



**UNIVERSIDAD DE CHILE
FACULTAD DE DERECHO**

**MEMORIA PARA OPTAR AL GRADO DE LICENCIADO EN CIENCIAS
JURÍDICA Y SOCIALES**

"Protección de la Infancia: Un tema de Derechos Humanos"

**Profesor : José Zalaquett D.
Alumna : Claudia Brunaud R.**

Agosto 2003.

INDICE

CAPITULO I.	MODELOS DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA.....	12
I.	MODELO DE PROTECCIÓN TUTELAR.....	13
1.	ORÍGENES DEL MODELO TUTELAR.....	13
a.	Contexto histórico: surgimiento del Estado Social.....	13
b.	Nacimiento de las leyes de menores.....	16
2.	PILARES FUNDAMENTALES DEL MODELO TUTELAR.....	20
a.	Una doctrina: la doctrina de la situación irregular.	21
b.	Una instancia: el juez de menores.....	22
c.	Una instancia administrativo-ejecutiva: los órganos de asistencia de la infancia.	23
d.	Una subestimación del vínculo entre la condición material y jurídica de la infancia: posición de los organismos no gubernamentales.....	24
e.	Una indiferencia generalizada: la omisión activa de la sociedad civil. 24	
3.	HERRAMIENTAS DEL MODELO TUTELAR: PARADIGMA DE LA DISCRECIONALIDAD.....	25
a.	La herramienta de la tutela/protección.	25
b.	La herramienta de la internación.	28
4.	CARACTERÍSTICAS DE LAS LEYES DE MENORES BASADAS EN LA DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR.....	32
5.	CORRIENTES EN QUE SE EXCULPA LA DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR.....	40
a.	El conservadurismo jurídico-corporativo.....	41
b.	El decisionismo administrativo.....	41
c.	El basismo de atención directa.....	42
6.	LA DOCTRINA DE LA SITUACIÓN IRREGULAR A LO LARGO DE LA LEGISLACIÓN E INSTITUCIONALIDAD NACIONAL.....	43
a.	Periodo previo al surgimiento del aparataje estatal para la infancia.	43
b.	Periodo de instauración de una “legislación de menores”.	45
i.	Primera Ley de Menores, de 1928.....	51
ii.	Dirección General de Protección de Infancia y Adolescencia (PROFINTA). Surgimiento del concepto de situación irregular.	55
iii.	El Servicio Nacional de Salud.....	56
iv.	Ley N°14.097, de 1962. Se refunde la primera Ley de Menores.....	58
v.	Ley N°16.618, de 1967, actual Ley de Menores. Creación del CONAME.....	61
c.	Periodo de irrupción del autoritarismo. Creación del SENAME.....	64

	i.	Reducción de la política social.....	64
	ii.	Servicio Nacional de Menores (SENAME).....	66
II.		MODELO DE PROTECCIÓN INTEGRAL.....	73
1.		INSTRUMENTOS EN QUE DESCANSA LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL.	73
	a.	Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.....	74
	b.	Reglas de Beijing.....	74
	c.	Reglas Mínimas para la Protección de Menores Privados de Libertad.....	74
	d.	Directrices de Riad.....	74
2.		PILARES FUNDAMENTALES DEL MODELO DE PROTECCIÓN INTEGRAL.....	75
	a.	Una doctrina: la doctrina de la protección integral de la infancia.	76
	b.	La instancia judicial: el nuevo juez de la infancia y adolescencia.....	78
	c.	La instancia administrativo-ejecutiva: del asistencialismo a la política de las garantías.....	79
	d.	Los organismos no gubernamentales como fiscales de los derechos de la infancia.....	79
	e.	Una sociedad civil de todos y para todos.....	80
3.		CARACTERÍSTICAS DE LAS LEYES DE MENORES BASADAS EN LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL.	81
4.		IMPACTO DE LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL EN EL SISTEMA JURÍDICO-INSTITUCIONAL DEL ESTADO CHILENO.....	86
	a.	Cambio de paradigma, el nacimiento de un nuevo sujeto de derecho.....	88
	i.	Concibe a los niños como sujetos de derecho y no, en cambio, como destinatarios de acciones asistenciales o de control social ejecutadas por el Estado.....	89
	ii.	La Convención traza una línea de continuidad entre la infancia y la condición de ciudadanía.....	89
	iii.	La condición de sujetos de derechos de los niños ha de ser reconocida en el conjunto del ordenamiento interno.	90
	b.	Establecimiento de una Política Nacional de Infancia y la Adolescencia.....	90
	c.	Adecuación normativa. La dictación de nuevos cuerpos legales.....	96
	d.	Readecuación institucional: la reforma al interior del Servicio Nacional de Menores (SENAME).....	99
III.		UNA EXPLICACIÓN SOBRE LA POLARIDAD ARGUMENTAL.....	102
IV.		MODELO DE PROTECCIÓN ACTUAL: SITUACIÓN ECLECTICA.....	103
CAPITULO II.		EL MODELO DE PROTECCIÓN INTEGRAL: DESPERTAR DE UNA NUEVA CONSIDERACIÓN JURIDICA DE LA INFANCIA.....	113

I.	EL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHO.....	113
1.	ABANDONO DEL ENFOQUE TUTELAR DE PROTECCIÓN.....	114
2.	LOS NIÑOS COMO INDIVIDUOS DE LA ESPECIE HUMANA.....	116
a.	El niño como persona.....	116
b.	El niño como persona especialísima.....	117
3.	RECONOCIMIENTO DE LOS NIÑOS COMO SUJETOS DE DERECHO.....	119
a.	Reconocimiento a partir de la Convención.....	119
b.	Reconocimiento en el marco de la Convención.....	120
4.	DERECHO A TENER DERECHOS.....	123
a.	Titularidad de todos los derechos y para toda la infancia.....	124
b.	Titularidad de los derechos políticos.....	125
5.	TRÁNSITO DE LAS NECESIDADES A LOS DERECHOS.....	126
II.	LA AUTONOMIA PROGRESIVA.....	128
1.	EQUILIBRIO ENTRE LA PROTECCIÓN Y LA AUTONOMÍA DE LOS NIÑOS.....	129
2.	DESAFÍOS A LA AUTORIDAD DE LOS PADRES Y LOS ADULTOS.....	131
a.	Dirección y orientación apropiadas.....	131
b.	Evolución de facultades.....	134
3.	LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS NO SE CONTRAPONEN A LOS DE LA FAMILIA.....	137
a.	Se refuerza los derechos de la familia.....	138
b.	El parecer de los niños no constituyen imposición absoluta para los padres.....	139
4.	CAMBIOS EN LAS RELACIONES FAMILIARES A PROPÓSITO DE LA AUTONOMÍA DE LOS NIÑOS.....	140
5.	LA AUTONOMÍA PROGRESIVA COMO ELEMENTO INTERPRETATIVO PARA GARANTIZAR EL EJERCICIO DE LOS DERECHOS.....	143
a.	Los niños no deben ser considerados incapaces.....	143
b.	No son pertinente las normas de la capacidad civil.....	145
III.	LA PARTICIPACIÓN INFANTIL.....	148
1.	SIGNIFICACIÓN DE LA PARTICIPACIÓN INFANTIL.....	149
2.	PRINCIPIOS DE LA PARTICIPACIÓN INFANTIL DEMOCRÁTICA.....	152
a.	Los niños deben entender de que se trata el proyecto o proceso, para que es y cuál es su rol.....	154
b.	Las relaciones de poder y las estructuras para la toma de decisiones deben ser transparentes.....	155
c.	Los niños deben participar desde la fase más temprana posible en cualquier iniciativa.....	155
d.	Todos los niños deben ser tratados con igual respeto independientemente de su edad, situación, etnia, habilidades u otros factores.....	156
3.	DISTINTOS NIVELES EN LA PARTICIPACIÓN INFANTIL.....	156

4.	BARRERAS Y DIFICULTADES DE LA PARTICIPACIÓN INFANTIL.....	161
a.	Los privará de su niñez.....	162
b.	Socavará la autoridad de los padres.....	163
c.	La negativa a participar los privará de sus derechos.....	165
5.	DERECHOS QUE INVOLUCRA LA PARTICIPACIÓN INFANTIL.	166
a.	Derecho a ser escuchado.....	166
b.	Derecho a la libertad de expresión.....	170
c.	Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.	172
d.	Derecho de asociación y reunión.	174
e.	Derecho a la protección de la vida privada.	176
f.	Derecho a la información.....	178
CAPITULO III. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE LOS		
DERECHOS DEL NIÑO.....		
		181
I.	INSTRUMENTOS DE DERECHOS HUMANOS GENERALES.....	181
1.	TITULARIDAD DE TODOS LOS DERECHOS HUMANOS.	181
2.	TITULARIDAD DE DERECHOS O PROTECCIONES ESPECIALES.	183
a.	Declaración Universal de los Derechos Humanos.....	184
b.	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	184
c.	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.	187
d.	Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.....	188
e.	Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”.....	189
f.	Protocolo de San Salvador.....	192
II.	INSTRUMENTOS DE LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN	
	INTEGRAL.	194
1.	INSTRUMENTOS DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LA INFANCIA.	195
a.	Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como “Reglas de Beijing”.....	195
b.	Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados del Libertad.	195
c.	Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como “Directrices de Riadh”.....	196
d.	Convención sobre los Derechos del Niño.	196
2.	PROTECCIÓN OTORGADA POR ESTOS INSTRUMENTOS, BÁSICAMENTE EN MATERIA DE JUSTICIA DE MENORES.	197
a.	Protección contra la tortura y malos tratos.....	198
b.	Protección contra la privación de libertad ilegal o arbitraria.	201
c.	Restricción a la detención y prisión preventiva.....	203
d.	En los casos de privación de libertad deber operar la separación entre niños y adultos.	205

e.	Derecho a la asistencia jurídica y otra asistencia.....	206
f.	Consideración del principio del interés superior.....	207
g.	Derecho a participar en los procesos.	207
h.	Derecho a que se respete su vida privada dentro del proceso.	209
III.	LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.....	210
1.	LOS PRECEDENTES NORMATIVOS DE LA CONVENCIÓN.....	211
a.	Declaración de Ginebra, de 1924.	212
b.	Declaración Universal de los Derechos del Niño, de 1959.	213
2.	PROCESO DE APROBACIÓN DE LA CONVENCIÓN.....	216
3.	PRINCIPALES APORTES DE LA CONVENCIÓN.....	218
4.	ESTRUCTURA DE LA CONVENCIÓN.....	220
a.	Preámbulo.	220
b.	Parte I “Catálogo de derechos”.	221
c.	Parte II “Mecanismo de vigilancia”.....	221
d.	Parte III “Procedimiento para la vigencia”.....	222
5.	PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE ESTRUCTURAN LA CONVENCIÓN.....	222
a.	Principio del Interés Superior del Niño.	223
b.	Principio de la no discriminación.	228
c.	Principio de la efectividad de los derechos.....	231
	CAPITULO IV. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA INFANCIA.....	235
I.	MECANISMOS EN EL SISTEMA UNIVERSAL.....	236
1.	COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO.....	236
a.	Mecanismo de vigilancia.	237
b.	Integrantes del Comité.....	238
c.	Funciones del Comité.	241
i.	Observaciones finales.....	242
ii.	Debate general.....	243
iii.	Observaciones generales.....	245
iv.	Recomendaciones generales.....	246
2.	OBLIGACIÓN DE LOS ESTADOS PARTES DE PRESENTAR INFORMES PERIÓDICOS.	247
a.	Consideraciones formales.....	248
b.	Consideraciones sustanciales.....	249
c.	Consideraciones finales.	251
3.	OBSERVACIONES FINALES DEL COMITÉ SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO AL ESTADO DE CHILE.	253
a.	Observaciones al Primer Informe (CRC/C/15/Add.22, de 22 de abril de 1994).	253

b.	Observaciones al Segundo Informe (CRC/C/15/Add.173, de 3 de abril de 2002).....	255
II.	MECANISMOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO.....	262
1.	COMISIÓN INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.....	262
a.	Peticiones o comunicaciones individuales.	263
i.	Desaparición forzada de menores en El Salvador.....	265
ii.	Negación de nacionalidad a menores en República Dominicana.....	268
iii.	Adolescentes en custodia de la FEBEM en Brasil.....	271
iv.	Correccional Panchito López en Paraguay.....	275
b.	Remisión de casos a la Corte.....	277
i.	Procedimiento ante la falta de solución.	277
ii.	Remisión del caso N°11.383 (Villagrán Morales y otros).....	278
c.	Relatoría Especial de Derechos del Niño.....	280
i.	Mecanismos de protección de las Relatorías.	280
ii.	Relatorías de la Comisión Interamericana.	281
iii.	Función de la Relatoría sobre Infancia de la Comisión Interamericana.	282
2.	CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS.	287
a.	Jurisdicción contenciosa de la Corte.....	287
i.	Competencia en casos individuales.....	287
ii.	Caso “Villagrán Morales y otros”.....	288
b.	Opinión Consultiva de la Corte.	297
i.	Competencia no contenciosa.....	297
ii.	Opinión Consultiva OC-17/2002 “Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños”.....	300
3.	INSTITUTO INTERAMERICANO DEL NIÑO (IIN).	312
a.	Plan Estratégico 2000-2004.	313
b.	Prototipo Base de un Sistema Nacional de Infancia y Adolescencia.....	315
i.	Justificación.....	316
ii.	Principios del Sistema.....	317
iii.	Sub-Sistemas de Protección.....	318
III.	MECANISMOS EN EL SISTEMA NACIONAL.	319
1.	MECANISMOS DE PROTECCIÓN ACTUALMENTE DISPONIBLES.....	320
a.	Acceso a los recursos jurisdiccionales.	321
a.	Oficina de Protección de Derechos (OPD).....	325
2.	PROPUESTA DE UN MODELO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA.	327
a.	Órganos de Defensa de los Derechos de la Infancia.....	328
i.	Defensoría de los Derechos del Niño.	328

ii.	Fiscalía de los Derechos del Niño.....	330
b.	Acciones Especiales para la Infancia.....	330
i.	Acción Especial de Protección del Niño.....	331
ii.	Recurso de Protección de los Derechos del Niño.	333
3.	CREACIÓN DE UN DEFENSOR U OMBUDSMAN DE LA INFANCIA.	335
a.	Institución del Defensor del Pueblo.	335
b.	Un Defensor u Ombudsman de la Niñez.	337
i.	Necesidad de un Defensor de los Niños.....	338
ii.	Naturaleza legal de los Defensores de los Niños.	340
iii.	Características esenciales del trabajo del Defensor de los Niños.	343
iv.	Funciones que desempeña el Defensor de los Niños.	347

INTRODUCCIÓN.

La necesidad de hacerse cargo del desamparo o desprotección de la infancia ha sido una constante en nuestra sociedad, tanto es así, que ya desde sus albores republicanos nos encontramos con algunas instituciones dedicadas a la atención de niños en situación de vulnerabilidad o riesgo social. En realidad, a lo largo de los años –y hasta nuestros días– se ha construido todo un aparato legal e institucional para abordar tales situaciones.

No obstante ello, las justificaciones y mecanismos que han permitido brindarles tal protección no siempre han sido coherentes con el respeto de los derechos de los niños y adolescentes. Incluso hoy se afirma, que el costo que tuvo que pagar la infancia por esta dedicación especial ha sido precisamente este, el de la negación de sus derechos fundamentales. El mejor ejemplo de lo expuesto, lo constituye la construcción del sistema tutelar que imperó holgadamente en toda América Latina –y por ende en nuestro país-, por más de siete décadas, en virtud del cual el menor se transformó sólo en un objeto de control, protección y asistencia por parte del Estado.

Afortunadamente, este modelo y modo de atender las necesidades de los niños tuvo su ocaso, y este llegó no por la reacción del derecho interno ante la transgresión de los derechos y garantías de la infancia, sino por la reacción del derecho internacional frente a estas vulneraciones. En efecto, la comunidad

internacional trabajó y preparó un tratado de derechos humanos especial para los niños, la Convención sobre los Derechos del Niño.

Es a partir de este instrumento jurídico, que se produce la llamada revolución copernicana o cambio de paradigma en la consideración jurídica de la infancia, en la cual se contempla como uno de sus principales elementos caracterizadores, o más bien logros, el reconocimiento del niño como un verdadero sujeto de derechos.

Vistas así las cosas entonces, y considerando que la Convención sobre los Derechos del Niño se encuentra vigente en Chile desde hace más de 10 años, ya que fue ratificada en el año 1990, surge la necesidad de investigar y analizar: cual es la condición jurídica actual de la infancia en nuestro país; en que medida la legislación nacional se ha ajustado a los postulados de este tratado internacional; y, por último, cuales son los instrumentos y mecanismos efectivos de protección de que se disponen los niños, tanto a nivel internacional como nacional, para la promoción, protección y garantía de sus derechos.

En este marco, el objeto de esta Memoria sobre protección de la infancia es abordar el lugar y consideración jurídica que ocupa esta especial categoría de personas en el mundo de los adultos, y, más concretamente, en el campo de los derechos humanos.

CAPITULO I. MODELOS DE PROTECCIÓN DE LA INFANCIA.

La preocupación por la situación de los niños no es nueva, sí lo es, en cambio, la consideración de los niños como auténticos sujetos de derechos. Con la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño a los sistemas jurídicos nacionales se ha producido a nivel normativo cambios sustanciales en la manera de concebir a los niños, a los jóvenes y sus derechos. Tal transformación se conoce, en el debate actual, como la sustitución de la “doctrina de la situación irregular” por la “doctrina de la protección integral”, y que ha sido caracterizada como el pasaje de la consideración de niños y jóvenes desde objeto de control y protección a sujetos plenos de derechos¹.

En lo que toca a América Latina se puede afirmar que la Convención constituye la divisoria de aguas fundamental en la historia de los derechos de la infancia². Antes de la Convención todas las legislaciones de menores se inspiraron sin excepción en los principios de la doctrina de la situación irregular.

¹ BELOF, MARY, Los Sistemas de Responsabilidad Penal Juvenil en América Latina, en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Ed. Temis – Depalma, Santa Fe de Bogotá – Buenos Aires, 1998, p. 87.

² GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, *Derecho de la Infancia-Adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral*, Ediciones Forum Pacis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994, p. 21.

I. MODELO DE PROTECCIÓN TUTELAR.

1. Orígenes del Modelo Tutelar.

La sociedad ha construido su actitud frente a la infancia según la percepción social de la identidad y de las necesidades del niño de acuerdo al momento histórico.

a. Contexto histórico: surgimiento del Estado Social.

En efecto, el contexto histórico es imprescindible para comprender el andamiaje legal e institucional que dio origen al sistema tutelar, como mecanismo estatal de intervención para proteger a la infancia.

Durante el siglo XX el escenario social cambió profundamente. La intervención política modificó sus objetivos, sus medios y sus métodos, todo ello, impulsado por la lucha social y el crecimiento de las políticas del Estado de bienestar, que se traducen en una mejoría general del nivel de vida y en un acceso más democrático a los servicios sociales, como la educación, y a la cultura del conjunto de la sociedad.

Los asuntos sociales dejan de ser percibidos como asuntos de caridad y se defienden como cuestiones de justicia, de responsabilidad directa del

Estado³. Así frente a las funciones realizadas por las instituciones religiosas y de beneficencia comienza a desarrollarse la etapa histórica del asistencialismo estatal.

Surge de este modo el Estado Social, que consiste en un Estado interesado en y responsabilizado del bienestar de la colectividad⁴. Toda esta etapa se caracteriza por una creciente expansión del sistema de políticas sociales de cobertura de servicios ofrecidos y demandado socialmente.

Se trata de un Estado gestor, cuya constante acción directiva, redistributiva y prestacional precisa la sociedad para su buen funcionamiento⁵. La creciente intervención del Estado se produce en el financiamiento, diseño, gestión y producción directa de los servicios sociales. Es el Estado, que en un sistema basado en prestaciones, decide que, cuanto y donde se realizan las mismas, por ello también se le denominará Estado conformador.

³ MADARIAGA, HUGO, Modelos de Desarrollo Social y las Políticas para la Infancia, en Infancia y Políticas Públicas. Análisis de los modelos de Desarrollo Social y de las Políticas de Protección de los Derechos del Niño, Coediciones UNICEF–Departamento de Sociología, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, 2002, p. 37.

⁴ PAREJO ALFONSO LUCIANO, JIMNEZ–BLANCO, A. y ORTEGA ALVAREZ, L., Manual de Derecho Administrativo, Edit. Ariel. S.A., Barcelona, 1998, p. 13.

⁵ Idem.

Ahora bien, precisamente en el marco de esta evolución histórica es que hay que contemplar los cambios en la percepción social de la infancia y en las políticas relacionadas con los niños⁶. Y en este sentido, lo que cabe concluir es que la política proteccionista de la infancia implementada bajo la concepción tutelar, fue plenamente coherente con la política de intervención estatal general imperante

Sin embargo, y a pesar de que dicha política interventora es sinónimo de bienestar o progreso social, en el entendido que significó principalmente la ampliación de la cobertura de los servicios sociales, incluidos obviamente los niños, lo cierto es que en relación a la infancia, se dan dos factores que distorsionan la lógica prestacional:

En primer lugar, porque aun cuando los principales receptores de estos servicios son los niños y niñas, en esta concepción del Estado interventor, la unidad convencional de análisis de los usuarios para medir y evaluar su impacto fue la familia, y no la infancia⁷.

En segundo lugar, y quizás lo más relevante para comprender el dispositivo tutelar, es que dicha intervención se realizó bajo la óptica o

⁶ Vid, PICONTO NOVALES, TERESA, La Protección de la Infancia. Aspectos sociales y jurídicos, Egido Editorial, Zaragoza, 1996, pp. 46 y ss.

⁷ MADARIAGA, HUGO, Ob. cit., p. 40

concepción del menor como un mero objeto de protección y no como un sujeto al que hay que brindar protección. En otras palabras, al igual como el Estado debía preocuparse de la educación o de la salud, debía preocuparse del bien infancia. En otros términos califico a la infancia como un objeto más de protección, en la lógica de un Estado prestacional.

b. Nacimiento de las leyes de menores.

El tratamiento jurídico diferenciado de la infancia en América Latina – y por ende en nuestro país– se remonta a las primeras décadas del siglo XX, periodo en el cual se emplaza el modelo tutelar de protección de la infancia.

El nacimiento de este sistema se explica, a que desde el comienzo surge la necesidad de ejercer un control del Estado sobre niños que al no vivir en un entorno familiar considerado adecuado según las creencias dominantes de esa época, son estimados irregulares, peligrosos y socialmente inadaptados.

Para hacer frente a ello, se construye un complejo tramado legal e institucional destinado al rescate de los niños de la corrupción moral de

las familias, de la pobreza y de la delincuencia, mediante su protección⁸. Es decir, se desarrollan políticas centradas básicamente en la protección de la infancia en situaciones de desamparo y a la corrección de conductas conflictivas para la sociedad.

La traducción legal y política de esa concepción es el sistema tutelar, fundado en la doctrina de la *situación irregular*, y en la formulación de políticas para la infancia asistencialistas.

Este sistema de tratamiento especializado implicó, a todas luces, un giro rotundo la atención de la niñez, ya que previo a dicha diferenciación normativa, los niños abandonados o delincuentes eran objeto de la compasión y la filantropía, lo cual se canalizaba mediante patronatos de beneficencia e instituciones religiosas.

En todo caso, es correcto señalar que, al menos, en materias penales, si existía una diferenciación normativa, puesto que la regulación en los códigos penales, de carácter retribucionista, se rebajaban las penas en 1/3, cuando el infractor se trataba de un menor de edad.

⁸ INTERNACIÓN DE NIÑOS: ¿EL COMIENZO DEL FIN? Crisis de los internados y transformación de las políticas de infancia en España, Italia y el Cono Sur, UNICEF, Centro de investigaciones Innocenti, Florencia-Italia, 2002.

Se produce entonces, a propósito del abordaje de las necesidades de la infancia un vasto movimiento de reformas⁹. A ello debe sumarse el surgimiento de las nuevas ideologías que exigían una mayor intervención del Estado en materias sociales, de la cual por supuesto, no quedaba excluido el tema del bienestar infantil.

El resultado de los movimientos reformadores fue el establecimiento en toda América Latina de las llamadas “legislaciones de menores”, a través de las cuales se impuso un modelo tutelar que pretendía en lugar de proteger los derechos de los menores, proteger simplemente a los menores.

En efecto, en un plazo de veinte años (1919-1939) se hizo evidente en toda América Latina¹⁰ la instalación de una legislación y de una judicatura especializada, para atender a una infancia supuestamente abandonada y delincuente que se constituía en una verdadera “amenaza” al orden social.

En consecuencia, en cada país surgió una legislación para menores y se crearon tribunales especiales. Sin embargo, los dividendos obtenidos con

⁹ Ibidem, p. 17.

¹⁰ En Argentina se promulgó la primera legislación específica, la Ley N°10.903, de 1919, más conocida como Ley Agote. En el caso de nuestro país, la primera Ley de Menores N°4.447, data de 1928. Finalmente, en Venezuela, se promulgó el Código de Menores, de 10 de enero de 1939.

la especificidad de la jurisdicción no son tales, por el contrario, es a partir de ella que se extiende y uniforma el modelo tutelar de protección de la infancia, que descansa en la denominada doctrina de la situación irregular.

De hecho, las normas y las instituciones que se desarrollaron durante esos años no fueron más que el reflejo fiel de la mirada que los adultos tenían sobre los niños. Una mirada paternalista, esto es, una intervención coactiva en el comportamiento del niño a fin de evitar que supuestamente se dañe a sí mismo¹¹, y, por tanto, protectora, que buscaba el cuidado y la protección de los menores. En este sentido, se sabe que es muy distinto proteger a un individuo, que proteger los derechos de ese individuo.

Por otra parte, dicha mirada se tradujo en una técnica jurídica, caracterizada por una palabra clave que distinguió al derecho de menores: discrecionalidad. Se trata de un derecho que le permite a quienes lo utilizan un margen amplísimo de apreciación sobre qué es mejor para proteger a los menores. Lejos del principio de seguridad jurídica (que lo que persigue es que las consecuencias que puedan

¹¹ Vid, GARZÓN VALDEZ, ERNESTO, ¿Es Éticamente Justificable el Paternalismo Jurídico?, Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°5, 1988, p. 155.

desprenderse de una conducta determinada, sean conocidas), el derecho de menores permite niveles muy altos de arbitrariedad.

2. Pilares fundamentales del Modelo Tutelar.

La doctrina de la situación irregular es la expresión jurídica de un modelo de segregación o exclusión social, en el supuesto que se trata de un sistema que, a lo largo de la evolución histórica, acabó separando y generando dos infancias: la infancia escuela-familia-comunidad y la infancia trabajo-calle-delito¹².

De modo que la doctrina de la situación irregular no se dirige al conjunto de la población infanto-juvenil, sino a penas a unos de sus segmentos: los menores en situación irregular. Ellos son: los carenciados, los abandonados, los inadaptados y los infractores. A esos menores el juez debe –no con base en proceso judicial sino en un procedimiento subjetivo y sumario, según el cual el magistrado actúa “como padre de familia” –aplicar indistintamente un conjunto de medidas: advertencia, libertad asistida, semi-libertad e internación¹³.

Bajo dicha doctrina, quienes se sitúan en aquel segmento de la infancia denominada “menores” son subvaluados en su condición de personas y como

¹² GOMES DA COSTA, ANTONIO CARLOS, Niños y Niñas de la Calle: vida, pasión y muerte, UNICEF, 1999, en www.iin.oea.org

¹³ Idem.

tales en sus derechos y necesidades, pasando a ser un objeto de intervención privilegiado por parte del Estado.

Es decir, con variantes en ciertas prácticas y en particular en algunos discursos, lo instituido a principios de siglo en cuanto al abordaje de la niñez en problemas o con problemas significó y otorgó sentido al pasaje de niño a “menor” hasta nuestros días.

Ahora bien, el tratamiento sobre la parte más vulnerable de la categoría infancia, es decir, sobre los menores, se asienta, por acción u omisión, en cinco pilares fundamentales¹⁴, lo que expuesto de manera sistematizada son:

a. Una doctrina: la doctrina de la situación irregular.

La doctrina de la situación irregular siempre ha sido cuestionada en su calidad de tal. Ello, porque se parte de la base que con el término doctrina se alude al conjunto de la producción teórica elaborada por todos aquellos que de una o otra forma están vinculados con un tema, ya sea desde el ángulo del saber, la decisión o la ejecución.

Sin embargo, tratándose de la legislación de menores, prácticamente toda la producción teórica ha sido realizada por los mismos sujetos encargados de su aplicación, esto es, los jueces de menores. Esto

¹⁴ GARCÍA MENDEZ, EMILIO, Infancia y Adolescencia. De los derechos y de la justicia, Doctrina Jurídica Contemporánea, Segunda Edición, 2001, pp. 146 a 150.

explica, por tanto, lo difícil que resulta dar una definición de la doctrina de la situación irregular.

En todo caso, y al margen de la discusión enunciada, si en una cuestión hay consenso, es en que la doctrina de la situación irregular es la doctrina de las dos infancias, ya que como queda claro, no se dirige a todos los niños, sino a una parte de ellos, que son los niños carentes, los niños abandonados, los niños inadaptados y los niños infractores.

Por lo mismo, el objeto de esta doctrina no se dirige a garantizar todos los derechos, sino que solamente a garantizar la protección y la vigilancia; protección para los carentes y los abandonados y vigilancia, represión para los inadaptados y los infractores.

b. Una instancia: el juez de menores.

Pocas figuras resultan más alejadas de la esencia de la función jurisdiccional que el propio juez de menores en el contexto de esta doctrina.

Bajo la doctrina de la irregularidad, el juez de menores representa todo lo opuesto a lo que debe ser la función de un juez, esto es, dirimir imparcialmente conflicto mediante la sujeción estricta a la ley; por el contrario, simboliza la arbitrariedad y la discrecionalidad. Para estos

efectos, su comportamiento se equipara a la figura del “buen padre de familia”.

Este carácter absolutamente discrecional de sus funciones lo coloca en la situación paradójica de estar técnicamente imposibilitado de violar el derecho.

Además, la escasa o nula importancia que se otorga a las materias bajo su jurisdicción lo exime, en la práctica, de someterse a instancias superiores de revisión.

c. Una instancia administrativo-ejecutiva: los órganos de asistencia de la infancia.

Se trata de instituciones gubernamentales, que no han querido, podido o sabido trascender las prácticas asistencialistas, por lo que resultaron, y en muchos casos resultan todavía hoy, aliadas objetivas fundamentales para el mantenimiento del *status quo* jurídico. Tuvieron y tienen éxito en convertir en “menor” a todo niño objeto de su protección.

En cuanto a su vínculo con la justicia, las relaciones de las instituciones de asistencia a la infancia aparecen marcada, casi sin excepción, por una conflictividad perversa, que poniendo en tela de juicio esporádicamente las decisiones individuales del juez, no llega jamás a cuestionar las normas jurídicas en las que las decisiones de este último se sustenta.

d. Una subestimación del vínculo entre la condición material y jurídica de la infancia: posición de los organismos no gubernamentales.

Por lo general, es la posición asumida por las Organizaciones No Gubernamentales (ONG), la cual se apoya en un profundo desconocimiento de la conexión existente entre la condición jurídica y material de la infancia. Simplemente, desarrollan su trabajo al margen o contra la ley.

Muchos de estos organismos desbordados por la resolución de problemas sociales inmediatos, son incapaces de percibir que el contexto jurídico existente regula la calidad y cantidad de buena parte de los problemas cotidianos que deben ser enfrentados.

e. Una indiferencia generalizada: la omisión activa de la sociedad civil.

Frente al sistema de protección tutelar, una combinación de factores contribuyó a mantener las conciencias tranquilas en el contexto de un malestar social creciente. Las respuestas asistencialistas, lo que es lo mismo que decir, inadecuadas y fragmentarias, a dificultades de honda raíz estructural, provocaron una percepción de los problemas de los “menores”, como primeramente asociados a patologías de carácter individual.

Unido a lo anterior, el problema de la infancia en situación de alto riesgo no consigue ser visualizado por la sociedad, en la insuficiencia o inexistencia de los servicios que se ofrecen, sino en la negativa o ignorancia a su utilización por parte de sus potenciales usuarios.

3. Herramientas del Modelo Tutelar: paradigma de la discrecionalidad.

Lo “tutelar” en sentido de protección y lo “correccional” en sentido de curación, constituyeron una suerte de andamiaje sobre el que se montaron todas las políticas dirigidas hacia aquellos que se identificaran y clasificaran como desviados, delincuentes, abandonados, desamparados, maltratados, es decir, aquellos sujetos que eran “los peligrosos” que representaban una amenaza hacia el resto de la sociedad¹⁵: los menores en situación irregular.

a. La herramienta de la tutela/protección.

La doctrina de la situación irregular toma el concepto de tutela como herramienta estratégica que posibilita actuar o intervenir, ya no sólo sobre los autores de delitos, menores delincuentes, sino y fundamentalmente sobre aquellos niños en situación de abandono, peligro material o moral; los “menores abandonados”. La tutela o “protección” del Estado transforma de esta manera a los niños y

adolescentes en objetos preferentes de una forma de intervención, que los conducirá hacia el largo camino de la “minoridad”¹⁶, o sea, aquel *status* del individuo caracterizado por su falta capacidad o por la limitación de ésta¹⁷.

Los menores son objeto de tutela por parte del Estado, representado por el juez, que es el protagonista fundamental en este sistema. Tal tutela se caracteriza por la negación de los principios, derechos y garantías que gozan todas las personas. El juez tiene facultades omnímodas y amplias para resolver cuestiones sobre su persona, lo que lo convierte en un sistema discrecional y arbitrario¹⁸.

Pero el problema no radica exclusivamente en la intervención, sino en su carácter, donde lo tutelar resulta en realidad un eufemismo para describir y legitimar la intromisión omnímoda y discrecional de los poderes del Estado en la infancia pobre. Bajo este sistema se criminaliza la pobreza, produciéndose internaciones que reflejan verdaderas privaciones de

¹⁵ GUEMUREMAN, SILVIA y DAROQUI, ALCIRA, *La Niñez Ajusticiada*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001, p. 9.

¹⁶ *Ibidem*, p. 27.

¹⁷ ALAEZ CORRAL, BENITO, *Minoridad de Edad y Derechos Fundamentales*, Edit. Tecnos, 2003, p. 34; GARCIA MENDEZ, EMILIO, *El Derecho a la Ciudadanía de los Niños*, en *Ética Ciudadana y Derechos Humanos de los Niños. Una contribución a la paz*, Cooperativa Edit. Magisterio, Colombia, 1998, pp. 102 y 103.

¹⁸ SOLARI, NESTOR ELISEO, *La Niñez y sus Nuevos Paradigmas*, La Ley S.A., Buenos Aires, 2002, p. 7.

libertad, vinculados a la falta de recursos materiales de los menores, en virtud de que sus padres no pueden criarlos y educarlos, dando lugar a la declaración de “abandono material o moral” de aquellos, y por tanto, de su caracterización como sujetos de disposición tutelar.

Por su parte, la ambigüedad del término “protección” permitió interpretaciones diversas y es aquí donde se complejizó el dilema de qué hacer con los niños: por un lado, proteger a la sociedad del menor susceptible de convertirse en infractor y, por otro, proteger al menor de la sociedad, susceptible de no actuar como agente garantizador de sus derechos.

En relación con lo dicho, se torna interesante el tema de la diferenciación o no diferenciación entre el “niño autor” y el “niño víctima”. Cuando se menciona al “menor delincuente”, se supone un sujeto activo; un “menor abandonado” es concebido como una víctima, y en consecuencia se lo considerará un sujeto pasivo al que hay que proteger. Los pensadores positivistas de aquellos años resolvieron esta dificultad de un supuesto accionar diferenciado sobre unos y otros, y comenzaron construyendo una ecuación que perduró hasta nuestros días: el “menor abandonado”

se transformará irremediabilmente en un “menor delincuente”. El resultado será: *menor abandonado = menor delincuente*¹⁹.

Sobre ambos se actúa casi sin distinción, es decir, ambos son pasibles de intervenciones comunes. Nada los hace acreedores de otra cosa que no sea una fuerte capacidad de soportar intervenciones que los compulsan hacia un proceso continuo de adaptación, el cual obedece a una racionalidad imperiosa de neutralizarlos por la vía del control, la normalización y la declamada readaptación social²⁰.

En pocas palabras, esta doctrina no significa otra cosa que legitimar una potencial acción judicial indiscriminada sobre aquellos niños y adolescentes en situación de dificultad²¹. Esto se contrapone al criterio de que la protección no puede ser indefinida, no puede invalidar la autonomía personal, debe fortalecer y no debilitar las propias capacidades.

b. La herramienta de la internación.

Uno de los ejes centrales de la doctrina de la situación irregular lo constituye, indudablemente, la masiva utilización de la

¹⁹ GUEMUREMAN, SILVIA y DAROQUI, ALCIRA, Ob. cit., p. 28.

²⁰ Idem.

²¹ GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, Derecho de la Infancia-Adolescencia en..., Ob. cit., p. 22.

institucionalización, esto es, el internamiento de los menores en centros o instituciones especiales de atención, como herramienta predilecta para corregir las deficiencias estructurales de los sistemas de atención de la infancia, ya sea dificultades familiares, de discapacidad, de carencia económicas o bien de conductas consideradas amenazantes para el orden social.

Esta practica tan cuestiona como frecuente, se explica atendido a que el sistema tutelar tolero la incapacidad del Estado para desarrollar políticas sociales adecuadas para garantizar los derechos de los niños y sus familias y justifico de ese modo el “secuestro” de los problemas sociales, lo que se tradujo en la institucionalización de los niños principalmente pobres²².

Más exactamente, las leyes de menores otorgaron a los jueces (de menores), la capacidad real de diseñar –y parcialmente ejecutar– las políticas para la infancia. Los jueces de menores aparecen como figuras revestidas de caracteres soberanos, sobre todo a los ojos de los “menores” que reciben sus dictámenes o “disposiciones” sin posibilidad de réplica o disidencias. Frente a los jueces, los menores ya no son

²² BELOFF, MARY, Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia latinoamericanos, Revista Justicia y Derechos del Niño, N°3, UNICEF, Santiago, Chile, 2001, p. 16.

sujetos de derecho, sino objetos de tutela: han sido reducidos por más que se argumente su “interés superior”²³.

Conforme a estas facultades, los jueces simplemente privaron de libertad a los niños y adolescentes que, no habiendo infringido las normas penales, son considerados en *estado de peligro* mediante procedimientos no jurídicos.

Las leyes de menores implicaron, por tanto, el abordaje de esos “menores en situación irregular”, recurriendo a una fuerte tendencia a la “institucionalización” (eufemismo destinado a designar privaciones de libertad con carácter indeterminado). Esta tendencia, según Antonio Carlos Gomes da Costa²⁴, puede ser resumida como el denominado “ciclo perverso de la institucionalización compulsiva”.

Este comprende las siguientes etapas:

- i. **Aprehensión.** Cualquier niño o adolescente, en situación considerada de riesgo personal o social, independientemente de que esté o no infringiendo la ley, podría y debería ser aprehendido y conducido ante la presencia de la autoridad responsable, o sea, el juez de menores.

²³ GUEMUREMAN, SILVIA y DAROQUI, ALCIRA, Ob. cit., p. 27.

²⁴ GOMES DA COSTA, ANTONIO CARLOS, Ob. cit.

- ii. **Selección.** La conducta del magistrado, en esos casos, era encaminar al menor a un centro de selección (observación), a fin de que allí se procediese a un competente estudio social del caso, a un examen médico, y a un diagnóstico psico-pedagógico.
- iii. **Rotulación.** Estos estudios terminaban invariablemente con el encuadramiento del niño o del adolescente en una de las subcategorías de la situación irregular (carenciado, abandonado, inadaptado e infractor).
- iv. **Deportación.** La decisión del juez, tanto para infractores cuanto para no infractores, consistía en escoger de un mismo conjunto de medidas, la que le pareciese más adecuada al caso. Su opción por una u otra medida no respondía a criterio objetivo alguno ni implicaba derecho de defensa. Se trataba de una decisión basada en el “prudente arbitrio” de un buen padre de familia.
- v. **Confinamiento.** La medida de internación era aplicada indistintamente a menores carenciados, abandonados, inadaptados e infractores.

