que existen actores del sistema que siguen operando como “buenos padres de familia” y diluyen el contradictorio, en términos de convertir a los procesos en instrumentos funcionales al control adulto, e instituciones o centros de detención que están muy lejos de los postulados socioeducativos que deben primar en este tipo de sanciones. Estas instituciones, además, se transforman en verdaderas cárceles en donde el ocio por encierros compulsivos, los malos tratos, la tortura y las muertes siguen siendo parte del paisaje que las diferentes administraciones en estos casi 20 años de vigencia del tratado no han desterrado.

Informe de situación

LA JUSTICIA JUVENIL EN LOS PAÍSES DEL MERCOSUR

1. Legislación penal juvenil vigente en el Mercosur

Legislación vigente en la Argentina

Con la sanción de la Ley Nacional de Protección Integral de Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes, Ley 26.061 de octubre de 2005, Argentina inició el camino de adecuación legislativa en materia de infancia a lo establecido por la Constitución Nacional, hoy nutrida por cada uno de los tratados internacionales de derechos humanos incorporados en el art. 75 inc. 22, siendo uno de ellos la CDN.

Este proceso de adecuación legislativa y de cumplimiento de obligaciones iniciado por el Estado resulta incompleto, al no incluir en forma paralela una reforma del actual régimen penal de la minoridad, que rige la situación de los adolescentes acusados de cometer delitos, siendo dicha reforma tan imprescindible como la existencia de la ley de protección integral de derechos.

Actualmente, y por aplicación del Régimen Penal de Minoridad vigente (Leyes 22.278 y 22.803, heredadas de la última dictadura militar, años 1980 y 1983 respectivamente), los niños, niñas y adolescentes son sometidos a verdaderas penas indeterminadas, sin criterios objetivos ni limitativos para su imposición, y sin gozar de las garantías constitucionales mínimas (debido proceso, defensa en juicio, principio de inocencia, especificidad, etc.).

Se encuentra vigente un régimen penal acorde a un sistema tutelar pre Convención, de donde surge claramente la incapacidad del Estado en diseñar e implementar políticas públicas adecuadas para garantizar los derechos de los niños, niñas y adolescentes, intentando invisibilizar tal incapacidad con la privación de libertad so pretexto de que el menor de edad se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral o con problemas de conducta. Más aún, estamos en presencia de un sistema que no se acoge a los principios básicos de todo proceso penal garantizado por el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, nuestra Constitución Nacional vigente y del proceso penal para adultos.

Las principales características de este régimen son:

- a.** La autoridad judicial puede disponer, provisional o definitivamente, de un menor de edad si el mismo es imputado de un delito o se encuentra “abandonado”, “falto de asistencia”, en “peligro material o moral” o tiene “problemas de conducta” (artículos 1 y 2).²
- b.** La disposición implica que el juez pueda adoptar respecto del niño o adolescente las medidas que crea conveniente, sin determinación temporal, así como también la

² El artículo 1 de la Ley 22.278 establece lo siguiente:

“No es punible el menor que no haya cumplido dieciséis años de edad. Tampoco lo es el que no haya cumplido dieciocho años, respecto de delitos de acción privada o reprimidos con pena privativa de la libertad que no exceda de dos años, con multa o con inhabilitación.

“Si existiere imputación contra alguno de ellos la autoridad judicial lo dispondrá provisionalmente, procederá a la comprobación del delito, tomará conocimiento directo del menor, de sus padres, tutor o guardador y ordenará los informes y peritaciones conducentes al estudio de su personalidad y de las condiciones familiares y ambientales en que se encuentre.

“En caso necesario pondrá al menor en lugar adecuado para su mejor estudio durante el tiempo indispensable.

“Si de los estudios realizados resultare que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral, o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador”.

Y el artículo 2, lo que sigue:

“Es punible el menor de dieciséis a dieciocho años de edad que incurriere en delito que no fuera de los enunciados en el art. 1.

“En esos casos la autoridad judicial lo someterá al respectivo proceso y deberá disponerlo provisionalmente durante su tramitación a fin de posibilitar la aplicación de las facultades conferidas por el artículo 4.

“Cualquiera fuese el resultado de la causa, si de los estudios realizados apareciera que el menor se halla abandonado, falto de asistencia, en peligro material o moral o presenta problemas de conducta, el juez dispondrá definitivamente del mismo por auto fundado, previa audiencia de los padres, tutor o guardador”.

restricción de la patria potestad o la tutela, y el discernimiento de la guarda cuando correspondiere (artículos 1, 2, 3 y 7).³

- c.** No se prevé determinación o limitación temporal para las medidas que, discrecionalmente, se ordenen sobre los niños o adolescentes infractores de la ley (artículos 1 y 2).
- d.** Durante la tramitación del proceso, para el caso de los menores de edad punibles, el juez puede “disponer” de los mismos, provisionalmente, y finalizada la causa, independientemente del resultado de la misma y del juicio de responsabilidad, podrá “disponer” definitivamente de los chicos abandonados, faltos de asistencia o en peligro (artículo 2).
- e.** Al cumplir 18 años de edad, y luego de haber sido sometido a tratamientos tutelares, por lo menos por un año (es decir, haber sido recluso en algún instituto), puede serle impuesta una pena de las previstas en nuestro ordenamiento penal (artículo 4).⁴
- f.** No hay referencia alguna a medidas alternativas a la privación de la libertad; y se permite que el adolescente sea recluso y sometido a medidas judiciales por mayor tiempo que un adulto, en caso de cometer un mismo delito.

En conclusión, si para el sistema penal de adultos los principios de legalidad, de inocencia y de libertad personal imperan de manera concluyente, **MÁS AÚN DEBEN SER OBSERVADOS EN LOS CASOS DE NIÑOS Y ADOLESCENTES**, que tienen por razón de su condición de personas en desarrollo un estatus especial, por el que deben exacerbarse al máximo los estándares del debido proceso, promoviendo su pleno y buen desarrollo, sin discriminación alguna. Sin embargo, este régimen penal encubierto que opera con los menores de edad vulnera abiertamente los principios garantizados por el ordenamiento constitucional vigente.

³ El artículo 3 de la ley mencionada dice:

“La disposición determinará:

“a) La obligada custodia del menor por parte del juez, para procurar la adecuada formación de aquél mediante su protección integral. Para alcanzar tal finalidad el magistrado podrá ordenar las medidas que crea convenientes respecto del menor, que siempre serán modificables en su beneficio;

“b) La consiguiente restricción al ejercicio de la patria potestad o tutela, dentro de los límites impuestos y cumpliendo las indicaciones impartidas por la autoridad judicial, sin perjuicio de la vigencia de las obligaciones inherentes a los padres o al tutor;

“c) El discernimiento de la guarda cuando así correspondiere.

“La disposición definitiva podrá cesar en cualquier momento por resolución judicial fundada y concluirá de pleno derecho cuando el menor alcance la mayoría de edad”.

A su vez, el artículo 7 establece:

“Respecto de los padres, tutores o guardadores de los menores a que se refieren los arts. 1 y 2, el juez podrá declarar la privación de la patria potestad o la suspensión, o la privación de la tutela o guarda, según correspondiere”.

⁴ Dice el artículo 4:

“La imposición de pena respecto del menor a que se refiere el art. 2 estará supeditada a los siguientes requisitos:

“1) Que previamente haya sido declarada su responsabilidad penal y la civil si correspondiere, conforme a las normas procesales.

“2) Que haya cumplido dieciocho años de edad.

“3) Que haya sido sometido a un período de tratamiento tutelar no inferior a un año, prorrogable en caso necesario hasta la mayoría de edad.

“Una vez cumplidos estos requisitos, si las modalidades del hecho, los antecedentes del menor, el resultado del tratamiento tutelar y la impresión directa recogida por el juez hicieren necesario aplicarle una sanción, así lo resolverá, pudiendo reducirla en la forma prevista para la tentativa.

“Contrariamente, si fuese innecesario aplicarle sanción, lo absolverá, en cuyo caso podrá prescindir del requisito del inc. 2”.