Este ciclo perverso de la institucionalización compulsiva, que supone un acto complejo, constituido por la secuencia o serie de etapas administrativas y de procedimientos por las que debe transitar un menor para su ingreso a una institución, más allá de los daños causados al

desarrollo personal y social del niño y adolescente, es antijurídico en su esencia, ya que agrede frontalmente los principios más elementales del derecho, al privar a personas de libertad sin la garantía del debido proceso.

Por ello, los avances de la normativa internacional a favor de la infancia y de la juventud introducirán en esa coyuntura el desafío de la superación del modelo jurídico-institucional en que se sustenta la internación.

4. Características de las leyes de menores basadas en la doctrina de la situación irregular.

Al hacer un listado de los aspectos que caracterizan a una ley de situación irregular necesariamente hay que incluir ciertos indicadores²⁵, que en el fondo constituye la esencia de esta doctrina. Dichos indicadores son:

- a. Los menores son objetos de protección.** Bajo el modelo tutelar los niños y jóvenes aparecen como objetos de protección, no son reconocidos como sujetos de derechos, sino como incapaces que requieren un abordaje especial. Por eso las leyes no son para toda la

²⁵ BELOFF, MARY, Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: un modelo para armar y otro para desarmar, Revista Justicia y Derechos del Niño, Santiago de Chile, UNICEF, N°1, Santiago, Chile, 1999, pp. 1 a 13.

infancia y la adolescencia sino sólo para una parte del universo de éstas, son para los “menores”.

- b. Utilización de categorías jurídicas indeterminadas.** Se utilizan categorías vagas, ambiguas, de difícil aprehensión desde la perspectiva del derecho, tales como “menores en situación de riesgo o peligro moral o material” o en “situación de riesgo” o similares, que son las que habilitan el ingreso discrecional de los “menores” al sistema de justicia especializado.

Los jueces pueden declarar en situación irregular (y por ende objeto de explícito de cualquier tipo de disposición estatal) al niño o adolescente que enfrente dificultades –nunca taxativamente definidas– independiente de que las mismas puedan o no ser atribuidas a su voluntad²⁶.

En consecuencia, definido un menor en situación irregular sobre las bases de estas imprecisas y antijurídicas categorías, no existe nadie que no pueda ser declarado irregular.

- c. Irregularidad centrada en el propio menor.** En este modelo es el “menor” quien está en situación irregular; son sus condiciones personales, familiares y sociales las que los convierten en un “menor en

²⁶ GARCIA MENDEZ, EMILIO, Derecho de la Infancia-Adolescencia en..., Ob. cit., p. 22.

situación irregular” y por eso es objeto de intervenciones estatales coactivas tanto él como su familia.

Esta irregularidad centrada en el menor, se observa claramente en cualquier definición que se haya intentado dar de la situación irregular. Nada más que para ilustrar con un ejemplo, vemos que el Instituto Interamericano del Niño define la situación irregular como “aquella en que se encuentra un menor tanto cuando ha incurrido en un hecho antisocial, como cuando se encuentra en estado de peligro, abandono material o moral o padece déficit físico o moral”²⁷.

- d. Separación entre dos infancias.** A partir de esta concepción, existe una división entre aquellos que serán atravesados por el dispositivo legal/tutelar, que generalmente coinciden con los que están fuera del circuito familia-escuela (los menores), y los niños y jóvenes, sobre quienes este tipo de leyes no se aplica.

O sea, dentro del universo infancia es posible distinguir entre “niños” para referirnos aquella categoría de la niñez con sus necesidades cubiertas, y “menores” para aludir a la (sub) categoría de la niñez con sus necesidades no cubiertas.

²⁷ SOLARI, NESTOR ELISEO, Ob. cit., p. 7.

- e. Necesidad de protección.** También aparece que la protección es de los “menores” en sí mismos, de la persona de los menores, de ahí la idea de que son “objetos de protección”.

Ello implica la consideración del niño como un sujeto desvalido y marginado de la vida social, lo cual cubre al sujeto de atención con un manto de estigmatización; debilita la categoría de sujeto de derecho, considerando al niño como un objeto de protección y de control; y finalmente, conlleva adoptar una posición de defensa, derivado de la peligrosidad de que puede revestir la conducta irregular.

- f. Vulneración de derechos fundamentales.** La protección frecuentemente viola o restringe derechos, porque no está pensada desde la perspectiva de los derechos.

Es dramático constatar, que la violación sistemática de las más elementales garantías constitucionales, penales y procesales constituye una característica dominante de todo el derecho de menores basado en la doctrina de la situación irregular.

- g. Concepción del menor como incapaz.** La niñez es reconocida como una etapa distinta en la evolución, en la que se le reconoce diferencias frente al mundo de los adultos. Sin embargo, dicho reconocimiento va ligado a las nociones de inhabilitación e ineptitud.

Ciertamente, la llamada doctrina de la situación irregular concibe a los niños y a los jóvenes como objetos de protección a partir de una definición negativa de estos actores sociales. Una definición basada, tal como señala Antonio Carlos Gomes da Costa, en lo que no saben, no tienen, o no son capaces. De ahí que sean objeto de protección.

- h. Nula consideración de la opinión del menor.** Vinculada a lo expuesto anteriormente, la opinión del niño es irrelevante. Cómo no ha de ser de este modo, si la niñez nace conceptualmente ligada a la idea de imposibilidad de resolver cualquier problema, de tomar decisiones, de trabar argumentos.

A los niños, sólo hay que cuidarlos, hay que protegerlos y hay que resolverle, todos los problemas. Son incapaces.

- i. Judicialización de las causas sociales.** Se afecta la función jurisdiccional, ya que el juez debe ocuparse, no sólo de las cuestiones típicamente “judiciales” sino también de suplir las deficiencias de la falta de políticas sociales adecuadas. Por eso se espera que el juez actúe como un “buen padre de familia” en su misión de encargado del “patronato” del Estado sobre estos “menores en situación de riesgo o peligro moral o material”.

De ahí que el juez no este limitado por la ley y tenga facultades omnímodas de disposición e intervención sobre la familia y el niño.

- j. Confusión entre lo tutelar y lo punitivo.** En este contexto, los niños y niñas sujetos pasivos de delitos como el maltrato, la violación, el abandono familiar eran intervenidos en los mismos centros junto a adolescentes en conflicto con la ley, adicionalmente sin respetar rangos de edades y garantías procesales. Esto en nombre de la tutela/protección.

Así queda definitivamente confundido todo lo relacionado con los niños y jóvenes que cometen delitos con cuestiones relacionadas con las políticas sociales y la asistencia, es lo que se conoce como “secuestro y judicialización de los problemas”.

En consecuencia, el gran reparo de la doctrina de la situación irregular reside, por un lado, en que no distingue el tratamiento de los casos sociales de aquellos que involucran conflictos de naturaleza jurídica y, por el otro, en la conducción arbitraria (sin garantías procesales) de los casos que involucran adolescentes en conflicto con la ley²⁸.

²⁸ GOMES DA COSTA, ANTONIO CARLOS, Ob. cit.

k. Criminalización de la pobreza. Estas leyes tienen un carácter discriminatorio al crear la categoría “menor”, figura estigmatizante que establece una clara distinción entre niños “normales” y menores cuya irregularidad generalmente consiste en ser pobres. La orientación programática que se deriva de esta concepción, dirige su atención a los efectos o síntomas que en los niños pobres producen las carencias a que están expuestos. No hay una preocupación explícita por las causas que originan la irregularidad, razón por la cual se enfatiza la atención protectora y rehabilitadora en detrimento de la acción preventiva²⁹.

De este modo es que, también, se instala la categoría del “menor abandonado/delincuente” y se “inventa” la delincuencia juvenil. Se relaciona este punto con la profecía autocumplida: si se trata a una persona como delincuente aun cuando no hay cometido delito es probable que exitosamente se le pegue la etiqueta de “desviado” y que, en el futuro, efectivamente lleve a cabo conductas criminales.

l. Ausencia de las garantías del debido proceso. Como consecuencia de todo lo explicado, se desconocen todas las garantías individuales

²⁹ PILOTTI, FRANCISCO, Crisis y Perspectiva del Sistema de Bienestar Infantil en América Latina, en Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994, p. 26.

reconocidas por los diferentes sistemas jurídicos de los Estados de Derecho a todas las personas (no sólo a las personas adultas).

Por otra parte, se consideran a los niños y jóvenes imputados de delitos como inimputables, lo que entre otras cosas implica que no se les hará un proceso con todas las garantías que tienen los adultos, y que la decisión de privarlos de libertad o de adoptar cualquier otra medida no dependerá necesariamente del hecho cometido sino, precisamente, de que el niño o joven se encuentre en “estado de riesgo”.

La doctrina de la situación irregular adicionalmente derivó en la configuración de un sistema de justicia que no reconocía los derechos fundamentales del intervenido creando un sistema de justicia penal arbitrario e inconstitucional.

La aplicación de figuras penales inexistentes en el derecho penal común, aplicación de medidas privativas de libertad sin calificarlas como tal, violación de todas las garantías del debido proceso eran una constante en estos sistemas. Nacional e internacionalmente los niños eran destinatarios de medidas de protección, pero sin el marco jurídico que les reconociera sus derechos fundamentales.

- m. Exceso en la privación de libertad.** Principalmente, la medida por excelencia que adoptan los juzgados –tanto para infractores de ley penal,

cuanto para víctimas o para los “protegidos”- es la privación de la libertad. Todas las medidas se adoptan por tiempos indeterminados.

En síntesis, la esencia de esta doctrina se resume en la creación de un marco jurídico que legitime una intervención estatal discrecional sobre esta suerte de producto residual de la categoría infancia, constituida por el mundo de los menores. La indistinción entre abandonados y delincuentes es la piedra angular de este magma jurídico. En este sentido, la extensión del uso de la doctrina de la situación irregular, resulta inversamente proporcional a la extensión y calidad de las políticas sociales básicas³⁰.

5. Corrientes en que se exculpa la doctrina de la situación irregular.

Desarrollado los orígenes, pilares esenciales y elementos caracterizadores de la doctrina de la situación irregular, corresponde comentar, aunque sea brevemente, cuáles han sido las tendencias que han permitido la supervivencia por tanto tiempo, incluso hasta nuestros días, de estas legislaciones de menores basadas en la doctrina de la situación irregular.

Al respecto, tal como nos señala García Méndez³¹, tres han sido las corrientes, que no obstante el consenso que existe respecto del carácter obsoleto,

³⁰ GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, Derecho de la Infancia-Adolescencia en..., Ob. cit., p. 79.

³¹ Ibidem, pp. 24 y 25.

regresivo, antijurídico e inconstitucional de este tipo de leyes, que han contribuido a su mantención.

a. El conservadurismo jurídico-corporativo.

Esta corriente encuentra su fundamento en las expresiones de deseos contenidos en estas leyes. Expresiones que sobreabundan en textos contruidos exclusivamente sobre eufemismos. Un enfoque como éste, remite a la ideología del juez que debe actuar como un buen padre de familia, permitiéndose ignorar las reglas y técnicas de funcionamiento del derecho.

Por este motivo, dado el carácter ilimitado de la competencia judicial, cualquier modificación (por ejemplo, separación de la competencia penal de la tutelar), produciría un recorte en las facultades existentes. En este caso, si las facultades jurídicas son omnímodas, la acción de un buen juez subsanaría todos los defectos normativos, convirtiendo a la reforma de la ley en superflua y hasta en peligrosa.

b. El decisionismo administrativo.

Esta posición parte de un mero cálculo político-coyuntural. Se apoya en el supuesto de una mayor eficacia, desprovista de las trabas y formalidades propias del sector judicial.

De igual modo, la ley resulta también superflua en este caso. Parece ser más conveniente mantener la legislación existente, ya que resulta más cómodo trabajar en el contexto de una ley relegada y desprestigiada que ofrece objetivamente vacíos prácticamente infinitos de discrecionalidad. Esta posición, es típica de muchos organismos gubernamentales responsables de la ejecución de programas y políticas de protección especial.

c. El basismo de atención directa.

Esta posición, remite al origen, desarrollo y cultura de grupos que nacen, crecen y se consolidan en un trabajo, realizado al margen o contra la ley existente. Esta posición, desconoce profundamente la calidad del vínculo existente, entre la condición jurídica y material de la infancia, ignorando también, la importancia de la ley como instrumento esencial para la producción ampliada de las mejores experiencias concretas de trabajo directo con los niños.

Constituye la tendencia típica encarnada por algunos grupos no gubernamentales (ONG) que trabajan en forma directa con la infancia, sobre todo con aquella en mayor riesgo social. Muchos de estos grupos, parten de la dicotomía falsa y reduccionista, según la cual la ley es asunto del gobierno y de los jueces, mientras los niños serían un problema de las ONGs.

6. La Doctrina de la Situación Irregular a lo largo de la legislación e institucionalidad nacional.

En el recorrido histórico de la relación entre el Estado y la infancia en nuestro país, es posible constatar que el modelo tutelar, y, por ende, su doctrina de la situación irregular, ocupa un lugar privilegiado en el ordenamiento jurídico-institucional, puesto que, al menos, durante largas siete décadas (la del 20 al 80), imperó sin ningún contrapeso.

a. Periodo previo al surgimiento del aparataje estatal para la infancia.

Previo al prolongado periodo impuesto por el sistema tutelar (en la segunda década del siglo XX), las acciones de bienestar social dirigidas a la infancia se encuentran en manos de instituciones privadas e instituciones religiosas, de modo tal, que el enfoque es esencialmente benéfico y caritativo.

Entre 1853 y 1855 surgen dos importantes iniciativas de congregaciones religiosas que otorgan atención a niños en situación de abandono: Las Hermanas de la Providencia y la Congregación del Buen Pastor. Luego, esta vez proveniente principalmente de grupos laicos, en 1896 se constituye la Sociedad Protectora de la Infancia, a cargo de un grupo de damas voluntarias en sociedad con una congregación religiosa. Por su parte, en Valparaíso se instala una organización similar, la Sociedad de

Asilo para Niños que repartía leche y alimentos a niños pobres y que contaba con el apoyo del comercio local. Otra institución que emerge en el campo de la acción privada fue la de las Hermanas de Santa Cruz que construyó sedes en Santiago y Valparaíso con escuelas gratuitas y servicio médico a domicilio para pobres³².

Esta ola benefactora culmina al comenzar el siglo XX, en 1900 cuando se funda el Patronato Nacional de la Infancia para encarar el problema más grave, cual es el niño y la madre desvalida. El patronato estableció una red de servicios que incluía: el Asilo Maternal, las Gotas de Leche y, más tarde, las Marmitas. Esta triple estructura permitía tomar a la madre con su hijo desde el alumbramiento, evitando el abandono hospitalario o callejero inmediato; hacerle seguimiento a través de la entrega de alimentos para el hijo; proporcionar atención de policlínico al niño y a la madre y, finalmente, alimentar a la madre desnutrida³³.

Por desgracia, el trabajo de estas organizaciones tiene un carácter de acciones aisladas, sin coordinación entre ellas. Y su trabajo se dirige fundamentalmente a menores de edad afectados por carencias familiares

³² MORALES, EDUARDO, Políticas Sociales y Niñez, en Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994, pp. 45 y 46.

³³ Idem.

y socioeconómicas³⁴. Ello deriva en que, en términos generales, a lo largo de este periodo toma forma una doctrina de atención a la niñez caracterizada por un fuerte tono paternalista/moralista hacia los sectores populares, que en la práctica privilegia al internamiento como la principal herramienta para asistir al niño necesitado de protección. El asistencialismo estatal del siglo XX es, en mucho aspectos, tributario de esta concepción³⁵.

De modo que a hasta ese momento, el rol del Estado era absolutamente pasivo respecto a la iniciativa de las instituciones privadas que se preocupaban del problema de los niños con necesidades de protección. La participación del Estado se limitaba a apoyar parcialmente la mantención de alguna de estas obras una vez que surgían, y su aporte le era solicitado por familias o personajes influyentes de la época³⁶.

b. Periodo de instauración de una “legislación de menores”.

Durante el siglo XIX y las primeras décadas del XX, el advenimiento de la ideología liberal conjuntamente con posturas anticlericales, dieron lugar a llamados que exigían una presencia más fuerte del Estado en temas

³⁴ CORTES BECK, JUAN EDUARDO, Desarrollo de los Sistemas de atención a la Infancia en Chile, en Políticas Sociales y Niñez, en Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994, p. 224.

³⁵ PILOTTI, FRANCISCO, Ob. cit., p. 19.

relativos al bienestar infantil³⁷. La mutación conceptual empieza a prefigurar a la política universalista versus la noción caritativa orientada al indigente contenida en la institucionalidad de la beneficencia.

Pero no se trataba de prescindir del concurso individual de la filantropía, sino de conferirle al Estado un rol directriz en materia de asistencia social, de orientación de la acción y de provisión de los medios para adecuar dicha acción al nivel requerido por la necesidad social³⁸.

En todo caso, no hay que olvidar que la importancia de la acción privada de beneficencia es que constituye un esfuerzo sistemático por atenuar el conflicto social. Sin embargo, de manera permanente este tipo de acción demanda del Estado su apoyo, lo que dificulta el proceso de institucionalización plena, y que se traduce en una convivencia, en momentos conflictiva, con las iniciativas de carácter gubernamental³⁹. El papel de la beneficencia es considerado un deber del que da (el Estado, el donante privado) y no como un derecho de que recibe⁴⁰.

³⁶ CORTES BECK, JUAN EDUARDO, *Desarrollo...*, Ob. cit., p. 224.

³⁷ PILOTTI, FRANCISCO, Ob. cit., p. 19.

³⁸ MORALES, EDUARDO, Ob. cit., pp. 47 y 49.

³⁹ *Ibidem*, p. 46.

⁴⁰ EROLES, CARLOS, *Los Derechos del Niño son Derechos Humanos*, en *Políticas Públicas de Infancia. Una mirada desde los derechos*, Espacio Editorial, Buenos Aires, 2001, p. 28.

De este modo, es durante este periodo el Estado asume y transforma en políticas, las prácticas y programas de caridad de la Iglesia, al mismo tiempo que inaugura el proceso de una jurisdicción específica para la infancia.

Durante el siglo XX, la evolución histórica de los sistemas de atención a la infancia en Chile ha ido aparejada con la evolución de la legislación de menores. Esta legislación fue institucionalizando paulatinamente las políticas de atención a la infancia, mientras definía cada vez con mayor precisión el rol del Estado en la protección de la infancia⁴¹.

No obstante, que se establece formalmente el andamiaje legal, institucional y administrativo del sistema de bienestar infantil, la verdad es que se observa una asincronía entre los distintos componentes del sistema de bienestar infantil, lo que se refleja en el desfasaje existente entre la temprana aparición de un marco jurídico específico para el menor en situación irregular, y la posterior creación de los órganos administrativos encargados de atender los problemas de la infancia. El hecho de que, comparativamente, las instituciones gubernamentales aparecen tardíamente, determina que, por un lado, sean concebidas como un adjunto al sistema de administración de justicia para menores,

desempeñando un papel subalterno en la provisión de servicios de protección y rehabilitación, y por el otro, que la atención que se le brinda a los niños está fuertemente influida por concepciones tradicionales que privilegian el internamiento⁴².

Ahora bien, en relación al establecimiento de una legislación especial, es posible afirmar que una característica y fuente importante de interpretación estas leyes, es que ellas se dictan para resolver situaciones sociales conflictivas que se encuentran en situación de crisis. La Legislación de Menores, se refiere fundamentalmente a sus problemas, definiendo a sus destinatarios según sus carencias o necesidades. Así, los personajes centrales de esta legislación son definidos por sus carencias o actitudes potencial o efectivamente conflictivas; serán los niños o jóvenes de conducta “irregular”, las familias destruidas, los abandonados, aquellos que se encuentran en “peligro material o moral”, que tienen “desajustes conductuales” o están en “conflicto con la justicia”. Esta normativa se configura como una

⁴¹ CORTES BECK, JUAN EDUARDO, Evolución Histórica del Sistema de Atención a la Infancia en Chile. Mimeo, Santiago, 1992, p. 1.

⁴² PILOTTI, FRANCISCO, Ob. cit., pp. 19 a 21

legislación especial destinada a los llamados “menores en situación irregular”⁴³.

Dichas legislaciones de menores, legitimadas en la protección de una infancia supuestamente abandonada y supuestamente delincuente, abrían la posibilidad de una intervención estatal ilimitada, para disponer de aquellos menores materialmente o moralmente abandonados⁴⁴. El Estado produce una masiva transferencia de competencias hacia el mundo jurídico. Esta situación es la que los autores definen como la “judicialización” de la política del menor.

En consecuencia, durante la segunda década del siglo pasado se comenzó a gestar en nuestro país una revolución de ideas, dirigida hacia una concepción más innovadora en el ámbito social. Esto, sumado a la proliferación de instrumentos internacionales, fruto de diversas Convenciones, Congresos y Conferencias, siendo la principal, en materia de menores, la Declaración de Ginebra de 1924, que contenía la Declaración de los Derechos del Niño, crearon en Chile un ambiente de

⁴³ CILLERO, MIGUEL, Evolución Histórica de la Consideración de la Infancia y Adolescencia en Chile, en Políticas Sociales y Niñez, en Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994, p. 80.

⁴⁴ GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, Derecho de la Infancia-Adolescencia en..., Ob. cit., pp. 17 y 18.

preocupación social y un ánimo eminentemente protector⁴⁵. Este acontecimiento mundial estimuló fuertemente el desarrollo de nuevas iniciativas de legislación y políticas de protección de la infancia en muchos en muchos países del mundo, incluido el nuestro⁴⁶.

Al impulso dado por la Declaración de los Derechos del Niño, se sumó la realización en Santiago de IV Congreso Panamericano del Niño, en 1924. Estos Congresos, en esa época, ejercieron una significativa influencia sobre los Estados para legislar y planificar acciones de asistencia para la infancia. El Estado chileno no fue indiferente ante esta influencia y dos años más tarde comenzó a elaborar el primer proyecto de una ley de menores en el país⁴⁷.

Por otra parte, en 1925 se elaboró un Decreto Ley sobre Creación de Establecimiento Especiales para Prevenir la Delincuencia Infantil. En estos establecimientos se internaban menores hasta la edad de 18 años que se encontraban en abandono, físico o moral, vagancia o recogidos por la policía; los que recibían malos tratos de sus padres; los que no asistían a la escuela por desobediencia y, por último, lo que el Director

⁴⁵ BAEZA CONCHA, GLORIA, El Interés Superior del Niño: Derecho de Rango Constitucional, su Recepción en la Legislación Nacional y Aplicación en la Jurisprudencia, Revista Chilena de Derecho. Vol 28 N°2, 2001, p. 358.

⁴⁶ CORTES BECK, JUAN EDUARDO, Desarrollo..., Ob. cit., p. 226.

⁴⁷ Idem.

del establecimiento considerase conveniente admitir. También se admitía a aquellos menores cuyos padres lo solicitaban y pagasen la pensión correspondiente a su estadía.

i. Primera Ley de Menores, de 1928.

La intención de legislar parecía bastante clara, ya que se habían presentado diversos proyectos de ley sobre la materia a partir de 1926. Se buscaba, por una parte, modificar el régimen de responsabilidad de los menores y, por otra, promover y organizar la actuación tutelar del Estado⁴⁸.

Todas estas iniciativas se vieron finalmente integradas en la redacción de la Ley N°4.447, de 23 de octubre de 1928.

Dicha ley fue dictada en un período de clara “preocupación social” en el país y de confianza en la acción protectora que el Estado podía y debía prestar a los más desvalidos. El clima existente en los diversos sectores del país, era de absoluto consenso respecto a la relevancia del tema de la infancia y a que el Estado asumiera un rol activo en materia de protección de menores. En definitiva, con esta iniciativa se buscaba establecer cánones preventivos respecto de la niñez desvalida.

En la exposición de los motivos con que el Gobierno se dirige al Congreso, se hace ver la necesidad que existe en que dicho proyecto se convierta en ley cuanto antes, refiriéndose en los siguientes términos: “La infancia desvalida, abandonada y delincuente es un hecho de tan grave y notoria trascendencia social, que no es posible continuar más tiempo ante él, en una actitud de simple expectación. En efecto, por una parte, el niño abandonado o el delincuente es síntoma de un grave mal que urge remediar; por otra, es en sí mismo, un peligro permanente que es indiscutible corregir”⁴⁹.

Este cuerpo legal introdujo una justicia tutelar para el menor y estableció las bases de una asistencia proteccional y reeducativa, reemplazando el enfoque sancionador y punitivo de las normas legales aplicables al menor hasta la fecha.

Esta ley se ocupa de los que en sociología se llama la “desviación social” de los niños, es decir, de los niños que se salen de la norma social, de diversas formas: los que mendigan, los que se prostituyen, los que son abandonados, los que hurtan y roban, los que nos asisten a la escuela, los que viven en familias con

⁴⁸ CILLERO, MIGUEL, Evolución Histórica..., Ob. cit., pp. 93 y 94.

problemas sociales, los que desobedecen mucho a sus padres, los que se drogan, etc.⁵⁰. Todas formas de desviación que se encasillan en las siguientes categorías de la ley: “situaciones de peligro material o moral”.

De allí que esta ley especial no se dirige al universo infancia, sino que a una determinada categoría de ella, los que se encuentran en *“situación irregular”*.

El alcance de esta Ley de Menores, no es el de una transformación del estatus jurídico de los niños en general sino que responde a problemas bastantes específicos⁵¹. Esta legislación de menores se hace cargo de –fundamentalmente- de los problemas de control y protección de la infancia que se encuentra en situación de dificultad. La “irregularidad” de las relaciones de familia o del comportamiento social de los niños son la preocupación central; no es una legislación que defina el lugar del niño en la sociedad, sino que una ley que se preocupa de “la protección de los menores”, como lo indica el nombre con que fue conocida esta ley. Igualmente es lo que explica por qué es posible

⁴⁹ CORTES BECK, JUAN EDUARDO, Evolución..., Ob. cit., p. 3.

⁵⁰ COUSO, JAIME, Los Niños en los Tiempos de los Derechos, en Por los Caminos de la Esperanza, SENAME, 2001, p. 52.

afirmar que esta Ley de Menores, consideran al niño como “objeto de protección” más que como un sujeto de derecho frente al Estado y la familia⁵².

Esta Ley N°4.447 significó un cambio radical en el tratamiento jurídico de la infancia, especialmente, en su perspectiva u orientación. El rol del Estado se modifica, pasando a cobrar una gran importancia en la prevención, protección y adjudicación de responsabilidad a los menores⁵³.

El Estado comienza a tener un papel decididamente activo en el ámbito de la infancia, puesto que con ella se crean los primeros Juzgados de Menores, a cargo de Jueces Letrados, que deben resolver conforme a derecho y cuyas resoluciones son apelables ante la Corte de Apelaciones respectiva. Sin embargo, no se creó un procedimiento adecuado y reglamentado, los Jueces no fueron incorporados plenamente al Poder Judicial, se les entregaron facultades discrecionales amplísimas y, en general, hubo una manifiesta despreocupación por los procedimientos y derechos de las partes.

⁵¹ Ibidem, p. 51.

⁵² CILLERO, MIGUEL, Evolución Histórica..., Ob. cit., p. 87.

⁵³ CORTES BECK, JUAN EDUARDO, Evolución..., Ob. cit., p. 5.

Por otra parte, esta misma ley creó el primer organismo público responsable de orientar la asistencia al menor, denominado Dirección General de Protección de Menores, dependiente del Ministerio de Justicia. Es el órgano a través del cual el Estado ejercerá la “función de atender al cuidado personal, educación moral, intelectual y profesional” de ellos.

Finalmente, la Ley se creó las Casas de Menores, como instancias de apoyo a los Tribunales de menores, en calidad de centros de tránsito, diagnóstico y observación de éstos, previo a aplicarles una medida de protección. Se creó la de Santiago en 1929 y la de Valparaíso en 1934, así como numerosos establecimientos destinados a los niños en situación de abandono u otras carencias sociales.

ii. Dirección General de Protección de Infancia y Adolescencia (PROFINTA). Surgimiento del concepto de situación irregular.

En 1942 la Dirección de Protección de Menores, junto con otros servicios médico-asistenciales, fue fusionada en lo que se denominó la Dirección General de Protección de Infancia y Adolescencia (PROFINTA), cuya dependencia fue radicada en el Ministerio de Salud.

Su creación obedeció a la idea de que para encarar integral y científicamente el problema de protección de menores en sus diversos aspectos, especialmente el económico, educativo, médico-social y jurídico, debían ser abordados en un programa general y común, bajo una directiva unitaria. Por esta razón, al citado organismo se le otorgaron amplias facultades, entre ellas, se le asignó la captación, clasificación, distribución y auxilio directo de la madre embarazada o en lactancia, los lactantes, los preescolares, escolares y adolescentes.

Esta labor de PROFINTA se desarrolló a través de sus tres departamentos: Menores en Situación Irregular, Acción Social y Colocación Familiar. En la denominación de estos departamentos, se institucionaliza por primera vez el concepto de “Menor en Situación Irregular” en el siguiente sentido: “se entenderá que un menor se encuentra en situación irregular cuando su adaptación social sufre alteraciones, se encuentre moral o materialmente abandonado o en peligro de estarlo, o hubiese delinquido cualquiera sea su estado civil”.

iii. El Servicio Nacional de Salud.

En 1952 se dictó la Ley N°10.383, que crea el Servicio Nacional de Salud (S.N.S.), al cual se le encargó la dirección de casi la

totalidad de los servicios médicos y asistenciales existentes en el país, entre ellos PROFINTA y las Casas de Menores.

Los programas de protección del menor en situación irregular pasaron a depender de la Sección Materno-Infantil del Departamento de Fomento de la Salud del S.N.S. Estas circunstancias se mantuvieron hasta el año 1959, fecha en que se reestructuró el S.N.S. y se creó una Sección de Menores en Situación Irregular, dependiendo del nuevo Departamento de Fomento de la Salud, entregándole a su cargo la coordinación, supervigilancia y planeamientos de las acciones de protección de menores a nivel nacional⁵⁴.

Durante este periodo, el concepto de menor en situación irregular fue definido de la siguiente manera: “la situación irregular alude a una vasta gama de estados adversos que alteran, definitiva o transitoriamente, el desarrollo del niño y su convivencia normal dentro de la comunidad”.

⁵⁴ CORTES BECK, JUAN EDUARDO, Desarrollo..., Ob. cit., p. 234.

iv. Ley N°14.097, de 1962. Se refunde la primera Ley de Menores.

En el año 1959, la Asamblea General de las Naciones Unidas promulgó la Declaración de los Derechos del Niño, hecho que contribuyó a reactivar la preocupación de los Gobiernos por los temas de infancia.

Prueba de ello es que en el año siguiente, en 1960, el Gobierno emite el Decreto Ley N°6.673, mediante el cual crea una Comisión Interministerial de Protección de Menores en Situación Irregular. A esta Comisión se le entregaron las siguientes funciones: 1) Coordinar la asistencia social que prestaban a los menores en situación irregular las instituciones fiscales, semifiscales, municipales y privadas; 2) Supervigilar el cumplimiento de los programas; 3) Velar por el pleno ejercicio de las disposiciones legales y reglamentarias y 4) Estudiar y proponer planes y modificaciones legales⁵⁵.

Sin embargo, a juicio de muchos, en realidad pasaron más de veinte años, durante los cuales no se produjeron modificaciones significativas, hasta que la realidad, sobrepasada por el sistema, hizo necesaria una adecuación normativa. Fue así como en 1961

⁵⁵ Ibidem, p. 235.

se dictó la Ley N°14.550 que reguló los aspectos administrativos de la Justicia de Menores, ampliando las facultades del Juez para apreciar la prueba. Esta normativa sirvió de base para la posterior dictación de dos leyes fundamentales, la Ley N°14.907 sobre Protección de Menores (que refundió la Ley N°4.447, de 1928 y la Ley N°14.550, de 1961) y Ley N°14.908 sobre Abandono de Familia y Pago de Pensiones Alimenticias, ambas de 1962.

Las principales innovaciones introducidas por esta ley, fueron la creación de nuevos Juzgados de Menores, la precisión de las competencias de esta judicatura y hacer extensiva la aplicación de la aplicación de la Ley de Protección de Menores hasta los 21 años de edad. Este cuerpo normativo mantuvo la asignación al S.N.S. de las funciones de atender la higiene personal, educación moral, intelectual y profesional de los menores⁵⁶.

En todo caso, desde el punto de vista de la institucionalidad de la protección de los menores, el cuestionamiento de la intervención del sector salud en este ámbito era cada vez mayor, especialmente durante los primeros años de la década de los sesenta. Edmundo Fuchslocher Petersen, a propósito del estudio

⁵⁶ Ibidem, p. 236.

particular de las Leyes de Protección de Menores, expresaba como crítica a la Ley N°14.907: “Somos de la opinión, que en no mucho tiempo más, deberá modificarse nuevamente la presente ley en el sentido de no ser el Servicio Nacional de Salud el encargado de estas materias de menores, por cuanto dada su labor, este organismo de la salud, como lo hiciéramos notar en páginas anteriores, le resulta difícil, tal vez imposible, velar por su cumplimiento, pese a su Departamento Especial con que cuenta sobre Menores en Situación Irregular. Tampoco es del todo apropiado que la delincuencia infantil, por un lado, y las cuestiones civiles, como la de alimentos y tuiciones, por otro, como también gestione sobre adopciones, autorización para contraer matrimonio y una infinidad de materias más netamente legales, adquieran una solución más rápida, eficiente y justa mediante la supervigilancia cuya finalidad, como su propio nombre lo indica, es especialmente médica, de salud, más que jurídica o legal. La práctica por lo demás se ha encargado de demostrar que no es este el organismo más adecuado en la materia y que su intervención para

salvaguardar los intereses de los niños y jóvenes, ha sido mínima, por no decir nula”⁵⁷.

v. Ley N°16.618, de 1967, actual Ley de Menores. Creación del CONAME.

Efectivamente, a los pocos años se modificó la Ley N°14.907. En marzo de 1967 se dicta la Ley N°16.618 de Menores, que fijó el texto definitivo de la Ley de Menores actualmente vigente en Chile.

Con esta ley se creó el Consejo Nacional de Menores (CONAME), organismo al cual se le otorgó las funciones de planificar, supervigilar, coordinar y estimular el funcionamiento y organización de las entidades y servicios públicos o privados que presten asistencia y protección a los menores en situación irregular.

Su creación constituye un decisivo paso para buscar soluciones concretas y efectivas al problema que representa la existencia de menores en situación irregular, por lo que resulta muy importante

⁵⁷ FUCHSLOCHER PETERSEN, EDMUNDO, Derecho de Menores, Editado por su autor, Valparaíso, 1995, pp. 317 y 318.

la labor que este organismo está llamado a desarrollar para ejercer acciones directas en beneficio de dichos menores⁵⁸.

Este organismo se estructuró en base a una Junta Directiva compuesta por: a) un vicepresidente, b) un representante de los Ministerios del Interior, Educación, Justicia y Salud, c) el Jefe del Departamento de la Policía de Menores, d) tres representantes de instituciones privadas de atención de menores, uno de los cuales debía ser del Consejo de Defensa del Niño y e) un representante directo del Presidente de la República. Con esta conformación, se pretendía dar al CONAME un carácter intersectorial para enfrentar la problemática de los menores en situación irregular y, a la vez, tratar de compensar las históricas diferencias entre Justicia y Salud⁵⁹.

Ahora bien, desde la perspectiva de atención directa, cabe señalar que el CONAME no tenía facultades para mantener y administrar directamente establecimientos de menores. Su labor se limitaba a dar asesoría técnica, a la supervigilancia general de los establecimientos y a entregar aportes de dinero, proveniente del presupuesto de la nación, a las instituciones que atendían

⁵⁸ MORALES, EDUARDO, Ob. cit., p. 54.

⁵⁹ CORTES BECK, JUAN EDUARDO, Desarrollo..., Ob. cit., p. 238.

menores en situación irregular⁶⁰. Es a partir de la creación del CONAME, que el Estado comenzó a entregar un aporte sistemático, denominado “mantención institucional”, a las instituciones reconocidas como colaboradoras de éste⁶¹.

Por otro lado, bajo este nuevo marco impuesto por la Ley N°16.618 se creó la Policía de Menores, como área especializada de Carabineros de Chile, cuyas funciones básicas consistían en prevenir la delincuencia, recogiendo a los niños vagos y mendigos, controlando centros de corrupción de menores y llevando a cabo órdenes judiciales emitidas por los Tribunales de Menores.

Con relación a ella, aunque no sea un punto satisfactorio de resaltar, se debe hacer presente que la policía –en cumplimiento de las leyes de menores y simultáneamente en flagrante violación de los derechos y garantías individuales consagrada en todas las Constituciones – se convirtió de hecho en el proveedor mayoritario y habitual de la clientela de las llamadas instituciones de “protección” o de “bienestar”⁶².

⁶⁰ Ibidem, p. 239.

⁶¹ CORTES BECK, JUAN EDUARDO, *Evolución...*, Ob. cit., p. 9.

⁶² GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, *Infancia, Ley y Democracia: una cuestión de justicia*, en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Ed. Temis – Depalma, Santa Fe de Bogotá – Buenos Aires, 1998, p. 27.

c. Periodo de irrupción del autoritarismo. Creación del SENAME.

Este es un periodo que se caracteriza por sus profundas transformaciones, no sólo en lo referente a la asistencia y protección de los niños, sino en todo lo que es política social, atendido a que la irrupción del autoritarismo evidenció una drástica reversión del papel histórico cumplido por las políticas sociales.

i. Reducción de la política social.

En efecto, el Estado reduce drásticamente su intervención en el campo de la política social, tanto en término reales como ideológico (la retirada va acompañada de una doctrina que la sustenta: el Estado Subsidiario)⁶³. Conforme a esta nueva política el Estado transfiere la mayor parte de su actividad económica y social al sector privado y a la regulación del mercado.

Por otro lado, durante este periodo, uno de los rasgos de las políticas sociales fuera su sostenida focalización, esto es, dirigir los esfuerzos hacia los “grupos-objetivos” de más alto riesgo, lo que significó revertir el carácter universalista que habían venido mostrando en el pasado. En todo caso, cabe señalar que lo que ocurrió en definitiva, fue que se desvirtuó el concepto de

focalización, ya que bajo la premisa de asistir a los extremadamente pobres y no dispersar el gasto social se fueron reduciendo paulatinamente los presupuestos sociales, provocando una disminución de la calidad de los servicios sociales⁶⁴.

Además, se privilegió la atomización y control de los sectores populares mediante el proceso de “municipalización”. Ello implicó que la calidad de los servicios prestados se deterioró significativamente por falta de control de los niveles centrales y por la extrema heterogeneidad del sistema municipal chileno⁶⁵.

En síntesis, la experiencia de los gobiernos autoritarios alejan al movimiento social del Estado y con ello desaparece la voluntad de influir (y esto es independiente de las posibilidades reales de realizarlo), sobre el plano de las políticas públicas⁶⁶.

Por otra parte, con la dictadura impuesta por el Gobierno Militar en 1973, se implementaron rígidos sistemas de control de la vida civil, se intentaba erradicar cualquier forma de conducta antisocial, incluida en ello la de los menores en situación irregular. De hecho,

⁶³ GARCIA MENDEZ, EMILIO, Derecho de la Infancia-Adolescencia en..., Ob. cit., p. 69.

⁶⁴ MORALES, EDUARDO, Ob. cit., p. 61.

⁶⁵ Idem.

⁶⁶ GARCIA MENDEZ, EMILIO, Derecho de la Infancia-Adolescencia en..., Ob. cit., p. 69.

una parte importante del presupuesto estatal se concentró en el área de defensa, descuidando de manera importante las problemáticas sociales de la población⁶⁷. En este sentido, es posible afirmar que existió una un acoplo entre el autoritarismo y la doctrina de la situación irregular.

En definitiva, con la estructuración del Estado impuesta por el Gobierno Militar a partir de septiembre de 1973, se introdujeron fuertes restricciones generales en materia de personal y de recursos financieros que afectaron también al CONAME, limitando su capacidad de seguir creciendo y desarrollando efectivamente su labor⁶⁸.

ii. **Servicio Nacional de Menores (SENAME).**

Bajo el panorama anteriormente descrito, en el año 1977, el Ministerio de Justicia forma una comisión encargada de elaborar un texto legal referente a la creación de un nuevo organismo gubernamental, que tendría por función hacerse cargo de las acciones impulsadas por el Gobierno en torno a la protección de la infancia.

⁶⁷ CORTES BECK, JUAN EDUARDO, Desarrollo..., Ob. cit., p. 239.

⁶⁸ CORTES BECK, JUAN EDUARDO, Evolución..., Ob. cit., p. 10.

Este nuevo organismo, conforme al consenso reinante en la comisión, debía subsanar las limitaciones y los vacíos legales que caracterizaban hasta ese momento el funcionamiento del CONAME, y que evidenciaban, la escasa participación operativa y activa del Estado en la asistencia de menores en situación irregular. Estas limitaciones eran del siguiente orden⁶⁹:

- Escaso apoyo de CONAME a la Judicatura de Menores. Esto atendido a que la Ley N°16.618 no le asignó al Consejo una responsabilidad explícita respecto al apoyo requerido por los Tribunales en la aplicación de sus medidas.
- Deficiencias operativas del sistema y búsqueda de resquicios legales. Efectivamente, la Ley de Menores no facultó a CONAME para administrar Centros. El Consejo estaba limitado a prestar asesoría técnica, supervisar y entregar aporte en dinero a diversa instituciones públicas y privadas que atendían directamente a menores, y que se definían como colaboradoras.

⁶⁹ ALVAREZ CHUART, JORGE, La experiencia neoliberal en la atención de los menores en riesgo social, en *Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile*, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994, pp. 266 a 268.

En virtud de estas limitaciones legales y considerando que la capacidad de las instituciones colaboradoras no era suficiente, fue necesario que CONAME utilizará un resquicio legal y creara en 1970 una institución de derecho privado “Fundación Niño Chileno” (FUNICH), la que tuvo como propósito crear y administrar centro de menores mediante financiamiento apartado por la entidad estatal. Es decir, era el brazo operativo de CONAME en materia de asistencia.

- Diversidad de instituciones del Estado involucradas en la atención directa del niño, debido a las escasas atribuciones legales de CONAME frente al problema. De manera que además de los centros pertenecientes a FUNICH, el Estado también entregaba asistencia directa a menores a través del Ministerio de Salud, que administraba y financiaba centros de protección, rehabilitación y diagnóstico. Igual cosa ocurría con el Ministerio de Educación, que mantenía Escuelas Hogares en diversas regiones del país. Y también Carabineros de Chile, que además de Subcomisaría de Menores, administraba Clubes de Menores. Gendarmería de Chile, por su parte, mantenía en las cárceles anexas destinadas a la permanencia de jóvenes con fines de

diagnóstico o por mediadas de protección. A su vez, la subsecretaria de la Mujer administraba y mantenía centros de prevención o atención diurna.

- Exceso de centralismo administrativo de CONAME. Legalmente el Consejo no estaba descentralizado, esto se refleja en que sus funciones se concentraban en la ciudad de Santiago.
- Inexistencia de facultades legales que permitieran un adecuado control de las instituciones que atendían a menores. En efecto, CONAME carecía de instrumentos legales destinados a hacer cumplir normas de atención a las instituciones, o a poder sancionar a aquellas carentes de idoneidad.

Sobre la base de tales cuestionamientos al funcionamiento del CONAME, en el año 1979, se dicta el Decreto Ley N°2.465, que crea el Servicio Nacional de Menores (SENAME), organismo gubernamental que existe hasta la actualidad como responsable de coordinar los programas de atención a la infancia con problemas de desprotección y conducta.

Con su creación se introdujo modificaciones sustanciales en relación a las características asignadas a este tipo de Servicio. Además de propiciar y coordinar las acciones de las instituciones colaboradoras, se facultó al SENAME para crear y administrar centros. Asimismo, se le asignó la responsabilidad de atender por si mismo o a través de las instituciones colaboradoras a los menores enviados por los Tribunales⁷⁰.

Por otro lado, el SENAME perdió la autonomía que tenía el CONAME como organismo centralizado, convirtiéndose en un servicio dependiente del Ministerio de Justicia. No obstante ello, es importante destacar, que el SENAME se definió como un organismo desconcentrado territorialmente y para ello, se autorizó la creación de Direcciones Regionales en cada una de las regiones del país.

En cuanto a su función, se le entregaron facultades para ejecutar las acciones que fueran necesarias para asistir o proteger a los menores en situación irregular y de estimular, orientar, coordinar y supervisar técnicamente la labor que desarrollan las entidades públicas o privadas que coadyuden en sus funciones.

⁷⁰ Ibidem, p. 268.

Respecto al sujeto de atención, se definió que “El Servicio atenderá a menores que carezcan de tuición o que, teniéndola, su ejercicio constituya un peligro para su desarrollo normal integral; a los presenten desajustes conductuales, y a los que estén en conflicto con la justicia”. Con esta definición, se explícita que la preocupación del Estado se encuentra en aquellos menores con problemas de tuición y/o conducta.

Ahora bien, la puesta en marcha de SENAME obedeció fielmente a las disposiciones contenidas en su texto legal. Sin embargo, la implementación definitiva del Servicio resultó muy diferente a como fue pensada por quienes elaboraron su Ley Orgánica, ya que a finales del año 80, irrumpieron una serie de reformas en toda la política social del Gobierno, y por cierto, en el sector menores. Estas reformas tuvieron un marcado acento neoliberal⁷¹.

En efecto, basados en los postulados neoliberales del gobierno de la época, la gestión de SENAME sostuvo la premisa de que el sector privado era más eficiente que el Estado en la atención de los menores en situación irregular. Esta interpretación, implicó que el este Servicio traspasara todos sus centros de atención a

⁷¹ Ibidem, pp. 269 y 270.

instituciones denominadas “colaboradoras”, de carácter privado, a las que en virtud de un convenio se les aseguraba el pago de una subvención diaria por menor atendido. Esto permitió, sin duda, aumentar la cobertura de atención de menores por parte del Estado en un 55%, aumento que, pero trajo paralelamente consigo el fuerte crecimiento de los sistemas de internado⁷².

En definitiva, con el traspaso de los Centros a instituciones privadas, el SENAME redujo significativamente sus funciones y cometidos, asumiendo como tareas principales un rol normativo y fiscalizador de la atención brindada a los menores por las instituciones colaboradoras.

Asimismo, y aunque la ley que creó el SENAME le otorgaba facultades operativas para administrar directamente establecimientos de menores, en la práctica la política neoliberal aplicada en forma rígida y dogmática a este sector impidió que el Servicio se hiciera cargo de trabajar directamente con algún programa asistencial clave, especialmente en aquellos sectores en que el sector privado demostraba ineficiencia o inhabilidad⁷³.

⁷² CORTES BECK, JUAN EDUARDO, Desarrollo..., Ob. cit., p. 242.

⁷³ Ibidem, p. 243.

II. MODELO DE PROTECCIÓN INTEGRAL.

En la década del ochenta se va gestando en el ámbito internacional, un cambio de paradigma en materia de infancia, el que se conocerá como “Doctrina de la Protección Integral”.

Este paradigma de la protección integral, que instituye los principios rectores en lo que a protección de la infancia se refiere, principalmente, quiere evitar la construcción social que separa a los “menores” de los niños y se dirige a los niños y adolescentes como sujeto con derechos humanos originarios, con la finalidad de evitar su marginalización y de reintegrar a los “menores” en desventaja o infractores, lo más pronto posible, al sistema normal de la infancia y la adolescencia⁷⁴.

1. Instrumentos en que descansa la Doctrina de la Protección Integral.

Normalmente, se tiende a pensar que la Convención sobre los Derechos del Niño⁷⁵ es el único soporte normativo con el cual se identifica la Doctrina de Protección Integral, pero esto no es acertado, puesto que con el término “Doctrina de Protección Integral”, se hace referencia a un conjunto de instrumentos de carácter internacional que expresan este nuevo paradigma.

⁷⁴ BARATTA, ALESSANDRO, Infancia y Democracia, en Infancia, Ley y Democracia en América Latina, Ed. Temis – Depalma, Santa Fe de Bogotá – Buenos Aires, 1998, p. 41.

⁷⁵ En adelante Convención o Convención sobre los Derechos del Niño.

En este sentido, los cuatro soportes jurídicos básicos o esenciales que dicha doctrina comprende son:

a. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño. Adoptada por Resolución 44/25 de la Asamblea General de la ONU, el 20 de noviembre de 1990.

b. Reglas de Beijing.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil (Reglas de Beijing). Adoptada por Resolución 40/33 de la Asamblea General de la ONU, de 29 de noviembre de 1985.

c. Reglas Mínimas para la Protección de Menores Privados de Libertad.

Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad. Adoptada por Resolución 45/113 de la Asamblea General de la ONU, el 14 de diciembre de 1990.

d. Directrices de Riad.

Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad). Adoptada por Resolución 45/112 de la Asamblea General de la ONU, el 14 de diciembre de 1990.

En todo caso, no cabe duda de que a pesar de no ser el primero en términos cronológicos, la Convención constituye el instrumento más importante, en la medida que proporciona el marco general de interpretación de todo el resto de esta normativa⁷⁶. Claramente, la Convención consolida y organiza los demás textos internacionales de las Naciones Unidas.

2. Pilares fundamentales del Modelo de Protección Integral.

Esta nueva doctrina, que encontró su espacio en la Convención de los Derechos del Niño y en los documentos de las Naciones Unidas que la precedieron, constituye el resultado de un amplio movimiento social a favor de los derechos de los niños y de las reformas de los derechos de la infancia, que se han realizado y que se están realizando en América Latina y en Europa⁷⁷.

A partir de la Convención, la esencia de los problemas de la infancia comienza a ser percibida como un tema de derechos humanos y específicamente de justicia, más que como un problema de compasión y meras carencias materiales posibles de ser resueltas únicamente con el asistencialismo⁷⁸.

En este contexto, pensar en el cambio necesario que contemple una nueva legislación e institucionalidad para la infancia, significa pues tener previamente

⁷⁶ GARCIA MENDEZ, EMILIO, Derecho de la Infancia-Adolescencia en..., Ob. cit., p. 29.

⁷⁷ BARATTA, ALESSANDRO, Ob. cit., pp. 41 y 42.

⁷⁸ GARCIA MENDEZ, EMILIO, Infancia y Derechos Humanos en Argentina: cuando las barbas de tu vecino veas arder..., en Bien Común y Derecho, Publicación mensual de la Fundación Rafael Preciado Hernández, A.C. Año 8, N°88, abril, 2002, p.5.

presente con toda claridad el legado de la concepción de la situación irregular, como aquel que introduce un marco filosófico-conceptual que considera al niño como un menor que es objeto pasivo de protección en todos los ámbitos⁷⁹.

Mal que mal, el hecho de considerar al niño como “sujeto de derechos” tal cual lo entienden la doctrina de la protección integral, o como objeto de ellos (doctrina de la situación irregular) tiene serias implicancias en los regímenes que a la postre su ejecuten⁸⁰.

Al igual como se hizo al abordar el modelo tutelar, ahora nos corresponde referirnos a los pilares principales sobre los que descansa y se nutre, a la vez, la doctrina de la protección integral. Elementos que se introducen a partir de la vigencia de la Convención⁸¹.

a. Una doctrina: la doctrina de la protección integral de la infancia.

La doctrina de la protección integral no se dirige a un determinado segmento de la población infanto-juvenil sino a todos los niños y adolescentes, sin excepción alguna. Al mismo tiempo, apunta a asegurar todos los derechos para todos los niños, sin excepción alguna.

⁷⁹ JIMÉNEZ, MARÍA ANGÉLICA, Desafíos que enfrenta la Reforma a la Justicia de Menores, en *Psicoanálisis y Derecho: Infancia, Filiación, Sexualidad*, Ediciones Universidad Diego Portales, 2001, p. 36.

⁸⁰ MARTÍNEZ RUIZ, ANALÍA, *Interés Superior*, en la Convención sobre los Derechos del Niño, Rubinzal – Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, p. 99.

⁸¹ GARCIA MENDEZ, EMILIO, *Infancia y Adolescencia...*, Ob. cit., pp. 151 a 154.

Este nuevo paradigma –doctrina de la protección integral– posibilita repensar profundamente el sentido de las legislaciones para la infancia convirtiéndolas en instrumentos eficaces de defensa y promoción de los derechos humanos específicos de todos los niños y adolescentes.

Los supuestos de dicha normativa plantean un cambio sustancial con respecto al tratamiento que sistemáticamente se le ha dado a este campo del derecho, ya que implica tratar a los niños (y al adolescente) como sujeto de derecho, sin dejar de reconocer la protección especial que como tal requiere por parte del Estado y la sociedad en su conjunto⁸².

Esta concepción es la que subyace en la Convención sobre los Derechos del Niño. La esencia de la misma es la definición del niño/niña y adolescente como sujeto de derechos, a los que se debe apoyar en su crecimiento y entrenar para el ejercicio ciudadano⁸³.

Con el avènement de la doctrina de la protección integral, la mirada pasa necesariamente por la perspectiva del derecho y la acción debe confrontarse con el desafío de intervenir sobre las políticas públicas en el sentido de ampliarles la cobertura y mejorarles la calidad, de modo de

⁸² GUEMUREMAN, SILVIA y DAROQUI, ALCIRA, Ob. cit., p. 33.

⁸³ Idem.

tornarlas realmente capaces de incluir al conjunto de la población infanto-juvenil⁸⁴.

b. La instancia judicial: el nuevo juez de la infancia y adolescencia.

La nueva legislación para la infancia se torna un instrumento complejo que exige un profundo conocimiento del derecho por parte de todos sus actores. Ya no bastan las buenas intenciones en el tratamiento de la infancia.

Evidentemente, se jerarquiza la función judicial, devolviéndole su misión específica de dirimir conflictos de naturaleza jurídica, ya sea en la órbita civil o en la penal. Bajo este enfoque, la fundamentación rigurosa de las medidas adoptadas y una correcta y ponderada interpretación de la ley, constituyen los parámetros básicos de acción del juez para la infancia.

Asimismo, el perfil del nuevo juez presupone un operador calificado, con conocimiento sólido en los temas de Derecho Constitucional y Derecho Internacional, en la medida que lidia con los derechos fundamentales de la persona humana, debe transitar con naturalidad por el mundo jurídico, con dominio de las reglas fundamentales de este sistema⁸⁵.

⁸⁴ GOMES DA COSTA, ANTONIO CARLOS, Ob. cit.

⁸⁵ COSTA SARAIVA, JOA B., El Perfil del Juez en el Nuevo Derecho de la Infancia y la Adolescencia, Revista Justicia y Derechos del Niño, N°2, UNICEF, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 39.

c. La instancia administrativo-ejecutiva: del asistencialismo a la política de las garantías.

La ratificación y promulgación de la Convención, les impone la obligación moral y jurídica de trabajar juntos con los movimientos sociales y el mundo jurídico, en una forma legislativa que traduzca sustancialmente el contenido de la Convención.

La infancia en riesgo, producto de diversas situaciones de abandono, comienza y debe ser percibida como resultado directo de la omisión o inexistencia de las políticas sociales básicas. En este sentido, la asistencia no puede más ser cómplice de la omisión generalizada.

Al mismo tiempo, tratándose de los adolescentes en conflicto con la ley, la asistencia debe transformarse en una política estricta de garantías que colaboren a conformar a la categoría adolescente infractor como una precisa categoría jurídica y nunca más como una vaga categoría sociológica.

d. Los organismos no gubernamentales como fiscales de los derechos de la infancia.

El proceso de la movilización en torno a la Convención, provocó una nueva relación de los movimientos sociales con la esfera de lo jurídico. El peso condicionante negativo para el trabajo cotidiano de la doctrina de la

situación irregular, colocó a los movimientos sociales en forma natural y espontánea en la ruta de la reforma legislativa.

La adecuación sustancial de la Convención promovida y realizada con el concurso activo de los movimientos sociales, permitió superar, también desde el ángulo de la sociedad civil organizada, un horizonte asistencialista sin futuro ni proyección.

La verdad es que, un nuevo desafío surge para los movimientos sociales: encarar la ardua y difícil articulación con los gobiernos para el diseño y fiscalización de un nuevo tipo de políticas públicas.

e. Una sociedad civil de todos y para todos.

Es posible desprender con nitidez la necesidad de un vasto trabajo de esclarecimiento destinado a demostrar la imposibilidad de una sociedad realmente democrática y moderna con una infancia postergada en sus necesidades vitales. En otras palabras, no hay política para la infancia fuera de la misma política.

En sintonía con ello, también es preciso en lugar de seguir delegando en la autoridad del Estado la responsabilidad única por el tratamiento de los niños y jóvenes, que la sociedad civil en su conjunto asuma –a través de la cooperación de los municipios, las iglesias, las universidades, los

organismos no gubernamentales, etc.– los deberes inmediatos que les toca.

Por lo demás, la situación por la que atraviesan la mayor parte de los niños y adolescentes no tiene posibilidad alguna de revertirse, si no empezamos, entre todos, a cambiar la concepción misma que se tienen de estos. Es imposible revertir la situación si no aceptamos renunciar a nuestra vocación de “patronatos de la infancia”.

3. Características de las leyes de menores basadas en la Doctrina de la Protección Integral.

Una ley se encuentra en un marco de protección integral de derechos del niño cuando aparecen las características⁸⁶, que se mencionan a continuación:

- a. Definición de los derechos de los niños.** Se definen los derechos de los niños y se establece que en caso de que alguno de esos derechos se encuentren amenazado o violado, es deber de la familia, de la comunidad y/o del Estado restablecer el ejercicio concreto del derecho afectado a través de mecanismos y procedimientos efectivos y eficaces tanto administrativo cuando judiciales, si así correspondiere.

⁸⁶ BELOFF, MARY, Modelo de la Protección Integral..., Ob. cit., pp. 1 a 13.

- b. Inexistencia de categorías imprecisas.** Como consecuencia del reconocimiento explícito de los derechos y libertades de los niños, desaparecen las vagas y antijurídicas categorías de “riesgo”, “peligro moral o material”, “circunstancias especialmente difíciles”, “situación irregular”, etc.
- c. Irregularidad de la situación, no del menor.** Se establece, en todo caso, que quien se encuentra en “situación irregular” cuando el derecho de un niño o adolescente se encuentra amenazado o violado, es alguien o alguna institución del mundo adulto (familia, comunidad o Estado).
- d. Separación de las políticas sociales.** Se distinguen claramente las competencias de las políticas sociales de la cuestión penal, planteando la defensa y el reconocimiento de los derechos de los niños y los jóvenes como una cuestión que depende de un adecuado desarrollo de las políticas sociales.

Además, las políticas se caracterizan por estar diseñadas e implementadas por la sociedad civil y el Estado, y por estar centralizadas y focalizadas en los municipios.
- e. Sujetos de derechos.** Se abandona la noción de menores como sujetos definidos de manera negativa, por lo que no se tienen, no sabe o no son

capaces, y pasan a ser definidos de manera afirmativa, como sujetos plenos de derechos.

En este intento, las nuevas legislaciones reflejan una concepción de los niños y adolescentes como sujetos activos, participativos y creativos, entendiendo por ello que la mejor forma de garantizar social y jurídicamente su protección será promoviendo su autonomía como sujetos.

- f. Desjudicialización de los problemas sociales.** Se desjudicializan cuestiones relativas a las faltas o carencias de recursos materiales, supuesto que en el sistema anterior habilitaba la intervención de la jurisdicción especializada.

Los jueces de menores ya no están para salvaguardar y suplir las deficiencias estructurales del sistema de protección de la infancia. Las carencias deben ser exclusivamente imputadas a la falta de una política pública adecuada.

- g. Protección de los derechos.** La protección es de los derechos del niño y/o el adolescente. No se trata como en el modelo anterior de proteger a la persona del niño o adolescente, del “menor”, sino de garantizar los derechos de todos los niños y adolescentes.

Por lo tanto, esa protección reconoce y promueve derechos, no los viola ni restringe.

También por ese motivo la protección no puede significar intervención estatal coactiva.

- h. Universalidad de la categoría infancia.** De la idea de universalidad de los derechos, se desprende que estas leyes son para toda la infancia y adolescencia, no para una parte. Por eso se dice que con estas leyes se recupera la universalidad de la categoría infancia, perdida con las primeras leyes para “menores”.
- i. Reconocimiento de la capacidad del menor.** Ya no se trata de incapaces, medias-personas o personas incompletas, sino de personas completas cuya única particularidad es que están creciendo. Por eso se le reconocen todos los derechos que tienen todas las personas, más un *plus* de derechos específicos precisamente por reconocerse el hecho de que están creciendo.
- j. Respeto a la opinión del menor.** De ahí que de todos los derechos, uno que estructura la lógica de la protección integral sea el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta.

Una básica y esencial premisa nos señala que no es posible decidir cuestiones que involucran aspectos concernientes a los intereses de una

persona, en este caso un niño o adolescente, sin haberle otorgado la posibilidad de expresarse al respecto, en la forma y con los alcances y modalidades que resguarden suficientemente tan fundamental derecho.

- k. Jerarquización de la función judicial.** Se jerarquiza la función del juez en tanto éste debe ocuparse de cuestiones de naturaleza jurisdiccional, sean de derecho público (penal) o privado (familia).

La actuación del juez ya no descansa sobre las bases de la discrecionalidad y la arbitrariedad. El juez debe encargarse de dirimir, de manera imparcial y con estricto apego a la ley, los conflictos jurídicos.

El juez, como cualquier juez, está limitado en su intervención por las garantías.

- l. Reconocimiento de garantías.** En cuanto a la política criminal, se reconocen a los niños todas las garantías que le corresponden a los adultos en los juicios criminales según las constituciones nacionales y los instrumentos internacionales pertinentes, más garantías específicas.

- m. Establecimientos de catálogos de medidas.** Se establece como consecuencia jurídica de la comisión de un delito por parte de un joven un catálogo de medidas, en el que lo alternativo, excepcional, última ratio y por tiempo breve es la privación de libertad. Estas medidas se extienden desde la advertencia y la amonestación hasta los regímenes

de semilibertad o privación de la libertad en institución especializada. Deben dictarse por tiempo determinado.

- n. Restricción de la privación de libertad** Se determina que la privación de libertad será una medida de último recurso, que deberá aplicarse por el tiempo más breve que proceda y, en todos los casos, por tiempo determinado como consecuencia de la comisión de un delito grave.

4. Impacto de la Doctrina de la Protección Integral en el sistema jurídico-institucional del Estado chileno.

La inexistencia de una adecuada política social pública (de Estado) hacia la niñez y la familia, sentó las bases de un notorio rompimiento de atribuciones entre poderes del Estado. El poder ejecutivo “dejó de hacer” y el poder judicial, a través de las “jurisdicciones de menores” a lo largo del siglo XX concentraron facultades administrativas al decidir problemas sociales de clara competencia administrativa y adicionalmente intervinieron ante la infracción da la ley por parte de niños y niñas⁸⁷.

Esto se implicó en que durante siete décadas (1919-1990), las leyes de menores fueron mucho más que una epidermis ideológica y mero símbolo de un proceso de criminalización de la pobreza. Las leyes de menores fueron un

⁸⁷ VALLADARES, JORGE ALBERTO, El Niño y la Niña como Sujetos de Derecho, en el Seminario Relaciones entre el contexto familia e infancia en la sociedad contemporánea, Revista Infancia, Boletín del Instituto Interamericano del Niño, N°238, Tomo 71, Agosto, 2002.

instrumento determinante en el diseño y ejecución de la política social para la infancia pobre. Las leyes de menores fueron un instrumento (legal) determinante para legitimizar la alimentación coactiva de las políticas asistenciales⁸⁸.

De hecho, los programas, servicios y beneficios dirigidos a la infancia que se han llevado a cabo en nuestro país han respondido, en general, a atender los “problemas de la infancia” o a “los niños con problemas”, lo que ha determinado que instituciones y programas creados para implementar acciones a favor de la infancia y la adolescencia respondan a la lógica de ver al niño como objeto de atención y protección y no como un sujeto de derecho⁸⁹.

Nuestra sociedad creó un sistema basado en la protección/tutela hacia la infancia, pero en ese intento de protección surgió el exceso: la negación y transgresión de los derechos fundamentales de la infancia.

Pero este desesperanzador devenir de la infancia, sustentado en el modelo tutelar de protección imperante, experimentó un cambio, o, más bien una revolución, esta es, la llamada revolución copernicana de los derechos del niño. Conforme a ella, los “menores” dejaron de ser objeto de protección y simples

⁸⁸ GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, *Infancia, Ley y Democracia: una cuestión de justicia*, Ob. cit., p. 27.

⁸⁹ POLÍTICA NACIONAL Y PLAN DE ACCIÓN INTEGRADO A FAVOR DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA 2001-2010, Gobierno de Chile, Santiago, 2001, p. 23.

destinatarios de prácticas asistenciales, y se transformaron en “niños y adolescentes” reconocidos como auténticos sujetos de derechos.

Pero al mismo tiempo, esta nueva concepción se tradujo, y se traducirá, en numerosos cambios a nivel nacional, y ello no sólo desde el punto de vista legislativo, sino que también en toda la institucionalidad y los servicios asociados al tratamiento de la infancia y la adolescencia.

Dichos cambios pueden ser sintetizados de la siguiente manera:

a. Cambio de paradigma, el nacimiento de un nuevo sujeto de derecho.

Con la Convención sobre los Derechos del Niño supone un cambio de paradigma. Del menor como objeto de la compasión-represión, a la infancia como sujeto pleno de derechos, es la expresión que mejor sintetiza su profundidad⁹⁰.

Este nuevo paradigma se caracteriza por introducir tres cambios de perspectiva en el derecho de la infancia:

⁹⁰ GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO, Derecho de la Infancia-Adolescencia en..., Ob. cit., p. 27.

- i. **Concibe a los niños como sujetos de derecho y no, en cambio, como destinatarios de acciones asistenciales o de control social ejecutadas por el Estado.**

La condición de sujetos de derechos de los niños viene, en verdad, a explicitar una característica que subyace en el derecho internacional de los derechos humanos. La legislación de los Estados sometidos a la Convención ha de considerar esa condición de los niños sin cancelarla a pretexto de consideraciones de bienestar provenientes del diseño de políticas sociales.

- ii. **La Convención traza una línea de continuidad entre la infancia y la condición de ciudadanía.**

La ciudadanía entendida no como la mera adscripción de derechos, sino como la capacidad para utilizar esos derechos en la configuración del poder ha de predicarse también de los niños, en cuanto su interés superior debe orientar y a la vez limitar al conjunto de las políticas públicas. Particular interés reviste a este respecto, en estrecha relación con esa concepción de ciudadano tener voz y ser capaz de asumir puntos de vista relevantes en la adopción de decisiones. Existe, pues una estrecha vinculación entre el derecho a ser escuchado y la condición de ciudadanía.

iii. La condición de sujetos de derechos de los niños ha de ser reconocida en el conjunto del ordenamiento interno.

En razón de ello, la condición de niño no constituye una excusa legítima para hacer excepciones al conjunto de los derechos ínsitos al Estado Constitucional. La edad es una cualidad adscrita que ha de tomarse en cuenta para asegurar el goce de los derechos –mediante por ejemplo, diversas formas de discriminación positiva- y no para excepcionar su goce actual y efectivo.

b. Establecimiento de una Política Nacional de Infancia y la Adolescencia.

Es difícil no exagerar la importancia que la Convención posee para el diseño y evaluación de políticas públicas hacia la infancia. La misión de la política de atención a la niñez en la doctrina de la protección integral es asegurar a todos los niños, sin excepción alguna el derecho a la supervivencia, al desarrollo personal y a la integridad. Es una política por un conjunto articulado de acciones en el nivel nacional, en el nivel intermedio, del Estado, provincia y en el nivel local, en el nivel municipal.

La Convención constituye un vasto programa de acciones a cargo del Estado, tendientes a efectivizar a través de políticas sociales universales, los derechos en ella consagrados⁹¹. Equivale a la formalización, a nivel internacional, de un nuevo paradigma para la consideración de la infancia y la adolescencia desde el punto de vista de las políticas públicas. Entre las características centrales de este nuevo paradigma que tendrán que ser asumidas por el Derecho Interno que regule las materias de infancia está el concebir a los niños como sujetos de derechos y no como simples destinatarios de acciones asistenciales o de control social ejecutadas por el Estado⁹².

Asimismo, la supremacía del interés del niño, niña o adolescente por sobre cualquier otro interés legítimo concurrente, impacta directamente en el tipo, calidad y oportunidad de los servicios sociales puestos a disposición de la infancia y la adolescencia, pero también en la prioridad que deben tener los recursos públicos para servicios dirigidos a los niños, niñas y adolescentes⁹³.

⁹¹ POLAKIEWICZ, MARTA, La infancia abandonada como una violación de sus derechos humanos personalísimos. El papel del Estado, en *Los Derechos del Niño en la Familia*, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1998, p. 77.

⁹² ALVEAR VALENZUELA, MARÍA SOLEDAD (Ex Ministra de Justicia), Comentarios al proceso de reforma legislativa en Chile, en *Infancia, Ley y Democracia*, Ed. Temis – Ediciones Depalma, Santa Fe de Bogotá – Buenos Aires, 1998, pp. 353 y 354.

⁹³ POLÍTICA NACIONAL Y PLAN DE ACCIÓN INTEGRADO A FAVOR DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA 2001-2010, Ob. cit. p. 35.

En tal sentido, el propósito principal de un Plan Nacional de Infancia y Adolescencia es desarrollar una visión de futuro de la política de infancia, donde los intereses de la misma se tomen en cuenta y donde ella pueda encontrar soluciones. El plan, ante todo, debe estar basado en los valores y principio de la Convención y en la adopción de medidas para proteger a la infancia y satisfacer sus necesidades, a la vez que contempla la participación de la misma como sujetos activos de la sociedad⁹⁴.

Los elementos claves en las políticas de infancia, basadas en los principios y valores de la Convención son:

- i. El desarrollo de políticas económicas y sociales que busquen el interés superior del niño.
- ii. Aumento de los presupuestos destinados a la infancia.
- iii. Coordinación de las políticas de infancia de forma global, basada en una labor interdisciplinar e interdepartamental.

⁹⁴ PATIÑO LAFUENTE, MARÍA, Plan Integral para la Infancia y Adolescencia, en La Protección de los Menores. Derechos y recursos para su atención, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 130.

- iv.** Inclusión de aspectos directamente relacionados con los intereses específicos de la infancia en otras áreas en las que los efectos de las decisiones políticas sobre los niños y niñas son sólo indirectos.
- v.** Recogida sistemática de información sobre los niños y niñas.
- vi.** Establecimiento de organismos independientes que vigilen el cumplimiento de los derechos de la infancia.
- vii.** Impulso de la participación de los niños y niñas en la toma de decisiones, tanto en el ámbito familiar, como en el de la comunidad global.

En el caso particular de nuestro país, el diseño de una Política Nacional a Favor de la Infancia, es el resultado del trabajo realizado por 20 instituciones públicas, ministerios y servicios como parte del Grupo de Trabajo Interministerial de Infancia y Adolescencia, impulsado por el Comité de Ministros Social en 1999⁹⁵. Dicha Política Nacional es un marco orientador y ordenador de todas y cada una de las acciones que el Gobierno realice a favor de la infancia y la adolescencia. Su operacionalización se produce a través de la implementación del Plan

⁹⁵ MADARIAGA, HUGO, Ob. cit., p. 53.

Acción Integrado 2000-2010, el que considera en sus estrategias de acción todas las orientaciones y contenidos que establece la Política.

Su carácter estratégico significa pasar de programas basados en la consideración de la infancia como un grupo “vulnerable” de la sociedad, hacia la consideración de la infancia como un sujeto y actor estratégico para el logro del desarrollo del país.

El resultado de esta nueva mirada es avanzar desde políticas asistenciales y compensatorias (basadas en las necesidades extremas de los niños y niñas), hacia una política que reconozca los derechos de los niños como obligaciones para el Estado, las familias y la sociedad. Este tipo de política debe asegurar la protección integral de los derechos de los niños en todos los ámbitos de su desarrollo personal, familiar y social.

Al mismo tiempo, promueve una nueva forma de hacer política pública, de manera integrada, basada en la coordinación y articulación de los actores institucionales, para aumentar la eficiencia y efectividad en su implementación, y orientada por un marco ético y valórico que provienen del reconocimiento de los niños como sujetos de derecho, organizando

las acciones a desarrollar a partir de los contenidos de la Convención sobre los Derechos del Niño⁹⁶.

Los cuatro componentes centrales de la misión de la Política Nacional son:

- i.** Servir de marco orientador de todas y cada una de las iniciativas a favor de la infancia y la adolescencia.
- ii.** Generar una institucionalidad propia para la infancia, la adolescencia y la familia.
- iii.** Generar los mecanismos e instrumentos que garanticen a todos los niños ser respetados y ejercer sus derechos.
- iv.** Promover y estimular el desarrollo de planes y programas que aseguren el desarrollo integral de los niños.

En síntesis, es un instrumento de planificación intersectorial en la gestión pública, que constituye las bases sobre las cuales deben transitar en el

⁹⁶ POLÍTICA NACIONAL Y PLAN DE ACCIÓN INTEGRADO A FAVOR DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA 2001-2010, Ob. cit., Prólogo de S.E. el Presidente de la República, Ricardo Lagos Escobar.

corto y mediano plazo las políticas públicas hacia la infancia y la adolescencia ⁹⁷.

c. Adecuación normativa. La dictación de nuevos cuerpos legales.

A partir de 1990, año en que Chile ratifica y promulga la Convención sobre los Derechos del Niño como ley de la República, se origina dentro de la legislación nacional una nueva concepción del Derecho de Menores, que pretende adecuar toda la normativa vigente a los principios que tienden a crear un sistema de protección integral de éstos, considerando al niño como sujeto de derechos y deberes y respeto al cual ha de atenderse en forma primordial, al tomar decisiones que lo involucren, a su interés superior⁹⁸.

Las reformas de los cuerpos jurídicos inspirados en la doctrina de la irregularidad, se constituye en la actualidad en uno de los temas prioritarios, a fin de adecuarlos al nuevo paradigma de la niñez. Más bien puede afirmarse, que la necesidad de ajustar la legislación nacional a los principios establecidos en la Convención y en los otros instrumentos

⁹⁷ SERVICIO NACIONAL DE MENORES, informe Nacional de los Representantes Gubernamentales, Chile, 78° Reunión del Consejo Directivo del Instituto Interamericano del Niño, Santiago de Chile, 4-6 de junio de 2003, p. 24.

⁹⁸ BAEZA CONCHA, GLORIA, Ob. cit., p. 359.

internacionales, que conforman la doctrina de la protección integral, es forzosa.

Pero este proceso de reforma legislativa se ha desarrollado de manera paulatina, y no significa, al menos por ahora, una adecuación sustantiva de nuestro ordenamiento jurídico interno a los instrumentos internacionales referidos a la infancia y la adolescencia, en especial a la Convención, puesto que continua vigente la Ley de Menores (Ley N°16.618, de 1967) basada en la doctrina de la situación irregular.

No obstante, bajo la corriente de adecuación normativa de nuestro ordenamiento, nos encontramos con significativas reformas específicas vinculadas a materias de infancia, que buscan, aunque sea en parte, incorporar los postulados de la Convención. Los nuevos cuerpos legales son:

- i. Ley N°19.325, de 27 de agosto de 1994, Establece normas sobre procedimiento y sanciones relativos a los actos de violencia intrafamiliar;
- ii. Ley N°19.585, de 26 de octubre de 1998, Modificaciones al Código Civil y Leyes complementarias en materia de filiación. Esta modificación terminó con la discriminación que se hacía los niños respecto a su origen familiar;

- iii. Ley N°19.617, que modifica el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales, en materia de Delitos Sexuales;
- iv. Ley N°19.620, de 05 de agosto de 1999, Dicta normas sobre Adopción de Menores;
- v. Ley N°19.693, que establece normas sobre procedimientos y sanciones relativas a los actos de Violencia Intrafamiliar;
- vi. Ley N°19.711, de 18 de enero de 2001, Regula el derecho de visita a los hijos sometidos a tuición de uno de los padres;
- vii. Ley N°19.741, de 24 de julio de 2001, que modifica la Ley N°14.908 sobre Pago de Pensiones Alimenticias.

En todo caso, estas leyes se refieren nada más que a temas específicos, esto es, significan una adecuación sólo respecto de algunos artículos de la Convención, que no reemplaza las anteriores normas de orientación tutelar, sino que, salvo excepciones, se va uniendo a ellas, lo que conlleva a un conjunto de leyes de inspiración diversa, con soluciones contradictorias entre sí, que generan bastante confusión e incoherencia.

Por último, además, es pertinente señalar que la ley es sólo uno de los varios pasos que han de darse para mejorar la situación de la infancia.

La ley es sólo programática si no va acompañada de una institucionalidad jurídica y social moderna y eficiente.

d. Readecuación institucional: la reforma al interior del Servicio Nacional de Menores (SENAME).

El Servicio Nacional de Menores, SENAME, es el organismo del Estado que tiene por misión contribuir a proteger y promover los derechos de los niños y adolescentes que han sido vulnerados en el ejercicio de los mismos y a la inserción social de adolescentes que han infringido la ley penal.

Para el logro real y efectivo de esta labor, actualmente el SENAME se encuentra desarrollando una reforma integral al sistema de justicia y protección de derechos de la infancia y adolescencia. Para ello, ha venido implementando cambios sustantivos en sus políticas, con el propósito de ir avanzando desde una concepción paternalista, arraigada en la ideología tutelar y la “doctrina de la situación irregular” de los menores, hacia una orientación centrada en la Convención sobre los Derechos del Niño.

En efecto, la actual administración del Servicio Nacional de Menores reconoce y ratifica que la Convención sobre los Derechos del Niño es el eje rector de sus políticas, planes y programas. Conforme a este nuevo

enfoque, el SENAME viene impulsando una serie de innovaciones, que se dirigen básicamente: reconocer, valorar y fomentar el derecho preferente de los niños y adolescentes de vivir con sus familias, a ejercer sus derechos dentro de ella y a que el Estado apoye a su familia en el ejercicio de sus funciones en relación con ellos, especialmente a las que tengan dificultades; poner de manifiesto la necesidad de un trabajo intersectorial, donde los distintos poderes del Estado y la comunidad tengan un rol principal en la generación de las condiciones para que niños y adolescentes puedan ser sujetos de derechos, y, finalmente, relevar la importancia del nivel local como espacio territorial más apropiado.

De este modo entonces, la reforma integral que se encuentra experimentando el SENAME, tiene como principales lineamientos y ejes de acción los siguientes:

- i. **Cambio legislativo.** El Ministerio de Justicia, en coordinación con el SENAME se encuentra elaborando un conjunto de iniciativas legislativas que forman parte sustancial de la reforma en curso.

De todas estas propuestas de reforma legislativa, las que se encuentran en actual tramitación ante el Congreso, son el Proyecto de Ley que establece un Sistema de Atención a la Niñez y Adolescencia, a través de la red de colaboradores del SENAME

y su régimen de subvenciones⁹⁹; el Proyecto de Ley sobre Responsabilidad Juvenil¹⁰⁰ que propone la creación de un sistema penal especial para adolescentes; y la Ley de Tribunales de Familia¹⁰¹, que asignará competencia a estos nuevos órganos judiciales, para la protección jurisdiccional de los derechos de los niños y establecerá el procedimiento aplicable.