Por ello es necesaria la elaboración de un Sistema de Responsabilidad Penal Juvenil acorde a los estándares mínimos de protección de derechos, que se rija por principios de “intervención penal mínima”, “especificidad”, “medidas socioeducativas”, “debido proceso garantizado” y que la privación de libertad sea el último recurso a emplearse y por el lapso más breve posible, teniendo en consideración que la modificación normativa por sí sola no cambiará la situación si no se diseñan e implementan políticas públicas universales, no discriminatorias, de inclusión y de prevención.

Es decir, un régimen que se adapte plenamente a lo establecido en la CDN, especialmente con lo normado por los artículos 37 y 40, como así también a otros instrumentos referidos a la justicia juvenil, incluyendo las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (las Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (las Directrices de Riad) y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (Resolución 45/113).

En ambas cámaras del Congreso de la Nación se han presentado desde hace varios años distintos proyectos de reforma del régimen penal juvenil. En la actualidad hay ocho proyectos con estado parlamentario en el Senado y en la Cámara de Diputados.

Todos los proyectos proponen bajar la edad de imputabilidad penal, disponiendo un régimen penal desde los 14 hasta los 18 años de edad. Dentro de este grupo se distinguen los comprendidos entre los 14 y los 16 años y los de 17 y 18. En general, prevén penas más leves para el primer grupo que para el segundo, pero en todos los casos las penas son sustancialmente bajas. Se propone un abanico de penas, siendo la de privación de libertad el último recurso a emplear.

Últimamente, diputados oficialistas le encomendaron al departamento de Derecho Penal de la Universidad de Buenos Aires un proyecto de ley al respecto. A mediados de abril el mismo fue presentado de manera informal en la Comisión de Legislación Penal de la Cámara de Diputados. Allí, en líneas generales, se establecen lineamientos similares a los proyectos presentados con anterioridad, pero la duración de las penas privativas de libertad son un tanto más elevadas, previendo 15 años como pena máxima en el caso que al menor de edad le correspondiera la pena de prisión perpetua.

Legislación vigente en Brasil

Al final de los años ochenta y en la década del noventa, la llamada “*Edad de los derechos*” de Norberto Bobbio, Brasil se consolidó en la escena internacional como un país comprometido en el campo normativo con los derechos humanos.

Este proceso internacional está directamente vinculado a la redemocratización iniciada en 1985, que coloca al país como referencia en América Latina para las cuestiones relacio-

nadas con la democracia y los derechos humanos. El marco legal de los derechos de los niños, niñas y adolescentes fue desarrollado bajo influencia de este período histórico.

La Constitución Federal de la República Federativa del Brasil de 1988, más allá de establecer las nuevas condiciones para el marco político del régimen hasta hoy vigente, el fundamento jurídico de la ciudadanía de los nacionales, ha reconocido, en el área de la infancia y de la adolescencia, a la doctrina de la protección integral como pilar ético y jurídico que orienta la política del Estado.

El artículo 227 de la Constitución Federal de 1988 compromete a la familia, a la sociedad y al Estado en la protección integral de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, salvaguardándolos de toda forma de amenaza o de violación de estos derechos fundamentales.

En esta misma Constitución, encontramos el artículo 228, considerado en el campo político y jurídico como un derecho-garantía individual, al determinar que: *“Son criminalmente inimputables los menores de edad de 18 años, sujetos a la legislación especial”*.

Acerca de la legislación específica, Brasil reglamentó la norma arriba mencionada por medio de la Ley 8069 del 13 de julio de 1990, más conocida como el Estatuto del Niño y del Adolescente, que promueve la incorporación de la doctrina de la protección integral, especialmente en la formulación/elaboración de políticas públicas dirigidas a la infancia y a la adolescencia.

En el campo internacional, Brasil firmó y ratificó la CDN más allá de reconocer normativamente las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores —Reglas de Beijing— y las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad.

Entre otros tratados internacionales en el área de los Derechos Humanos, podemos destacar también la ratificación de la Convención Americana de Derechos Humanos —el Pacto de San José de Costa Rica de la Organización de los Estados Americanos (OEA)—, así como su sistema de protección, en el cual se incluye la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Marco político-institucional

A partir del reconocimiento y de la incorporación de los documentos nacionales e internacionales de derechos humanos de la niñez y la adolescencia mencionados anteriormente, y en razón de la influencia del proceso de redemocratización del Estado brasileño, se inició un camino de formulación/elaboración de la política de atención al niño/a y al adolescente, realizado bajo la orientación de la llamada participación popular.

Se trata de una reglamentación establecida por el artículo 227 de la Constitución Federal de 1988, que incluye la participación permanente de la sociedad civil en la protección

integral de los derechos humanos de los niños y de los adolescentes (el sistema secundario desarrollado por el Consejo Tutelar)⁵ y, estratégicamente, en la elaboración de la política pública específica (sistema primario desarrollado por el Consejo de Derechos), a través del artículo 88 del Estatuto del Niño y del Adolescente, a saber: “*Son líneas de la dirección de la política de la atención: I- municipalización de la atención; II - creación de Consejos municipales, estatales y nacionales de ciudad de derechos del niño y del adolescente, órganos deliberativos y controladores de acciones en todos los niveles, asegurada la participación popular paritaria por medio de organizaciones representativas, según las leyes federales, estatales y municipales*”.

Como resultado de esta política de participación popular, el Consejo Nacional de los Derechos de los Niños y de los Adolescentes (CONANDA), por medio de la Resolución 119 de 2006, deliberó con base en la llamada doctrina de la protección integral y las normativas nacionales e internacionales de protección a los derechos humanos de los adolescentes autores de infracciones a la ley penal, creando el Sistema Nacional de Atención Socioeducativa (SINASE).

EL SINASE⁶ se define como: “*(...) un conjunto/sistema ordenado de principios, reglas, de carácter jurídico/legal, político, pedagógico, financiero y administrativo que va desde el proceso de la investigación de la infracción hasta la ejecución de la medida socioeducativa. Este sistema nacional incluye los sistemas estatales, distritales y municipales, bien como en todas las políticas, proyectos y los programas específicos de atención a esta población. El SINASE se constituye en una política pública destinada a la inclusión del adolescente en conflicto con la ley y se correlaciona y demanda iniciativas de los diversos campos de las políticas públicas y sociales*”.

Con este instrumento Brasil pasa a tener una política nacional de atención socioeducativa a los adolescentes autores de infracciones a la ley penal, bajo la orientación de varios tratados generales y específicos de derechos humanos, más allá de la condición de ser un Estado democrático de derecho.

El SINASE aguarda su aprobación en el Congreso Nacional, pudiendo ser sancionado por el Poder Ejecutivo, lo que proporcionará —por primera vez en la historia de la República brasileña— la incorporación de una política socioeducativa para adolescentes autores de infracciones a la ley penal.

Legislación vigente en Paraguay

A partir de la ratificación por Paraguay de la CDN, en el año 1990, se instala en el país un movimiento que propugna la adecuación de las normativas vigentes a los principios

⁵ Ley 8.069/90 – Estatuto del Niño y del Adolescente:

Art. 98.- Las medidas de protección al niño y al adolescente son aplicables siempre que los derechos reconocidos en esta ley sean amenazados o violados: I. Por acción u omisión de la sociedad o del Estado; II. por falta, omisión o abuso de los padres o responsable; III. en razón de su conducta.

Art. 131.- El Consejo Tutelar es el órgano permanente y autónomo, no jurisdiccional, encargado por la sociedad de velar por el cumplimiento de los derechos del niño y del adolescente definidos en esta ley.

⁶ Resolución 119 del Consejo Nacional de los Derechos de los Niños.

de la misma. Esto genera la modificación y creación de leyes, las cuales responderían de manera integral a las necesidades de los niños, niñas y adolescentes que, por diversas situaciones, se encuentran involucrados en procesos judiciales.