En proceso de estudio, se encuentran tanto la Ley de Protección de Derechos de la Infancia y la Adolescencia, que reemplazaría la actual Ley de Menores, adecuándola al marco de la Convención de Derechos del Niño, como el Proyecto de Ley que establece modificaciones a la Ley Orgánica de SENAME.

- ii. **Cambio institucional.** Implica la separación y especialización entre las áreas de protección de derechos y de responsabilidad juvenil.

Esta especialización de vías significará contar con competencias, conocimientos, procedimientos y programas de intervención

⁹⁹ Boletín N°2391-18, Proyecto de Ley iniciado por Mensaje.

¹⁰⁰ Boletín N°3021-07, Proyecto de Ley iniciado por Mensaje.

¹⁰¹ Boletín N°2118-18, Proyecto de Ley iniciado por Mensaje.

diferenciados, según se trate de niños vulnerados en sus derechos o adolescentes infractores de ley.

- iii. **Cambio cultural.** Se promoverá el rol activo de la ciudadanía en el respeto y protección de los derechos de la infancia, los derechos de los niños a vivir con su familia y en su comunidad y a ser tratados como sujetos de derecho y no como objetos de protección.

En síntesis, la reforma consiste en la especialización de las acciones que el Estado debe emprender frente a situaciones que vulneran o amenazan los derechos de los niños y frente a la comisión de delitos por parte de adolescentes. Es decir, la separación de vías entre las políticas de protección de los derechos de la infancia y la política criminal para adolescentes infractores de ley. Ello debe traducirse en competencias, experiencias, procedimientos, metodología y programas de intervención diferenciados por sujetos de atención.

III. UNA EXPLICACIÓN SOBRE LA POLARIDAD ARGUMENTAL.

Finalizado el análisis de los modelos de protección de la infancia, resulta pertinente realizar aquí una explicación a propósito de la manera como éstos han sido abordados en su estudio, ya que fácilmente de su lectura, puede interpretarse que los sistemas han sido descritos como paradigmas demasiado contrapuestos.

Pareciera ser que en un modelo, el de la doctrina de la situación irregular sólo pueden destacarse aspectos negativos, esto es, lo que nunca debió ocurrir en la atención de la infancia, y que por el contrario, del modelo de la doctrina de protección integral sólo pueden derivarse cosas positivas, es decir, como supuestamente debió ser siempre el abordaje de la infancia.

No obstante, y aunque este es el tratamiento doctrinario que la mayoría de los autores efectúa sobre la materia, quizás en el intento de resaltar la enorme significación que representa para la infancia la concepción del niño como sujeto de derechos que impuso la Convención, conviene precisar que la razón de exponerlos de un modo tan antagónico en este trabajo, obedece a una necesidad de orden práctica, es decir, para los efectos de sistematizar de una manera gráfica los dos modelos de protección, recurriendo para ello a construcciones más bien teóricas.

No se pretende, en todo caso, que por este motivo se pierda la perspectiva de que cada uno de los modelos de atención y protección tienen su origen y caracterización conforme al contexto histórico, político, social y económico en que se desarrollaron.

IV. MODELO DE PROTECCIÓN ACTUAL: SITUACIÓN ECLECTICA.

A pesar de que con la entrada en vigencia de la Convención se marca una clara línea divisoria entre uno y otro modelo de protección de la infancia, lo cierto es

que en el caso de nuestro país –y como en muchos otros de América Latina– no es posible hablar con absoluta propiedad de que exista un imperio de la doctrina de la protección integral.

Más bien, como consecuencia de la firma y promulgación en Chile de la Convención sobre los Derechos del Niño en 1990, coexisten dos modelos contradictorios de legislación sobre protección a la infancia: el de la doctrina de la “situación irregular” y el de la doctrina de la “protección integral” de los derechos del niño, que propone una nueva y más avanzada orientación en el abordaje de la protección y el reconocimiento de los derechos de la infancia y la adolescencia.

Esta situación, a la que Do Amaral e Silva¹⁰² denomina *paradigma de la ambigüedad*, se presenta como una síntesis ecléctica, que se encuentra muy bien representado por aquellos que, rechazando de plano el paradigma de la situación irregular, no consiguen acompañar (tal vez por la disminución significativa de las prácticas discrecionales y paternalistas en el trato con los niños), las transformaciones reales y potenciales que se desprenden de la aplicación consecuente del paradigma de la protección integral, que considera

¹⁰² DO AMARAL E SILVA, La “Protección” como Pretexto para el Control Social Arbitrario de los Adolescentes o la Supervivencia de la “Doctrina de la Situación Irregular”, en *Adolescentes y Responsabilidad Penal Juvenil*, Ed. Ad-Doc, Buenos Aires, 2002.

al niño y adolescente como sujetos de derechos y también de responsabilidades

Es decir, se caracteriza por ser una etapa de transición entre un sistema tradicional de tutela y control de la infancia, por un lado, y uno de protección integral de los derechos humanos de los niños y adolescentes, por el otro. Sin embargo en él, sigue prevaleciendo: un uso excesivo de la internación de niños, generalmente en instituciones masivas; la confusión entre la respuesta estatal a la delincuencia y a las necesidades de protección; la falta de garantías para los derechos fundamentales de niños y adolescentes cuando hay intervención pública en sus vidas.

Conviven ambos paradigmas, el de la situación irregular que no está dispuesto a claudicar en su trono, y el de la protección integral, soberano legítimo en salones de debate, pero aún figura decorativa en las prácticas institucionales¹⁰³. Al respecto, las razones que explican esta coexistencia de modelos en nuestro país, tiene que ver con distintos factores:

En primer lugar, atendido a la legislación de menores que actualmente nos rige. La Ley N°16.618, de 1967, basada en la doctrina de la situación irregular, no establece una distinción clara, en términos de procedimientos judiciales y de trato entre los niños que necesitan cuidado y protección y los que están en

conflicto con la ley, y, que por tanto, garantiza a los jueces herramientas legales que les permiten amplias facultades para resolver y actuar discrecionalmente en el tratamiento de la infancia y la adolescencia.

Esta normativa, ha permanecido casi invariable a lo largo de las décadas¹⁰⁴, de hecho sólo con la Ley N°19.806 “Normas Adecuatorias del Sistema Legal Chileno a la Reforma Procesal Penal”¹⁰⁵, se introdujo modificaciones sustanciales, a esta Ley de Menores, en pro del garantismo. En consecuencia, durante más de 35 años, la propia ley de menores ha sido la cómplice absoluta de la negación y vulneración de los derechos de los niños y jóvenes.

En segundo lugar, por la posición de la red tradicional de instituciones vinculadas a la atención de la infancia. Estas instituciones, sobre todo en los primeros años de vigencia de la Convención, se sintieron muy cuestionadas en su modo de accionar frente a los menores, por lo que se replegaron, y crearon

¹⁰³ GUEMUREMAN, SILVIA y DAROQUI, ALCIRA, Ob. cit., p. 12.

¹⁰⁴ En relación a este punto, conviene tener presente la observación planteada por el Comité de los Derechos del Niño, en orden a su preocupación porque aún está en vigor la Ley de Menores, de 1967, Observación y Recomendación del Comité sobre los Derechos del Niño sobre Chile, de 1 de febrero de 2002 (CRC/C/15/Add.173). par.53

¹⁰⁵ Ley N°19.806, publicada en el D.O. el 31 de mayo de 2002. Al respecto, cabe destacar que gracias a esta ley, se derogo el artículo 32 de la Ley de Menores, que prescribía:

“Antes de aplicarse a un menor de dieciocho años alguna de las medidas contempladas en la presente ley, por un hecho que, cometido por un mayor, constituiría delito, el juez deberá establecer la circunstancia de haberse cometido tal hecho y la participación que en él ha cabido al menor.

Sin embargo, aunque se llegue a la conclusión de que el hecho no se ha cometido o que el menor no le ha cabido participación alguna en él, el juez podrá aplicarle las medidas de protección que contemple esta ley, siempre que el menor se encuentre en peligro material o moral”.

una gran resistencia práctica a los nuevos lineamientos en materia de infancia, que se construyen sobre la base de la doctrina de la protección integral.

Esta reacción se explica, tal como en su minuto se señaló, por el basismo de la atención directa de la infancia, asumido por algunas instituciones, particularmente las ONG, las cuales siempre renegaron de la conexión entre la condición material de la infancia y su condición jurídica, y optaron por actuar al margen de la ley.

En todo caso, es necesario precisar que un tratamiento integral de la infancia exige incorporar a estos grupos de trabajo, y no aislarlos. La labor que corresponde es difundir la Convención, tanto sus principios orientadores como su articulado, y lograr que las instituciones se sientan imbuidos con ellos, de manera tal, que los apliquen diariamente en su accionar.

En tercer lugar, por la rigidez del sistema financiero de transferencia de recursos a las instituciones colaboradoras del SENAME. Ello en virtud de que el sistema de subvenciones actual, regulado en el D.F.L. N° 1.385, del Ministerio de Justicia de 1980, que establece el Régimen de Subvenciones de Instituciones Colaboradoras del SENAME, juega en contra de mecanismos o programas más adecuados para la atención de la infancia y con los que se garantice de mejor manera sus derechos. Nada más para dar un ejemplo de lo expuesto, se puede señalar que el D.F.L N°1.385, de 1980, privilegia el pago por lo que se conoce como niño-día atendido, lo que siempre ha sido

interpretado y cautelado como la presencia física, o sea, mientras una institución tenga internado a un menor tiene derecho a recibir la subvención. Esto constituye, sin duda, una vulneración flagrante de los derechos del niño, puesto que justifica la sustracción del menor de su entorno familiar y social, para garantizar el pago de la subvención.

En todo caso, se encuentra en discusión en el Congreso un Proyecto de Ley que establece un “Sistema de Atención a la Niñez y la Infancia a través de la red de colaboradores del SENAME y su Régimen de Subvención”¹⁰⁶, proyecto que apunta a cambiar el sistema de asignación de recursos que administra el SENAME, y que persigue, por un lado, evitar los efectos negativos que genera la forma de pago vigente y, por otro, redefine las modalidades de atención por las que tales instituciones perciben subsidio estatal. Asimismo, se establece un sistema de adjudicación, control y entrega de recursos que tiende a mejorar la calidad del servicio otorgado a los niños que reciben protección.

En definitiva, a pesar de que se han registrado cambios sociales, políticos y económicos, aún en este presente rige la misma ley de menores y continúan los tribunales de menores, lo que se traduce en que el principio tutelar esté vigente en el discurso y en la práctica judicial. Tanto en el sector público como privado, algunas instituciones y personas mantienen los principios y prácticas de la

¹⁰⁶ Boletín N°2391-18, Proyecto de Ley iniciado por Mensaje.

doctrina de la situación irregular, amparándose inclusive en vestigios normativos de las nuevas legislaciones. Se siguen aplicando medidas tutelares sin la justificación de las mismas.

La concepción irregular “pervive” en los diseñadores de políticas, en los funcionarios y en los legisladores, promoviendo la continuidad de la *inferiorización* de los sectores populares, más necesitados de reconocimiento de sus derechos que de una tutela-asistencia¹⁰⁷.

Por otra parte, la superposición de paradigmas se traduce también, en que los sistemas de protección de la infancia y adolescencia operan todavía en clave tutelar, debido a que sólo han adecuado su derecho interno a los artículos 12, 37 y 40 de la Convención, pero no han realizando una reforma legislativa global, y una reforma institucional y de los servicios. Únicamente, las aludidas normas de la Convención, constituyen los lineamientos para la construcción de un sistema de responsabilidad penal juvenil.

Pero por efectuar dicha adecuación, no es posible que en un Estado se crea que se está cumpliendo con todo los compromisos asumidos al firmarla. Si un país no prediseña las instituciones y no reconvierte sus políticas en términos de garantías de derecho para todos los niños clientes del sistema, por más

¹⁰⁷ GUEMUREMAN, SILVIA y DAROQUI, ALCIRA, Ob. cit., p. 12.

garantista que sea su sistema de responsabilidad penal juvenil, no está cumpliendo con todos esos compromisos¹⁰⁸.

En otras palabras, muchos países se han preocupado de establecer y regular, prioritariamente, el tema de la Responsabilidad Penal Juvenil o del Adolescente, dejando en un lugar secundario el tema de la protección de derechos. Esto se explica, en parte, por la fuerte presión que existe en torno a la llamada delincuencia juvenil, que hace que entren en juego factores como la seguridad ciudadana, la presión de los medios de comunicación y de la opinión pública.

Tratándose de nuestro país, se da esta situación ya en que tenemos en trámite legislativo el Proyecto de Ley que establece un nuevo “Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal”¹⁰⁹, proyecto a través del cual se busca establecer un sistema especial de responsabilidad penal para los adolescentes entre 14 y 17 años que incurran en delitos, terminando así con el actual sistema de discernimiento. Pero no tenemos, todavía, en discusión legislativa un proyecto de ley sobre la protección de los derechos, cuando éstos han sido amenazados o vulnerados.

Lo increíble, sin embargo, es que en muchos de los discursos que se han hecho para dar a conocer y respaldar esta iniciativa, se ha dicho que con esta Ley de

¹⁰⁸ BELOFF, MARY, Responsabilidad Penal Juvenil y Derechos Humanos, Revista Justicia y Derechos del Niño, N°2, UNICEF, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 88.

Responsabilidad Penal Juvenil estamos dejando atrás la antigua Ley de Menores, de 1967, basada en la doctrina de la situación irregular y, que, por tanto, estamos dejando en el pasado el sistema tutelar imperante. Sin embargo, ello no es así, puesto que la Ley de Responsabilidad Penal Juvenil sólo aborda una de las vertientes del problema de la infancia y la adolescencia, el tratamiento de los jóvenes infractores de ley, pero en caso alguno, aborda la problemática del niño o adolescente amenazado o vulnerado en sus derechos. En consecuencia, no tiene sentido establecer entre los 14 y los 18 años un sistema penal garantista, si para los menores que tiene menos de 14 años, o bien respecto de los que no han sido acusado de infracción de ley, va seguir existiendo y operando un sistema tutelar. La futura Ley de Responsabilidad Penal Juvenil no reemplazará por sí sola la antigua Ley de Menores, de 1967, paralelamente debe dictarse una Ley de Protección de Derechos.

Finalmente, en miras a superar este modelo ecléctico de protección, y dar un paso definitivo a la doctrina de la protección integral, sólo resta añadir que hace falta una mayor labor de difusión de los instrumentos internacionales y hace falta que sus principios orienten en mayor medida no sólo las leyes sino también las políticas y las prácticas institucionales.

¹⁰⁹ Boletín N°3021-07, Proyecto de Ley iniciado por Mensaje.

No cabe, volver la mirada atrás, hacia el modelo tutelar, sino que es preciso trazar nuevas coordenadas para un régimen de justicia que garantice el pleno goce de los derechos de los niños y adolescentes.

En definitiva, la doctrina de la situación irregular debe ser erradicada porque conspira contra el derecho de todos los niños a la libertad, al respeto, a la dignidad y a la convivencia familiar y comunitaria.

CAPITULO II. EL MODELO DE PROTECCIÓN INTEGRAL: DESPERTAR DE UNA NUEVA CONSIDERACIÓN JURIDICA DE LA INFANCIA.

I. EL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHO.

La Convención sobre los Derechos del Niño representa un esfuerzo de reafirmación y de consolidación de los derechos del niño. Proporciona el marco referencial indiscutible: es el instrumento internacional de derechos humanos que afirma el estatuto jurídico de las niñas y niños como sujetos totales, autónomos, titulares de los mismos derechos que los adultos, tanto en los aspectos civiles como políticos, sociales, culturales y económico.

Es portadora e inspiración de una doctrina que considera al niño como un pleno sujeto de derecho, dejando atrás la imagen de niño objeto de representación, protección y control de los padres o el Estado, que informó la legislación de menores en el mundo entero.

Bajo este nuevo enfoque, los niños como titulares de derechos tienen una función que desempeñar en el goce de sus derechos y deben contribuir a definir la forma en que sus derechos han de cumplirse.

1. Abandono del enfoque tutelar de protección.

Mientras prevaleció una orientación “proteccionista y asistencial”, los derechos del niño fueron las más de las veces presentados como deberes impuestos a la familia, a los adultos y las instituciones gubernamentales.

Sólo a partir de la Convención, se inaugura la idea según la cual el niño es sujeto titular de derechos autónomos y no de meros intereses que terceros están llamados a tutelar.

Dicho instrumento supuso un cambio copernicano en el tratamiento de la situación de los niños, niñas y adolescentes. Ya no se trata –como nunca debió tratárselos– como meros “objetos” de un proceso para, supuestamente, y a partir de su *situación irregular*, protegerlos (más bien, aparentemente protegerlos). Por el contrario, son –como debieron serlo siempre– sujetos de derecho ya que son personas y de su propia dignidad de tales derivan sus derechos y deberes en la convivencia social¹¹⁰.

Por lo tanto, resulta evidente que el rasgo central y distintivo de la Convención, lo constituye la consideración que hace de la infancia, desplazando el enfoque tutelar basado en la idea de niño objeto de control hacia el enfoque de

¹¹⁰ MARABOTTO, JORGE. A. Consideraciones sobre la Incidencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en Uruguay, Revista Justicia y Derechos del Niños, N°2, UNICEF, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 19.

protección, fundado en la concepción del niño sujeto titular de derechos, por lo tanto, desde esta perspectiva, la acción jurisdiccional del Estado dirigida a dar protección a los niños, deja de tutelar a los sujetos, para comenzar a proteger sus derechos.

De hecho, la Convención sobre los Derechos del Niño, a diferencia de la tradición jurídica y social imperante en muchos países hasta antes de su aprobación, no define a los niños por sus necesidades o carencias, por lo que les falta para ser adultos o lo que impide su desarrollo. Por el contrario, al niño se le considera y define según sus atributos y sus derechos ante el Estado, la familia y la sociedad.

En definitiva, se invierte la vieja relación del derecho con los menores considerándolos, no más como simples objetos de derecho, es decir de tutela y represión, sino como sujetos plenos de derechos. Esta transformación de la - tutela paternalista y autoritaria a la garantía de los derechos, del viejo régimen de “compasión-represión” como lo ha llamado Emilio García Méndez, a la ciudadanía de la infancia- se traduce en una nueva dimensión constitucional del derecho de la infancia que reformula todos los sectores con ella vinculado: del

trabajo infantil, de las adopciones y de la delincuencia juvenil, para dar sólo algunos de los múltiples ejemplos¹¹¹.

2. Los niños como individuos de la especie humana.

Los niños son individuos. Tienen los mismos derechos que los adultos como miembros del género humano. Los niños no son las posesiones de sus padres¹¹² ni del Estado, ni tampoco son simplemente los beneficiarios indefensos de una atención protectora.

Son seres humanos y los destinatarios de sus propios derechos. En este sentido, la Convención ofrece un panorama en el que el niño es un individuo y el miembro de una familia y una comunidad, con derechos y responsabilidades adaptados a la etapa de su desarrollo.

a. El niño como persona.

La Convención profundiza la doctrina de los derechos humanos, contenida en los instrumentos internacionales que, en lugar de buscar diferenciar sujetos, señala estrictamente los atributos positivos comunes

¹¹¹ FERRAJOLI, LUIGI, Prefacio, en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Ed. Temis – Ediciones Depalma, Santa Fe de Bogotá – Buenos Aires, 1998.

¹¹² Vid, Recomendación 874 de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, de 04 de octubre de 1979, en la cual el primer principio general establece que los “menores no deben ser considerados jamás como propiedad de los padres, sino que deben ser reconocidos como individuos con sus propios derechos y necesidades”

de todas las personas, declarando los derechos fundamentales que le deben ser reconocidos por el solo hecho de existir, sin considerar su edad, sexo u otra condición.

Los derechos humanos se aplican a todos los grupos de edad; no comienzan de forma mágica durante el paso de la adolescencia a la edad adulta ni cuando el mandato de la Convención termina de aplicarse debido a que el niño ha cumplido 18 años¹¹³.

En consecuencia, la sola consideración del niño como persona basta para hacerle aplicables todos los derechos garantizados y reconocidos en los diversos textos internacionales o nacionales.

b. El niño como persona especialísima.

En la Convención se refleja una nueva perspectiva en torno a la infancia, en conforme a la cual se subentiende que por el hecho de ser el niño un ser especialísimo, es que se ha querido reforzar el resguardo de su bienestar a través de este cuerpo normativo¹¹⁴.

El objeto es reflejar una concepción del niño como sujeto activo, participativo y creativo, con capacidad de modificar su propio medio

¹¹³ CANTWELL, NIGEL, Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en www.iin.oea.org.

¹¹⁴ BAEZA CONCHA, GLORIA, Ob. cit., p. 355.

personal y social, de participar en la búsqueda y satisfacción de sus necesidades y en la satisfacción de las necesidades de los demás.

El niño es un sujeto activo de los mismos derechos humanos de todas las personas con la peculiaridad situacional de su vida, de su entorno, de sus necesidades. La especificidad del sujeto “niño” y las particularidades de su personalidad en desarrollo han llevado al reconocimiento de una estructura jurídica diferenciada de la destinada a los adultos, con normas que adquieren peculiares connotaciones, en función de su propia esencia.

En realidad el niño, en cuanto persona, es merecedora de respeto en sus derechos y por su propia condición, es merecedora de un mayor protagonismo y protección por cuanto ha de tenderse hacia la creación de los mecanismos necesarios para que alcance el mayor desarrollo posible de su personalidad¹¹⁵.

De esta forma se construye un sujeto de derecho especialísimo, dotado de una supraprotección, protección complementaria, pues se agregan nuevas garantías a las que les corresponden a todas las personas. Además, esta protección especial tiene carácter nacional e internacional, ya que los Estados partes adquirieron compromisos ante la comunidad

de las naciones y ante sus propios países al incorporar la Convención sobre los Derechos del Niño como ley nacional¹¹⁶.

3. Reconocimiento de los niños como sujetos de derecho.

Los niños, primordialmente, tienen derecho a que se sepa que son sujetos de pleno derecho, que no son proyecto de adultos, que no sólo son el futuro, sino también el presente¹¹⁷.

a. Reconocimiento a partir de la Convención.

La protección de la infancia, esto es, el derecho de todo niño por el mero hecho de serlo a recibir atención, y el reconocimiento de sus derechos fundamentales, es algo que hoy nos parece lógico y natural. Pero esto no ha sido siempre así, ni siquiera lo es en la actualidad en todas las partes del mundo.

Es una cuestión reciente el reconocimiento de los derechos de los niños, por lo cual este vocabulario de derechos aplicado a la infancia no se prolonga demasiado en el tiempo. La especificación de los derechos de la infancia parece un descubrimiento progresista de carácter social y

¹¹⁵ MALUQUER DE MOTES I BERNET, CARLOS, Medidas Jurídicas de Protección del Menor en Nuestro Derecho, en Explotación y Protección Jurídica de la Infancia, Ed. CEDECS, Barcelona, 1998, p. 153.

¹¹⁶ POLÍTICA NACIONAL Y PLAN DE ACCIÓN INTEGRADO A FAVOR DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA 2001 – 2010, Ob. cit., p. 34.

¹¹⁷ URRÁ, JAVIER, El futuro de la infancia, Ediciones Pirámide, Madrid, 2001, p. 338.

cultural. La niñez y la adolescencia se van percibiendo como fases específicas de la existencia humana merecedoras de una especial atención (y pareciera que también de especiales derechos)¹¹⁸.

Es por ello que, ser niño hoy no significa lo mismo que significaba hace cincuenta o hace cien años.

En efecto, a partir de la entrada en vigencia de la Convención se considera al niño como un sujeto de derecho pleno y no un incapaz representado por los adultos, a los que pertenece la competencia y deber de cuidarlos. Es decir, ya no se ve al niño como objeto de protección – represión– por parte del Estado y de la sociedad de adultos, sino como sujetos de derechos originarios.

b. Reconocimiento en el marco de la Convención.

La Convención como marco normativo contiene un conjunto de normas legales internacionales para la protección y desarrollo de la niñez, cuyo nuevo enfoque promueve un cambio cualitativo fundamental en la percepción jurídica y social de la infancia a nivel internacional, al reconocer que los niños son sujetos de derecho.

¹¹⁸ FANLO CORTES, ISABEL, Los Derechos del Niño y la Teorías de los Derechos: introducción a un debate, en Bien Común y Derecho, Publicación mensual de la Fundación Rafael Preciado Hernández, A.C. Año 8, N°88, abril, 2002, p.27.

Lo trascendental de dicho reconocimiento, es que la Convención no pretende que los Estados reconozca al niño como sujeto de derecho y entonces lo traten como adulto. La pregunta es, por tanto, qué significa ser sujeto de derecho en el marco de la Convención. Significa que niños, niñas y adolescentes son titulares de los mismos derechos de los que gozan todas las personas más un “extra” de derechos específicos que se motiva en su condición de ser personas que están creciendo. Ni media persona ni persona incompleta ni incapaz, simplemente se trata de una persona en las circunstancias de estar creciendo. Las personas son completas en cada momento de su crecimiento¹¹⁹.

Es importante destacar que esta renovación jurídica de la infancia se constituye, de este modo, en un innovador esquema de comprensión entre el Estado y los niños, en todos los ámbitos de su vida, como la escuela, el sistema de salud y de justicia, con el sistema legal de protección y en los recintos de reclusión, etc. En relación también con organismos de la comunidad y, especialmente con la familia y los adultos, que determinan el trato cotidiano con los niños y que, en muchas

¹¹⁹ BELOFF, MARY, Responsabilidad Juvenil..., p. 81.

ocasiones, se manifiesta en un maltrato, abuso, explotación y violencia contra ellos¹²⁰.

Conforme a lo dicho, al interior de un sistema nacional, las disposiciones relativas a los derechos de los niños –incorporadas a aquél por medio de la ratificación de la Convención y por normas de fuente nacional– cumplen los siguientes cometidos: reafirmar que los niños, como personas humanas, tienen iguales derechos que todas las personas; especificar estos derechos para las particularidades de la vida y estado de desarrollo de los niños; establecer derechos propios de los niños; establecer derechos propios de los niños (como los derivados de la relación paterno/ filial o el derecho al esparcimiento); regular los conflictos jurídicos derivados de la vulneración de los derechos de los niños o de su colisión con los derechos de los adultos; orientar políticas públicas en relación a la infancia; y limitar las actuaciones de las autoridades¹²¹.

¹²⁰ CILLERO, MIGUEL y MADARIAGA, HUGO, *Infancia, Derecho y Justicia*, Coediciones UNICEF–Departamento de Sociología, facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, 1999, p. 13

¹²¹ *Ibidem*, p. 14.

4. Derecho a tener derechos.

En nuestra tradición jurídica, derecho–derechos e infancia han sido términos tendencialmente antinómicos¹²², en virtud de ello, los niños siempre han sido tratados, y antes de ello incluso pensados, mucho más como objetos que como sujetos de derechos.

Este planteamiento ha sido consecuente con la concepción de la infancia sostenida durante todo el siglo recién pasado por las leyes de menores. En estas legislaciones –en la que se inscribe nuestra ley de menores aún vigente– se restringen a los problemas de que padecen o los que ocasionan los niños entendidos sólo como aquellos *menores en situación irregular*, es decir, los que se encuentran en situación de peligro, en riesgo social, abandonados o infractores de ley¹²³.

No obstante, se ha producido un cambio de paradigma, bajo el cual la Convención como texto jurídico obligatorio, reconoce al menor derechos sociales, civiles y políticos. Con ellos, el niño adquiere su plenitud como sujeto de derechos y un nuevo modelo sistémico-normativo-jurídico de libertad y protección integral que se sustenta en el interés superior del menor¹²⁴.

¹²² FERRAJOLI, LUIGI, Ob. cit.

¹²³ JIMÉNEZ, MARÍA ANGÉLICA, Ob. cit., p. 36.

¹²⁴ SAJON, RAFAEL, Derecho de Menores, Ed. Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1995, p. 346.

a. Titularidad de todos los derechos y para toda la infancia.

Los derechos humanos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, son indivisibles y están entrelazados y garantizados “sin distinción alguna”. Esto significa que todos los niños de la tierra tienen el derecho inherente a ejercer sus derechos en toda la extensión permitida por la ley¹²⁵. Los derechos del niño no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual¹²⁶.

Y ello porque en la concepción del niño como sujeto de derecho, subyace, primeramente, la idea de igualdad jurídica, en el sentido que todas las personas –y por ende todos los niños– son destinatarios de las normas jurídicas y tienen capacidad de ser titulares de derechos, para luego, acceder a fórmulas más perfectas como, la igualdad ante la ley o la igualdad en los derechos, que también son recogidos por la Convención.

La dignidad de la persona es un valor resultante de la efectiva vigencia de todos y cada uno de los derechos fundamentales. Constituye la consecuencia del reconocimiento por los demás de tales derechos. bajo

¹²⁵ IIER, KIRTEN, El género y los derechos de la niñez en América Latina, Revista Infancia, Boletín del Instituto Interamericano del Niño, N°236, Tomo 69, enero, 2001, p. 93.

¹²⁶ CILLERO, MIGUEL, El interés Superior del Niño en la Convención sobre los Derechos del Niño, en Infancia, Ley y Democracia en América Latina, Ed. Temis – Depalma, Santa Fe de Bogotá – Buenos Aires, 1998, p. 74.

este supuesto, la Convención sobre los Derechos del Niño, es un tratado de derechos humanos fundamental en el recorrido de estos derechos en el camino de su reconocimiento por el Derecho Internacional y los Derechos Internos.

b. Titularidad de los derechos políticos.

Existe una clase de derechos que no figuran explícitamente en la Convención. Según la normativa internacional vigente, los derechos políticos *stricto sensu*, es decir, el derecho de votar, de ser candidato y de tener acceso a la función pública, son propios de los “ciudadanos” concepto que reúne la nacionalidad y la mayoría de edad. Estos derechos, por tanto, no figuran en la Convención sobre los Derechos del Niño. No obstante, la omisión de los derechos *strictu sensu*, no implica la negación del niño como sujeto de los derechos políticos en sentido amplio. Ello resulta de los artículos 12 a 16 y otros correlativos. Se deja librado a la conveniencia de la política electoral participativa de cada país, tanto, en cuanto a la edad, como a la nacionalidad y teniendo en cuenta el interés superior del niño¹²⁷.

Es decir, la Convención no hace extensiva a la infancia toda la gama de derechos políticos que se otorgan a los adultos, como el derecho a voto,

¹²⁷ SAJON, RAFAEL, Ob. cit., p. 346.

pero les garantiza algunas de las libertades y protecciones consideradas como derechos humanos generales, que definen a los niños como unos agentes activos, capaces de ejercer sus derechos.

5. Tránsito de las necesidades a los derechos.

Igualmente la Convención, opera un cambio conceptual que ha sido graficado como el paso de la consideración de las necesidades a la de los derechos que “se basa en la posibilidad de una lectura de las necesidades en términos de derechos... que permitan al portador de necesidades, percibirse y organizarse como un sujeto de derechos”¹²⁸.

En efecto, la Convención no habla de la satisfacción de las necesidades, habla de garantizar los derechos, entonces aquí se da el salto de las necesidades a los derechos.

Por el paso de las necesidades a los derechos se entiende un cambio de óptica en la relación del Estado y los adultos con los niños. En lugar que el niño se vea como un mero receptor o beneficiario de la asistencia social, él es concebido como un sujeto de derecho frente al Estado y la sociedad, una persona a la que se le reconoce el derecho a ser protegido integralmente en su desarrollo y frente al cual existen obligaciones muy concretas y específicas¹²⁹. Simplemente,

¹²⁸ BARATTA, ALESSANDRO, citado por Cillero, Miguel, *Infancia, Autonomía y Derechos: Una Cuestión de Principios*, en *Derechos a Tener Derechos*, UNICEF – IIN, Montevideo, 1999.

¹²⁹ CILLERO, MIGUEL Y MADARIAGA, HUGO, *Ob. cit.*, pp. 17 y 18.

el niño ya no es más pensado como un mero conjunto de necesidades, sino como un sujeto de derechos exigibles.

Concretamente, las necesidades dejan de ser entendidas como meras carencias, pasando a constituir derechos “exigibles o ejercitables” de acuerdo al conjunto de potencialidades posibles de realizar por los individuos, grupos y comunidades, en la sociedad en que habitan¹³⁰.

La distinción no es menor, puesto que existe una diferencia importante entre un planteamiento basado en los derechos y uno basado en las necesidades, y la clave radica en la mirada ciudadana¹³¹. Por lo tanto, una propuesta basada en los derechos promueve las oportunidades de todos aquellos que no pueden negociar desde una posición de fuerza y dignidad.

Ahora bien, frente a las necesidades de los niños, existen dos posibilidades: transformarlas en derechos, camino que sigue la Convención, o mantenerlas dentro del ámbito de las políticas asistenciales o la beneficencia privada. En el primer caso, se reconoce al niño el carácter de persona humana portadora de demandas sociales y sujeto de derecho. En el segundo, se le considera como un mero receptor de la oferta pública o privada de servicios, asumiendo el

¹³⁰ CONTRERAS LARGO, CONSUELO, Hacia un Diagnóstico para el Ejercicio de la Ciudadanía, en De la Tutela a la Justicia, Corporación Opción – UNICEF, Santiago, 1999, p. 20.

¹³¹ Me parece necesario aclarar que el uso que hago del término ciudadanía en el texto, está asociada a la pertenencia o integración a una comunidad, y no a los derechos político estricto sensu.

carácter de beneficiario o de objeto de la protección del Estado o de la sociedad¹³².

II. LA AUTONOMIA PROGRESIVA.

A lo largo del desarrollo de este trabajo, se ha insistido en la afirmación de que la Convención sobre los Derechos del Niño y las legislaciones que la han implementado, han permitido que el niño deje de ser un objeto de protección y se constituya en sujeto de derecho.

Esta nueva consideración del niño como sujeto de derecho denota el intento de dejar atrás una actitud tradicional de indiferencia que el derecho (en sentido objetivo) venía mostrando frente a la niñez, la cual, en el mejor de los casos, era percibida como incapacidad para la participación en el tráfico jurídico¹³³.

La niñez no puede ser discriminada por su edad. Los niños no deben ser limitados en el ejercicio de sus derechos humanos por la obsoleta noción de que son adultos incompletos o en vías de desarrollo¹³⁴, es preciso en adelante, darles cada vez más oportunidades de convertirse en auténticos protagonistas en el ejercicio de sus propios derechos.

¹³² CILLERO, MIGUEL y MADARIAGA, HUGO, Ob. cit., p. 18.

¹³³ FANLO CORTÉS, ISABEL, Ob. cit., p. 27.

¹³⁴ ILLER, KIRSTEN, Ob. cit., p. 96.

1. Equilibrio entre la protección y la autonomía de los niños.

Al aplicar esta idea del niño como *sujeto de derecho*, surge la paradoja de que sí bien el niño es portador de derechos y se le reconoce capacidad para ejercerlos por sí mismo, el propio ordenamiento jurídico no les adjudica autonomía plena, debido a consideraciones de hecho –que tiene que ver con su madurez– y jurídicas, referidas a la construcción jurídica tradicional de los niños como personas dependientes de sujetos adultos, en particular, de los padres¹³⁵.

¿Cómo resolver esta contrapuesta situación?; ¿Nos ofrece acaso la Convención algún modo de compatibilizar la titularidad de los derechos con el ejercicio real de ellos? o bien; simplemente, deja la Convención entregada esta cuestión a la legislación de los Estados, esto es, a las propias normas que sobre capacidad que se tengan?.

Examinemos el 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**

¹³⁵ CILLERO, MIGUEL y MADARIAGA, HUGO, Ob. cit., p. 21.

para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención”.

De la sola lectura del presente artículo, es posible desprender que la Convención considera y propone un modo de resolver esta situación fáctica y normativa, al disponer que el ejercicio de los derechos del niño es progresivo en virtud de la “evolución de sus facultades”, y que los padres o demás responsables en su caso, les corresponde impartir «orientación y dirección apropiada para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención»¹³⁶. De manera que esta norma proporciona un marco para las relaciones entre el niño, sus padres y su familia, y el Estado.

Como consecuencia de aceptar la idea del niño sujeto de derecho, dotado de autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos se derivan obligaciones muy específicas para el Estado, la sociedad, los padres y los adultos en general, que pueden ser exigidas jurídicamente.

El objetivo se dirige a desarrollar tempranamente en el niño su autonomía, de manera que empiece a actuar por sí mismos y según sus propias afinidades. Por tanto, la Convención reconoce el equilibrio entre los derechos y las responsabilidades de las familias, por una parte, y la capacidad cada vez mayor

¹³⁶ Ibidem, p. 22.

de los niños para ser los actores principales en el ejercicio de sus derechos y sus responsabilidades, por otra.

2. Desafíos a la autoridad de los padres y los adultos.

El artículo 5 de la Convención expresa con nitidez, que la dirección y orientación de los padres o de los adultos deben ser “apropiadas”, y en consonancia con la “evolución de las facultades del niño” y con los demás derechos recogidos en la Convención.

a. Dirección y orientación apropiadas.

Es claro que el inicial sentido de protección representa el contemplar al niño como una persona plenamente activa, con instrumentos participativos y creativos y con un conocimiento y una capacidad de modificar por si mismo el propio medio personal y social que lo rodea, proyectando su propia autonomía para construir como sujeto y de forma progresiva su situación personal y su propia proyección personal en el futuro¹³⁷.

Sin perjuicio de ello, la necesidad de proteger el desarrollo de la autonomía progresiva del ejercicio de los derechos de los niños, se

¹³⁷ MALUQUER DE MONTES I BERNET, CARLOS, Ob. cit., p. 155.

derivan, las funciones parentales de orientación y dirección y los subsidiarios poderes del Estado. Por su parte, dichas funciones implican:

- i. **Abandono de prácticas.** La posibilidad del ejercicio de los derechos en forma autónoma con criterios de progresividad de acuerdo a la edad, supone el abandono de prácticas de subordinación de los niños y adolescentes a sus padres, a las instituciones y a los adultos en general y el reemplazo por funciones de orientación y dirección para que los niños y adolescentes ejerzan los derechos de los cuales son titulares¹³⁸.

La protección no puede constituir un fin en sí mismo, que conduzca a la conculcación del derecho de los niños a participar en las decisiones que les afectan, de conformidad con la evolución de sus capacidades.

Por lo tanto, es la propia idea de autonomía progresiva la que debe ser protegida jurisdiccionalmente, promoviendo mecanismo eficaces para que el niño que se forme un juicio propio pueda expresarla, y, principalmente, impidiendo prácticas abusivas y contrarias a la autonomía por parte de las autoridades, los padres,

¹³⁸ KONTERLLNIK, IRENE, La Participación de los Adolescentes: ¿Exorcismo o Construcción de Ciudadanía?, Actas del Seminario "La Participación de Niños y Adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño: visiones y perspectivas", Bogotá, diciembre, 1998.

el sistema educacional, etc. Así como la autonomía se construye, y hay que disponer mecanismos efectivos para hacerlo, también hay que desmontar los mecanismos de subordinación en el más amplio espectro de las relaciones sociales del niño y adolescente, incluyendo las reacciones familiares¹³⁹.

- ii. **La primacía del interés superior.** La Convención se opone aquellas situaciones en las que se otorgan a los padres derechos absolutos sobre los hijos. El fundamento de tal afirmación se sustenta en que de los derechos y deberes de los padres se derivan de su responsabilidad por el bienestar del niño, lo que significa actuar en su interés superior.

En efecto, este artículo 5 confirma que la autoridad de los padres no es, en ningún caso ilimitada, y el artículo 18 insiste en que la “preocupación fundamental” de los padres será el interés superior.

Aunque el niño pueda necesitar la dirección y orientación de sus padres o tutores para ejercer los derechos, esto no afecta al contenido de los mismos, por lo que debe respetarse la evolución de sus facultades. Los padres u otras personas deben proporcionar, de modo que el ejercicio de

¹³⁹ CILLERO, MIGUEL, Infancia y Ciudadanía, Notas del autor para la Reunión Unicef/Kellog Institute, 1998, sin publicar.

los derechos y libertades sean compatibles con la evolución de sus facultades, en mira a garantizar que el niño pueda ejercer los derechos reconocidos en la Convención.