En este contexto de reforma jurídica, la concepción del adolescente en conflicto con la ley penal inicia un proceso de cambio. Actualmente, el Código de la Niñez y la Adolescencia (CNA) Ley 1680/ 01, específicamente en el Libro V, propone un régimen de atención diferenciada para los adolescentes en conflicto con la ley penal, basándose en un sistema de responsabilidad, a partir del proceso penal contra el adolescente, tendiente a respetar su condición de persona en desarrollo, permitiéndole responsabilizarse de sus actos e integrar procesos de reintegración familiar y social.

Sin embargo, el sistema penal establecido por el CNA no se encuentra aún debidamente reglamentado, lo que genera la necesidad de recurrir al Código Procesal Penal como normativa supletoria para resolver aquellas situaciones no previstas. Esto genera graves inconvenientes al momento de adaptar tales disposiciones a los preceptos emanados de la CDN, pues se mantiene un criterio de delegación o integración normativa hacia leyes para adultos.

La existencia de una justicia penal con resabios del régimen inquisitivo anterior; la privación de libertad como primera medida a ser aplicada; la ausencia de equipos técnicos capacitados que asesoren a los juzgados y acompañen el proceso de inserción social; la inexistencia de medidas socioeducativas; la sociedad y sus posturas ideológicas de “tolerancia cero” y “mano dura”, son factores que influyen de manera preponderante al momento de juzgar al adolescente, desconociendo sus derechos y garantías.

En Paraguay, el juez penal de la adolescencia cuenta, al momento de juzgar, con los preceptos que, de una manera muy general, establece el Libro V del CNA, el cual no contempla todas las situaciones procesales, situación que obliga al juez a recurrir supletoriamente al Código Procesal Penal; en esta práctica judicial se observa la ausencia de una normativa unificada reguladora de todas aquellas cuestiones vinculadas a los adolescentes en conflicto con la ley penal.

Ante esta situación, se visualiza la necesidad de crear respuestas que se contrapongan y reemplacen los modelos de intervención penal que no responden ni se adecuan a los estándares internacionales y en especial los consagrados en la CDN. Es necesario impulsar procesos de reformas políticas que instalen e instituyan formalmente propuestas de normativas y procedimientos que por un lado se adecuen a los preceptos de la Convención, a la realidad de los adolescentes paraguayos y al contexto en el que se desarrollan y, por otro, modifiquen los preceptos vigentes del proceso penal adolescente. Estas propuestas deben ser discutidas en el marco del proceso de reforma penal que será llevado adelante por el Parlamento paraguayo a partir del año 2009.

Derechos y garantías bajo la Justicia Penal Juvenil

En el año 2003 se crean en Paraguay los primeros seis Juzgados Penales de la Adolescencia, de conformidad a lo dispuesto por el CNA. Estos son juzgados especializados que tienen a su cargo llevar adelante los procesos penales de las personas que tienen entre 14 y 17 años de edad al momento de la comisión del hecho punible. Actualmente se han constituido catorce juzgados especializados en el país.

Si bien el CNA dispone la instalación de una “Justicia Especializada”, conformada por jueces, fiscales y defensores “con conocimientos especializados” en la temática penal juvenil y afectados únicamente a la atención de estos casos, en la realidad esto no es así, y podríamos afirmar que existe una invisibilidad de la temática de la adolescencia en el ámbito judicial, ya que ni el Ministerio Público ni el Ministerio de la Defensa Pública han comisionado funcionarios a la jurisdicción penal juvenil, por lo que fiscales y defensores asisten por igual tanto a adultos como adolescentes en los procesos penales. Esta situación coloca en un plano de desigualdad a los adolescentes, ya que la atención de sus casos es generalmente relegada por la de los adultos.

La situación descrita es confirmada a partir de la cantidad de casos de adolescentes procesados, cuyas causas sufren retraso judicial debido a la suspensión sistemática de las audiencias por los defensores o fiscales (si se contraponen audiencias los funcionarios optan por asistir a las de los adultos).

El 90 % de los adolescentes que están procesados penalmente recurren a los servicios de la Defensa Pública debido a la falta de medios económicos para solventar un abogado particular. La función de los defensores públicos se limita a una mera defensa formal, que de ninguna manera garantiza el derecho a la defensa del adolescente imputado; ejemplos de esta situación son: la falta de información al adolescente sobre su situación procesal, la ausencia de un asesoramiento pertinente que le permita al adolescente participar y ejercer su debida defensa, la ausencia de implementación de mecanismos jurídicos tendientes a defender los intereses de los adolescentes (no realizan impugnación sobre actuaciones fiscales y generalmente se allanan a los requerimientos fiscales).

En relación a los fiscales, entre los años 2003 y 2004 la Fiscalía General del Estado conformó una unidad especializada de fiscales que atendía exclusivamente los casos de adolescentes; en el año 2004 la unidad se disolvió por disposición del Fiscal General alegando que no era necesaria tal división. Actualmente los fiscales no están capacitados debidamente en la temática y en consecuencia no cumplen con los preceptos del CNA, sobre todo en lo referente al principio de la *ultima ratio* de la medida privativa de libertad, ya que en la mayoría de los requerimientos fiscales se observa el pedido de prisión preventiva y acompañan sus acusaciones con requerimientos de medidas definitivas en régimen de privación de libertad. Asimismo se observa, fundamentalmente, en las jurisdicciones del interior, una intervención fiscal irregular y violatoria del CNA; ejemplos de ello son: la orden fiscal de

detención preventiva de adolescentes, declaraciones indagatorias de adolescentes ante el fiscal, adolescentes que permanecen detenidos en comisarías más tiempo del plazo legalmente permitido y sin haber sido puestos a disposición del juez, etc.

Otro inconveniente es la falta de instalación, en los juzgados especializados, de equipos asesores de la justicia penal adolescente (figura prevista en el CNA). Esto se debe a la ausencia de voluntad política de la Corte Suprema de Justicia, organismo responsable de la conformación e instalación de estos equipos en las distintas jurisdicciones.

Legislación vigente en Uruguay

En Uruguay el marco normativo está contenido en el Código de la Niñez y la Adolescencia, aprobado por Ley 17.823 de 7 de setiembre del año 2004. Dicho texto fue el producto del proceso de 10 años de debate parlamentario. Si bien presenta algunas deficiencias en relación a los postulados de la CDN en la construcción del sistema de responsabilidad penal de los adolescentes, tiene avances significativos en relación con la legislación anterior. Entre éstos, fija la edad de 13 años como límite debajo de la cual no hay persecución penal, la excepcionalidad de la privación de la libertad, y desarrolla una serie de principios garantistas que orientan las actuaciones y el tratamiento durante la persecución penal.

2. Aplicación de medidas no privativas de libertad

Situación en Argentina

La legislación penal juvenil argentina no hace ninguna referencia a medidas no privativas de libertad.

Las políticas públicas aplicadas tanto por el Estado nacional como por los Estados provinciales se basan, en general, en la aplicación de la privación de libertad de niñas, niños y adolescentes como *primera ratio*; esto es consecuencia de la insuficiente aplicación de medidas alternativas a la privación de libertad.

Si bien el Régimen Penal de la Minoridad argentino establece que una persona menor de 16 años es inimputable, en los establecimientos para el alojamiento de niñas, niños y adolescentes de 16 a 18 años infractores o presuntos infractores al régimen penal juvenil, es común encontrar niños menores de 16 años detenidos, como objeto de una “medida” —denominada tutelar, de seguridad o de protección—, que materialmente implica su restricción ambulatoria y consecuentemente la restricción de sus derechos.

Recientemente la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en un cuestionado fallo, rechazó un hábeas corpus colectivo a favor de los menores de 16 años presos, sin condena y sin debido proceso, en la cárcel de menores denominada Instituto San Martín, de la ciudad de Buenos Aires. Este caso fue presentado recientemente por una serie de organizaciones

(Fundación Sur, CELS y Xumek) a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. Aun en este fallo, la Corte vuelve a ratificar la necesidad de modificar el régimen penal.

En otro orden, es importante tener en cuenta que hay cinco personas cumpliendo penas de prisión perpetua hace 13 años por delitos cometidos cuando eran menores de edad, casos denunciados ante la CIDH, donde el Estado se comprometió en la extinta solución amistosa a elevar al Congreso un nuevo régimen penal.

El informe oficial "Adolescentes en el Sistema Penal"⁷ destaca que fueron relevados 6299 adolescentes menores de 18 años incluidos en dispositivos penales juveniles por orden judicial por estar sospechados o imputados de haber cometido algún delito. De ellos, 1529 estaban privados de su libertad en institutos de régimen cerrado, con alambrados o muros y agentes de seguridad que los controlan; y 270 estaban internados en establecimientos de regímenes semicerrados, que podían generalmente ir a la escuela o trabajar solos o supervisados por personal del lugar. Los 4495 presuntos infractores restantes estaban bajo programas no privativos de la libertad, de acompañamiento y supervisión. Dichos programas no están especializados en el tratamiento de jóvenes en conflicto con la ley penal, tampoco está especificada la metodología aplicada y se registra una carencia de datos de la edad de los beneficiarios en un 64 %, deficiencia justificada en el perfil proteccional o mixto (proteccional y penal) de la mayoría de los servicios. El mismo informe reconoce el probable subregistro de datos, elevando la cifra de adolescentes privados de su libertad a 2163 y la del total incluido en algún dispositivo por la posible comisión de un delito a 6658.

Situación en Brasil

La investigación nacional llevada adelante por el Instituto Brasileño de Geografía y Estadística (IBGE) en 2004⁸ indica que Brasil en ese año poseía cerca de 25 millones de personas adolescentes (artículo 2º de Estatuto del niño y del adolescente), con edades comprendidas entre 12 y 18 años,⁹ cifra que representa al 15% de la población brasileña.

En términos de concentración de la renta, Brasil se encuentra en una profunda desigualdad social y económica donde el 1% (uno por ciento) de los ricos retienen el 13,5% (trece con cinco por ciento) de la renta nacional, mientras que el 50% de los más pobres retienen el 14,4%, según datos del propio IBGE en 2004.

Analizando los datos que se refieren a los adolescentes autores de infracciones, podemos mencionar algunas investigaciones realizadas, por el gobierno federal, a través de la

⁷ "ADOLESCENTES EN EL SISTEMA PENAL. Situación actual y propuestas para un proceso de transformación" elaborado por el Ministerio de Desarrollo Social de la Nación —Secretaría Nacional de Niñez, Adolescencia y Familia—, la Universidad Nacional Tres de Febrero y UNICEF Oficina de Argentina. El mismo fue presentado en octubre de 2008.

⁸ Consejo Nacional de Derechos de los Niños: "Sistema Nacional de Medidas Socioeducativas". Subsecretaría de Promoción de los Derechos de los Niños y Adolescentes, Brasilia. 2006.

⁹ En Brasil, el modelo de Justicia Juvenil se aplica para quienes están comprendidos entre 12 y 18 años.

Subsecretaría de Promoción de los Derechos del Niño y del Adolescente de la Secretaría Especial de los Derechos Humanos, SPDCA/PR.

Entre estas investigaciones tenemos que en el año de 2004 existieron cerca de 39.578 adolescentes en el Sistema Socioeducativo en el Brasil. Este número representa cerca del 0,2% del total de adolescentes en el Brasil.

Por otra parte, las últimas investigaciones sobre la violencia en el Brasil apuntan a los jóvenes de 15 a 24 años como las principales víctimas de homicidios, especialmente en las grandes capitales.

Aún siendo baja la participación de los adolescentes autores de infracciones en la llamada macroviolencia, la lógica de la internación todavía prevalece como una manifestación cultural de la doctrina de la situación irregular entrañada en la política de la atención del adolescente infractor.

La Secretaría Especial de Derechos Humanos, por medio de la SPDCA, identificó que en el año de 2004 existían cerca de 13.489 adolescentes privados de libertad en el Brasil (en internación provisoria, internación y semilibertad) y una carencia de 1.499 vacantes para la internación y 1.488 vacantes para la internación provisional en el país, denunciando así la falta de cupos en el sistema socioeducativo y el hacinamiento.

En cambio, cuando se investigó la medida socioeducativa de semilibertad, ocurría lo contrario, encontrándose un exceso de lugares, explicitando que el modelo de Justicia Juvenil todavía trabaja en la lógica de la privación de la libertad como primera respuesta.

Datos oficiales más recientes extraídos de un relevamiento de la Secretaría de Promoción de los Derechos de los Niños y de los Adolescentes de la Secretaría Especial de Derechos Humanos, órgano vinculado a la Presidencia de la República, señalan que en el año 2006 existían cerca de 15.426 adolescentes privados de libertad.

Realizando una comparación de un período de 10 años (1996 al 2006), se verifica un aumento del 360% en el uso del sistema socioeducativo, prueba de que no están funcionando adecuadamente las políticas preventivas.

La población privada de su libertad se caracteriza socialmente por su baja escolaridad, por provenir de las clases sociales pobres y en su mayoría negras.

En el año 2007 se registraron 16.528 adolescentes privados de libertad, lo que significó un aumento del 4,7% respecto al año anterior (2006).

En el año 2009, en el estado de Espírito Santo fueron hechas varias denuncias contra el Gobierno local, responsable del Sistema Socioeducativo, por parte del CONANDA, Consejo Nacional de los Derechos de los Niños y del Consejo Nacional de Justicia, en razón de la muerte y torturas de decenas de jóvenes detenidos en containers (cajas para el transporte de objetos). Existió una amenaza de pedido de intervención federal

del Gobierno Nacional al Estado de Espiritu Santo en razón de estos hechos. Varias coaliciones nacionales (Forum DCA, ANCED, OAB/FEDERAL) hicieron denuncias contra las autoridades locales por estos hechos.

Situación en Paraguay

El CNA establece que las medidas a ser impuestas a los adolescentes como resultado de un proceso penal incoado en su contra consagran el principio de la aplicación en última instancia de la medida privativa de libertad y ofrece una amplia gama de posibilidades de sanciones alternativas a la privación de libertad.

Es a partir de la creación de los Juzgados Penales Adolescentes que se inicia un proceso de “cambio” en el ámbito de las medidas impuestas a los adolescentes infractores. Podemos decir que esto se debe a que los jueces penales de la adolescencia están en cierta medida más capacitados y especializados en la normativa nacional e internacional en lo referente al tratamiento de los adolescentes en el proceso penal, y como consecuencia están abiertos a implementar el sistema establecido en el CNA.

Se observa además que en las jurisdicciones en las que se han instalado equipos asesores (Asunción y San Lorenzo) ha disminuido notoriamente el número de adolescentes privados de libertad; esto se debe a que los equipos interdisciplinarios brindan al juez información psicológica, familiar y social del adolescente, lo que promueve que el juzgador aplique otras medidas alternativas a la privación de libertad con mayor libertad y confianza.

Se advierte la ausencia de mecanismos encargados de crear, organizar, administrar y controlar el sistema de medidas socioeducativas en régimen de libertad. Si bien existen intentos de implementar alguna modalidad, lo único que actualmente se aplica en algunos juzgados es el régimen de “libertad asistida o vigilada”, controlado por personas voluntarias en el rol de *asesores de prueba u orientadores juveniles*. No se cuenta en el país con instancias comunitarias en las que se desarrollen programas educativos, de aprendizaje en oficios, laborales, recreativos, de rehabilitación del consumo de drogas, de salud sexual y reproductiva, de orientación psicológica u otros a los que puedan ser derivados los adolescentes en conflicto con la ley.