Bajo este panorama, uno de los retos más grandes para los padres o los adultos es encontrar la manera de dar apoyo verdadero a los niños que no implique hacerlos más dependientes o frenar el desarrollo de su autonomía.

b. Evolución de facultades.

La mención de la “evolución de sus facultades” del niño, destaca el hecho que la capacidad del niño para tomar decisiones es un elemento en constante desarrollo. Y, por lo tanto, este concepto clave reconoce que el desarrollo del niño hacia la independencia adulta debe ser respetado y promovido a lo largo de toda la infancia.

La cuestión de la capacidad es, hasta cierto punto, un asunto que tiene que ver con las expectativas y la experiencia. La capacidad de asumir responsabilidades y de tomar decisiones importantes no es algo que se adquiera de improviso cuando los niños alcanzan la mayoría de edad. Es un proceso gradual, que no sólo depende del desarrollo biológico, sino de la experiencia real para tomar decisiones y asumir responsabilidades.

La discusión sobre la autonomía, debe centrarse en la capacidad del sujeto de ejercer sus derechos, de acuerdo a la evolución de sus facultades, como señala la Convención, por lo que ser o no ser un sujeto autónomo es un asunto evolutivo, que se construye socialmente, y no constitutivo o sustancial.

En conexión con ello, hay dos consideraciones que conviene destacar:

- i. **No se fija una edad determinada.** Con la introducción del concepto de la evolución de las facultades, la Convención ha evitado establecer límites de edad o dar definiciones de madurez arbitrarias.

Ello tiene que ver con que las necesidades de autonomía, protagonismo social y creatividad no son las mismas en un niño de 3 años que en uno de 10, y en uno de 16¹⁴⁰. De ello se desprende, por tanto, que el concepto de autonomía progresiva envuelve el reconocimiento de la idea de ciclo de vida. Una comprensión cabal del concepto de ciclo de vida, implica comprender la importancia de las diferencias que existen entre grupos de población, de acuerdo a sus edades. Esto es particularmente decisivo cuando se trata de diferenciar a niños, adolescentes y adultos en el análisis y

¹⁴⁰ COUSO, JAIME, Ob. cit., p. 61

tratamiento de problemas específicos. Asimismo, esto es relevante en la formulación de estrategias y de políticas públicas, las que deben tener en cuenta las diferencias de edades a la hora de enfrentar las necesidades de la infancia y de la adolescencia¹⁴¹.

- ii. **Se relaciona con el derecho de opinión.** Por otra parte, está vinculado con el requisito del artículo 12 de la Convención, de tener “debidamente en cuenta” las opiniones de los niños en función de su edad y madurez.

El *Manual de preparación de informes sobre los derechos humanos* de 1998, relaciona el concepto de la “evolución de las facultades” con lo artículo 12 y 13 de la Convención. En este sentido, se espera que los padres den dirección y orientación apropiadas al niño. Sin embargo, al hacerlo, deben actuar de manera que se tenga en cuenta la evolución de las facultades del niño, su edad y madurez. A la luz del artículo 12, debe prevalecer un sistema de diálogo responsable, positivo y compartido¹⁴².

Por lo mismo, el Comité sobre los Derechos del Niño ha sostenido que, los derechos y prerrogativas de los padres no pueden

¹⁴¹ ACOSTA VARGAS, GLADYS, *Derechos de la Mujeres, Derechos de la Infancia: Renovando la Ciudadanía*, en *Adolescentes y Responsabilidad Penal*, Edit. Ad-Doc, Buenos Aires, 2002.

socavar los derechos del niño reconocidos por la Convención, especialmente el derecho del niño a expresar sus opiniones o a que estas se tengan debidamente en cuenta¹⁴³.

Por esta razón, resulta conveniente reconocer el derecho de los niños a tener una opinión sobre los asuntos que les afecten, a fin de fomentar y apoyar la evolución de una capacidad cada vez mayor.

3. Los derechos de los niños no se contraponen a los de la familia.

A menudo, las personas que se oponen a la Convención transforman en conflicto, entre los derechos de los progenitores y los derechos de los niños, la tensión que existe entre la protección de estos mismos y su capacidad para actuar en beneficio propio¹⁴⁴. Este conflicto no tiene cabida ni en el espíritu ni en la letra de la Convención.

A favor de tal argumentación, surgen las siguientes precisiones:

¹⁴² HODGKIN, RACHEL y NEWELL, PETER, Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, UNICEF, 2001, p. 83.

¹⁴³ Ibidem, Ob. cit., p. 80.

¹⁴⁴ BARLETT, SHERIDAN y OTROS, Ciudades para los Niños. Los Derechos de la Infancia, la Pobreza y la Administración Urbana, Coediciones UNICEF- Comité Español y el Ministerio de Trabajo y Asuntos Sociales, 2001, p. 11.

a. Se refuerza los derechos de la familia.

La Convención ni se opone a la familia, ni enfrenta a los niños con sus padres, al contrario, define a la familia como “grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños¹⁴⁵”.

Sobre este punto, el Comité de los Derechos del Niño considera a la familia como un agente esencial para la realización de los derechos del niño¹⁴⁶ y ha subrayado con firmeza que la defensa de los derechos del niño dentro de la familia no implica ir en contra de los derechos de los padres, sino, por el contrario, reforzar los derechos de toda la familia. Expresamente un miembro de Comité señaló que: “...es importante, al esforzarse por aplicar las disposiciones de la Convención, promover el espíritu real de ese instrumento, que no consiste en dar poder al niño, sino en mostrar que al defender los derechos de toda la familia, y que, por lo que respecta a los padres, el énfasis no debe recaer en la autoridad sino en la responsabilidad”. Otro miembro del Comité reconoció que “era erróneo interpretar la defensa de los derechos del niño como un

¹⁴⁵ Vid, Preámbulo de la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹⁴⁶ Informe sobre el quinto período de sesiones, enero de 1994, CRC/C/24, Anexo V.

conflicto de con los derechos de los padres: los derechos del niño y los de la familia “van de la mano”.

En igual sentido, el *Manual de preparación de informes sobre derechos humanos* de 1998 declaró: “Con la aprobación de la Convención, los derechos de los niños pasaron a tener autonomía, aunque no con el propósito de afirmar esos derechos en oposición a los derechos de los adultos, o como una alternativa a los derechos de los padres, sino con objeto de hacer valer una nueva dimensión: la consideración de la perspectiva del niño en el marco del valor esencial de la familia. Así pues, se reconoce la dignidad y la individualidad fundamentales del niño, que tiene derecho a ser diferente y a discrepar en su valoración de la realidad”¹⁴⁷.

b. El parecer de los niños no constituyen imposición absoluta para los padres.

No cabe duda que el sujeto de los derechos reconocidos en la Convención es el “niño”, puesto que es él quien debe ejercer esos derechos.

¹⁴⁷ HODGKIN, RAVHEL y NEWELL, PETER, Ob. cit., p. 81.

Pero el asunto no se trata de que ahora “encontremos” que los niños tienen derechos y que deben hacerlo valer “contra” los adultos. De lo que se trata, es que hoy en día la estructura social exige una estructura familiar diferente (no amurallada sino más porosa, no autoritaria sino más democrática, no de pertenencia obligatoria sino de pertenencia más optativa) dentro de la cual todos, incluidos los niños, tienen derechos personales¹⁴⁸.

Aunque los padres deben tener en cuenta las opiniones de los niños no tienen necesariamente que respaldarlas, asimismo, deben dar los niños la posibilidad de comprender las razones por las que se ha tomado una decisión diferente. Esto contribuirá a que los niños pasen a ser interlocutores activos, con la capacidad necesaria para participar, en lugar de un reflejo pasivo de los deseos de los padres.

4. Cambios en las relaciones familiares a propósito de la autonomía de los niños.

Sin duda que se han producido cambios en las relaciones familiares. Al interior de ellas es posible constatar un proceso de individuación. La individuación incluye el reconocimiento de la necesidad de observar nuestras vidas y

¹⁴⁸ CÁRDENAS, EDUARDO, ¿Niños versus Adultos? Textos, Contextos y Pretextos para interpretar la Convención, Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N°13, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 62.

nuestras acciones desde nuestro propio punto de vista. Esto implica el surgimiento de la autonomía personal, en el sentido de la capacidad de tomar decisiones propias, basada en la información y el conocimiento, pero en conjunto con el reconocimiento de los propios deseos¹⁴⁹. Dicho en otras palabras, han emergido sujetos individuales, autónomos, con derechos.

Al trasladar estos conceptos a los cambios experimentado por las familias en nuestro país, observamos que según los resultados obtenidos por el último Informe de Desarrollo Humano en Chile¹⁵⁰, la principal diferencia que perciben los padres es que hoy los niños se hacen adultos y autónomos con mayor precocidad que. Este cambio tendría varias causas.

Primero, y de modo general, la mayor individualización promovida por los cambios culturales.

Segundo, el acceso más fácil y temprano que tienen los niños a los conocimientos y destrezas de la modernidad. Estas habilidades les permiten prescindir muy luego de la mediación de sus padres en relación con el mundo. Los hijos están, incluso en condiciones de ser quienes enseñan a sus padres las aptitudes requeridas para interactuar con una sociedad en vertiginosa

¹⁴⁹ JELIN, ELIZABETH, *Pan y Afectos. La transformación de las familias*, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1998, p. 24.

¹⁵⁰ DESARROLLO HUMANO EN CHILE. *Nosotros los chilenos: un desafío cultural 2002*, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Santiago, 2002, pp. 207 y 208.

evolución. La computación, Internet y el predominio del lenguaje de las imágenes contribuyen poderosamente a esta nueva realidad. Esta inversión en las relaciones pedagógicas alcanza, en ciertos casos, también a algunos aspectos de la educación afectiva.

Tercero, el desarrollo de la niñez menos vinculada a las carencias y dependencias, y más definida por los derechos, capacidades y potencialidades. Los padres se sienten, por una parte, cuestionados en su rol tradicional de protectores y proveedores, y por otra, carentes de recursos para cumplir con la nueva identidad de garante de derechos y estimulador de potencialidades.

Cuarto, las propias transformaciones que experimenta la familia como consecuencia de las exigencias de la economía y del trabajo. La necesidad o el deseo de aumentar la cantidad de aportantes de ingreso exigen reorganización de las labores familiares. Cambian los horarios, se especializan las responsabilidades de autocuidado por parte de cada miembro. La intensificación y diversificación de las actividades hace que la familia se observe a sí misma en mayor medida bajo el punto de vista organizacional. Esto impulsa la concepción de la familia como lugar de negociaciones entre iguales, y estimula la temprana responsabilidad personal de los hijos.

5. La autonomía progresiva como elemento interpretativo para garantizar el ejercicio de los derechos.

El niño como sujeto de derecho, debe gozar de todos los derechos que se reconocen en la Constitución, los tratados internacionales y las leyes internas. De igual modo, debe adquirir progresivamente, de acuerdo a la evolución de sus facultades, la autonomía en el ejercicio de sus derechos.

Esta idea de autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos se constituye en la clave para interpretar la función de la familia y el Estado en la promoción del desarrollo integral del niño.

a. Los niños no deben ser considerados incapaces

El reconocimiento pleno de la titularidad de sus derechos y de la existencia de su capacidad progresiva para poder llevar a cabo su ejercicio, se traduce en establecer con claridad que no se puede poner en duda la titularidad de un menor por lo que respecta a derechos de naturaleza subjetiva y de que no existe limitación alguna en su capacidad a los efectos de su titularidad¹⁵¹.

Por tal motivo, no se puede equiparar nunca la situación de un menor de edad a la de un incapacitado, pues si bien es cierto que éste último

también puede ser titular de derechos subjetivos, su concreta situación personal determina que, en función de la sentencia judicial en la que se haya establecido la incapacitación, verá limitados el ejercicio de esos derechos, circunstancia que no ocurre respecto del menor de edad, para quien no puede utilizarse dicha situación de limitación.

El menor, ciertamente, no ejercitará por su circunstancia de edad y madurez la totalidad de todos sus derechos, pero sí que debe reconocerse una aptitud progresiva para ejercitarlos en función de su grado de madurez y la asistencia que en determinadas circunstancias debe existir por parte de los padres, tutores, guardadores o administraciones públicas, por lo que su limitación tiene un sentido inversamente restrictivo a esa aptitud progresiva de madurez. De este modo, la asistencia se verá reducida en la medida que el menor por sí mismo pueda ejercitar en el mayor número de situaciones posibles el contenido de sus derechos por sí mismo¹⁵².

La idea de niño-sujeto implica el concepto de titularidad, y se completa con la noción de igualdad jurídica, con lo que debemos definir al niño como un sujeto dotado de capacidad jurídica.

¹⁵¹ Vid, ALAEZ CORRAL, BENITO, Ob. cit., p. 89 y ss.

¹⁵² MALUQUER DE MONTES I BERNET, CARLOS, Ob. cit., p. 155.

b. No son pertinente las normas de la capacidad civil.

Se distingue en nuestro ordenamiento jurídico privado dos tipos de capacidad; una, que consiste en la aptitud legal para adquirir derechos y obligaciones, denominada comúnmente capacidad de goce; y otra, que consiste en la aptitud de las personas humanas para obrar por si mismas en la vida civil, denominada capacidad de obrar o simplemente, de ejercicio.

En efecto, el Código Civil en su artículo 1446, señala que “toda persona es legalmente capaz, excepto aquellas que la ley declare incapaces”. A continuación, el artículo 1447, establece quienes son incapaces, realizando la tradicional distinción entre incapaces absolutos e incapaces relativos. Absolutamente incapaces son los impúberes y relativamente incapaces son los menores adultos.

Conforme a lo dicho, parece legítimo cuestionar y criticar que sean estas las disposiciones apropiadas a las que debemos circunscribirnos para resolver el problema de la capacidad jurídica de los niños, sobre todo cuando ya no está en discusión de que éstos gozan de autonomía (aunque sea progresiva), y menos aún que son sujetos plenos de derecho. Su tenor no es coherente con la nueva condición jurídica de la infancia que emana de la doctrina de protección integral, bajo la cual el niño es concebido como un sujeto de derecho.

De hecho este cuestionamiento, es el que ha llevado a la doctrina, por ejemplo, a preguntarse si los derechos personalísimos que se reconocen a los niños por normas de jerarquía superior (a su identidad, a su libertad de conciencia y de religión, etc.) pueden ser ejercitados por ellos mismos o, por el contrario, si dicho ejercicio corresponde que se atribuya a sus progenitores u otros representantes legales¹⁵³.

Pues bien, de acuerdo a lo dicho, no creo que sea protectora de los niños y jóvenes la forma en que se ha diseñado, o más bien interpretado, la normativa civil en materia de capacidad de obrar. Es que, si bien se considera a los menores sujetos de derecho, llegada la hora de permitírseles su ejercicio, se le impide hacerlo en razón de una pretendida protección¹⁵⁴.

Gracias a esta visión, los niños corren un serio riesgo de perder la consideración que merecen por su condición de menores de edad, de incapaces, necesitados de protección y representación adecuadas, para transformarse en meros consumidores¹⁵⁵.

¹⁵³ MIZHARI, MAURICIO LUIS, Familia, Matrimonio y Divorcio, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, pp. 125 y 126.

¹⁵⁴ BALDARENAS, JORGE, ¿Son los "Menores",... Incapaces?, Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N°11, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 82.

¹⁵⁵ MOLINA, ALEJANDRO, La Promiscuidad de un Representante y el Defensor del Niño, Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N°13, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 102.

La nueva consideración de los niños como sujetos activos de derechos, no se compadecen con la ideología que trasunta gran parte de nuestra legislación civil, lo que exige, obviamente, una ardua tarea de reinterpretación normativa¹⁵⁶. En todo caso, el asunto dista de tener una resolución sencilla puesto que el viejo concepto de protección continúa resistiendo fuertemente los cambios sustanciales de paradigma.

Por esta razón, al intentar conjugar y compatibilizar los conceptos de autonomía progresiva, por una parte, y de capacidad, por la otra, lo primero que debemos advertir es que una posible evolución pasa por abandonar la perspectiva tradicional de capacidad de nuestro Código Civil, circunscrita al ámbito patrimonial, lo que se demuestra, claramente, atendida la ubicación de dichas normas en el Libro IV, "*De Las Obligaciones En General Y De Los Contratos*", para dar paso a una corriente más moderna.

Esta distinción y exigencia de la capacidad civil es sólo aplicable, a nuestro juicio, en el ámbito del derecho privado, y particularmente en el derecho de las obligaciones. Más, la Carta Fundamental no realiza distinciones de ninguna especie para el ejercicio de derechos. El artículo 19, por ejemplo, reconoce los derechos y garantías fundamentales a

¹⁵⁶ MIZHARI, MAURICIO LUIS, Ob. cit., p. 127.

“todas las personas”. Por su parte, el artículo 20 permite recurrir a “el que”, es decir, a cualquier persona que sufra privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de alguno de los derechos que garantiza la Constitución.

En definitiva, la autonomía no se restringe a las normas de capacidad civil, y menos al campo exclusivamente patrimonial, sino que opera en un plano mayor, en el plano de la titularidad y ejercicio de los derechos fundamentales. De ahí que el esfuerzo interpretativo de las normas civiles, implica partir de la base que ellas deben necesariamente ceder terreno ante la afirmación irrefutable de que los menores son capaces, sin perjuicio de que se establezcan limitaciones en su obrar en función de su madurez.

III. LA PARTICIPACIÓN INFANTIL.

Al hacer un análisis de la evolución histórica de la infancia, podemos constatar que tradicionalmente se supuso que los progenitores saben que es lo mejor para sus hijos, y que, del mismo modo, las instituciones y las autoridades que trabajan en beneficio de la niñez han tendido hacer lo mismo, sin considerar lo que piensan los beneficiarios de “sus proyectos”. Los resultados de este modo de proceder han sido y pueden ser fatales. Nada más que a modo ejemplo, considérese el legado de la doctrina de la situación irregular.

Por su parte, el Comité de los Derechos del Niño ha observado que, en muchos Estados, las actitudes tradicionales hacia el niño y el lugar que éste ocupa en la familia, la escuela y la sociedad obstaculizan su participación. Por esta razón, unir participación e infancia en el momento actual no es casual, sino que responde a un compromiso cada vez mayor que, sobre todo, se ha establecido a partir de la Convención¹⁵⁷. Compromiso, que por su parte, responde a la aceptación del concepto del niño como sujeto activo de derechos.

Por lo demás, no se puede perder de vista que la participación es un derecho humano fundamental. Todas las personas tienen derecho a expresar su opinión cuando las decisiones que se toman afectan directamente sus vidas y los niños son personas.

1. Significación de la participación infantil.

Tratándose de la participación infantil, esta es reconocida como un fenómeno de múltiples facetas, que puede incluir una amplia gama de actividades que difieren en forma y estilo según sea la edad del niño: buscar información, expresar el deseo de aprender, incluso a una edad muy temprana, formarse punto de vista, expresar ideas; intervenir en actividades y procesos; ser informado y consultado en la toma de decisiones; iniciar ideas, procesos,

¹⁵⁷ SAN ANDRES DIEZ, ROSA, Participación de los Niños y las Niñas en la Sociedad: un derecho, un deber, un valor a educar, en La Protección de los Menores. derechos y recursos para su atención, Ed. Civitas, Madrid, 2001, p. 97.

propuestas y proyectos; analizar situaciones y elegir entre varias opciones; respetar a los otros y ser tratado con dignidad¹⁵⁸.

Más concretamente, la participación infantil es el proceso tendiente a incrementar el poder de la niñez organizada en su relación con el adulto. Básicamente será respecto al grupo de facilitadores del proceso, pero también debe perfilarse hacia la sociedad civil, la familia, las autoridades y los grupos no organizados. La participación infantil garantiza la legitimidad e incidencia social del protagonismo infantil¹⁵⁹.

Por otro lado, es una responsabilidad y una obligación de todos cuanto se rigen por la Convención. En el contexto de la Convención, la participación supone el acto de animar y capacitar a los niños y niñas para que hagan saber su punto de vista sobre los asuntos que les afecta¹⁶⁰.

La participación infantil es uno de los principios rectores de la Convención, así como uno de los retos principales que presenta el tratado. El principio afirma que el niño es una persona en todo el sentido de la palabra, que tiene derecho a expresar sus opiniones en aquellos asuntos que le afecten, e indica que estas opiniones deben ser escuchadas y tenidas debidamente en cuenta en

¹⁵⁸ ESTADO MUNDIAL DE LA INFANCIA 2003, informa sobre la participación infantil, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), 2002, p. 4.

¹⁵⁹ GAITAN, ANGEL, Protagonismo Infantil, Actas del Seminario "La Participación de niños y adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño: visiones y perspectivas, Bogotá, 1998, p. 85.

¹⁶⁰ ESTADO MUNDIAL DE LA INFANCIA 2003, Ob. cit., p. 4.

función de la edad y madurez del niño. Asimismo, se reconoce las posibilidades que tienen los niños de enriquecer el proceso de toma de decisiones, compartir su perspectiva y participar como sujetos y promotores del cambio¹⁶¹.

En todo caso, la participación no puede ser genuina si los niños no disponen de la posibilidad de comprender las consecuencias y las repercusiones de sus opiniones. Los niños merecen que se escuchen sus opiniones sobre todos los asuntos que los afectan. Ese es un derecho básico compartido por todo el mundo: el derecho a expresar su punto de vista, y a que ese punto de vista sea tomado en serio y respetado¹⁶².

Fomentar una participación significativa y de calidad de los niños y adolescentes es esencial para garantizar su crecimiento y desarrollo. Claramente, los niños han demostrado que, cuando se involucran, pueden influir de un modo apreciable en el mundo que les rodea.

Las opiniones, intuiciones, experiencias, capacidades y energías de los propios niños y jóvenes constituyen en recurso para afrontar los desafíos de la Convención sobre los Derechos del Niño¹⁶³. De hecho, todas las posibles oportunidades, beneficios y riesgos entorno a la niñez y su participación fueron tema de debate durante los preparativos de la Sesión Especial a favor de la

¹⁶¹ Conforme www.unicef.org.

¹⁶² Conforme www.gmfc.org.

¹⁶³ ESTADO MUNDIAL DE LA INFANCIA 2003, Ob. cit., p. 13.

Infancia¹⁶⁴, de la Asamblea General de la Naciones Unidas. Así se puso a prueba la participación significativa de la niñez en el plano internacional.

En la Sesión Especial de las Naciones Unidas a favor de la Infancia, la Asamblea General se comprometió a construir “Un mundo apropiado para los niños y niñas”, y los dirigentes mundiales pusieron de manifiesto su compromiso de cambiar el mundo no sólo para los niños sino con su participación.

Este es un ejemplo de participación, durante la sesión los niños estuvieron en todos lados, o así pareció. Los niños y los jóvenes presidieron reuniones, involucraron a los dirigentes mundiales en intensos debates, y explicaron a los medios de comunicación sus puntos de vistas y expectativas. También presentaron cuestiones importantes, analizaron diversas situaciones y ofrecieron soluciones con una visión clara¹⁶⁵.

2. Principios de la participación infantil democrática.

La participación fortalece un compromiso de entendimiento democrático. A menudo se define a la participación como el “proceso por el que se comparten decisiones que afectan la propia vida y la vida de la comunidad en la que uno

¹⁶⁴ SESIÓN ESPECIAL A FAVOR DE LA INFANCIA, Asamblea General de las Naciones Unidas, celebrada los días 8-10 de mayo de 2002.

¹⁶⁵ ESTADO MUNDIAL DE LA INFANCIA 2003, Ob. cit., p. 50.

habita. Es el medio por el cual se construye la democracia, y es un patrón que debe servir de base para las democracias”¹⁶⁶.

El caso es que en las democracias, tanto las más establecidas como las de más reciente formación, existe la necesidad por parte de los niños, de experimentar las implicancias de la toma de decisiones.

De manera que entonces, la participación infantil es quizás el aspecto que con mayor fuerza y nitidez nos obliga a entender el ejercicio de los derechos del niño como un asunto relativo a la profundización de la democracia¹⁶⁷.

La esperanza para la democracia está en los niños, a quienes desde la primera infancia se les ha preparado para triunfar en la escuela, y cuyas opiniones y perspectivas son valoradas por sus familias, escuelas, comunidades y sociedades, niños que han aprendido lo que es la diversidad de la experiencia humana y cuál es el valor el debate, y que han tenido múltiples oportunidades de adquirir y desarrollar sus competencias¹⁶⁸.

Los niños necesitan oportunidades de participar en procesos de decisión democráticos dentro de la familia, en la escuela y, dentro de su comunidad local

¹⁶⁶ HART, ROGER, citado en el Estado Mundial de la Infancia 2003, Ob. cit., p. 4.

¹⁶⁷ GARCIA MORENO, MAURICIO, Familia, Escuela y Democracia: Los pilares de la participación infantil, Actas del Seminario “La Participación de niños y adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño: visiones y perspectivas, Bogotá, 1998, p. 71.

¹⁶⁸ ESTADO MUNDIAL DE LA INFANCIA 2003, Ob. cit., p. 14.

e incluso en su país. Pero ello implica que si los niños son capaces de expresar sus puntos de vistas, es necesario como contrapartida que los adultos sean capaces de crear las oportunidades o instancias para que los niños participen.

De acuerdo a lo sostenido por Gerison Lansdown¹⁶⁹, hay varios principios fundamentales que deben apuntalar cualquier actividad dirigida a promover la participación democrática de los niños.

a. Los niños deben entender de que se trata el proyecto o proceso, para que es y cuál es su rol.

En tal sentido, llevar a los niños a promover una agenda adulta es la forma más eufemística y en el peor de los casos abusiva de la participación infantil. Eventos en los que los niños que llevan pancartas desplegando consignas en las que no han tenido parte en su formulación o conferencias que hace que los niños actúen sin entender plenamente la agenda no obedecen al principio de participación. De igual forma, si no se proporciona a los niños la información apropiada, ellos no pueden elegir de manera informada o expresar opiniones razonadas.

Sin duda, se pone riesgo la participación infantil cuando en reuniones públicas, se utiliza niños para guardar las apariencias y demostrar que

¹⁶⁹ LANSDOWN, GERISON, Promoting Children's Participation in Democratic Decision-Making, UNICEF Innocenti Research Centre, Florence, Italy, 2001, pp. 10 a 29.

hay participación; cuando se les trata como representativos de otros niños cuando no lo son; o cuando se les hace hablar adolescentes en nombre de niños de menor edad¹⁷⁰.

b. Las relaciones de poder y las estructuras para la toma de decisiones deben ser transparentes.

Es importante que los niños entiendan desde el principio qué decisiones pueden tomarse y por quien. Si descubren, después de que un proyecto se inició, que tienen menos poder que el que pensaban, es probable que se sientan resentidos y defraudados en el proceso.

c. Los niños deben participar desde la fase más temprana posible en cualquier iniciativa.

Si a los niños se les integra o invita a participar al final de una determinada actividad, no tendrán ninguna oportunidad de definir o influenciar el proceso o los resultados. Su presencia tendrá un débil impacto en el proyecto en su conjunto. La evidencia muestra que es probable que los niños tengan muy buenas y creativas ideas sobre cómo un proyecto requiere desarrollarse si se quiere que sea significativo y pertinente para ellos.

¹⁷⁰ ESTADO MUNDIAL DE LA INFANCIA 2003, Ob. cit., p. 53.

Ahora bien, no siempre es posible involucrar a los niños desde el principio, pero entre más temprano participen es más probable que el proyecto permita un compromiso genuino y una contribución de su parte.

- d. Todos los niños deben ser tratados con igual respeto independientemente de su edad, situación, etnia, habilidades u otros factores.**

La participación de todos los niños debe ser respetada a partir de valorar de igual forma a los niños de diferentes edades y habilidades, los que requerirán diferente nivel de apoyo y que contribuirán en diferentes maneras. Además, es importante asegurarse de que todos los niños para quienes una iniciativa es pertinente se les permita participar y no sean excluidos como resultado de su falta de visibilidad dentro de sus comunidades locales, por ejemplo, una iniciativa enfocada a mejorar el ambiente local debe incluir a los niños discapacitados, a las niñas, a los niños pequeños, a los niños de la minoría étnica, y así sucesivamente.

3. Distintos niveles en la participación infantil.

A menudo, la participación de los niños, incluso cuando ha sido concebida por los adultos con buenas intenciones, se convierte en una falta de participación si se les manipula o se les utiliza como elementos decorativos o de manera

protocolaria. De hecho, con demasiada facilidad, la participación puede convertirse en una actividad centrada en el adulto, puede imponerse sobre niños que no desean participar o resulta inapropiada para la edad y la capacidad del niño, llegando a ser en su peor manifestación, represiva, explotadora o abusiva¹⁷¹.

Esta es el motivo por lo cual, distinguir los diferentes niveles de participación tiene una enorme trascendencia, puesto que ello nos permite determinar que relevante no sólo consiste en obtener un mayor grado de participación, sino que en aumentar al máximo sus oportunidades para conseguir una participación que sea realmente significativa.

Siguiendo en este punto al ya clásico trabajo de Roger Hart¹⁷², es posible distinguir en la participación infantil distintos niveles, a los cuales el autor sitúa simbólicamente en diferentes peldaños de una escalera.

En todo caso, respecto de los tres primeros no los considera realmente participación, aunque para muchos adultos si lo sean, estima más bien que son una apariencia de la misma. Examinemos estos peldaños:

- a. Manipulación.** En este estadio no se consulta ni informa a los niños de la acción, participan pero sin comprender la finalidad o sentido de su

¹⁷¹ Ibidem, p. 5.

actuación. Es decir, los niños no son muy conscientes de cuál es el asunto de que se trata, y, por tanto, tampoco comprenden sus propias acciones. Por ejemplo: cuando se moviliza a niños pequeños para una manifestación escolar haciéndolos que lleven pancartas, pero estos niños no saben leer todavía.

- b. Decoración.** Cuando los niños participan en un acto como enganche para una causa, sin haber sido tenidos en cuenta para su organización. Su presencia obedece más a lo bien que se puede pasar o a lo que les vayan a regalar por asistir, que al motivo por el cual se organiza esa actividad.

En otras palabras, se utiliza a los niños como vehículo de propaganda o como elemento decorativo para alguna causa, sin que ellos tampoco la comprendan. Por ejemplo: en un acto solidario con cientos de niños soltando globos blancos.

- c. Simbolismo.** Cuando de manera simbólica se cuenta con los niños para que den su opinión en temas que les afectan, pero sin que estas opiniones tengan realmente una incidencia ni sean significativas del grupo de niños al que representan. Es decir, se concede a los niños la

¹⁷² HART ROGER, La participación de los niños. De la participación simbólica a la participación auténtica, Ensayos Innocenti, núm. 4, UNICEF, 1993.

oportunidad aparente de expresarse, pero sin que sus opiniones vayan a tener repercusión real alguna en los asuntos de que se trate. Por ejemplo: un niño haciendo una declaración sobre la paz en el mundo para un acto oficial en representación de los niños del mundo.

Sólo a partir de los peldaños siguientes, para el citado autor, restamos en condiciones de hablar de participación genuina. Sin embargo, en cada uno de ellos, para que se produzca tal tipo de participación, es preciso que se cumplan, a lo menos, cuatro requisitos: que los niños comprendan las intenciones del proyecto; que sean conscientes de quien tomó las decisiones sobre su participación y los motivos de las mismas; que tengan un papel significativo, esa decir, no sólo decorativo; y que, siendo conscientes de todo lo anterior, intervengan voluntariamente. Examinemos estos peldaños:

- d. Asignados pero informados.** Cuando comprenden el significado de un proyecto o acción para ellos, lo comparten, aunque ellos no hayan tomado las decisiones y desean participar en el espacio que pueden hacerlo. O sea, los niños no han intervenido en la planificación del proyecto o en la asignación del papel que se espera que realicen, pero actúan voluntariamente y siendo conscientes del sentido de la acción que se les propone. Por ejemplo: organizar una colecta para niños de otros países.

- e. Consultados e informados.** Cuando en un proyecto dirigido a la infancia, aunque lo diseñan y dirigen los adultos, se tiene en cuenta a los niños para recoger e incorporar las propuestas que puedan realizar.

El proyecto es diseñado y dirigido por los adultos, pero en el que estos solicitan y tienen en cuenta las propuestas u opiniones de los niños. Por decirlo de otro modo, los niños juegan el papel de asesores o consultores de los adultos. Por ejemplo: consultar a los niños para realizar un plan de infancia en el municipio.

- f. Iniciado por los adultos, compartiendo decisiones con los niños.** Se da un paso más en la escala de la participación, ya que se involucra a los niños en el proceso de toma de decisiones. Por ejemplo: incorporar en la metodología de trabajo espacios para asambleas donde los niños puedan opinar y consensuar las actividades que se requiera realizar.

- g. Iniciado y dirigidos por los niños.** se trata de aquellas acciones que proponen, organizan y dirigen los mismos niños, sin intervención de los adultos, como en las iniciativas de proyectos de tiempo libre. Sin duda, el mejor y más auténtico ejemplo de participación situado en este nivel de la escala, es el de los niños organizándose solos para cualquier juego o aventura colectiva.

h. Iniciada por los niños/decisiones compartidas con los adultos. En este nivel se sitúan aquellas experiencias donde realmente se cree y valora las potencialidades de los niños. Por ejemplo: en el caso que un grupo de niños o jóvenes deciden recuperar una fiesta popular de su pueblo, organizan dicha actividad, la que finalmente termina siendo compartida con los adultos que apoyan y colaboran en la iniciativa.

4. Barreras y dificultades de la participación infantil.

Promover los derechos de la infancia y la adolescencia –en especial aquellos que se refieren a la participación– es una tarea que cuestiona las relaciones entre los niños, adolescentes y adultos y que presenta el desafío de establecer nuevas y más equitativas formas de vincularse, sin dejar por ello de tomar en cuenta los diversos momentos del desarrollo de los niños y jóvenes. El reto es particularmente difícil porque es natural que se presenten reacciones adversas y resistencias¹⁷³.

Estas barreras o dificultades se presentan, puesto que para optimizar la participación infantil es preciso replantear el mundo de los adultos. Más

¹⁷³ MORFIN STOOPEN, M. y CORONA CARAVEO, YOLANDA, Hacia nuevas formas de relación en los espacios sociales, Cap. III, en www.iin.oea.org

precisamente, implica que los adultos compartan el control, el poder, la adopción de decisiones y la información¹⁷⁴.

Es menester que los adultos escuchen las sugerencias de los niños y que les den un espacio, y que a su alienten a la niñez para que desarrolle y perfeccione sus competencias y pongan en práctica los valores democráticos.

Pues bien, los distintos argumentos o factores utilizados para combatir o privar a la infancia de su derecho de participación, son del siguiente tenor:

a. Los privará de su niñez.

En efecto, se ha sostenido como un primer punto en contra de la participación infantil, que el derecho a ser escuchado los despojará de su preciada niñez.

Bajo este argumento, hasta no hace demasiado tiempo el escuchar al menor de edad era considerado algo totalmente complementario, porque se deseaba protegerlo emocionalmente del peso de las decisiones¹⁷⁵. Ello por supuesto, vinculado a la concepción tradicional del menor únicamente como objeto merecedor de cuidado o protección, que parte

¹⁷⁴ ESTADO MUNDIAL DE LA INFANCIA 2003, Ob. cit. p. 53.

¹⁷⁵ ARIAS RONCHIETTO, CATALINA, La Adopción. Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1997, p. 88.

del supuesto de que el menor es incapaz de opinar y de tomar decisiones.

Sin embargo, la valoración de la propia opinión del menor tiene una consideración importante en la proyección protectora de su persona. El menor de edad ya no es estrictamente una persona a la imponen determinadas decisiones sin que se tome en consideración su personal punto de vista.

b. Socavará la autoridad de los padres.

Con demasiada frecuencia, la participación infantil se enfrenta a la resistencia de aquellos que la ven y perciben como una forma de socavar la autoridad de los padres, llegándose a afirmar que el hecho de participar llevará a los niños a que les falten el respeto a sus padres o bien que se establezca una especie de tiranía por encima de los derechos de los padres.

Esto ha servido de justificación para que varios Estados Partes hayan presentado declaraciones o reservas sobre la postura de los padres con respecto a los derechos civiles de sus hijos. Como contrapartida a este enfoque, el Comité de los Derechos del Niño ha solicitado constantemente la revisión y retirada de dichas reservas, manifestando

especial preocupación por aquellas reservas que sugieren una falta de reconocimiento del niño como sujeto activo de derechos¹⁷⁶.

Es que escuchar a los niños no significa lisa y llanamente respaldar sus puntos de vistas, tampoco significa enseñarles a ignorar a sus padres, sino que escuchar a los niños significa respetarlos y ayudarles a aprender a valorar la importancia de respetar a los otros.

No hay que olvidar que la familia es el primer entorno donde los niños aprenden a participar, y es también el mejor foro donde los niños pueden aprender a expresar sus puntos de vista al mismo tiempo que respetan las perspectivas de los demás. Lo dicho, debe relacionarse con el artículo 29 de la Convención, disposición establece claramente que uno de los objetivos de la educación es enseñar a los niños a respetar a sus padres.

En consecuencia, es indiscutible darles derecho a los niños a ser escuchados, y también es importante tomar en serio lo que ellos tienen que decir, pero esto no significa que cualquier cosa que los niños dicen debe cumplirse, sino simplemente que sus opiniones reciban la consideración en forma apropiada.

¹⁷⁶ HODGKIN, RACHEL y NEWELL, PETER, Ob. cit., p. 181.

En esta inteligencia se ha sostenido que “el niño siempre debería ser escuchado, lo cual no implica en absoluto que de inmediato que se hará lo que él pide”¹⁷⁷. Coincidentemente Grosman afirma: “La obligación de oír al menor no es sinónima de aceptar su deseo. El acto de escuchar al hijo ha sido objetado muchas veces porque se han identificado ambos momentos: conocer su opinión y respetar su preferencia”¹⁷⁸.

c. La negativa a participar los privará de sus derechos.

La Convención no impone una obligación a los niños para participar, sino que proporciona un derecho para que los niños puedan ejercerlo. Por esta razón, el niño no debe ser forzado a participar.

Mas aun, la resistencia o negativa de los niños o jóvenes a participar puede constituir un componente importante de la participación. Puede reflejar las opiniones de los niños o los adolescentes sobre una determinada cuestión, o sus sentimientos con respecto a las condiciones de su participación¹⁷⁹. En consecuencia, bajo ninguna circunstancias se debería obligar a los niños a participar.

¹⁷⁷ DOLTO, FRANÇOISE, citada en Jurisprudencia Nacional, Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 229.

¹⁷⁸ GROSMAN, CECILIA, citada en Jurisprudencia Nacional, Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, Abeledo – Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 229.

¹⁷⁹ ESTADO MUNDIAL DE LA INFANCIA 2003, Ob. cit., p. 17.

En igual sentido, el *Manual de preparación de informes sobre los derechos humanos* de 1998, destacó que el artículo 12 de la Convención no “obliga” al niño a expresar sus opiniones. “El niño tiene derecho a expresar su opinión libremente. Por lo tanto, no deberá ser objeto de ningún tipo de presión, coacción o influencia que pueda impedirle expresar su opinión u obligarlo a hacerlo¹⁸⁰.”

5. Derechos que involucra la participación infantil.

La Convención contiene un conjunto de artículos referidos a la participación infantil, que cuando se interpretan en forma colectiva, constituyen un poderoso alegato en pro del derecho de los niños a la participación¹⁸¹. Todos ellos, muestran con nitidez que el niño es una persona con derechos humanos fundamentales, y opiniones y sentimientos propios.

A continuación, analizaremos los principales derechos:

a. Derecho a ser escuchado.

Artículo 12

- 1. Los Estados Partes garantizarán al niño que éste en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de**

¹⁸⁰ HODGKIN, RACHEL y NEWELL, PETER, Ob. cit., p. 155.

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.