Paraguay no ha iniciado el proceso de elaboración de la política pública de inserción social de los adolescentes en conflicto con la ley, en el que instancias gubernamentales, no gubernamentales y comunitarias trabajen en la implementación de un sistema de aplicación de medidas socioeducativas para adolescentes; esto demuestra la falta de voluntad política de los actores responsables para encarar el problema. Es inexcusable que teniendo el Estado paraguayo una sentencia de la Corte Interamericana sobre el caso “Correccional Panchito López”, en la que, entre otras cosas, lo condena a: “... *la elaboración de una política pública que atienda el tema de adolescentes en conflicto con la ley*

penal...”, no se hayan realizado las acciones mínimas para garantizar el cumplimiento de ese punto de la sentencia.

La realidad es que la mayoría de las veces ante la ausencia de programas que ofrezcan a los jueces alternativas de integración para los adolescentes en régimen de libertad, los magistrados optan por resolver la privación de libertad de los adolescentes, es decir, ante la ausencia de políticas tendientes a garantizar el cumplimiento de los derechos de niños, niñas y adolescentes, en su reemplazo se intenta paliar el problema con medidas represivas, mediante las cuales los adolescentes se convierten en los sujetos sobre quienes recae con su mayor peso todo el aparato del control social del Estado a través de los mecanismos más represivos del sistema penal.

Situación en Uruguay

Uno de los grandes centros de preocupación no son los estándares alcanzados, sino su bajo nivel de aplicación en los procedimientos con adolescentes. La dinámica de intervención siguió permeada por el paradigma tutelar y la funcionalidad de los roles adultos que se subsumían en la figura del “buen padre de familia”. Datos relevantes de la situación lo constituyen los bajos niveles de contradicción en los procesos por actos descritos como infracciones a la ley penal protagonizados por adolescentes. Según datos de investigaciones sobre el sistema judicial, las defensas se allanan a los pedidos fiscales en porcentajes elevados, cercanos al 73%, convirtiendo al debido proceso en una formalidad más que un mecanismo de defensa del inculpado en juicio.¹⁰

Si bien la privación de libertad aparece proclamada como una medida de último recurso, es la primera decisión que toma la justicia, lo que la convierte en la regla cuando en realidad debería ser la excepción. Según datos oficiales del Poder Judicial, en 2007, en el 57% de las sentencias se aplica la privación de libertad. En estos últimos tiempos es poderosamente llamativo que casi la mitad de los adolescentes que resultan privados de libertad son del interior del país. Esta situación se torna preocupante en un doble sentido: 1) porque se les aplica como regla la privación de libertad y 2) porque los centros de detención quedan en la zona metropolitana a la ciudad de Montevideo, lo que significa que estos adolescentes son desterrados a zonas lejanas de las ciudades de donde son oriundos.

En un reciente evento de UNICEF¹¹ el presidente del Instituto del Niño y el Adolescente (INAU) indicaba que por primera vez las penas socioeducativas no privativas de libertad habían superado a las privativas de la libertad; a pesar de eso las no privativas de libertad no han logrado reducir la aplicación del encierro. Es decir, no se produjo una desaceleración en la aplicación de este tipo de pena sino que continúa creciendo al mismo tiempo que las penas no privativas de libertad.

¹⁰ Palummo Lantes, Javier M.; coord., *Discurso y realidad: Informe de aplicación del Código de la Niñez y la Adolescencia en Maldonado*, Montevideo y Salto, p. 116, Montevideo: UNICEF, 2006.

¹¹ Seminario “Sistema penal adolescente en Uruguay”, 29 y 30 de setiembre de 2008.

Ha sido llamativo que desde la aprobación de la nueva ley, desde diferentes sectores se la ha criticado allí donde la misma plantea estándares garantistas. Lo preocupante es que estos reclamos han tenido recepción y el Código ha sufrido cambios y producto de los mismos ha perdido calidad. La acción más reciente fue la aprobación de una ley de procedimientos policiales (Ley 18.315 de 5 de julio de 2008). En el marco del debate parlamentario del proyecto de ley se arguyeron una serie de problemas estructurales que aquejaba a la institución policial, que no le permitían cumplir con el mandato de comunicación al juez en un plazo no mayor a las dos horas de la detención y con la realización de los controles médicos del adolescente detenido, previo a los traslados a la sede judicial o administrativa tal como lo establecía el Código de la Niñez y la Adolescencia en su artículo 76 numeral 1 literal A. Después de la aprobación del Código de la Niñez este artículo fue motivo de queja, que era permanentemente explicitada en los medios de comunicación por fuentes policiales, acerca de lo escueto de los tiempos que tenía la policía para tener bajo su custodia a un adolescente detenido y los requisitos de examen médico en los traslados interinstitucionales. Por lo que, ante la imposibilidad de cumplir con esos mandatos, se optó por rebajar un buen estándar consagrado, en lugar de mejorar las condiciones materiales para que la policía realizara su actuación de acuerdo a lo que exige el mandato legal. En particular, es de destacar el artículo 5¹² de la ley de procedimiento policial, este artículo es el que desmonta el sistema de garantías desarrollado en el Código de la Niñez y la Adolescencia.

Resulta preocupante también la existencia de proyectos de reforma del CNA en los que se pretende incluir dentro del elenco de conductas punibles las tentativas de los delitos de hurto actualmente descriminalizadas, entre cuyos promotores se encuentran algunos integrantes de la Defensa Pública.

3. Privación de libertad: procedencia y condiciones de aplicación

Condiciones de detención en Argentina

En materia de condiciones debidas de privación de libertad de niños, niñas y adolescentes, la CDN, las reglas y directrices de las Naciones Unidas nos brindan una guía jurídica concreta y directa en lo que se refiere a las condiciones de alojamiento de los niños y adolescentes.

¹² Artículo 5° (Procedimientos con niños, niñas o adolescentes).

A) En procedimientos con adolescentes infractores o niños o niñas que vulneren derechos de terceros, la policía aplicará en su totalidad las normas de actuación contenidas en la presente ley, con excepción de los procedimientos especiales que disponga el Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley Nº 17.823, de 7 de setiembre de 2004) y de lo que expresamente se establezca sobre la materia en la presente ley.

B) En procedimientos con niños, niñas o adolescentes con derechos vulnerados se actuará conforme a lo dispuesto por el referido Código, en estrecha coordinación con el Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU).

C) El Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU) dará cuenta de inmediato a la policía de las fugas de adolescentes infractores de la ley penal de los establecimientos a su cargo.

Estas pautas no se aplican en Argentina, pese al compromiso asumido por el Estado de dar cumplimiento a las mismas.

En cuanto al modo en que se llevan adelante estas privaciones de libertad, el deterioro es estructural, ya que se advierten carencias de las condiciones mínimas para la atención y, en virtud de ello, acompañado a incumplimientos y violaciones a los derechos humanos, se está lejos de cumplir funciones secundarias educativas y de promoción de la integración social.

Los establecimientos para la privación de libertad de niñas, niños y adolescentes en estas condiciones solo pueden pensarse como fábricas de marginalidad; un espacio indefinido donde acude una diversidad de problemáticas emergentes de una sociedad fragmentada y estratificada, que son tratadas con la misma metodología: el olvido, el silencio, el maltrato y la soledad.

Las condiciones de detención se ven agravadas en muchos establecimientos por el suministro de medicación compulsiva a los adolescentes alojados en los mismos (esta situación llevó, en el año 2006, a la muerte de un adolescente a causa de dicha medicación en el Instituto Roca de la Provincia de Tucumán). Un reclamo reiterado por las organizaciones de derechos humanos es la implementación de medidas necesarias para establecer un sistema de control y auditoría para que no se lleven a cabo prácticas sistemáticas de violación de derechos de niñas, niños y adolescentes privados de libertad.

A su vez, las condiciones en las que se encuentran detenidos los niños, niñas y adolescentes difieren de las exigidas por el ordenamiento aplicable, salvo contadas excepciones.

Dichas condiciones pueden sintetizarse de la siguiente manera:

- Carencia de diseño para la rehabilitación de los menores de edad, teniéndose en cuenta la necesidad de intimidad, de estímulos sensoriales, de posibilidades de asociación con sus compañeros y de participación en actividades deportivas, ejercicios físicos y actividades de esparcimiento.
- Falta de personal competente. No se cuenta con especialistas como educadores, instructores profesionales, asesores, asistentes sociales, psiquiatras y psicólogos capacitados en infancia.
- Falta de programas socioeducativos y de reinserción social.
- No se cuenta con servicios que satisfagan todas las exigencias de la higiene y de la dignidad humana. Las instalaciones sanitarias no tienen un nivel adecuado para que los menores de edad puedan satisfacer sus necesidades físicas en la intimidad y en forma aseada y decente.
- No disponen diariamente del tiempo suficiente para practicar ejercicios físicos al aire libre, ni se les proporciona una educación recreativa y física adecuada.

- No cuentan con atención médica adecuada.
- Muchas veces las niñas, niños y adolescentes son sometidos a órdenes de confinación en calabozos oscuros, húmedos, de reducidas dimensiones, donde tienen que hacer sus necesidades fisiológicas en el piso, en iguales o peores condiciones que los calabozos de castigo de las unidades penitenciarias para adultos.
- Inexistencia de un espacio designado para efectos personales.
- Se vulnera el derecho a tener una comunicación con el mundo exterior, como así también el derecho a recibir visitas regulares y frecuentes en condiciones que respeten la necesidad de intimidad del menor, el contacto y la comunicación sin restricciones con la familia y con el abogado defensor. El tiempo de visita se ve limitado en muchos establecimientos a unas pocas horas semanales y muchas veces las condiciones para recibirlos no son adecuadas: no tienen sillas, mesas y los baños están inutilizables, los que además deben ser compartidos tanto por las visitas femeninas como masculinas.

En un reciente informe elaborado por el Estado Nacional¹³ podemos encontrar la siguiente información que profundiza y corrobora los puntos analizados anteriormente:

- Uno de cada tres jóvenes en conflicto con la ley penal está privado de la libertad: **el 29% de los 6.294 adolescentes** infractores o presuntos infractores de la ley penal en el país **permanece privado de libertad**.
- Régimen de alojamiento: cerrado, 1.525 (85%); semicerrado, 274 (15 %). Total: 1.799.
- Uno de cada tres institutos es controlado por fuerzas de seguridad y **el 55% de estos establecimientos en que los niños y adolescentes están alojados son de régimen cerrado, es decir, que hay muros, barreras o alambrados que impiden la salida voluntaria**.
- **El 33% de los establecimientos está controlado por servicios penitenciarios o policías provinciales**, mientras el resto está en manos de especialistas.
- En el 17% de estos establecimientos **los infractores o presuntos infractores conviven con otros jóvenes que están allí por vulnerabilidad social**, lo que implica que su problemática requiere respuestas de tipo proteccional.
- A su vez, se reveló que el 90% de los **6.294 jóvenes son varones. Más de 1.200 son punibles, es decir, mayores de 16 años, mientras que 298 no cumplen con la edad de imputabilidad**.
- **En el país hay 119 establecimientos para alojar niños y adolescentes o brindarles acompañamiento, sólo hay 25 programas de supervisión en los que participan 4.495 jóvenes, es decir, el 71% del total**.

¹³ "ADOLESCENTES EN EL SISTEMA PENAL. Situación actual y propuestas para un proceso de transformación", op. cit.

- **La oferta educativa formal es dispar, de dos a cinco horas diarias; sólo el 40% ofrece actividades de formación laboral y el 53% talleres relacionados con educación alternativa.**
- El único entretenimiento disponible es la televisión; sólo en el 35 % de las instituciones pueden realizar alguna forma de juego.
- Los jóvenes no tienen acceso a libros ni a Internet en la gran mayoría de las instituciones.
- El 60 por ciento de los establecimientos no brinda formación laboral y cerca del 50 por ciento no tiene actividades deportivas o talleres artísticos.
- En el 50% de los casos no acceden a educación sexual y reproductiva y en la tercera parte de los establecimientos no tienen prevención o atención de enfermedades de transmisión sexual y VIH.

De esta manera, el Estado incumple con su obligación de darles protección especial a los niños, niñas y adolescentes bajo su custodia, incrementando la situación de vulnerabilidad cuando son detenidos en establecimientos que no son otra cosa que verdaderas cárceles, en abierta violación del mandato constitucional que incluye el cumplimiento de los tratados de Derechos Humanos.

Condiciones de detención en Brasil

Como ya se mencionó anteriormente, desde 1996 al 2006 se verificó un aumento de 360% en el uso del sistema socioeducativo, prueba de que no están funcionando adecuadamente las políticas preventivas.

En el año 2007 fueron registrados 16.528 adolescentes privados de libertad, significando un aumento del 4,7% de aumento con respecto al año anterior (2006).

A su vez, se identificó a cerca de 685 adolescentes en las cárceles del sistema de adultos, distribuidas en ocho Estados de la Federación. En 2007, este número tiene una pequeña reducción, de 651 autores adolescentes infractores detenidos irregularmente.

También en 2007 se verificó que, en todo Brasil, solamente el 11,6% de las unidades de privación de libertad estaban ajustadas a los parámetros sociopedagógicos y arquitectónicos establecidos según el SINASE - Sistema Nacional Socioeducativo.

En cuanto a la ejecución de medidas socioeducativas en medio abierto, como la libertad asistida y la prestación de servicios a la comunidad, se constató en la investigación realizada por el mismo órgano mencionado previamente que, en el año 2006, el 45% de las capitales brasileñas no desarrollaron programas de esta naturaleza, profundizando la lógica de privar de libertad.

Todavía se registran en la escena nacional, especialmente en Estados como Río de Janeiro, São Paulo, Brasilia, Rondônia, entre otros, hechos que incluyen muertes y torturas practicadas contra adolescentes en el sistema socioeducativo, según denuncias de Centros de Defensa asociados a la Asociación Nacional de los Centros de Defensa de los Derechos de los Niños y de los Adolescentes (ANCED).

En relación a la política del acceso a la Justicia, todavía se verifica una discusión acerca del marco regulatorio doctrinal en el Brasil. Un sector doctrinario y de operadores de la Justicia sostiene que rige un sistema de Justicia Criminal Juvenil basado en la CDN.

Por otra parte, desde la sociedad civil organizada y la propia ANCED entendemos que el marco regulador en términos doctrinales y legales es la Teoría General del Derecho, de vocación no criminal que, también a la luz de la CDN, estableció un sistema de control social de los delitos cometidos por personas menores de 18 años específico, fuera de la órbita del Derecho Penal/Criminal de adultos.

Paralelas a esta discusión, todavía son muchas las denuncias de adolescentes privados de libertad que señalan que no les han garantizado y asegurado el debido proceso legal, el derecho a la buena defensa técnica, entre otros derechos consagrados en los documentos internacionales de derechos humanos.

Identificamos esfuerzos gubernamentales en el sentido de construir una política respetable de los derechos humanos, especialmente de parte del gobierno federal. Sin embargo, estas iniciativas no han sido suficientes —y especialmente éstas no se han desarrollado en muchas unidades de la Federación y en los municipios— para desarrollar una política que establezca y garantice los estándares internacionales para los adolescentes autores de infracciones a la ley penal.

La carencia de una política presupuestaria de los Estados y de los municipios deja claro el desinterés en la construcción de una política pública de respeto a los derechos humanos de los adolescentes privados de la libertad.

Evidenciamos actualmente una tendencia nacional, patrocinada por el Gobierno Federal por medio del Ministerio del Desarrollo Social, de centralizar y desarrollar la política socio-educativa en el marco de la asistencia social, renunciando así al concepto de la doctrina de la protección integral establecida a través de la transversalidad con el conjunto de las políticas públicas como salud, profesionalización, justicia, educación, recreación, etc.

En este sentido, también encontramos una delegación del Poder Público hacia el sector privado (tercer sector), en relación a la ejecución de las sanciones de privación de libertad, oponiendo la orientación de la Constitución de la República del Brasil que establece que la ejecución de este tipo de sanciones es de carácter esencial, estratégico y de orden público superior.