- 2. 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 al as normas de procedimiento de la ley nacional.**

Como ya se señaló, varias de las disposiciones que aparecen en la Convención sobre los Derechos del Niño abordan el derecho del niño a la participación. No obstante, el artículo 12 revela esta dimensión especial, y, más que ello, expresa un principio de importancia fundamental, tanto para la aplicación de la Convención en su conjunto, como para la interpretación de cada uno de sus artículos.

En esta lógica, el *Manual de preparación de los informes sobre derechos humanos* de 1998 comentó: En este artículo se estipula uno de los valores fundamentales de la Convención, y probablemente uno de sus desafíos básicos. En esencia, se afirma que el niño es una persona completamente desarrollada que tiene derecho a expresar su opinión

¹⁸¹ ESTADO MUNDIAL DE LA INFANCIA 2003, Ob. cit., p. 24.

libremente en todos los asuntos que le afectan, así como a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones. Así pues, el niño tiene derecho a participar en los procesos de toma de decisiones que afecten a su vida, así como de ejercer su influencia en las decisiones que se tomen a su respecto¹⁸².

El artículo 12 de la Convención se refiere entonces, al derecho a expresar las propias opiniones y a que esas opiniones sean tenidas en cuenta a la hora de resolverse una situación que pueda afectar al niño. De su tenor se desprende, que el derecho a ser escuchado abarca todas las acciones y decisiones que afectan las vidas de los niños, en la familia, en la escuela, en sus comunidades, aún a nivel político nacional.

El derecho se extiende, por lo tanto, a todos los asuntos siempre que tengan un interés particular para el niño o puedan afectar su vida. Así, pues, el derecho del niño de expresar sus opiniones se aplica en relación con los asuntos familiares, por ejemplo, en caso de adopción; en la vida escolar, cuando se está examinado una decisión de expulsión del niño; o en relación con acontecimientos importantes que tengan lugar a nivel comunitario, como cuando se toma una decisión respecto de la ubicación de los lugares de recreos para los niños. El objetivo es

¹⁸² HODGKIN, RACHEL y NEWELL, PETER, Ob. cit., p. 153.

garantizar que las opiniones del niño sean un factor importante en todas las decisiones que lo afecten y poner de relieve que no es posible poner en práctica un sistema eficaz de aplicación sin la intervención de los niños en las decisiones que afecten su vida¹⁸³.

Por otra parte, también es importante destacar a propósito a este artículo, que en él no se fija una edad mínima para el derecho del niño a expresar sus opiniones libremente. No hay ningún límite de edad impuesto para ejercer el derecho a participar, este se extiende a cualquier niño que tiene un punto de vista en algún asunto que es de su preocupación. Y en tal sentido, es evidente que el niño puede formarse un juicio desde muy pequeño.

O sea, la Convención no se pronuncia a favor de la imposición de una edad mínima para conocer o tener en cuenta las opiniones de los niños. Dicho criterio parece correcto, si se considera que tales precisiones legales siempre se tornan caprichosas.

¹⁸³ Ibidem, p.156.

b. Derecho a la libertad de expresión.

Artículo 13.

- 1. El niño tendrá derecho a la libertad de expresión; ese derecho incluirá la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o impresas, en forma artística o por cualquier otro medio elegido por el niño.**
- 2. El ejercicio de tal derecho podrá estar sujeto a ciertas restricciones, que serán únicamente las que la ley prevea y sean necesarias:**
 - a) para el respeto de los derechos o la reputación de los demás; o**
 - b) para la protección de la seguridad nacional o el orden público o para proteger la salud o la moral pública.**

La Convención consagró entre los derechos fundamentales de la niñez, la libertad de expresión. Con ello, se confirma que los derechos civiles garantizados a “toda persona” en la Carta Internacional de Derechos Humanos también se aplican a los niños.

De manera que los niños, al igual que los adultos, deben poder manifestar libremente sus ideas por el medio que sea, así como buscar información y difundirlas, sin más limitaciones que las impuestas por las leyes que reglamenten el ejercicio de este derecho, dentro de un indispensable marco de razonabilidad¹⁸⁴.

En cuanto a la concreción del derecho de libertad y expresión, se entiende que el niño tiene derecho a la publicación y difusión de sus opiniones, a la edición y producción de medios de difusión y al acceso a las ayudas que la Administraciones Públicas puedan establecer para dicha finalidad¹⁸⁵. Una decisión sólo puede ser libre cuando es una decisión bien fundada.

Por otro lado, en lo referente a las restricciones a su ejercicio, cabe señalar que dichas restricciones están estrictamente limitadas por las disposiciones del párrafo 2 del artículo. Teniendo en cuenta, además, que son las mismas que prevé para la libertad “de toda persona” el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

¹⁸⁴ HUSSONMOREL, RODOLFO, La Libertad de Expresión del Niño, en Convención sobre los Derechos del Niño, Ob. cit., p. 206.

¹⁸⁵ MALUQUER DE MONTES I BERNET, CARLOS, Ob. cit., p. 158.

c. Derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión.

Artículo 14.

- 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 pública o los derechos fundamentales de los demás.**

Este artículo hace referencia a un derecho fundamental de la persona, en este caso del niño, que se vincula con su propia intimidad y el ejercicio de la libertad individual.

Dicha norma contiene tres partes: en la primera, enuncia la obligación de respeto, por parte de los Estados partes de la Convención, del derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión; en la

segunda, se refiere al derecho que poseen los padres (y en su caso los representantes legales), a que los Estados partes les respeten sus deberes y derechos de guiar al niño en el ejercicio de esta libertad de modo conforme a la evolución de sus facultades. Por último, la disposición se refiere a las únicas limitaciones a que este derecho puede ser sujeto.

Ahora bien, con relación a esta disposición, especial mención merece el derecho a la libertad de religión. Ello, porque las declaraciones y reservas de algunos Estados Partes evidencian que el derecho del niño a la libertad de religión está en conflicto con la tradición y, en ciertos casos, con la legislación, por lo que casi siempre son los padres los que determina la religión del niño.

Sin embargo, este derecho que incluye la libertad de tener o de adoptar la religión o creencia de su elección, así como la libertad de manifestar su religión o su creencia, individual o colectivamente, tanto en público como en privado, mediante el culto, la celebración de ritos, las prácticas y la enseñanza¹⁸⁶, es un derecho absoluto, cuyo ejercicio compete al niño. Los padres solamente pueden guiarlo, pero de una manera que se corresponda con la evolución de sus facultades y de conformidad a la

Convención en su conjunto. Ni el padre ni la madre deben imponer su “autoridad” en estas cuestiones.

No se puede invocar el artículo 14, ni los principios generales de la Convención, para apoyar la idea de que el niño debe practicar automáticamente la religión de sus padres hasta los 18 años, aun cuando otros artículos reconozcan el derecho del niño a adquirir la religión de los padres¹⁸⁷.

d. Derecho de asociación y reunión.

Artículo 15.

- 1. Los Estados Partes reconocen los derechos del niño a la libertad de asociación y a la libertad de celebrar reuniones.**
- 2. No se impondrán restricciones al ejercicio de estos derechos, distintas de las establecidas de conformidad con la ley y que sean necesarias en una sociedad democrática, en interés de la seguridad nacional o pública, el orden público, la protección de la salud y la moral pública o la protección de los derechos de los demás.**

¹⁸⁶ El contenido del derecho a la libertad de religión, se encuentra desarrollado por el artículo 18.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

Esta norma, en conjunto con los artículos 12 y 13 de la Convención, hacen del niño un participante activo de la sociedad. Particularmente, este artículo 15 añade los derechos de participación colectiva. O sea, tanto el derecho a constituir asociaciones, a unirse a ellas y dejarlas, como el derecho a tomar parte en manifestaciones y reuniones pacíficas.

En efecto, los niños y jóvenes ejercen el derecho de asociación en una innumerable cantidad de situaciones, las cuales aparentemente no influyen en el mundo del derecho. Así vemos que los grupos de amigos en los colegios, clubes, equipos de fútbol, etcétera, son el reflejo del ejercicio de dicho derecho por parte de éstos.

No obstante, el régimen de capacidad que regula dicha posibilidad es el régimen común de capacidad de los menores¹⁸⁷, lo que, en consecuencia, debilita el ejercicio de este derecho por parte de los niños. Normalmente se argumenta, que los derechos a que alude la norma en comentario, por su propia naturaleza requieren de una cierta maduración de la persona del niño¹⁸⁸. Con ello, en el fondo, se está cuestionando la capacidad jurídica del niño.

¹⁸⁷ HODGKIN, RACHEL y NEWELL, PETER, Ob. cit., p. 188.

¹⁸⁸ BENEDIT, GUILLERMO MATIAS, Derecho de Reunión y Asociación, en Convención sobre los Derechos del Niño, Ob. cit., pp. 241 y 242.

¹⁸⁹ D'ANTONIO, DANIEL HUGO, Convención sobre los Derechos del Niño, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001, p. 117.

Esto evidentemente, no se condice con el espíritu de la Convención, razón por la cual el Comité de los Derechos del Niño ha sugerido: “...Debe alentarse la participación activa de los niños. Asimismo, deben hacerse esfuerzos por crear nuevos conductos, incluida la posibilidad de afiliarse a asociaciones, a través de los cuales los niños puedan dar a conocer sus opiniones y asegura que se tomen en consideración”¹⁹⁰.

Sólo de una adecuada interpretación y aplicación de la norma, se comprenderá necesariamente el derecho a formar parte de las asociaciones y organizaciones juveniles de los partidos políticos y los sindicatos, y el derecho a promover asociaciones infantiles y juveniles formando parte de sus órganos directivos¹⁹¹.

e. Derecho a la protección de la vida privada.

Artículo 16.

- 1. Ningún niño será objeto de injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra y a su reputación.**

¹⁹⁰ HODGKIN, RACHEL y NEWELL, PETER, Ob. cit., p. 199.

¹⁹¹ MALUQUER DE MONTES I BERNET, CARLOS, Ob cit., p. 158.

2. El niño tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o ataques.

Este artículo protege su vida privada en todas las situaciones, tanto dentro de la familia, como en los hogares, las instituciones o servicios en los que puedan ser colocados. Protege a la familia y al domicilio del niño contra injerencias arbitrarias o ilegales. Asimismo, plantea cuestiones sobre el entorno físico en el que vive el niño, el carácter privado de sus relaciones y comunicaciones con otras personas, incluso el derecho a recibir asesoramiento y orientación confidenciales, el control del acceso a la información acerca del niño.

De modo que esta norma abarca una protección muy amplia, y tiene una significación, sin duda, especial en la esfera de la intimidad del niño. No obstante, en esta ocasión, sólo abordaremos uno de los aspectos de tal protección, lo relativo a las no injerencias en su correspondencia.

Todo niño tiene derecho a que no se interfiera arbitraria e ilegalmente en su correspondencia (cartas y otras formas de comunicación, entre ellas, las llamadas telefónicas) dentro de su familia o en cualquier otro lugar en que se encuentre.

Cualquier injerencia en la correspondencia del niño, como por ejemplo abrirla, leerla o limitarla, sólo puede tener lugar en virtud de la ley, que no

puede ser arbitraria y debe conformarse a los principios y disposiciones de la Convención, y debe ser, en todo caso, razonable a las circunstancias. En caso de violación de su derecho, el niño debe tener la posibilidad de presentar una denuncia y disponer de soluciones apropiadas¹⁹².

f. Derecho a la información.

Artículo 17.

Los Estados Partes reconocen la importante función que desempeñan los medios de comunicación y velarán por que el niño tenga acceso a la información y material procedentes de diversas fuentes nacionales e internacionales, en especial la información y material que tenga por finalidad promover su bienestar social, espiritual y moral y su salud física y mental.

El artículo está centrado, especialmente, en el papel de los medios de comunicación, recuerda a los Estados Partes su obligación de asegurar el acceso del niño a la información y material procedente de diversas fuentes.

¹⁹² HODGKIN, RACHEL y NEWELL, PETER, Ob. cit., p. 212.

Puesto que para que la niñez tenga voz, es preciso que tenga acceso a una información oportuna y comprensible en cada etapa de su evolución. Es decir, este derecho se manifiesta por la necesidad de que los niños reciban una información no igual, sino que adecuada a su desarrollo, la que siempre tiene que ser veraz, respetuosa, plural y en concordancia con los principios constitucionales.

Este derecho se convierte en una obligación para los responsables de la atención del niño, ya sean los padres, el tutor o guardadores o una institución pública, que han de velar para que los éstos sean educados en el ámbito de los valores de igualdad, solidaridad, respeto hacia los demás y formación en la que se contemple unas relaciones de respeto entre las personas y en que se excluya cualquier trato degradante o sexista¹⁹³.

Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha destacado el papel clave que pueden desempeñar los medios de comunicación en dar a conocer ampliamente a niños y adultos la Convención. La acción de los medios también puede ser decisiva a la hora de informar sobre las violaciones de los derechos del niño.

¹⁹³ MALUQUER DE MONTES I BERNET, CARLOS, Ob. cit., p. 157.

Por lo demás, no se debe olvidar, que la trascendencia adquirida en nuestros días por los medios de comunicación social hace que éstos se constituyan en un elemento imprescindible que complementa la tarea formativa del menor¹⁹⁴. Internet y las modernas tecnologías de información proporcionan al niño nuevas oportunidades para buscar y transmitir la información más allá de las fronteras.

¹⁹⁴ D'ANTONIO, DANIEL HUGO, Convención...Ob. cit., p. 125.

CAPITULO III. INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

De todas las cosas que caracterizan *sine qua non* los derechos humanos, la universalidad es una de las que más significativamente los caracterizan. En efecto, el concepto de derechos humanos –cualquiera que sea la posición jusfilosófica que se adopte– puede predicarse respecto de todo ser humano por el solo hecho de ser tal y en cualquier sociedad. De allí, la universalidad de la noción¹⁹⁵.

En virtud de lo dicho, los derechos humanos y –por ende, los instrumentos donde tales derechos se recogen y consagran– resultan siempre aplicables a los niños, en cuanto miembros de la raza humana.

I. INSTRUMENTOS DE DERECHOS HUMANOS GENERALES.

1. Titularidad de todos los derechos humanos.

En todos los instrumentos generales de Derechos Humanos, cualquiera que sea su alcance territorial, se observa que los derechos son establecidos, mayoritariamente, para “toda persona” o bajo la fórmula “a nadie o ninguna

¹⁹⁵ PINTO, MONICA, Sistemas de Protección Internacional de los Derechos Humanos, Revista Justicia y Derechos del Niño, N°2, UNICEF, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 24.

persona”, disposiciones que, sin duda, incluyen a niños y adultos en los derechos y protecciones que consagran¹⁹⁶.

Se puede desprender entonces, que dentro el termino “ser humano” quedan comprendidos evidentemente los niños, ya que, a esta altura nadie pone en duda que los niños son personas. Algunos dirán que ser niño es un modo especial de ser persona, pero no por ello se cuestiona que sean personas, con sentidos, capacidades y derechos propios.

Por lo tanto, la cuestión de los derechos del niño no puede ser encarada jurídicamente, ni el Derecho Interno ni el Derecho Internacional, ya sea universal o regional, como algo distinto o separado de los derechos de la persona humana, de todos los derechos de todas las personas, sin exclusiones ni discriminaciones.

Como corolario de lo anterior, también es posible sostener que los distintos instrumentos sobre derecho humanos son también aplicables a los niños, independiente de que si en ellos se contemplan normas específicas a favor de la infancia, puesto que por el hecho de ser seres humanos, simplemente les resultan aplicable el cuerpo normativo de derechos humanos en su conjunto.

¹⁹⁶ CILLERO, MIGUEL, Leyes de Menores, Sistema Penal e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos, en Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El derecho nacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos, Cuadernos de Análisis Jurídico 6, serie publicaciones especiales, Universidad Diego Portales, 1996, p. 486.

En definitiva, el niño, en cuanto ser humano, goza de todos los derechos que los individuos poseen en cuanto tales, sin perjuicio, además, de aquellos otros propios que por razón de su edad y de condición, lo tiene a él, específicamente, como sujeto y titular¹⁹⁷.

2. Titularidad de derechos o protecciones especiales.

Pero por otra parte, en los distintos instrumentos de carácter general sobre derechos humanos, encontramos especiales referencias a la protección de los derechos del niño, sin que por ello podamos olvidar que los niños son personas y, por tanto, debe aplicarse a los mismos también las disposiciones de protección a la persona de estos textos.

Más precisamente, los derechos del niño son un aspecto específico y particular de los derechos de la persona humana.

A continuación, examinemos algunas de dichas normas.

¹⁹⁷ GROS ESPIELL, HECTOR, Los Derechos del Niño en América Latina, en La Convención de los Derechos del Niño hacia el Siglo XXI, Ediciones Universidad de Salamanca, 1996, p. 113.

a. Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁹⁸.

i. Artículo 25.

La maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados y asistencia especiales. Todos los niños, nacidos de matrimonio o fuera de matrimonio, tienen derecho a igual protección social.

ii. Artículo 26.

Los padres tendrán derecho preferente a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos (...).

b. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁹⁹.

Del análisis del articulado del Pacto, es posible destacar las siguientes disposiciones específicas:

i. Artículo 6. (Prohibición de aplicar la pena de muerte).

No se impondrá la pena de muerte por delitos cometidos por personas de menos de 18 años de edad, ni se aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

¹⁹⁸ Adoptada por la Asamblea General de la ONU, en su Resolución 217 A (III), del 10 de diciembre de 1948.

ii. Artículo 10. (Integridad personal).

(...) 2. b) Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento.

iii. Artículo 14. (Consideración especial del menor procesado).

(...) 4. En el procesamiento aplicable a los menores de edad afectos penales se tendrá en cuenta esta circunstancia y la importancia de estimular la readaptación social.

iv. Artículo 23. (Protección a la familia).

(...) 4. Los Estado Partes en el presente Pacto tomarán medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y de responsabilidades de ambos esposos en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo. En caso de disolución, se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria los hijos.

v. Artículo 24. (Protección especial del niño).

1. Todo niño tiene derecho, sin discriminación alguna de raza, color, sexo, idioma, religión, origen nacional o social,

¹⁹⁹ Adoptado por la Asamblea General de la ONU, en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de

posición económica o nacimiento las medidas de protección que su condición de menor requiere, tanto por parte de la familia como de la sociedad y el Estado.

2. Todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener nombre.
3. Todo niño tiene derecho a adquirir una nacionalidad (...).

A pesar de esta reglamentación, resulta pertinente precisar que el niño goza de todos los derechos civiles. Razón por lo cual, el Comité de Derechos Humanos ha observado que los derechos previstos en el artículo 24 del Pacto, relativos a las medidas de protección que deben garantizarse al menor, “no son los únicos que el Pacto reconoce a los niños, y que estos últimos gozan, en cuanto individuos, de todos los derechos civiles enunciados en él...”²⁰⁰.

1966.

²⁰⁰ Comité de Derechos Humanos, Observación general 17, HRI/GEN/Rev.2, párrafo 2.

c. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales²⁰¹.

Igualmente, este Pacto contempla normas específicas vinculadas a los derechos de los niños y la familia. Estas disposiciones son:

i. Artículo 10. (Protección contra la explotación del niño).

Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que:

1. Se debe conceder a la familia, que es el elemento natural y fundamental de la sociedad, la más amplia protección y asistencia posibles, especialmente para su constitución y mientras sea responsable del cuidado y la educación de los hijos a su cargo (...)

(...) 3. Se deben adoptar medidas especiales de protección y asistencia a favor de todos los niños y adolescentes, sin discriminación alguna por razón de filiación o cualquier otra condición. Debe protegerse a los niños y adolescentes contra la explotación económica y social. Su empleo en trabajos nocivos para su moral y salud, o en los cuales peligre su vida o se corra el riesgo de perjudicar su desarrollo normal, será sancionado por ley.

²⁰¹ Adoptado por la Asamblea General de la ONU, en su Resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

los Estados deben establecer también límites de edad por debajo de los cuales quede prohibido y sancionado por la ley el empleo a sueldo de mano de obra infantil (...).

ii. Artículo 12. (Protección de la mortalidad infantil).

(...) 2. Entre las medidas que deberán adoptar los Estados Partes en el Pacto a fin de asegurar la plena efectividad de este derecho figurarán las necesarias para:

a) la reducción de la mortinatalidad y de la mortalidad infantil, y el sano desarrollo de los niños.

d. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²⁰².

Aunque originalmente es una mera Resolución, la Declaración ha evolucionado a lo largo de tiempo hasta obtener efectos jurídicos, siendo una fuente de obligaciones internacionales para los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos²⁰³.

²⁰² Aprobada en la Novena Conferencia Internacional Americana, Bogotá, Colombia, el 30 de abril de 1948.

²⁰³ Interpretación de la Declaración Americana en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, Opinión Consultiva OC-10/89, de 14 de julio de 1989.

i. Artículo VII: Derecho de protección de la maternidad y a la infancia.

Toda mujer en estado de gravidez o en época de lactancia, así como todo niño, tiene derecho a protección, cuidado y ayuda especiales.

ii. Artículo XXX: Deberes para con los hijos y los padres.

Toda persona tiene el deber de asistir, alimentar, educar y amparar a sus hijos menores de edad, y los hijos tienen el deber de honrar siempre a sus padres y el de asistirlos, alimentarlos y ampararlos cuando éstos lo necesiten.

e. Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”²⁰⁴.

La Convención Americana establece que los derechos en ella contemplados son propios de todo ser humano y, por ello, el pleno goce y ejercicio de los mismos está garantizado también a los niños. Se lee textualmente en su artículo 1.2: “Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”. Por su parte, en su artículo 3, se establece que: “Toda persona tiene derecho al reconocimiento de su personalidad

jurídica”. Por lo tanto, todo niño, en cuanto ser humano, es persona y posee todos los derechos reconocidos en la citada Convención.

Ahora bien, de las disposiciones contempladas en dicho instrumento, especialmente vinculadas a la protección de la infancia, se encuentran las siguientes:

i. Artículo 4. Derecho a la vida.

No se impondrá la pena de muerte a personas que, en el momento de la comisión del delito, tuvieren menos de dieciocho años de edad o más de setenta, ni se le aplicará a las mujeres en estado de gravidez.

ii. Artículo 5. Derecho a la integridad personal.

Cuando menores puedan ser procesado, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento.

iii. Artículo 17. Protección a la familia.

Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y a la adecuada equivalencia de

²⁰⁴ Firmada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.

responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en casos de disolución del mismo. En caso de disolución se adoptarán disposiciones que aseguren la protección necesaria a los hijos, sobre la base única del interés y conveniencia de ellos.

La ley debe reconocer iguales derechos tanto a los hijos nacidos fuera de matrimonio como a los nacidos dentro del mismo.

iv. Artículo 18. Derecho al Nombre.

Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos. La Ley reglamentará la forma de asegurarse derecho para todos, mediante nombres supuesto si fuere necesario

v. Artículo 19. Derechos del Niño.

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menores requieren por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

Esta disposición de la Convención Americana encara directa y específicamente la cuestión de la protección de los derechos del niño.

Obliga a los Estados a desarrollar la normativa para garantizar las medidas de protección que los niños requieran en su condición de tales, de manera que cualquier desarrollo normativo que los Estados elaboren en torno a las medidas de protección para la niñez debe reconocer que los niños son sujetos de derechos propios, que deben realizarse dentro del concepto de protección integral²⁰⁵.

f. Protocolo de San Salvador²⁰⁶.

Estos instrumentos corresponden al Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

i. Artículo 13: Derecho a la educación.

Conforme con la legislación interna de los Estados Partes, los padres tendrán derecho a escoger el tipo de educación que habrá de darse a sus hijos, siempre que ella se adecue a los principios enunciados precedentemente.

²⁰⁵ A propósito de este artículo, resulta pertinente comentar que la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención Americana, se integran y complementan recíprocamente. Esta integración y complementación constituye –y debe constituir– un ejemplo de la armónica coordinación y armonización del universalismo y del regionalismo en materia de defensa y protección de los derechos humanos.

²⁰⁶ Adoptado en San Salvador, El Salvador, el 17 de noviembre de 1998, en el 18° periodo ordinario de sesiones de la Asamblea General de la OEA.

ii. Artículo 15: Derecho a la constitución y protección de la familia.

Los Estados Partes mediante el presente Protocolo se comprometen a brindar adecuada protección al grupo familiar y en especial a: (...)

b) Garantizar a los niños una adecuada alimentación, tanto en la época de lactancia como durante la edad escolar;

c) Adoptar medidas especiales de protección de los adolescentes a fin de garantizar la plena maduración de sus capacidades física, intelectual y moral;

d) Ejecutar programas especiales de formación familiar a fin de contribuir a la creación de un ambiente estable y positivo en el cual los niños perciban y desarrollen los valores de comprensión, solidaridad, respeto y responsabilidad.

iii. Artículo 16: Derechos a la niñez.

Todo niño, sea cual fuere su filiación tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado. Todo niño tiene el derecho a crecer al amparo y bajo la responsabilidad de sus padres; salvo circunstancias excepcionales, reconocidas judicialmente, el niño de corta edad no debe ser separado de su madre. Todo niño tiene

derecho a la educación gratuita y obligatoria, al menos en su fase elemental, y a continuar su formación en niveles más elevados del sistema educativo (...).

II. INSTRUMENTOS DE LA DOCTRINA DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL.

Para algunos, no se justifica que derechos humanos y derechos del niño, se hayan desarrollado separadamente, y para reforzar esta posición alegan que ello sólo constituye una innecesaria pérdida de recursos y de esfuerzos. En otras palabras, esgrimen que los derechos del niño ya están implícitos en el marco de los derechos humanos generales.

Sin embargo, aunque es claro que derechos humanos y derechos del niño son, en el fondo, la misma cosa, se han levantado tres argumentos en defensa²⁰⁷ de esta duplicidad: En primer lugar, porque las normas específicas permiten desarrollar el contenido de ciertas reglas generales más profundamente. En segundo lugar, porque la existencia de normas específicas permite llamar la atención sobre ciertas situaciones de violación masiva de derechos humanos. En tercer lugar, porque las normas específicas pueden contribuir más ágilmente al desarrollo de elementos que comprendan innovación.

²⁰⁷ PICASO, SONIA, Los Derechos de los Niños son Derechos Humanos, en La Convención de los Derechos del Niño hacia el Siglo XXI, Ediciones Universidad de Salamanca, Salamanca, 1996, p. 71.

En definitiva, la relación derechos humanos y derechos del niño se puede explicar recurriendo a la categoría género-especie. Así, los derechos del niño no son otra cosa que los derechos humanos de los niños.

1. Instrumentos de protección integral de la infancia.

Tal como se dijo en su momento, la doctrina de la protección integral no descansa únicamente en la Convención sobre los Derechos del Niño, sino que encuentra su soporte en varios instrumentos jurídicos emanados de las Naciones Unidas.

Dichos instrumentos de protección son:

a. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como “Reglas de Beijing”.

Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 40/33, de 29 de noviembre de 1985.

b. Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados del Libertad.

Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/113, de fecha 14 de diciembre de 1990.

c. Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como “Directrices de Riadh”.

Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990.

d. Convención sobre los Derechos del Niño.

Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su Resolución 44/25, de 20 de noviembre de 1990.

En todo caso, de todos estos instrumentos, la Convención es reconocidamente la más importante, como expresión de un consenso universal sobre las relaciones del niño con la familia, la sociedad y el Estado. Siendo, además, la única que tiene fuerza jurídica obligatoria.

Sin embargo, no por ello puede despreciarse el valor normativo de las reglas y directrices, ya que estas complementan las disposiciones de la Convención y proporcionan orientación para la aplicación de los derechos reconocidos en ella, a parte de confirmar que no podía haber conflicto alguno entre derechos humanos y justicia de menores.

En tal sentido, el Comité sobre los Derechos del Niño ha declarado que tanto en la Convención, como en las reglas y directrices se prevé la adopción de un sistema orientado a la infancia que reconoce al niño como sujeto de derechos y

libertades fundamentales y recalca la necesidad de que en todas las medidas relativas a los niños la consideración primordial sea el interés superior del niño²⁰⁸.

2. Protección otorgada por estos instrumentos, básicamente en materia de justicia de menores.

Sin desconocer que cada uno de los instrumentos de protección amerita un estudio particular y pormenorizado, en esta ocasión, y nada más que por una necesidad de delimitar los temas ha tratar, es que los abordaremos de manera conjunta, poniendo especial énfasis en la incidencia e importancia de sus normas en la regulación de una nueva justicia de menores.

En efecto, las reglas y directrices de las Naciones Unidas sobre justicia de menores –Reglas de Beijing, Reglas de las Naciones Unidas para la protección de menores privados de libertad y Directrices de Riad– proporcionan normas detalladas y pertinentes para la aplicación de los artículos 37 y 40 de la Convención, que establecen los lineamientos para la construcción de un sistema de justicia de menores.

La implementación de este nuevo sistema de justicia, evidentemente, significa un salto cualitativo en el abordaje de esta problemática, puesto que

²⁰⁸ Informe sobre el noveno periodo de sesiones, mayo/junio de 1995, CRC/C/43, Anexo VIII.

anteriormente la concepción paternalista imperante por muchas décadas, llevó a que los sistemas procesales implementados en los países se inspirasen en otros principios que los contenidos en las garantías del debido proceso²⁰⁹.

Esta nueva regulación implica reconocer que los niños y adolescentes acusados de infringir la ley, tienen derecho a todas las protecciones que se ofrecen a los adultos, pero además, exige que los procedimientos y las disposiciones jurídicas se adapten a la edad y a las necesidades en materia de desarrollo del niño. En general, no prohíben el encarcelamiento, pero solicitan que esta medida se utilice sólo en última instancia, que las condiciones de encarcelamiento sean humanas y que la reintegración social en la comunidad sea una prioridad²¹⁰.

A continuación, comentaremos algunas de las garantías específicas consagradas por los instrumentos de protección integral.

a. Protección contra la tortura y malos tratos.

Existe una incompatibilidad absoluta entre los castigos corporales, los malos tratos, las conductas degradantes o cualquier otra forma de

²⁰⁹ GONZALEZ DEL SOLAR, JOSE, *Delincuencia y Derechos de Menores*, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995, p. 223.

²¹⁰ BARLETT, SHERIDAN, Y OTROS, *Ob. cit.*, 2001, p.237.

violencia y lo dispuesto tanto en la Convención como en las reglas y directrices²¹¹.

Así lo ha reconocido el propio Comité sobre los Derechos del Niño²¹². Expresamente, en relación con tales violaciones, el Comité ha recomendado a los Estados Partes que se investiguen sistemáticamente todas las acusaciones de tortura, y que las personas acusadas de haber cometido tales actos comparezcan ante la justicia para ser juzgadas, y castigadas si se determina su culpa.

Asimismo, en su informe de debate general sobre la “Administración de la Justicia de Menores”, el Comité sugirió que se considere seriamente la posibilidad de crear mecanismos independientes para garantizar visitas periódicas a las instituciones y una vigilancia efectiva de ellas, sobre todo en lo relativo a las quejas que pudieran presentarse²¹³.

Ahora bien, dentro de los instrumentos de protección integral, podemos encontrar distintas disposiciones que consagran esta garantía. Ellas son:

- i. Concretamente, el artículo 37 a) de la Convención establece que los Estados Partes velarán porque: “Ningún niño sea sometido a

²¹¹ En igual sentido, esta garantía se encuentra reconocida para toda persona en la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 5) y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 7).

²¹² Informe sobre el séptimo periodo de sesiones, septiembre/octubre de 1994, CRC/C/34, Anexo IV.

torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes”.

- ii. Las Reglas de Beijing, en su regla 17.3 (Principios rectores de la sentencia y la resolución) establece que “Los menores no serán sancionados con penas corporales”.
- iii. En las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, la regla 67 establece que “estarán estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales...”.
- iv. Por su parte, en las Directrices de Riad, el párrafo 21 h) establece que los sistemas educativos deben dedicar una atención particular a “evitar las medidas disciplinarias severas, en particular los castigos corporales”, el párrafo 54 afirma “Ningún niño o joven deberá ser objeto de medidas de corrección o castigos severos o degradantes en el hogar, en la escuela ni en ninguna otra institución”

²¹³ Día de Debate General del Comité de los Derechos del Niño “La Administración de Justicia de Menores”, 9 de octubre de 1995.

b. Protección contra la privación de libertad ilegal o arbitraria.

Por desgracia, es posible constatar que actualmente existen diferentes formas de restringir la libertad del niño tanto en el sistema penal, como también en los sistemas de protección social y de salud. Lo dicho nos lleva a comprender, entonces, que las disposiciones contra las privaciones de libertad ilegales o arbitrarias se aplican a todas las formas de restricción de libertad.

Dichas restricciones, son a todas luces ilegales o arbitrarias²¹⁴. Al respecto, el Comité de los Derechos del Niño ha dicho en forma expresa, que es inaceptable la privación de libertad en el caso de los niños que necesitan protección porque se encuentran en situación de abandono o maltrato. Esos niños no han cometido ningún delito contra la ley. Si los niños que necesitan protección son colocados en una posición en que se les priva de su libertad, de hecho, están siendo privados de protección legal²¹⁵.

Por otra parte, también es importante tener presente lo señalado por el Comité, en orden a que, la privación de libertad debe siempre considerarse como último recurso y por el período más breve posible.

²¹⁴ En relación a esta garantía, ver artículo 9.1 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Las disposiciones que contemplan esta garantía son:

- i. Las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad nos proporcionan una amplia definición de privación de libertad. Expresamente, la regla 11 b) establece “Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se le permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.
- ii. Asimismo, de conformidad con el artículo 37 b) de la Convención, ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente, sea o no en el marco de la justicia de menores, y dicha privación de libertad deberá estar autorizada por la legislación.
- iii. En las Reglas de Beijing, la regla 17. (Principios rectores de la sentencia y la resolución) establece que: b) Las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo de lo posible.

²¹⁵ Vid, discusión planteada en el Comité de los Derechos del Niño, a propósito de la revisión del informe inicial de Chile, Chile AR. 148, párr. 34, 35 y 38.

c. Restricción a la detención y prisión preventiva.

Toda persona detenida o presa a causa de una infracción penal debe ser llevada sin demora ante un juez u otro funcionario²¹⁶. De esta regla no deben –o no debieran– quedar excluidos los niños.

Pero más exactamente, el Comité de los Derechos del Niño insiste en que se requiere que la detención o prisión preventiva sea una medida de último instancia y por el periodo más breve que proceda la reclusión en instituciones y la detención deben evitarse en la medida de lo posible y debe idearse y aplicarse otras opciones alternativas a esas prácticas.

En realidad se desapruueba la prisión preventiva en el caso de menores, y se cuestiona el hecho de que no existan normas en el derecho interno que fijen una edad mínima para la prisión preventiva, pudiendo los menores de entre 12 y 18 años ser encarcelados por los tribunales.

De entre las disposiciones que garantizan esta regla, encontramos:

- i. De acuerdo a lo dispuesto en la Convención “La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda.

- ii. Las Reglas de Beijing establecen que cada vez que un menor sea detenido, el juez, funcionario u organismo competente examinará sin demora la posibilidad de poner en libertad al menor (regla 10.2) y que sólo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible. Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la custodia permanente, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o una institución educativa (regla 13).

- iii. En idéntico sentido, las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad declaran “...En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse las circunstancias excepcionales a la detención antes del juicio. Cuando a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir la máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible...” (regla 17).

²¹⁶ Artículo 9.4 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

d. En los casos de privación de libertad deber operar la separación entre niños y adultos.

Conforme a esta garantía²¹⁷, cualquiera sea la razón por lo cual los niños se encuentren privado de libertad, deben estar separados de los adultos.

Por esta razón, el Comité de los Derechos del niño ha sugerido a los Estados Partes que con respecto a los niños en conflicto con la ley, se presten más consideración a asegurar que los niños detenidos estén separados de los adultos, teniendo en cuenta los mejores intereses del niño y las alternativas par su cuidado institucional.

Disposiciones que contemplan esta garantía son:

- i. En la Convención se establece. “En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior de niño”.
- ii. Por su parte, en la regla 17 de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad disponen “...Los menores detenidos en espera de juicio deberán estar separados de los declarados culpables”.

²¹⁷ Artículo 10.2 b) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

e. Derecho a la asistencia jurídica y otra asistencia.

Una de las garantías básicas envuelta en un proceso, cualquiera sea su naturaleza, es el derecho a la defensa. De allí la enorme relevancia que se consagre expresamente en los instrumentos jurídico el derecho a la debida asistencia jurídica, a favor de los niños.

- i. Así la Convención en su artículo 37 d), establece que “todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto accesos a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada. En igual sentido, en su artículo 40 dispone que el niño “será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa”.
- ii. Por su parte, las Reglas de Beijing insisten en el derecho a la asistencia jurídica, la regla 15.1 señala que “El menor tendrá derecho a hacerse representar por un asesor jurídico durante todo el proceso o a solicitar asistencia jurídica gratuita cuando esté prevista la prestación de dicha ayuda en el país”.

f. Consideración del principio del interés superior.

No duda alguna, que el principio del interés superior del niño se reafirma, igualmente, en el contexto de la administración de la justicia de menores.

- i. Tratándose de la Convención, ello se denota en su artículo 40, cuando se recalca que el niño debe ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y libertades fundamentales y en las que se tenga en cuenta la edad del niño y sus necesidades especiales.
- ii. Asimismo, las Reglas de Beijing piden a los Estados que procuren “promover el bienestar del menor y de su familia” (regla 1.1); estipulan que “El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos...” (regla 5.1). Además, establecen que el procedimiento “favorecerá los intereses del menor” (regla 14.2) y que “En el examen de los casos se considerará primordial el bienestar del menor (regla 17.1 d)).

g. Derecho a participar en los procesos.

Los niños deben poder participar en la planificación y la aplicación del sistema de justicia de menores y tener el derecho a ser escuchados y

que se tomen en cuenta sus opiniones para todos los aspectos del sistema y para todos los procedimientos.

- i. El artículo 40 de la Convención dispone que el niño será informado sin demora y directamente de los cargos que pesan contra él, dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada y tendrá derecho a participar plenamente en los procedimientos (con la asistencia de un intérprete si es necesario).
- ii. En las Reglas de Beijing se exige que los procedimientos se desarrollen en un “ambiente de comprensión, que permitan que el menor participe en él y se exprese libremente” (regla 14.2).
- iii. Por su parte, las Directrices de Riad destacan la importancia de la participación en la prevención de la delincuencia como en la planificación y la aplicación de programas. Así en su párrafo 3 establecen “A los efectos de la interpretación de las presentes Directrices, se debe centrar la atención en el niño. Los jóvenes deben desempeñar una función activa y participativa en la sociedad y no deben ser considerados menores objetos de socialización social”. Asimismo, como parte de los planes generales de prevención, proponen que en cada nivel de gubernamental haya “Participación de los jóvenes en las políticas y en los procesos de prevención de la delincuencia juvenil, incluida

la utilización de los recursos comunitarios, y la aplicación de programas de autoayuda juvenil y de indemnización y asistencia a las víctimas” (párrafo 9 h)).

h. Derecho a que se respete su vida privada dentro del proceso.

Esta garantía destaca la importancia de la protección del derecho de los menores a la intimidad.

Particularmente, en el ámbito de la justicia de menores, es interesante destacar que los estudios criminológicos sobre los procesos de difamación han suministrado pruebas sobre los efectos perjudiciales (de diversos tipos) que dimanar de la individualización permanente de los jóvenes como “delincuentes” o “criminales”²¹⁸.

De allí que el Comité sobre los Derechos del Niño haya afirmado que: “la vida privada del niño debe respetarse plenamente en todas las fases del procedimiento, en particular, en relación con su expediente penal y la posible notificación en los medios de difusión”²¹⁹.

²¹⁸ HODGKIN, RACHEL y NEWELL, PETER, Ob. cit., pp. 573 y 574.

²¹⁹ Informe sobre el décimo período de sesiones, octubre/noviembre de 1995, CRC/C/46, párr. 227.

- i. En tal sentido, la Convención en su artículo 40 dispone que, se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.
- ii. Las Reglas de Beijing desarrollan la disposición anterior, al prescribir que “Para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad. En principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente” (regla 81 y 8.2).

III. LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.

El perfeccionamiento gradual de los instrumentos de protección de los derechos del niño, se inscribe dentro de la corriente más universal del progreso en la garantía y protección de los derechos humanos, lo que se expresa a través de la adopción de instrumentos jurídicos con mayor poder vinculante y el afianzamiento del principio de no discriminación. En efecto, este es el contexto en el cual se enmarca la Convención sobre los Derechos del Niño.

Sin embargo, cabe hacer presente que la adopción de este instrumento no fue del todo pacífica, de hecho, nada más recuérdese que cuando se iniciaron los trabajos de preparación de la Convención, los críticos consideraban que un tratado independiente sembraría dudas sobre la situación de los niños como

seres humanos, al sugerir que no cumplen con los requisitos necesarios para recibir la protección que ofrecen habitualmente a todas las personas los instrumentos de derechos vigentes²²⁰.

Pero a pesar de estos cuestionamientos, la Convención sobre los Derechos del Niño se sobrepone y sigue la línea de los instrumentos tendientes a lograr la afirmación de derechos de aquellas categorías de personas que por diversas circunstancias afrontan situaciones de vulnerabilidad o riesgo. En este sentido, la Convención busca no sólo la protección del niño contra la violación de los derechos humanos, sino también crearle condiciones favorables que le permitan una participación activa y creadora en la vida social.

1. Los precedentes normativos de la Convención.

La Convención no emergió desprovista de precedentes, sino que constituye la culminación del largo camino emprendido muchas décadas atrás por la comunidad internacional, tendiente a garantizar el reconocimiento de las necesidades específicas y la vulnerabilidad de los niños como seres humanos.

Dentro de esta evolución normativa, encontramos los siguientes instrumentos.

²²⁰ BARLETT, SHERIDAN, Y OTROS, Ob. cit., p.10.

a. Declaración de Ginebra, de 1924.

La preocupación por los niños, se suscita en la comunidad internacional con la creación de la Sociedad de las Naciones, es decir, finalizada la Primera Guerra Mundial.

En efecto, la Sociedad de las Naciones Unidas adopta en su V Asamblea este primer texto formal sobre derechos de los niños. Y aunque dicho texto se produce con un fin únicamente humanitario, y que en lugar de enumerar derechos se limita a señalar pautas de actuación de la sociedad respecto del niño, sirvió de base para posteriores Declaraciones.²²¹.

De ella pueden extraerse como beneficios dos ideas²²²:

- i. La catalogación del niño como una especial minoría dentro de la sociedad.
- ii. La correlativa necesidad de un instrumento internacional protectorio específico de los derechos del niño.

²²¹ ALVAREZ VELEZ, MARIA ISABEL, La Protección de los Derechos del Niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español, Facultad de Derecho-Icade, Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1994, p. 23.

²²² FELDMAN, GUSTAVO, Los Derechos del Niño. Ed. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998, pp. 29 y 30.

Sin embargo, el texto carece de los derechos que desde 1789 (Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano) se vienen reconociendo como clásicos. De tal suerte que la Declaración, no es más que una serie de deberes básicos que asume la Humanidad y que emanan de un intento claro de evitar que los niños sufrieran aun más resultado de la guerra. Se intentaba garantizar, con ello, que todos los niños recibieran una educación en un ambiente de hermandad y de solidaridad²²³.

b. Declaración Universal de los Derechos del Niño, de 1959.

Es un referente histórico e insoslayable de los derechos del niño. Constituye el segundo punto de influencia importante en lo que se refiere a la politización de sus derechos.

Al mismo tiempo, es el primer instrumento que contiene orgánica y metódicamente una serie de postulados y pautas caracterizantes de los derechos del niño, a la postre receptadas y reconocidas universalmente²²⁴.

Pero lo relevante es que la Declaración añade algo a la Universal de los Derechos Humanos; ambas tiene como fin mejorar las condiciones en

²²³ ALVAREZ VELEZ, MARIA ISABEL, Ob. cit., p. 24.

que se desarrolla la vida del ser humano, pero mientras la primera se dedica al individuo en su integridad, la segunda se concentra durante una etapa de la vida de todo individuo: la niñez²²⁵.

Y a diferencia del texto anterior, la Declaración de 1959, no está ya dirigida a la "Humanidad", sino a todos aquellos con responsabilidad tanto social como política, para que apliquen de forma directa sus principios, y en definitiva, para que éstos se traduzcan en medidas legislativas que tiendan a la protección de los niños²²⁶.

Esta Declaración que consta de diez principios, se puede dividir para su estudio en dos partes. Un primer grupo, que corresponde a los siete primeros principios, donde se recogen los derechos esenciales, y el resto, donde se establecen las medidas de protección al niño. Sin embargo, no constituye ninguna obligación para aquellos países que la firmaron.

Conforme a dichos principios se consagra, básicamente:

²²⁴ FELDMAN, GUSTAVO, Ob. cit., p. 30.

²²⁵ ALVAREZ VELEZ, MARIA ISABEL, Ob. cit., p. 51.

²²⁶ Ibidem, p. 53.

- i.** El reconocimiento de derechos al niño sin distinción alguna o “discriminación por motivos de raza, color, posesión económica, nacimiento u otra condición, ya sea del propio niño o de la familia
- ii.** La protección especial.
- iii.** El derecho al nombre y a la nacionalidad.
- iv.** La seguridad social del niño.
- v.** El tratamiento, educación, cuidado especial para el niño impedido física o mentalmente.
- vi.** La responsabilidad primigenia y natural de los padres del niño en lo que respecta a su desarrollo y felicidad.
- vii.** La educación, que deberá ser gratuita y obligatoria, por lo menos la elemental.
- viii.** La prioridad para el niño en lo que respecta a la ayuda y socorro.
- ix.** El abandono de la crueldad, la explotación y la trata de niños.
- x.** La protección del niño ante las prácticas de discriminación racial y religiosa.

La Declaración incentivó una nueva fase en el desarrollo normativo, orientado a conseguir la formulación de un convenio o pacto internacional imperativo para los Estados que lo firmaran y ratificaran.

2. Proceso de aprobación de la Convención.

La iniciativa de elaborar una Convención sobre los Derechos del Niño fue presentada a la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas en 1978, por Polonia, país que pretendió que la aprobación de la Convención coincidiera con la celebración del Año Internacional del Niño, en 1979. A su juicio, esta Convención serviría como instrumento jurídico urgente, en defensa de los problemas de la infancia.

Sin embargo, la intención de Polonia subestimó seriamente la magnitud y complejidad de la tarea, que con dificultades pudo recién ser completada en tiempo, para el décimo aniversario del Año Internacional del Niño, en 1989²²⁷.

Si bien el proceso de elaboración de la Convención parecía a veces interminable, al final de cuentas los diez años de reflexión, consultas, debates y negociaciones no transcurrieron en vano²²⁸. En noviembre de 1989, al cumplirse, entonces, diez años de trabajos preparatorios, la Asamblea General

²²⁷ O'DONNELL, DANIEL, La Convención sobre los Derechos del Niño: Estructura y Contenido, en www.iin.oea.org.

²²⁸ Idem.

de las Naciones Unidas aprobó por unanimidad la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

La Convención, entró en vigor el 2 de septiembre de 1990, un mes después de haber sido ratificada por el vigésimo Estado, y en esa fecha adquirió el carácter de ley internacional para esos primeros veinte Estados. Por lo que respecta a los demás Estados, la Convención entra en vigor treinta días después de que la ratifiquen o se adhieran a ella.

A la fecha, todos los países del planeta, con dos excepciones -Estados Unidos y Somalia-²²⁹ han ratificado esta Convención. La región de América Latina y el Caribe ha sido pionera en el proceso mundial de ratificaciones de este tratado internacional, omnicompresivo de los derechos humanos de todos aquellos que aún no han alcanzado los dieciocho años. Más aún, todos los países de América Latina y el Caribe no sólo han ratificado la Convención, sino que además la han transformado en ley nacional mediante un trámite de aprobación parlamentaria.

La ratificación casi universal de la Convención refleja un compromiso mundial para con los principios de los derechos de la infancia, y al ratificar la Convención, los Estados declaran su intención de poner en práctica este compromiso. La tarea, sin embargo, debe involucrar no sólo a los gobiernos

²²⁹ Hasta la fecha, la Convención ha sido ratificada por 191 países. Solamente Estados Unidos y Somalia no la han ratificado. Sin embargo, con ocasión de la "Sesión Especial en favor de la Infancia", de la

sino a todos los miembros de la sociedad. Las normas y los principios establecidos en la Convención solamente pueden hacerse realidad cuando todo el mundo los respete, en el marco de la familia, en las escuelas y otras instituciones que proporcionan servicios a los niños, en las comunidades y en todos los escalafones de la administración.

En lo tocante al caso particular de nuestro país, Chile firmó y suscribió la Convención el 26 de enero de 1990. El 10 de julio de ese año fue aprobada unánimemente por ambas ramas del Congreso y ratificada ante las Naciones Unidas el 13 de agosto del mismo año. Fue promulgada como ley de la República mediante Decreto Supremo N°830 del Ministerio de Relaciones Exteriores, publicado en el Diario Oficial el 27 de septiembre de 1990, y entro en vigencia a partir de esa misma fecha.

3. Principales aportes de la Convención.

Es indispensable resaltar que como instrumento jurídico internacional, la Convención aporta importantes novedades²³⁰:

- a.** Perfila, por primera vez, una definición legal universalmente reconocida de los diferentes derechos fundamentales de los niños.

Asamblea General de las Naciones Unidas, realizada en Nueva York, los días 8 a 10 de mayo de 2002, Somalia dio un paso adelante, comprimiéndose a la ratificación de la Convención.

²³⁰ LLAQUET BALDELLON, PURIFICACIÓN, Políticas de Infancia en los albores del Siglo XXI, en La Protección de los Menores. Derechos y recursos para su atención, Ed. Civitas, Madrid, 2001, pp. 25 y 26.

Ello implica, además, reafirmar la aplicación a los niños de determinados derechos ya reconocidos a los seres humanos en general en otros tratados.

- b.** Contiene las dos generaciones de derechos humanos (la de los derechos civiles y políticos y la de los derechos económicos, sociales y culturales) y no las separa, sino que fuerza a combinarlas, es decir, que ninguno de estos derechos puede ser invocado y respetado por separado.

En otras palabras, todos los derechos enunciados en la Convención, son indivisibles y están relacionados entre sí, y su objetivo principal es la personalidad integral del niño.

- c.** Marca el inicio de una nueva filosofía en relación con el niño: no ofrece únicamente el catálogo de derechos tradicionales de protección, sino también reconoce derechos nuevos de participación y opinión.

No sólo se trata de proteger al niño en situación de víctima sino que reconoce derechos positivos que pueden disfrutar todos los niños y niñas.

- d.** Refleja una nueva perspectiva en torno a la infancia. Bajo este enfoque la consideración jurídica de los niños es como auténticos sujetos de derechos.

- e. Incluye principios y normas que hasta entonces sólo se recogían en textos no vinculantes²³¹. Este es el caso, por ejemplo, del principio del interés superior del niño, que se encuentra recogido en la Declaración de los Derechos del Niño, de 1959.

4. Estructura de la Convención.

En su estructura la Convención sobre los Derechos del Niño consta de un Preámbulo y tres partes.

a. Preámbulo.

A través este se declara que para lograr la libertad, la justicia y la paz en el mundo, es necesario reconocer la dignidad intrínseca y la igualdad de derechos de todos los miembros de la familia humana. En virtud de este reconocimiento, se decide promover el progreso social y elevar su nivel de vida.

Asimismo, se evoca a continuación la Declaración de los Derechos Humanos de 1948 y los Pactos Internacionales de 1966, subrayando que en todos ellos se contiene la explícita proclamación de que la infancia tiene derecho a cuidados y asistencias especiales por ser la familia elemento básico de la sociedad. Se reconoce seguidamente, que

²³¹ CANTWELL, NIGEL, Ob. cit., p.

el niño tiene derecho al pleno y armonioso desarrollo de su personalidad y debe ser educado sobre los ideales proclamados en la Carta Fundacional de las Naciones Unidas, en particular, en un espíritu de paz, dignidad, tolerancia, libertad, igualdad y solidaridad.

b. Parte I “Catálogo de derechos”.

Consta de 41 artículos con sus respectivos incisos, en los que se contempla un verdadero catálogo de garantías y derechos.

Se describen todos los derechos que corresponden a los niños, las obligaciones que tendrán para con ello las instituciones, servicios y establecimientos, y especialmente el compromiso que asumen los Estados Partes para asegurar la aplicación de la Convención y velar por el efectivo cumplimiento de la protección integral del niño.

c. Parte II “Mecanismo de vigilancia”.

De los artículos 42 a 45, surge que los Estados se comprometen a dar a conocer esta Convención tanto a los adultos como a niños, y se organiza el control de las obligaciones contraídas a través del Comité de los Derechos del Niño.

En efecto, los Estados Partes se han comprometido a presentar informes periódicos ante el Comité de los Derechos del Niño. Los informes deben

contener información sobre las circunstancias y dificultades que afectan el grado de cumplimiento de los derechos del Convención. La información debe ser suficiente para que el Comité pueda tener una visión comprensiva de la aplicación de la Convención en cada país.

d. Parte III “Procedimiento para la vigencia”.

Contiene disposiciones generales sobre la entrada en vigor de la convención, el procedimiento que deberán efectuar los Estados para la ratificación o adhesión, las enmiendas, la denuncia de la Convención y cuestiones afines, usuales en todo tratado.

5. Principios fundamentales que estructuran la Convención.

Por regla general, los textos jurídicos tienen una cierta coherencia y una necesaria lógica, cuyo punto de partida son sus principios o ideas inspiradoras relevantes, que explican cada una de sus partes, y permiten la armonía y vinculación del conjunto normativo²³². No es la Convención en cuanto instrumento jurídico la excepción.

²³² SCHMIDT, CLAUDIA Y VELOSO, PAULINA, La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia, Ed. Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, 2001, p. 9.

a. Principio del Interés Superior del Niño.

En el análisis de los diferentes sistemas jurídicos relativos a la infancia a través de la historia, puede distinguirse, entre un antes y un después de la Convención sobre los Derechos del Niño, de la cual emana el principio del interés superior del niño²³³.

En todo caso, es correcto precisar que la inclusión de este principio es anterior a la ratificación de la Convención, puesto que la Declaración de los Derechos del Niño de 1959²³⁴ ya lo definía en sus principios. Sin embargo, lo que ocurre es que la Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas²³⁵.

Dada su relevancia, resulta lejos el concepto más estudiado de la Convención. Pero a pesar de ello, no resulta fácil encontrar una definición de él, o una completa delimitación de su contenido, de hecho

²³³ LÓPEZ RIVERA, GISSELLA, Nuevo Estatuto de Filiación y los Derechos Fundamentales, Ed. Jurídica ConoSur Ltda., Santiago, 2001, p. 99.

²³⁴ Principio 2: El niño gozará de una protección especial y dispondrá de oportunidades y servicios, dispensado todo ello por la ley y otros medios, para que pueda desarrollarse física, mental, moral, espiritual y socialmente en forma saludable y normal, así como en condiciones de libertad y dignidad. Al promulgar leyes con este fin, la consideración fundamental a que se atenderá será el interés superior del niño".

²³⁵ CILLERO, MIGUEL, El Interés...Ob. cit., p. 70.

no se han formulado criterios concretos y universales, ni siquiera por parte del Comité de los Derechos del Niño. No obstante, a su respecto se ha dicho que es “el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona del menor de edad y, en general, de sus derechos, que buscan su mayor bienestar”²³⁶, pero sin duda lo más acertado, es lo sostenido por el profesor Miguel Cillero, en orden a que el interés superior del niño, no es ni más ni menos que la satisfacción de sus derechos.

Sobre la base de dicho sentido, debe aplicarse e interpretarse para evitar que este concepto se convierta en una noción mágica, evanescente, que pueda dar lugar a la arbitrariedad y al abuso del derecho²³⁷.

El principio del interés superior, se refleja en varios preceptos de la Convención, pero es claro que encuentra su formulación más amplia e importante en el artículo 3.1.

Artículo 3.

- 1. En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los**

²³⁶ BAEZA CONCHA, GLORIA, Ob. cit., p. 356.

²³⁷ RUBELLIN-DEVICHI, JACQUELINE, Le principe de l' intérêt de l' enfant dans la Loi et la Jurisprudence Française, en la Convención sobre los Derechos del Niño hacia el Siglo XXI, Ediciones Universidad de Salamanca, 1996, p. 317.

tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.

De manera que este artículo resulta de trascendental importancia en la materia, puesto que se establece nada más y nada menos que uno de los principios rectores de la Convención. Toda la óptica del interés superior del menor, está conectado a la concepción del menor como sujeto de derecho, como persona digna de respeto y consideración.

La disposición es un reflejo del carácter integral de la doctrina de los derechos del niño y, a su vez, de su estrecha relación con la doctrina de los derechos humanos en general. Como los niños son parte de la humanidad, y sus derechos no se ejercen separada o contrariamente al de las otras personas, el principio no está formulado en términos absolutos, sino que el interés superior del niño es considerado como una «consideración primordial». El principio es de prioridad y no de exclusión de otros derechos o intereses²³⁸.

Se introduce con este principio, un cambio radical: desde un menor objeto de derecho, concepción propia de un derecho decimonónico, se

²³⁸ CILLERO, MIGUEL Y MADARIAGA, HUGO, Ob. cit., p. 25.

transita a uno que es sujeto del mismo. Ello significa concebir el tema bajo un prisma rotundamente distinto²³⁹.

La atención primordial al “interés superior del niño” a que alude el artículo 3° de la Convención, apunta a dos finalidades básicas: constituirse en pauta de decisión ante un conflicto de intereses y en criterio para la intervención institucional destinada a proteger al niño. La consideración prevalente del interés superior no es sólo una norma que sirva para dirimir conflictos de derechos, sino que es un principio jurídico que irradia políticas públicas en materia en que el niño resulte involucrado. Jamás un principio que dota de “discrecionalidad” a las autoridades para decidir qué es mejor para la infancia independientemente del marco de derechos.

En el caso específico de nuestro país, el reconocimiento de este principio como rector de la Política Nacional a favor de la Infancia y la Adolescencia, tiene aplicaciones prácticas que deberán recogerse, prioritariamente en las reformas legislativas que deberán hacerse para adecuar nuestro marco jurídico normativo a los contenidos de la Convención sobre los Derechos del Niño y también el diseño,

²³⁹ SCHMIDT, CLAUDIA Y VELOSO, PAULINA, Ob. cit., p. 47.

implementación y evaluación de los programas, proyectos, servicios y beneficios dirigidos a los niños, niñas y adolescentes²⁴⁰.

En consecuencia, el mandato contenido en el artículo tercero de la Convención, no sólo va dirigido a resolver problemas privados en el ámbito judicial o administrativo, sino que la protección del "interés superior del niño" se erige en responsabilidad primordial del Estado a la hora de diseñar las leyes tendientes a la protección de la infancia²⁴¹. El Estado adquiere una obligación insoslayable con el bienestar de la infancia que tiene el deber de atender, con medidas adecuadas, eficaces y oportunas de política social²⁴².

Sintetizando, la formulación del principio en el artículo tercero de la Convención permite desprender las siguientes características: es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de gran amplitud ya que no sólo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y los padres; también es una norma de interpretación o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia,

²⁴⁰ POLÍTICA NACIONAL Y PLAN DE ACCIÓN INTEGRADO A FAVOR DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA 2001-2010, Ob. cit. p. 34.

²⁴¹ GROSAN, CECILIA, El Interés Superior del Niño, en Los Derechos del Niño en la Familia, Ed. Universidad, Buenos Aires, 1998, p. 43.

permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin duda, al perfeccionamiento de la vida democrática²⁴³.

Por último, conviene destacar que el principio está presente también en otros artículos de la Convención, en los que se establece la obligación de tener en cuenta el interés superior del niño en situaciones específicas, como las relacionadas con: la separación del niño de sus padres; la responsabilidad de los padres en cuando a la crianza y desarrollo del niño; la privación del entorno familiar; la adopción y la privación de libertad²⁴⁴.

b. Principio de la no discriminación.

Artículo 2

- 1. Los Estados partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos**

²⁴² EROLES, CARLOS, Ob. cit., p. 41.

²⁴³ CILLERO, MIGUEL, El Interés...Ob. cit., p. 84.

físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales.

Los niños padecen discriminación simplemente porque son niños, por lo que, en consecuencia, que se consagre esta norma en la propia Convención no pasa por una simple reiteración de principios²⁴⁵. De hecho, tal como ha señalado el Comité de los Derechos del Niño, la “no discriminación” es un principio general de importancia fundamental para la aplicación de la Convención.

El caso es que ninguno de los instrumentos que incluyen un principio similar de no discriminación definen el término “discriminación”²⁴⁶. Sin embargo, en una importante Observación general, el Comité de Derechos Humanos no proporciona las bases para tal concepto, considera que debe entenderse “el término discriminación como toda distinción, exclusión, restricción o preferencia que se basen 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,

²⁴⁴ Convención, artículos 9, 18, 20, 21 y 37 c).

²⁴⁵ Artículos 2 y 24 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

²⁴⁶ HODGKIN, RACHEL y NEWELL, PETER, Ob. cit., p. 21.

el goce o ejercicio, en condiciones de igualdad, de los derechos humanos y libertades fundamentales de todas las personas”.

Ahora bien, sumado a esto, que el Comité de Derechos Humanos de la ONU subrayó que el principio de la no discriminación es, junto con el de igualdad ante la ley, uno de los principios básicos de la protección de los derechos humanos, es indiscutible que, el principio de la no discriminación ha sido identificado también como un principio general de fundamental importancia para la puesta en práctica de toda la Convención²⁴⁷.

La cuestión que se plantea es determinar si las obligaciones reguladas por la Convención en el caso específico que analizamos implican un deber de abstención o de no hacer, o bien una obligación de hacer de parte de los Estados ratificantes²⁴⁸. La respuesta ha sido categórica, la obligación de los Estado Partes de evitar la discriminación implica una actitud activa, que exige, al igual que otros elementos de la Convención, una serie de medidas, entre las que se incluyen el examen, la planificación estratégica, la legislación, la supervisión, la sensibilización,

²⁴⁷ CARRIZO, GUSTAVO – GARFF, DOROTHEA, El principio de no discriminación en la Convención sobre de los Derechos del Niño, en Convención sobre los Derechos del Niño, Ob. cit., p. 95.

²⁴⁸ *ibidem*, p. 94.

la educación y las campañas de información, así como la evaluación de las medidas adoptadas para reducir las disparidades²⁴⁹.

En definitiva, este principio no se refiere solamente a la obligación de respetar los derechos de la Convención sin discriminación alguna, sino que requiere de los Estados miembros “asegurar la aplicación de tales derechos, lo que significa la adopción de medidas activas contra la discriminación por parte del Estado²⁵⁰.

Incluso en este sentido, el principio de no discriminación no se opone a una acción positiva, a una diferenciación legítima en el trato individual de cada niño. Con este fin, el Comité de los Derechos del Niño ha insistido constantemente en la necesidad de prestar especial atención a los niños pertenecientes a grupos desfavorecidos y vulnerables.

c. Principio de la efectividad de los derechos.

El desafío central que pretende vencer la Convención es pasar del simple reconocimiento de derechos y su proclamación, a la protección efectiva de ellos, a su satisfacción real²⁵¹.

²⁴⁹ HODGKIN, RACHEL y NEWELL, PETER, Ob. cit., p. 22.

²⁵⁰ CARRIZO, GUSTAVO – GARFF, DOROTHEA, Ob. cit., p. 95.

²⁵¹ CILLERO, MIGUEL Y MADARIAGA, HUGO, Ob. cit., p. 30.

Artículo 4.

Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas, y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional.

Claramente dicho artículo, establece la obligación de los Estados Partes de dar efectividad a todos los derechos reconocidos en la Convención.

La Convención se aplica en los diferentes países por medio de las medidas generales adoptadas por los Estados Partes que tienden a dar efectividad a los derechos establecidos en la misma. Estas medidas aseguran la importancia de los niños, la responsabilidad de los Estados en las acciones que tienden a promover el interés superior del niño y demuestran la importancia de la promoción para consolidar y respetar los derechos fundamentales de los niños²⁵².

²⁵² Conforme www.unicef.org.

Por ello el Comité de los Derechos del Niño ha sostenido que la Convención exige a los Estados Partes, que tomen medidas mediante el establecimiento, de conformidad con sus principios y disposiciones, de un marco jurídico adecuado y de la aplicación de los mecanismos necesarios. En concreto, propone una evaluación periódica de los progresos realizados en la aplicación de la Convención, puesto que esta actividad de vigilancia permitirá a los Estados Partes examinar periódicamente sus leyes y políticas y centrarse en esferas en que se requieran nuevas medidas o medidas distintas.

La Convención sobre los Derechos del Niño, es un instrumento vinculante para Chile, toda vez que obliga de forma directa a los Estados Parte a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole (económicas, sociales, de difusión, etc.) que sean necesarias para dar efectividad a los derechos en ella reconocidos.

De ahí que la necesidad y deber de armonizar las leyes nacionales, para que sean plenamente compatibles con la Convención sobre los Derechos del Niño, exige el análisis sistemático de la legislación nacional de un país, seguido de la promulgación y la aplicación de las nuevas leyes y de las leyes enmendadas.

A fin de cumplir con esta obligación el Estado Parte debe verificar si corresponde o no introducir diversas modificaciones en el orden

legislativo, como así sancionar nuevas leyes. Pero tal como señala el profesor Miguel Cillero, el tema no se trata de reproducir el tratado, sino de crear mecanismos que aseguren la exigibilidad de los derechos humanos. En el fondo, para que cualquier derecho sea realmente efectivo requiere, sin duda, contar con unos recursos y unos instrumentos que garanticen su aplicación.

La función consiste en armonizar la legislación nacional con las disposiciones del tratado, con excepción de las que prevean una protección superior. Asimismo, el Estado debe examinar si los servicios sociales, sistemas jurídicos, sanitarios y educativos satisfacen los derechos de los niños. También debe evaluar si el presupuesto asignado es el correcto. En la distribución del mismo debe presentarse una especial atención a las políticas de la infancia y su incidencia en la vida de los niños²⁵³.

²⁵³ Conforme www.unicef.org.

CAPITULO IV. MECANISMOS DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA INFANCIA.

El tema de la niñez con frecuencia se desdibuja en el contexto de los derechos humanos, y ello debido a que, un número altísimo de niños continúa privado de sus derechos fundamentales. Muchos de los derechos humanos que la Convención sobre los Derechos del Niño formalmente “garantiza” a todos los niños y niñas no se han traducido en cambios tangibles para la vida cotidiana de esas niñas y niños²⁵⁴.

Esto no sólo es inadmisibile, sino que contradictorio, si se parte de la base que prácticamente todos los países del mundo se encuentran obligados por este nuevo estándar internacional sobre el respeto, protección y promoción de los derechos humanos de los niños²⁵⁵.

Esto nos lleva a concluir que la firma y ratificación de los tratados de derechos humanos, y en particular de la Convención, no es más que un primer paso, y que el reconocimiento de los derechos sobre el papel no basta para garantizar su efectivo goce en la práctica.

²⁵⁴ ILER, KIRSTEN, Ob. cit., p. 96.

²⁵⁵ COUSO, JAIME, Ob. cit., p. 45.

Es claro que la vigencia de los derechos fundamentales tiene como uno de sus requisitos centrales que los sistemas estén dotados de órganos y mecanismos adecuados para la promoción y protección de los derechos humanos.

I. MECANISMOS EN EL SISTEMA UNIVERSAL.

1. Comité de los Derechos del Niño.

Los tratados establecen dos tipos de órganos de control: un Comité, si se trata de los órganos de controles universales o adoptados bajo los auspicios de las Naciones Unidas; una Comisión, si se trata de los órganos de control para ámbitos regionales. En ambos casos se trata de órganos de tipo ejecutivo con un número pequeño de miembros que deben reflejar los distintos grupos regionales, criterio surgido de la práctica de las Naciones Unidas que resume la equitativa distribución geográfica, las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos.

Dado su carácter universal, la Convención estableció en su artículo 43 la creación del Comité de los Derechos del Niño, organismo que desempeña una función primordial en el proceso de verificación de la aplicación de la Convención, puesto que supervisa la forma en que los Estados Partes cumplen sus obligaciones derivadas de la Convención. Es decir, es el mecanismo internacional encargado de vigilar los progresos realizados en la aplicación de la Convención.

a. Mecanismo de vigilancia.

El sistema de vigilancia de los derechos es común a todos los tratados de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos. De allí entonces, que el Comité de los Derechos del Niño integra el Grupo de los Órganos de Vigilancia de los Tratados, que es el Grupo de Comités para vigilar la aplicación de los principales tratados internacionales en materia de derechos humanos aprobados por la Asamblea General de las Naciones Unidas²⁵⁶. Por lo mismo, se vincula con la oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, en la medida que vigila un tratado de Derechos Humanos.

Cada uno de los Comité se crea a partir de los tratados, siendo independientes del sistema jerárquico de Naciones Unidas y presentando cada uno su Reglamento interno. En el caso del Comité de los Derechos del Niño, su Reglamento Provisional fue adoptado en su 22^a sesión, el 15 de octubre de 1991.

Ahora bien, aunque el Comité de los Derechos del Niño no constituye ninguna novedad en cuanto a su mecanismo de protección de los

²⁵⁶ Dentro del sistema de la ONU, existen seis comités que supervisan el cumplimiento de los distintos tratados por parte de los Estados: Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial; Comité de Derechos Humanos; Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; Comité contra la Tortura; Comité para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer; y Comité de los Derechos del Niño.

derechos humanos de los niños y adolescentes, no por ello, podemos relativizar la importancia de tal organismo, dado su carácter de más alta autoridad internacional para la interpretación de la Convención.

Este Comité es el órgano encargado de la vigilancia de la Convención, su mandato es vigilar y monitorear las medidas adoptadas para poner en práctica las disposiciones y principios de la Convención y examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados Partes.

b. Integrantes del Comité.

El Comité está compuesto por dieciocho expertos independientes, los cuales se seleccionan en base a su integridad moral, conocimientos, experiencias y capacidades personales, teniendo en cuenta al mismo tiempo, criterios de equidad en relación a la distribución geográfica, así como también respecto a la representación de los principales sistemas legales.

Al respecto, cabe señalar que el número inicial de integrantes era de sólo diez expertos, pero luego de la adopción de una enmienda a la Convención (propuesta presentada por el Estado de Costa Rica)²⁵⁷, se

²⁵⁷ Enmienda aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, el 21 de diciembre de 1995, Resolución 50/155.

elevó a dieciocho el número de miembros del Comité²⁵⁸. Para que esta enmienda entrara en vigor, se requirió que dos tercios de los Estados Partes, notificarán su aceptación.

Estos miembros son elegidos por los Estados, por un periodo de cuatro años, pudiendo ser reelectos, por un periodo más. Los miembros son elegidos, en votación secreta, de una lista de personas designadas por los Estados Partes. Cada Estados Parte puede designar a una persona escogida entre sus propios nacionales. Para estos efectos, al menos cuatro meses antes de cada elección, el Secretario General de las Naciones Unidas invita a cada Estado Parte a presentar en un plazo de dos meses, al candidato escogido. El Secretario General prepara una lista en las que figuran por orden alfabético todos los candidatos.

Uno de los aspectos más destacable en torno a este Comité, es que los miembros del Comité ejercen sus funciones a título personal, no representan ni al Estado del que son nacionales ni a una organización. De hecho, cuando un miembro se incorpora al Comité hace la siguiente declaración: "Declaro solemnemente que, en el desempeño de mis funciones y en el ejercicio de mis facultades como miembro del Comité

²⁵⁸ Los actuales miembros del Comité son: Sr. Ibrahim Abdul Aziz; Sra. Ghalia Moh Bin Hamad; Sra. Saisuree Chutikul; Sr. Luigi Citarilla; Sr. Jacob Egbert Dock; Sra. Moushira Khattab, Sra Awa N'Deyr; Sra. Marilia sardenberg; Sr. Kamel Filali; Sr. Harem Kotrane; Sr. Lotear Friedrich; Sra. Yanghee Lee; Sr.

de los Derechos del Niño, actuaré en forma honorable, fiel, imparcial y concienzuda”²⁵⁹.

Para reforzar este carácter, en el informe sobre su segundo periodo de sesiones²⁶⁰, los miembros del Comité hicieron hincapié en la importancia de la independencia de los expertos elegidos: “Recordaron la disposición de la Convención en que se estipula que todos los miembros ejercerán sus funciones a título personal; reafirmaron que su mandato dimana de las disposiciones y principios de la Convención sobre los Derechos del Niño y que en los miembros del Comité recae una responsabilidad única respecto de los niños por representantes de los Estados Partes, no representaban a sus del mundo. Se señaló que, aunque los miembros eran elegidos países, gobierno o cualquier otra organización a la que pudieran pertenecer. Habida cuenta de la importancia de esta consideración, y a fin de garantizar el principio de la imparcialidad, los miembros del Comité reiteraron la conveniencia de no participar en los debates del Comité durante el examen de los informes presentados por sus propios gobiernos. También reconocieron que, al actuar en el marco de los derechos del niño, era necesario distinguir claramente entre su

Norberto Liwinski; Sra. Rosa María Ortiz; Sra. Lucy Smith; Sra. Marjorie Taylor; Sra. Nevena Vuckovic; y Sr. Joyce Aluoch.

²⁵⁹ HODGKIN, RACHEL Y NEWELL, PETER, Ob. cit. p. 595.

función de personal o profesional y su función como miembros del Comité”.

c. Funciones del Comité.

El Comité tiene la responsabilidad de examinar los progresos realizados por los Estados Partes en el cumplimiento de sus obligaciones ante la Convención²⁶¹.

Para dar cumplimiento a esta labor, recibe los informes presentados por los Estados, los cuales son examinados por el Comité en reuniones públicas con la participación de representantes de los Estados. Una vez examinado el informe el Comité adopta y hace pública sus observaciones finales y recomendaciones.

Asimismo, transmite, cuando lo estima conveniente, a los organismos especializados, UNICEF y otros, aquellos informes que contengan una solicitud de asesoramiento o de asistencia técnica, junto con las observaciones y sugerencias.

²⁶⁰ Informe sobre el segundo periodo de sesiones, septiembre/octubre de 1992, CRC/C/10.

²⁶¹ Para la realización de la función de control, las convenciones establecen ciertos procedimientos. Estos, a pesar de que contienen diferencias, son básicamente parecidos y puede ser divididos en cuatro categorías: informes periódicos; denuncias presentados por víctimas individualmente o en grupo; denuncias de violaciones cometidas presentadas por un Estado Parte; investigación de casos de violaciones generalizadas o sistemáticas. En Comité de los Derechos del Niño establece sólo el mecanismo de informes estatales.

También puede recomendar a la Asamblea General de las Naciones Unidas que pida al Secretario General que efectúe en su nombre, estudios sobre cuestiones relativas a los Derechos del Niño.

No obstante, todas las funciones que desempeña el Comité pueden sistematizarse bajo el siguiente enfoque:

i. Observaciones finales.

En virtud de lo dispuesto en el artículo 44 de la Convención, los Estados Parte tienen la obligación de presentar informes periódicos sobre sus avances o progresos en cuanto a la implementación de la Convención en su país, especificando las medidas adoptadas con tal finalidad e indicando las circunstancias o obstáculos que han impedido o limitado el adecuado cumplimiento de sus obligaciones.

Dichos informes no se reciben para acumularse, muy por el contrario, son objeto de un acabado estudio por parte del Comité. El resultado del análisis que hace el Comité sobre el material presentado, y el consiguiente debate con los representantes del país en cuestión, conduce a las “observaciones finales” que deben difundirse ampliamente en el país y servir de base para nuevos debates y actividades.

Estas observaciones han adoptado una estructura estándar, consistente en una introducción, mención de los aspectos positivos, factores y dificultades que obstaculicen la aplicación del tratado, principales motivos de preocupación y sugerencia y recomendaciones dirigidas al Estado²⁶².

ii. Debate general.

El Comité incluyó en su Reglamento provisional (artículo 75) la posibilidad de dedicar reuniones durante su periodo de sesiones ordinario a un debate general sobre un artículo específico o un tema relacionado.

Dicho debate general, permite al Comité explorar en profundidad ciertas cuestiones, con la ayuda de instituciones de las Naciones Unidas, Organizaciones No Gubernamentales (ONG) y distintos expertos, mejorar su trabajo en la vigilancia de la aplicación de la Convención y formular recomendaciones a los Estados Partes y a otros.

Los temas que el Comité ha priorizado, y que por ello han estado incluido en estos debates generales son:

²⁶² VILLAN DURAN, CARLOS, Curso de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Edit. Trotta, Madrid, 2002, p. 397.

- Los niños en los conflictos armados (5 de octubre de 1992).
- La explotación económica de los niños (4 de octubre de 1993).
- El papel de la familia en la promoción de los derechos del niño (10 de octubre de 1994).
- La niña (23 de enero de 1995).
- La administración de justicia de menores (9 de octubre de 1995).
- El niño y los medios de comunicación (7 de octubre de 1996).
- Los derechos de los niños con discapacidad (6 de octubre de 1997).
- Los niños en los tiempos del VIH/SIDA (5 de octubre de 1998).
- 10° Aniversario de la Convención: logros y tareas pendientes (1999).
- La violencia del Estado y los Niños (22 de septiembre de 2000).

- La violencia doméstica y los niños (28 de septiembre de 2001).
- El sector privado como proveedor de servicios (2002).

Finalmente, cabe hacer presente que el Comité ha decidido organizar una jornada pública de debate general sobre “Los niños indígenas”, el día 19 de septiembre de 2003, durante su 34^a periodo de sesiones. El objetivo es desarrollar una jornada abierta de debate, dirigida a fomentar una comprensión más profunda del contenido y de las implicancias de la Convención, con relación a los niños indígenas. En ella, podrán participar representantes de gobiernos, órganos y agencias especializadas de las Naciones Unidas, la sociedad civil y otras organizaciones pertinentes, así como también expertos individuales.

iii. Observaciones generales.

Al igual como ocurre con otros órganos de vigilancia de los tratados, el Comité puede, de conformidad con su Reglamento Provisional, hacer observaciones generales basadas en los artículos y las disposiciones de la Convención con el objeto de promover una mayor aplicación y de ayudar a los Estados Partes a cumplir con sus obligaciones de información.

Conforme a esta facultad, el 17 de abril de 2001, el Comité publicó su primera observación general, sobre el párrafo 1 del artículo 29 de la Convención “Propósitos de la Educación”.

Luego, en el año 2002, publicó la observación general sobre el “El Papel de las Instituciones Nacionales Independientes de Derechos Humanos en la Promoción y Protección de los Derechos del Niño”.

Finalmente, en el año 2003, publica la observación general “VIH/SIDA y los Derechos del Niño”.

iv. Recomendaciones generales.

El Comité también puede hacer recomendaciones generales en base a la información recibida durante el proceso de los informes o recabada de otras fuentes.

Los temas que bajo esta modalidad han tenido especial dedicación por parte del Comité, han sido los siguientes:

- Los niños en los conflictos armados (septiembre de 1998)
- La administración de la justicia de menores (septiembre de 1999)
- Presentación excepcional de informes combinados (enero de 2002)

- Contenido y longitud de los informes de los Estados (mayo de 2002)

2. Obligación de los Estados Partes de presentar informes periódicos.

Dentro de las modalidades de control que surge de la práctica internacional, encontramos el sistema de informes periódicos. Dicho sistema, que rige en el ámbito de todos los tratados adoptados bajo los auspicios de las Naciones Unidas, consiste en la materialización de la obligación de informar periódicamente sobre las medidas adoptadas para dar efectividad a los derechos protegidos y a toda práctica relacionada con el tratado²⁶³.

Tratándose de la Convención, de conformidad con el artículo 44, los Estados Partes se comprometen a presentar al Comité informes periódicos sobre las medidas adoptadas para dar efecto a los derechos reconocidos en la Convención y sobre los progresos realizados en cuanto al goce de esos derechos.