Con todo esto, verificamos un abismo entre la posición internacional de Brasil en el campo de los Derechos Humanos cuando firma los tratados internacionales —inspirados en la

doctrina de la protección integral— con su realidad social, lo que exige una revisión de las políticas y prácticas sociales en la temática.

Condiciones de detención en Paraguay

Tanto la CDN como el CNA establecen las condiciones, derechos y garantías que deben ser cumplidas en la ejecución de una medida privativa de libertad contra un adolescente. En ese sentido, el CNA establece en su Art. 245 los siguientes derechos: a recibir información permanente sobre su situación procesal; a recibir los servicios de salud y educativos adecuados a su edad y condición; a mantener comunicación reservada con su defensor, fiscal y juez; a comunicarse libremente con sus padres o responsables y a que su familia sea informada permanentemente acerca de su situación; a no ser incomunicado ni ser sometido a régimen de aislamiento ni a la imposición de penas corporales, entre otros.

En Paraguay desde el año 2001 el organismo administrativo encargado de los centros de privación de libertad de los adolescentes es el Servicio Nacional de Atención a Adolescentes Infractores (SENAAI), dependiente del Ministerio de Justicia y Trabajo (MJT).

En la última ronda de visitas realizada por la *Comisión interinstitucional de visita y monitoreo a Centros de Privación de libertad de adolescentes*, entre los meses de julio y agosto del 2008, se ha podido constatar que las condiciones de encierro de los adolescentes privados de libertad por causas penales son en muchos casos inhumanas y violatorias de todos los estándares mínimos de protección de las personas en situación de encierro. A continuación se exponen algunos casos ejemplificadores:

- **Falta de agua potable en el Centro Educativo de Itauguá** (alberga a 90 adolescentes) por retraso en la compra de un motor que permita llegar el agua al tanque; esta situación ha motivado la realización de intentos de fugas y amotinamientos reiterados en los últimos seis meses.
- **Falta de asistencia médica y odontológica en la mayoría de los adolescentes** entrevistados en todos los centros de privación de libertad del país.
- **Ausencia de implementación de programas focalizados en la reintegración de los adolescentes** (educativos, instructivos, recreativos, deportivos, artísticos, etc.). El grado de ociosidad en el que se encuentran los mismos es una clara demostración de la ausencia de implementación del Modelo Sociocomunitario del SENAAI.
- **Falta de medios de movilidad para trasladar a los adolescentes** a las comparecencias judiciales o para atención médica de urgencia.
- **Las condiciones edilicias en varios centros son infrahumanas** (hacinamiento, humedad, poco espacio para la circulación, ausencia de espacios para el esparcimiento).

- Existen **centros en el interior del país que no han sido separados de la penitenciaría de adultos**, esto genera la cercanía con el sector de adultos (están separados por un tejido de alambre), situación que coloca en estado de vulnerabilidad a los adolescentes poniendo en riesgo la integridad de los mismos.
- En Ciudad del Este, la **falta de funcionarios al cuidado de los adolescentes, especialmente en horario nocturno**, ocasiona un grave estado de desprotección (los adolescentes permanecen encerrados solos y sin ningún adulto desde las 17:00 hasta las 08:00 horas del día siguiente).
- La mayoría de los **funcionarios que están al cuidado de los adolescentes no cuenta con la capacitación adecuada** para la debida atención a los mismos; provienen de las penitenciarías de adultos viciados con las prácticas de un subsistema carcelario.

Las graves dificultades señaladas, si bien se agudizaron en los últimos seis meses, denotan que la atención a los adolescentes infractores en los diferentes centros de privación de libertad no se ha instalado desde un enfoque de derechos y, si bien existe el diseño teórico de un Modelo Socio Comunitario, éste no ha logrado instalarse como política institucional.

Esto obedece, por un lado, a la falta de voluntad política de las autoridades del MJT en la ejecución del presupuesto destinado al SENAAI —de por sí exiguo y que se tradujo en la insuficiencia de recursos económicos destinados a los adolescentes— y, por otro lado, y fundamentalmente, a la falta de una política sobre los adolescentes infractores y de una mejor gestión de la autoridad responsable de orientar y supervisar ejecución de las acciones en los diferentes centros y áreas de menores de las penitenciarías.

Consecuentemente y en base a las deficiencias señaladas, los centros de privación de libertad de adolescentes y las áreas de menores, antes que orientar y brindar espacios de seguridad para los mismos, garantizando su bienestar físico y emocional, se han convertido en espacios de vulneración sistemática de derechos.

Condiciones de detención en Uruguay

La privación de libertad sigue siendo uno de los grandes nudos gordianos de la administración. En octubre de 2007 nuestra coalición realizó una visita a dos centros de detención junto a la Sra. Rosa María Ortiz, del Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas. Luego se elaboró un informe que oportunamente remitiéramos a la Comisión Interamericana. En él se planteaba la preocupación por aspectos problemáticos, que se han constituido en estructurales, desde la década de los 90 en la gestión del encierro.

Entre estos, los más graves son:

- **Ausencia de planes y propuestas socioeducativas dentro de la privación de libertad.** La lógica predominante es la de la seguridad por sobre cualquier otra. En

esta lógica, todo movimiento dentro de los centros de detención se realiza a partir de lo que se denomina “2 a 1”. Esto es, por cada adolescente en movimiento en el centro debe haber dos funcionarios de seguridad custodiándolo. Desde esa premisa es imposible realizar cualquier actividad grupal ya sea recreativa, educativa o laboral.

- **Encierros compulsivos.** Consecuencia de lo anterior, los adolescentes permanecen 23 horas encerrados en sus celdas, saliendo al patio únicamente media hora a la mañana y media hora la tarde.
- **Medicación psiquiátrica compulsiva.** Realizada como forma de contención, más que de tratamientos de algún problema de salud mental que así lo requiera el adolescente.
- **Inexistencia de reglas claras y preestablecidas** que regulen el cotidiano y los conflictos que allí se susciten, generando un gran poder discrecional del funcionario, con sanciones de encierro que exceden en algunos casos los tres meses.
- **Violación del derecho a la intimidad**, que va desde lectura de correspondencia, imposibilidad de hacer llamadas en un ámbito que permita un mínimo de privacidad, realización de necesidades fisiológicas sometidas a la discreción y buen humor de quien abre la puerta de la celda y que en muchos casos se realizan en bolsas en la misma celda.
- **Denuncias de malos tratos y torturas** que se investigan con demasiada lentitud o no se investigan. Entre estas se destacan situaciones de violencia policial y de algunos funcionarios hacia los adolescentes.
- **Ausencia de mecanismos de monitoreo y protección de los derechos de los adolescentes recluidos** y cuestionamientos que incluyeron amenazas solapadas al rol de nuestra coalición como institución independiente de seguimiento de las situaciones derivadas de la ejecución de la privación de libertad.

El informe presentado por nuestra coalición motivó una acción de amparo promovida por un fiscal civil en la órbita de la justicia especializada de familia. Del proceso de amparo resulta una condena al Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay, entre otros puntos, a: a) controlar la medicación psiquiátrica suministrada, b) reducir las 23 horas de encierro, c) generar propuestas de trabajo socioeducativo y d) establecer un mecanismo de monitoreo independiente. Lo particular de la condena es que en las audiencias realizadas en sede judicial las autoridades del Instituto del Niño reconocen estos problemas; a modo de ejemplo, surge de un informe de la División Salud del instituto, que se admite que el suministro de medicación psiquiátrica en forma compulsiva es una práctica corriente de más de veinte años.

Recientemente, y producto de nuestro informe, se han comenzado a desarrollar una serie de cambios. Entre éstos, la dirección del Instituto Técnico de Rehabilitación Juvenil (INTERJ) se ha renovado. Este proceso —actualmente en curso— no está exento de conflictos entre

las diferentes perspectivas institucionales adultas (direcciones, funcionarios y técnicos); lamentablemente, estas lógicas siguen postergando el desarrollo de una política para los infractores respetuosa de los estándares de derechos internacionales y colocan como rehenes a los propios adolescentes.¹⁴

4. El federalismo y los derechos humanos

En el presente informe queremos hacer una mención especial a la situación institucional creada en los países federales como la Argentina y Brasil y que muchas veces obstaculiza la vigencia de los derechos humanos. Esto se ve en forma latente a la hora de analizar la situación de los derechos de niñas, niños y adolescentes en dichos países.

Muchos son los ámbitos internacionales de protección de derechos humanos que han recomendado tanto a la República Argentina¹⁵ como a la República Federativa del Brasil que refuercen su estructura de trabajo entre el Estado Federal y los Estados provinciales, de cara al cumplimiento de los derechos humanos de las personas sujetas a su jurisdicción. Esto tiene una importancia central a la hora de analizar la protección de derechos de niñas, niños y adolescentes, en especial los que se encuentran privados de libertad.

Dentro del esquema de Estado Federal que han adoptado estos países para su organización política hay materias que han sido reservadas por las provincias para su exclusiva atención, pero ellas tienen a su vez directa incidencia sobre los derechos humanos de las personas, tales como la educación, la salud o la justicia. Todo ello evidencia la responsabilidad del Estado nacional o federal de sumarse activamente al trabajo de las jurisdicciones provinciales para hacerlos efectivos.

Esto surge tanto de los principios de derecho internacional como de los tratados de derechos humanos ratificados.

Sin embargo, la relación de coordinación y trabajo articulado que este objetivo implica parece estar lejos de concretarse si se observa que aún existen legislaciones y políticas públicas vulnerantes de derechos humanos, en gran medida de niñas, niños y adolescentes. Sólo para ejemplificar con las cuestiones abordadas en el presente informe:

- Muchas de las leyes que permiten la detención en comisarías son de naturaleza provincial, así como las normas que regulan los procesos penales que deben enfrentar las personas menores de edad presuntas infractoras de la ley penal. Los jueces que entienden en cada uno de estos casos no se sujetan a las garantías procesales que deben regir para todas las personas.

¹⁴ Esta situación se evidenció, recientemente, en un motín en un centro de detención llamado Piedras. El resultado de cómo los conflictos adultos afectan a los adolescentes, que culminan de rehenes de los mismos, lo encontramos en la represión policial a los adolescentes, el traslado y encierro en calabozos de la comisaría de menores —prohibido por el Código de la Niñez y la Adolescencia—, la imposibilidad de contacto con familias, la imposibilidad de los técnicos de tomar contacto con adolescentes y órdenes que se dan y no se acatan.

¹⁵ Consejo de Derechos Humanos, Informe Periódico Universal, Primera Sesión – Argentina, Ginebra, 7 y 8 de abril de 2008.

- Los programas o leyes que buscan establecer políticas públicas para la infancia, sin su adecuada participación o sin pensarla como un todo, en clara vulneración de un adecuado enfoque de derechos, son diseñados por autoridades provinciales.
- Los presupuestos que se destinan para la atención de salud y la efectivización del derecho a la educación surgen de leyes de presupuestos provinciales, aunque muchos de estos ingresos provengan de la coparticipación federal.

Particularmente en Argentina, diversas son las instancias en donde un trabajo en conjunto sería fácilmente abordable, tales como los espacios de encuentro de las autoridades administrativas nacionales y provinciales (generalmente llamadas “Consejos”) existentes en cada una de las materias a atender, ya sea salud, educación, derechos humanos o incluso el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia. En ellos, abordar el tema del deber del Estado argentino de garantizar sin discriminación cierto nivel de satisfacción de derechos esenciales a todas las personas que habitan el suelo argentino, sería un necesario punto de partida. Ello posibilitaría discutir sinceramente la necesidad de adecuaciones legislativas, reformas judiciales y administrativas que hoy son el obstáculo para una mejor y mayor vigencia de los derechos humanos para la infancia y juventud en cada sector de nuestro país.

El Estado argentino debe preocuparse y ocuparse de que el federalismo no configure un obstáculo para la protección de los derechos fundamentales de las personas, sino una mejor instancia de protección para cada una de ellas. Una iniciativa en ese sentido es la reciente firma del Acta compromiso entre los Estados provinciales y el Estado nacional en el Consejo Federal de Niñez, Adolescencia y Familia: una política respetuosa de los derechos humanos para los adolescentes infractores de la ley penal.

Particularmente la cuestión del federalismo en Brasil fue objeto de una Recomendación Especial del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas, que en su último informe en el año 2004 marcó su preocupación en cuanto a la posibilidad de profundización de violaciones a los derechos humanos de los niños, en cuanto no hay coordinación del gobierno central con los departamentos en lo que se refiere al respeto de los derechos fundamentales de los niños, a través de la distribución de responsabilidades y deberes sobre el marco del Estado brasileño como un todo.

Conclusiones y petitorio

En base a las anteriores consideraciones, es que venimos a plantear ante esta Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

1. La rápida remoción retórica que operó una vez instalado el discurso de derechos del niño y antagónicamente —con lo proclamado— la supervivencia de sistemas tutelares que se traducen en las formas de intervención en materia de justicia

penal juvenil, que deriva en la institucionalización como la principal respuesta de nuestros estados. Esta situación se evidencia incluso en aquellos países que adecuaron su legislación;

- 2.** Las condiciones en que se llevan a cabo las privaciones de libertad, las cuales van en contra de la dignidad de cualquier persona;
- 3.** La casi inexistencia de políticas públicas integrales que garanticen la defensa y protección de los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes; y, por último;
- 4.** La inexistencia de mecanismos de coordinación y articulación para la implementación, adaptación, seguimiento y evaluación de la ejecución de planes, programas y acciones que tiendan a la plena vigencia de derechos de niñas, niños y adolescentes.

En conclusión, a partir de los consensos alcanzados en la región a partir de la CDN, podemos destacar cuatro cuestiones fundamentales que debe incorporar cualquier visión de la justicia destinada a la población de personas menores de edad. En esta materia creemos que los Estados respetuosos de los derechos humanos no pueden sino procurar:

- i)** La incorporación de los derechos humanos —con un adecuado nivel de especialidad (art. 19 CADH)— en la política de control social, que justifique cualquier acción que se aplique en relación a los adolescentes autores de una infracción penal;
- ii)** La obligatoriedad de que estas acciones estén dirigidas a la plena protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes infractores o presuntos infractores del régimen penal juvenil;
- iii)** El establecimiento de mecanismos de control social de una infracción, sobre la base de un sistema que promueve la prevención, políticas compensatorias, acciones y medidas especiales de protección destinadas a neutralizar la amenaza o violación de los derechos fundamentales de los adolescentes autores o presuntos infractores de la ley penal;
- iv)** La efectiva realización de las plenas garantías procesales, incluyendo sobre todo servicios adecuados de asesoría legal, condición indispensable para el acceso a la justicia de esta población.

Asimismo, el Sistema Interamericano de Protección tiene que acompañar este proceso, para lo cual sugerimos:

- 1)** Incorporar la preocupación por estas temáticas específicas de infancia como una materia que requiere un abordaje propio y no tangencial a problemáticas más generales, derivado de las condiciones de la situación de los adultos.
- 2)** Elaborar un informe sobre los estándares mínimos que deben cumplir los Estados en materia de justicia penal para adolescentes.

- 3)** Exhortar a los Estados a poner el mayor empeño en llevar adelante propuestas socioeducativas y trabajar para la reintegración social de los niños y adolescentes en los sistemas de justicia penal, como una forma de contener la violencia penal que significa este tipo de intervenciones.
- 4)** Establecer un mecanismo de seguimiento de estos parámetros, asimilable a lo realizado en materia de defensores y defensoras de derechos humanos.
- 5)** Exhortar a los Estados a concretar visitas de los Comisionados a los países en donde aún no lo han hecho, en especial de los Relatores de los Derechos de la Niñez y de personas privadas de libertad.

Washington, 28 de octubre de 2008



unicef 