En cuanto a la periodicidad, el primer informe se debe presentar en el plazo de dos años, a partir de la fecha en la que para cada Estado Parte haya entrado en vigor la Convención, siendo en lo sucesivo, entregado cada cinco años.

²⁶³ PINTO, MONICA, Ob. cit., p. 29.

a. Consideraciones formales.

Desde este punto de vista, en cada uno de estos informes se deben indicar las circunstancias y dificultades, si las hubiere, que afecten al grado de cumplimiento de las obligaciones derivadas de la presente Convención. Deben, asimismo, contener información suficiente para que el Comité tenga cabal comprensión de la aplicación de la Convención en el país de que se trate. Y, por último, los informes deben ir acompañados de copias de los principales textos legislativos y decisiones judiciales, así como la información estadística detallada, indicadores señalados en ellos e investigaciones pertinentes.

Sistematizar y canalizar toda esta información por parte de los Estados puede parecer complejo, si embargo, para facilitar la labor de éstos, el Comité en su 343ª sesión, celebrada el 11 de octubre de 1996, aprobó las “Orientaciones generales respecto de la forma y el contenido de los informes que han de presentar los Estados Partes con arreglo al apartado b) del párrafo 1 del artículo 44 de la Convención”. El contenido de la información proporcionada en los informes de los Estados Partes, por tanto, deben ajustarse estrechamente a dichas orientaciones, teniendo en especial consideración, las diferentes secciones en que el Comité ha agrupado las disposiciones de la Convención, esto es, I. Medidas generales de aplicación; II. Definición de niño; III. Principios

generales; IV. Derechos y libertades políticas; V. Entorno familiar y otro tipo de tutela; VI. Salud básica y bienestar; VII. Educación, esparcimiento y actividades culturales; VIII. Medidas especiales de protección: A. Niños en situaciones de excepción; B. Niños que tienen conflictos con la justicia; C. Niños sometidos a explotación; D. Niños perteneciente a minorías o a grupos indígenas.

Conforme a este enfoque, y en palabras del propio Comité, se refleja la idea contenida en la Convención de que los derechos del niño son un todo, es decir, que son indivisibles e interdependientes y que se debe dar la misma importancia a todos y cada uno de los derechos reconocidos en ella.

b. Consideraciones sustanciales.

Desde este punto de vista, lo relevante es que este mecanismo obliga a revisar la legislación en vigor para adecuarla a los compromisos asumidos en los tratados y, en esta medida, conduce a identificar tanto las normas que se oponen a lo pactado internacionalmente –y, por tanto, deben ser derogadas o modificadas- como la ausencia de una norma en algún terreno y, por consiguiente, la necesidad de su adopción.

De allí que los Estados no deben contemplar el proceso de presentación de informes sobre los progresos alcanzados en materia de realización y

protección de los derechos de la infancia, como el cumplimiento de un mero trámite, sino como una oportunidad constructiva, que posibilita definir los aciertos y las dificultades, como asimismo establecer una serie de metas oportunas.

El sistema de informes devela, de este modo, una toma de razón que por su carácter de periódico abre un ejercicio permanente que facilita reconocer aquellos ámbitos en los cuales se generarán los problemas, constituyéndose en un importante mecanismo de prevención. Asimismo, la presentación de la práctica acorta la distancia entre el discurso y los hechos y contribuye a la formulación de políticas a largo plazo, sobre todo cuando ellas están vinculadas a cambios culturales o sociales, lo que es especialmente evidente para la superación de la discriminación de todo tipo²⁶⁴.

En consecuencia, este constante control ofrece un mayor impulso hacia la protección completa de los derechos de la infancia, puesto que obliga a los Estados Partes a estudiar, generar debates y trabajar en torno a los avances y dificultades que ha significado la implementación de la Convención.

²⁶⁴ PINTO, MÓNICA, Ob. cit., p. 30.

Por otro lado, atendido a que una de las obligaciones de la Convención es que los informes sean públicos y se les de una amplia difusión nacional²⁶⁵, ello contribuye a promover el interés y el conocimiento sobre los derechos del niño.

c. Consideraciones finales.

Desde este punto de vista, no se puede negar que para algunos, la mayor deficiencia de la Convención se encuentra en la fragilidad del mecanismo de garantía en ella instituido, esto es, el sistema de informes que los Estados Partes tiene la obligación de presentar periódicamente ante el Comité. En tal sentido han afirmado que los Estados Partes apenas se sienten «amenazados» en sus prerrogativas soberanas por las competencias del Comité como órgano internacional de control.

No obstante, la existencia de este órgano y sus competencias para formular observaciones a los informes constituyen un innegable progreso. Todo ello, sobre la base de ciertas consideraciones de relevancia, aunque en apariencias sean modestas: En primer lugar, la independencia de los miembros del Comité; En segundo lugar, la competencia de auto-organización del Comité; En tercer lugar, el hecho

²⁶⁵ Artículo 44.6 de la Convención sobre los Derechos el Niño: “Los Estados Partes darán a sus informes una amplia difusión entre el público de sus países respectivos”.

de que sus fuentes de información no se reduzcan a las facilitadas por los Estados Parte; Por último, la facultad de los Organos Especializados de las Naciones Unidas, del Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y de otros órganos de Naciones Unidas para participar y estar representados en el examen de las disposiciones del a Convención²⁶⁶.

Ahora bien, sin perjuicio de lo valioso que resulta la labor del Comité, igualmente es valedero sostener que urge robustecer y dinamizar el *aparato tuitivo* instaurado por la Convención, potenciándole en todos sus aspectos, con el necesario refuerzo de medios personales y materiales a su disposición, que le permitan reunirse con mayor frecuencia, visitar los países donde los índices de «incumplimiento» de la Convención sean más notorios; y exigir, con tenaz insistencia y operante autoridad los *informes periódicos* que han de presentar los Estados²⁶⁷.

²⁶⁶ CARRILO SALCEDO, JUAN ANTONIO, Procedimientos para la Protección de los Derechos de los Menores en el Ambito de las Naciones Unidas, en La Convención de los Derechos del Niño hacia el Siglo XXI, 1996, pp.97 y 98.

²⁶⁷ RUIZ-GIMENEZ, JOAQUIN, La Convención de los Derechos del Niño, Hermosa Sinfonía Incompleta (Luces, Sombras y Horizontes de Esperanzas), en La Convención de los Derechos del Niño hacia el Siglo XXI, 1996, p. 90.

3. Observaciones finales del Comité sobre los Derechos del Niño al Estado de Chile.

En cumplimiento de la obligación prevista en el ya citado artículo 44 de la Convención, nuestro país ha presentado, hasta la fecha, dos informes periódicos ante el Comité de los Derechos del Niño.

El resultado del estudio y análisis de dichos informes, se ha traducido en las observaciones finales que se han planteado.

a. Observaciones al Primer Informe (CRC/C/15/Add.22, de 22 de abril de 1994).

El Comité examinó el informe inicial de Chile, en sus 146^a a 148^a sesiones, celebradas los días 14 y 15 de abril de 1994. Una vez finalizado el estudio, aprobó las respectivas observaciones finales.

En ella, el Comité comenzó destacando los aspectos positivos, entre ellos, las medidas adoptadas para promover y proteger los derechos del niño de conformidad con las normas enunciadas en la Convención, así como el enfoque dinámico y autocrítico de nuestro país hacia su aplicación. De igual manera, valoró las prioridades fijadas por el Gobierno y sus serios esfuerzos por hacer frente a los problemas sociales actuales, principalmente, en las esferas de la salud y la

educación, así como para garantizar la protección de los derechos de los niños con discapacidad.

Al mismo tiempo, el Comité advierte que pese a los esfuerzos de nuestro país, la pobreza afecta a gran número de niños e influye restrictivamente en la aplicación de las disposiciones de la Convención. En este sentido, agregó su preocupación de que el proceso de descentralización conduzca a una merma de la calidad de los servicios sanitarios y de la educación, así como el acceso da éstos, en particular de los grupos más vulnerables de los niños.

Sobre la base de los progresos y obstáculos constatados, de los cuales se da cuenta en las observaciones en comento, el Comité plantea diversas sugerencias y recomendaciones a nuestro país:

- i. Legislación:** recomienda que se realicen esfuerzos especiales para armonizar completamente la legislación vigente con las disposiciones de la Convención y también para garantizar, a la luz de los principios generales de ésta, que los mejores intereses del niño sean la consideración principal de todas las medidas que afecten a los niños, incluidas las que adopte el Parlamento.
- ii. Justicia de menores:** recomienda se establezca un sistema jurídico de administración de justicia para menores a la luz de los

principios y disposiciones de la Convención, en particular los artículos 37 y 40, así como otras normas pertinentes de las Naciones Unidas, incluidas las Reglas de Beijing, las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las Directrices de Riad. Asimismo, hace presente que tal sistema debería también abordar la importante cuestión de la edad mínima de la responsabilidad penal, sobre todo a la luz de los mejores intereses del niño.

iii. Difusión: recomienda que se dé amplia publicidad a las disposiciones de la Convención entre el público en general y, en particular, entre profesores, trabajadores sociales, funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, personal de las instalaciones de corrección, magistrados y miembros de otras profesiones que se ocupan de la aplicación e la Convención.

b. Observaciones al Segundo Informe (CRC/C/15/Add.173, de 3 de abril de 2002).

El Comité examinó el segundo informe periódico de Chile, en sus sesiones 763^a y 764^a, celebradas el 23 de enero de 2002, y en su 777^a sesión, celebrada el 1º de febrero de 2002. Tras dicho estudio aprobó las correspondientes observaciones finales.

Me parece oportuno hacer un paréntesis, antes de especificar las observaciones mismas del segundo informe periódico de nuestro país, para rescatar y valorar la experiencia adquirida por el Comité en su labor de revisión y sistematización de los informes recibidos, lo que se traduce, sin duda, en un beneficio para los Estados Parte, los cuales por esta razón reciben en las observaciones finales un trabajo más detallado y completo, que puede constituirse en un claro referentes de las directrices a seguir en pro de la protección y promoción de los derechos de los niños.

Retomando las observaciones finales planteadas, el Comité como siempre destacó los diferentes aspectos positivos, tales como la promulgación de un conjunto de leyes con el fin de adecuar la legislación interna a las disposiciones de la Convención, entre ellas, la Ley N°19.620, de 1999, que regula la adopción de menores, la Ley N°19.585, de 1998, que regula el régimen de filiación, la enmienda al Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales, en relación con los delitos sexuales contra los niños. Por otra parte, destaca la aprobación de la Política Nacional a Favor de la Infancia y la Adolescencia y el Plan de Acción Integrado para 2001-2010. Finalmente, valora la autorización de ratificación de los Protocolos Facultativos de la Convención sobre los Derechos del Niño relativos, respectivamente, a la

venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía, y a la participación de los niños en los conflictos armados.

No obstante dicho beneplácito, el Comité reconoce que nuestro país se enfrenta a muchas dificultades para la aplicación de la Convención, en particular, debido a los persistentes problemas estructurales, a las desigualdades sociales y de ingresos entre las unidades familiares y a la pobreza que afecta a prácticamente a uno de cada tres niños.

Igualmente, el Comité hace ver que persisten las actitudes autoritarias y paternalistas hacia los niños, en especial hacia los niños pobres, lo que puede afectar el enfoque basado en los derechos que propugna la Convención.

Bajo el panorama descrito, el Comité manifiesta sus motivos de preocupación y, a la vez, sus recomendaciones, en las cuales se abordaron, principalmente, los siguientes tópicos.

- i. **Legislación:** expresa su preocupación de que aun está en vigor la Ley de Menores, de 1967, que tiene como fundamento el concepto de “situación irregular”, y, por tanto, no hace una distinción clara desde el punto de vista de los procedimientos y el tratamiento judicial, entre niños que necesitan atención y protección y aquellos que han entrado en conflicto con la ley penal.

Por esta razón, que el Comité cuestiona que los dos proyectos de ley que tienen por objeto reformar la Ley de Menores, han estado largo tiempo en preparación, sin que se envíen al Parlamento. En todo caso, esto resulta sólo aplicable respecto del Proyecto de Ley de Protección de Derechos, puesto que el Proyecto de Ley Responsabilidad Penal Juvenil se encuentra para su estudio y tramitación legislativa por parte del Congreso, desde agosto de 2002.

Pero lo resaltado por el Comité en cuanto a la necesidad de reformar la Ley de Menores sigue teniendo total validez, si se considera que ambos proyectos en conjunto, son los que implican una verdadera reforma integral en la protección de los niños y adolescentes, no bastando con hacerse cargo del aspecto relativo a la infracción de leyes penales.

Por lo expuesto entonces, el Comité recomienda que se tomen todas las medidas necesarias para la aprobación sin tardanza de las leyes que enmienden la Ley de Menores, de 1967, y al mismo tiempo que se vele por la plena aplicación de la Ley de Menores, en su forma enmendada de conformidad con la Convención.

- ii. **Niños privados de su entorno familiar:** aun cuando está en conocimiento de la reforma en marcha del Servicio Nacional de

Menores (SENAME), plantea su preocupación de que actualmente el SENAME aun tiene a su cargo tanto a los niños que necesitan cuidado y protección como los que tiene conflicto con la ley. En conexión con ello, observa que el Proyecto de Ley destinado a crear Tribunales de Familia se encuentra ante el Congreso desde el año 1997.

El Comité recomienda se establezca dos sistemas claramente separados para los niños que necesiten cuidado y protección y los niños que estén en conflicto con la ley, adoptando los dos proyectos de ley, el de Protección de Derechos y el de Responsabilidad Penal de Adolescente.

Igualmente, recomienda que se adopte medidas para establecer los Tribunales de Familia.

- iii. **Respeto a las opiniones de los niños:** expresa su preocupación que, debido a las actitudes tradicionales y paternalista que aun están muy extendidas en el país, no se anima a los niños a que expresen sus opiniones y, en general, no se les escucha ni se tiene debidamente en cuenta su opinión al adoptar decisiones que les atañen en el ámbito de la familia, la escuela, la comunidad y la vida social en general.

De conformidad a este cuestionamiento, el Comité recomienda que se adopte medidas para que se tengan en cuenta las opiniones de los niños, de conformidad con el concepto de la evolución de sus facultades, en todo los asuntos que le atañan, en particular en los procedimientos judiciales y administrativos, e integre este principio en la nueva legislación y en las políticas y programas que afectan a los niños, incluida la política nacional.

- iv. Justicia de menores:** el Comité reitera su preocupación por la vigencia de la Ley de Menores, de 1967, la cual como se expresó en su oportunidad, no distingue entre protección por vulneración de derechos y conflictos con la ley penal.

En relación a este tema, lo que principalmente se cuestiona es que la detención y la privación de libertad no se utilizan sólo como último recurso, especialmente en el caso de los niños pobres y los desfavorecidos. Asimismo, se critica que el derecho y procedimiento penal para adultos pueden aplicarse también a los niños de 16 a 18 años de edad que han obrado con discernimiento. Finalmente, lo que constituyó una recomendación anterior del Comité y que ahora se reitera como preocupación, de que la cuestión de la edad mínima de responsabilidad penal no se ha llevado a la práctica.

Frente a tales cuestionamientos, el Comité recomienda múltiples medidas, principalmente: que se acelere la adopción del proyecto de ley sobre los niños en conflicto con la ley penal; se aborde la cuestión de la edad mínima de responsabilidad penal; se utilice la detención preventiva sólo como último recurso; se revise la legislación y prácticas relacionadas con el sistema de justicia de menores, para lograr cuanto antes su plena conformidad con las disposiciones de la Convención, en especial los artículos 37 y 40; se incorpore en la legislación y en la práctica las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.

- v. **No discriminación:** le preocupa el hecho de que el principio de no discriminación no se aplique plenamente respecto de los niños pertenecientes a grupos indígenas, los niños pobres, las niñas, los niños con discapacidades, y los niños que viven en zonas rurales.

Es por ello que, el Comité recomienda que se vigile la situación de los niños, en particular la de los que pertenecen a los citados grupos vulnerables, y que se elabore, sobre la base de los resultados de vigilancia, estrategias amplias para poner fin a todas las formas de discriminación.

II. MECANISMOS EN EL SISTEMA INTERAMERICANO.

En este apartado, lo ideal sería abordar el sistema interamericano de protección de derechos humanos (sistema regional creado por los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos), en su conjunto, con sus características, instrumentos, órganos de protección y procedimientos aplicables. Sin embargo, dado la necesidad de acotar el trabajo, sólo abordemos la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Instituto Interamericano del Niño, en cuanto órganos a través de los cuales se ha logrado –y se pueda lograr a futuro– una efectiva promoción y protección de los derechos humanos de los niños.

1. Comisión Interamericana de Derechos Humanos²⁶⁸.

Es el órgano principal de la Carta de la OEA, con competencia respecto a todos los Estados miembros, encargado de velar por la observancia de los derechos humanos en todos los Estados del continente americano. Para estos efectos, cumple un mandato no sólo de promoción, sino también de protección de derechos humanos.

²⁶⁸ En adelante la Comisión o la Comisión Interamericana.

a. Peticiones o comunicaciones individuales.

Inserto en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos, encontramos con el sistema de peticiones individuales. Este persigue solucionar la situación específica de uno o más afectados por supuestas violaciones de derechos protegidos. Se le reconoce como un método de carácter cuasi-judicial que funciona *ex post facto*, esto es, luego de acaecido el hecho o acto que se considera lesivo.

Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la OEA puede presentar a la Comisión peticiones en su propio nombre o en el de terceras personas, referentes a la presunta violación de alguno de los derechos humanos reconocidos, según el caso, en la Declaración Americana de los Derechos del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁶⁹, el Protocolo Adicional a la Convención sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económico, Sociales y Culturales “Protocolo de San Salvador”, el Protocolo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativos a la Abolición de la Pena de Muerte, la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la

²⁶⁹ En adelante la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Convención Americana.

Tortura, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer²⁷⁰.

La denuncia debe versar sobre la aducida violación de un derecho protegido y no comporta una revisión de lo actuado en sede nacional sino en la medida necesaria para determinar que ello configura una violación de derechos humanos. Por este motivo, tratándose de un mecanismo subsidiario de los mecanismos nacionales, requiere el agotamiento previo de sus recursos internos²⁷¹.

Por otra parte, existen algunos requisitos para la presentación de la petición de la denuncia: la identificación de quien o quienes denuncian, con sus datos particulares; un relato de los hechos denunciados consignando fecha y lugar; si es posible, el nombre o nombres de las víctimas y de la autoridad pública que haya tomado conocimiento del hecho; la indicación clara del Estado al que se considera responsable; por último, un informe acerca si para la tramitación del caso se han hecho uso o no de los recursos de jurisdicción interna, o si ha existido

²⁷⁰ Reglamento de la CIDH, artículo 23.

²⁷¹ PINTO, MÓNICA, Ob. cit., p. 30.

imposibilidad de algún tipo para dar cumplimiento a este último requisito²⁷².

Finalmente, la presentación de la comunicación debe realizarse en un plazo no mayor de seis meses desde la notificación de la última resolución interna o, si los recursos internos no han podido agotarse, en un plazo razonable, a criterio de la Comisión, a partir de la fecha en que haya ocurrido la presunta violación de los derechos, considerando las circunstancias concretas en cada caso en particular²⁷³.

A continuación, comentemos algunos casos tramitados ante la Comisión que dicen relación con vulneraciones a los derechos humanos de los niños:

i. Desaparición forzada de menores en El Salvador.

- Hechos que motivaron la petición.

El 16 de febrero de 1999, se presentó ante la Comisión Interamericana una denuncia por parte de la Asociación Pro-Búsqueda de Niñas y Niños Desaparecidos y el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), en la cual

²⁷² Reglamento de la CIDH, artículo 28.

²⁷³ Convención Americana, artículo 46 b; Reglamento de la CIDH, artículo 32.

se alegó la responsabilidad internacional de la República de El Salvador por la desaparición forzada de las menores Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, y por la posterior falta de investigación y reparación de tales hechos²⁷⁴.

Con fecha 2 de junio de 1982, las hermanas Ernestina y Erlinda, de siete y tres años respectivamente, fueron capturadas por militares integrantes del Batallón "Atlactl" del Ejército de El Salvador durante un operativo realizado en el Municipio de San Antonio de La Cruz, Departamento de Chalatenango. Desde entonces, a casi 18 años de ocurridos los hechos, se desconoce el paradero de las niñas.

- **Alegato de los peticionarios.**

En relación a la investigación, éstos alegaron que las diversas instancias que intervinieron en El Salvador fueron ineficaces e insuficientes. La madre y hermana de las niñas acudieron a varios hospitales, orfanatos, morgues y otros

²⁷⁴ CIDH, Informe de Admisibilidad N°31/01, Caso 12.132, Ernestina y Erlinda Serrano Cruz, El Salvador, de 23 de febrero de 2001, en www.cidh.org.

lugares en búsqueda de las niñas, pero todas las gestiones resultaron infructuosas.

El proceso interno de investigación se inició en junio de 1993, siendo archivado en dos ocasiones (el 22 de septiembre de 1993 y el 16 de marzo de 1998), supuestamente, por no lograr establecerse quien o quienes secuestraron a las menores y no haber más diligencias que practicar.

Todas las gestiones realizadas ante las autoridades para esclarecer los hechos, incluyendo una denuncia penal y un *habeas corpus*, resultaron infructuosas, por lo que consideran que no existe voluntad del Estado para cumplir con su obligación en tal sentido.

- **Alegato del Estado.**

Sostuvo que las autoridades sólo tomaron conocimiento de la sustracción de la menores, en el momento de la denuncia de la madre, el 30 de abril de 1993.

Por otro lado, alegó que no ésta cerrada la investigación del caso, el proceso judicial en contra de miembros del Batallón Atlacatl sigue abierto en el Juzgado de Primera Instancia de

Chalatenango, y que, por tanto, debe profundizarse más para determinar a quiénes fueron entregadas las menores.

- **Decisión de la Comisión.**

Una vez analizada la competencia de la Comisión para conocer del caso y de los requisitos de admisibilidad, esto es, el agotamiento de los recursos internos y el plazo de presentación de la petición, la Comisión resolvió: Declarar admisible el caso en lo que se refiere a la presunta violación de los derechos invocados; Continuar con el análisis de fondo sobre el caso en cuestión; Publicar la decisión e incluirla en su Informe Anual para la Asamblea General de la OEA.

ii. **Negación de nacionalidad a menores en República Dominicana.**

- **Hechos que motivaron la petición.**

El 28 de octubre de 1998, el International Human Rights Law Clinic, University of California, School of Law (Boat Hall), el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL), y el Movimiento de Mujeres Dominicano-Haitiana, presentaron ante la Comisión Interamericana una petición en contra del Estado de la República Dominicana, en la cual

denunciaron que a las niñas Dilian Yean (de 4 años) y Violeta Bosica (de 15 años) se les negó la nacionalidad dominicana a pesar de haber nacido en territorio dominicano y de que la Constitución establece el principio de *jus soli*²⁷⁵.

- **Alegato de los peticionarios.**

En su petición alegaron que se ha privado a las niñas de sus derechos fundamentales, exponiéndolas al peligro inminente de ser arbitrariamente expulsadas de su país natal, toda vez que no poseen documento alguno que acredite su nacionalidad dominicana.

Al privárseles del derecho a tener un registro de nacimiento, las niñas no pueden obtener el reconocimiento de su personalidad jurídica y tampoco pueden ingresar a la escuela por carecer de un documento de identificación.

²⁷⁵ CIDH, Informe de Admisibilidad N°28/01, Caso 12.189, Dilicia Yean y Violeta Bosica, República Dominicana, de 22 de febrero de 2001, en www.cidh.org.

Alegaron también, que el Estado ha privado a las presuntas víctimas del derecho a la protección de la familia, los derechos del niño, el derecho a un nombre y nacionalidad, del derecho a la propiedad privada, a la circulación y residencia y a la igualdad ante la ley, consagrados en la Convención Americana.

- **Alegato del Estado.**

El Estado alegó que en el presente caso se actuó respetando lo previsto en su ley interna y la Convención Americana. Afirmando que sólo exhortó a reencausar sus pretensiones dando cumplimiento a las disposiciones establecidas por la Junta Central electoral, que es el organismo competente para regular declaraciones tardías.

Asimismo, alegó que los peticionarios no agotaron las instancias de la jurisdicción interna.

- **Decisión de la Comisión.**

Por una parte, el 27 de agosto de 1999, la Comisión adoptó medidas cautelares a favor de las niñas con base en el artículo 29 de su Reglamento, a fin de evitar que se consumasen daños irreparables.

Por otra, luego de analizada la competencia de la Comisión para conocer del caso y de los requisitos de admisibilidad, esto es, el agotamiento de los recursos internos y el plazo de presentación de la petición, la Comisión resolvió: Declarar admisible el caso en lo que se refiere a la violación del derecho a la nacionalidad; Respecto de aquellos otros derechos invocados, diferir su tratamiento al examen sobre el fondo; Notificar la decisión a las partes; Continuar con el análisis de fondo sobre el caso en cuestión; Publicar la decisión e incluirla en su Informe Anual para la Asamblea General de la OEA.

iii. Adolescentes en custodia de la FEBEM en Brasil.

- Hechos que motivaron la petición.

El 05 de septiembre de 2000, el Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) presentó ante la Comisión Interamericana, una petición contra la República Federativa de Brasil²⁷⁶, denunciando la violación de los artículos 4 (derecho a la vida); 5 (derecho a la integridad personal); 19

²⁷⁶ CIDH, Informe de Admisibilidad N°39/02, Caso 12.328, Adolescentes en custodia de la Febem, Brasil, 9 de octubre de 2001, en www.cdi.org.

(derecho a la protección especial de la infancia) y 8 y 25 (derecho a garantías judiciales y el derecho a un recurso judicial), todos en relación con el artículo 1 (1) de la Convención América, y la violación del artículo 13 del Protocolo de San Salvador, sobre el derecho a la educación, en perjuicio de los adolescentes acusados de cometer infracciones penales, en custodia en las Unidades de la Fundación de Bienestar del Menor (FEBEM), en el Estado de Sao Paulo.

- **Alegato de los peticionarios.**

Denunciaron al Estado, por la situación en que se encontraban los adolescentes encarcelados en el sistema penal paulista y la violación de los derechos de que éstos eran sistemáticamente víctimas por torturas, maltratos y golpiza. Además, la situación degradante a que estaban expuestos dio lugar a luchas internas, rebeliones y fugas que terminaron muchas veces en forma violenta, con graves lesiones corporales y hasta la muerte de los adolescentes en custodia.

Agregaron que, el Estado violó y sigue violando varios derechos establecidos en la Convención Americana y el Protocolo de San Salvador, en relación con los adolescentes en custodia en las Unidades FEBEM (Complejo Inmigrantes; Centro de Observación Criminológica; Santo André; Complejo Tatuapé; Unidad de Referencia Terapéutica; Pinheiros; Penitenciaria de Parelheiros; Franco de Rocha y Unidad de Asistencia Inicial) del Estado de São Paulo.

Los adolescentes en custodia en las unidades de la FEBEM son mantenidos en celdas superpobladas e insalubres, sin división por edad, desarrollo físico o gravedad del acto penal cometido. Durante el día son obligados a quedarse sentados en las celdas sin poder levantarse o moverse, lo que demuestra el confinamiento carcelario a que están sometidos. Además, no gozan de ninguna asistencia médica, pedagógica, psicológica o de recreación.

Estas unidades no cumplen los requisitos establecidos por el Estatuto del Niño y el Adolescente, Ley 8.069, de 1990, que reglamente el sistema legal de protección del niño y del adolescente en Brasil.

Al mantener a los adolescentes bajo custodia en condiciones subhumanas, que previsiblemente generan revueltas y situaciones de violencia interna, y al no ofrecer las condiciones adecuadas de seguridad a estos menores, el Estado se hace responsable de las muertes que se produjeron como consecuencia de estas rebeliones en distintas unidades de los FEBEM.

- **Alegato del Estado.**

Negó que las situaciones de maltrato reflejen una modalidad de la FEBEM y afirmó que esa institución goza de relaciones “intra e interpersonales” ejemplares, fundamentadas en actividades socioeducativas, culturales y de recreación, y que sus funcionarios desempeñan sus tareas con dedicación.

Agregó que se han tomado una serie de medidas como nuevo modelo de gestión del equipo social, así como la implementación de una intervención socioeducativa que garantice los derechos fundamentales de los adolescentes.

- **Decisión de la Comisión.**

Una vez analizada la competencia de la Comisión para

conocer de este caso y de los requisitos de admisibilidad de la petición, esto es, el agotamiento de los recursos internos y plazo de presentación de la petición, la Comisión decidió: Declarar, sin prejuizar sobre el mérito de la denuncia, que la petición es admisible; Remitir el Informe al Estado y al peticionario; Publicar la decisión e incluirla en su Informe Anual a la Asamblea General de la OEA.

iv. Correccional Panchito López en Paraguay.

La Comisión Interamericana tramitó el caso 11.666, referido a las condiciones de detención y situación procesal de los niños y adolescentes internados en la correccional denominada Panchito López²⁷⁷.

Con relación a este caso, se hace el alcance de que no se pudo tener a la vista el Informe de la Comisión, pero al menos fue posible extraer los datos del Informe Anual realizado para Paraguay en el año 2001.

²⁷⁷ CIDH, Informe Especial de Paraguay 2001 (Tercer), Capítulo VII "Derechos de la Niñez", OEA/Ser./L/VII.110, de 9 de marzo de 2001, en www.cidh.org.

- **Hechos que motivaron la petición.**

En los primeros días de febrero de 2000 se produjo un incendio en la correccional, que tuvo como resultado la muerte de siete jóvenes, quedando también 28 heridos.

Ante ello, el Gobierno dispuso el traslado de los restantes internos a una cárcel de máxima seguridad de mayores, lo que provocó la protesta por parte de los internos y sus familiares. Ello desembocó el 18 de febrero de 2000, en un nuevo incendio.

Como consecuencia de este segundo incendio, 16 internos sufrieron heridas y 72 internos fueron trasladados a la cárcel de máxima seguridad "Emboscada".

- **Alegato de los peticionarios.**

Se denunció que la correccional funcionaba en una casa en que antiguamente albergaba una sola familia, mientras que antes de los incidentes de febrero de 2000 había casi 300 niños internados allí.

Asimismo, se denunció que los jóvenes trasladados no están viviendo en condiciones adecuadas, lo que incluye

protestas por parte de los internos por estar alejados de sus familiares y porque además sólo pueden salir de sus celdas durante dos horas al día, una para recreación y una para asearse y alimentarse.

Por último, se alegó que los menores han sido sujetos a malos tratos, torturas y alojados en celdas con mayores.

b. Remisión de casos a la Corte.

i. Procedimiento ante la falta de solución.

Cuando la Comisión Interamericana concluye el conocimiento de un determinado caso individual, sin que se haya llegado a una solución, debe redactar un informe, en el que exponga los hechos y conclusiones. Posteriormente, debe remitirlo a los Estados interesados²⁷⁸.

A partir de la remisión del informe al Estado interesado, tanto la Comisión como el Estado tienen un plazo de tres meses para someter el caso a la Corte. O sea, y en conformidad a lo regulado en la Convención Americana, sólo los Estados Partes y la

²⁷⁸ Convención Americana, artículo 50.

Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte²⁷⁹.

Lo expuesto no es un punto menor, ya que dada la reticencia de los Estados para enviar casos a la Corte y la carencia de los individuos de *locus standi* ante la Corte, hace que la decisión que adopta la Comisión, en cuanto a poner en conocimiento de la Corte los casos que ha examinado, sea fundamental²⁸⁰.

ii. Remisión del caso N°11.383 (Villagrán Morales y otros).

Lo dicho con anterioridad, se demuestra sin ninguna duda, al analizar lo ocurrido en el caso N°11.383. Este caso, fue iniciado por las organizaciones no gubernamentales Centro por la Justicia y el Derechos Internacional (CEJIL) y Casa Alianza, ante el secuestro, tortura y muerte, por parte de agentes del Estado de Guatemala, de las víctimas Astraum Villagrán Morales, Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval y Jovito Josué Juárez Cifuentes.

²⁷⁹ Convención Americana, artículo 61.

²⁸⁰ MEDINA, CECILIA, El Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos, en apuntes curso "Formación en derechos Humanos de la Infancia y Adolescencia, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho-Universidad de Chile, 2002, p. 28.

Como resultado de la tramitación ante la Comisión, ésta elaboró el Informe N°33/96, por medio del cual recomienda al Estado realizar una investigación, pronta, imparcial y efectiva, que permitiera establecer responsabilidades, someter a juicio a los responsables, reparar las consecuencias de los hechos e instituir medidas para que en el futuro los hechos no se repitan.

No obstante, el 7 de enero de 1997, luego de vencido el plazo de dos meses —y la prórroga concedida al Estado de Guatemala— para que éste llevara a cabo las medidas recomendadas en el informe N°33/96, la Comisión decidió remitir el caso a la Corte. En efecto, el 30 de enero de 1997 la Comisión Interamericana sometió ante la Corte la demanda contra la República de Guatemala, en la que solicita se decida si el referido Estado había incurrido en una violación de los artículos 1 (obligación de respetar los derechos); 4 (derecho a la vida); 5 (derecho a la integridad personal); 7 (derechos a la libertad personal); 8 (garantías judiciales); 19 (derechos del niño); y 25 (protección judicial) de la Convención Americana y a los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

c. Relatoría Especial de Derechos del Niño.

Las normas de derechos humanos son de poca utilidad si no se aplican. Eso es lo que justifica que los órganos de protección dediquen tanto tiempo a estudiar las cuestiones relativas a su cumplimiento.

Parte de esa labor es asumida por la red de mecanismos conocidos como no convencionales –denominación que se deriva de que no han sido creados directamente por los mismos tratados–, que están compuestos por expertos, representantes y relatores.

i. Mecanismos de protección de las Relatorías.

Uno de los mecanismos que utilizan las Comisiones de Derechos Humanos para responder, investigar y tomar acción frente a las violaciones de los derechos humanos es la creación de Relatorías Especiales²⁸¹, las que se constituyen como mandatos unipersonales temáticos, puesto que se abocan sólo a un tema específico, por ejemplo, la Relatoría Especial sobre los Derechos del Niño.

²⁸¹ A propósito de relatorías especiales con relación con la infancia, la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas creó la Relatoría Especial sobre la venta de niños, la prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía, cuya relatora es la Sra. Ofelia Calcetas-Santos.

Estos órganos, cumplen una importante función por medio de informes anuales basados en la información recibida de los Estados, las organizaciones no gubernamentales y los particulares

Para el logro de dicho cometidos, en general, utilizan técnicas como solicitudes de información a los Estados sobre casos específicos, solicitudes urgentes a los Estados para que rectifiquen algunas acciones o clarifiquen algún caso, o bien pueden realizar visitas a los países para un análisis intensivo de algunos casos específicos o de la situación general.

ii. Relatorías de la Comisión Interamericana.

La Comisión Interamericana no sólo conoce de las peticiones individuales por violaciones de derechos humanos, sino que también debe promover los derechos humanos en la Región. Prioritariamente, para realizar esta segunda labor, existen las relatorías de la Comisión, que normalmente asumen los siete comisionados que componen la Comisión, y que –como ya se señaló– tienen la función de investigar sobre temas específicos a fin de elaborar un informe que refleje la situación de los derechos humanos.

Bajo este contexto, desde hace algunos años, la Comisión Interamericana ha iniciado el estudio de áreas temáticas específicas que considera esenciales para la promoción y protección de los derechos humanos, tales como:

- la libertad de expresión.
- los derechos de la mujer.
- los derechos del niño.
- los derechos de los pueblos indígenas.
- los trabajadores migrantes.

iii. Función de la Relatoría sobre Infancia de la Comisión Interamericana.

La Comisión durante su 100° período de sesiones, decidió crear la Relatoría de Derechos del Niño, con el objetivo de estudiar y promover actividades que permitan evaluar la situación de los derechos del niño en los países americanos y proponer medidas efectivas por parte de los Estados miembros.

La Relatoría sobre Derechos del Niño comenzó sus tareas en octubre de 1998, a cargo del comisionado Dr. Hélio Bicudo, quien

fue designado teniendo en cuenta su interés y conocimientos en la materia.

Para estos efectos, se definieron sus principales objetivos²⁸²:

- La especialización y profesionalización de la Justicia de Menores.
- La explotación del niño, en sus distintas formas.
- El impacto sobre los derechos humanos de los niños, causado por factores socioeconómicos.

Asimismo, la Relatoría se impuso como primera tarea revisar los estudios y avances legislativos y organizativos en estas materias, a fin de no duplicar y en cambio aprovechar esfuerzos de otras organizaciones o expertos.

Además, se propuso como una de las metas de la Relatoría, preparar un posible pedido de Opinión Consultiva a la Corte Interamericana sobre adecuación de prácticas actuales a la Convención Americana.

²⁸² Vid, CIDH, Informe Anual 1998, Capítulo VI. En su recomendación de carácter general 5: “La Comisión recomienda a los Estado miembros que pongan especial atención en la protección integral de los derechos del niño. Con este propósito, la Comisión hace un llamado a los Estados miembros para que cooperen y colaboren con la Relatoría Especial sobre Derechos del Niño”, en www.cidh.org.

Ahora bien, haciendo un breve recorrido de la labor desarrollada por esta Relatoría Especial, podemos señalar:

En el año 1999, el Relator de Derechos del Niño, informó de su participación en la reunión técnica de “Violencia y Explotación Sexual de Niños y Niñas en América Latina y el Caribe”, organizada por el Instituto Interamericano del Niño.

Igualmente, informó a propósito del trabajo de la Relatoría sobre un análisis de los derechos garantizados en la Convención Americana, con relación a los niños y adolescentes²⁸³.

En el año 2000, la Relatoría²⁸⁴ continúa desarrollando su labor. Posteriormente, en el año 2001, la Comisión hace hincapié en que la promoción de los derechos humanos de la niñez constituye una prioridad para ella, conforme a las directrices de la Declaración, la Convención Americana y los estándares establecidos por otros instrumentos internacionales. Conforme a ello, la Relatoría se propuso desarrollar actividades de promoción y defensa con el fin

²⁸³ Vid, CIDH, Informe Anual 1999, Capítulo I. En su recomendación de carácter general VII: “La Comisión insta a los Estados miembros a que cumplan de manera cabal y definitiva con el desafío de proteger a la niñez y adoptar acciones positivas para garantizar su seguridad, salud y educación”. Por otra parte, se efectúa una recomendación especial sobre la erradicación del reclutamiento y la participación de niños en conflictos armados, en www.cidh.org.

²⁸⁴ Vid, CIDH, Informe Anual 2000, Capítulo I. En su recomendación de carácter general IV: “La Comisión insta a los Estados miembros a que cumplan de manera cabal y definitiva con el desafío de proteger a la niñez y adoptar acciones positivas para asegurar que los menores de 15 años no trabajen, y para garantizar su seguridad, salud y educación. Las labores de los menores que trabajan deben estar

de contribuir a que los Estados miembros cumplan de manera cabal y definitiva con el desafío de proteger a la a niñez y adoptar acciones positivas para garantizar la seguridad, la salud y la educación de los niños que habitan el continente²⁸⁵.

En este marco, se firmó un Convenio de Cooperación Técnica entre el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) y la Organización de los Estados Americanos (OEA), para el fortalecimiento de la Relatoría de los Derechos de la Niñez de la Comisión. Dicha iniciativa ayudará a impulsar que los Estados otorguen importancia y prioridad al tema y asuman compromisos políticos y económicos e implementen estándares internacionales sobre los derechos humanos de la niñez en los sistemas nacionales.

En el año 2002, el Dr. Helio Picudo, Relator de los Derechos del Niño, fue reemplazado por la Relatora Sra. Susana Villarán²⁸⁶. Por otra parte, se consideró el plan de trabajo a ser implementado por

subordinadas a su educación y desarrollo que, como mínimo, debe incluir la instrucción primaria obligatoria y sin costo, y debe garantizar el acceso a la educación secundaria”, en www.cdi.org.

²⁸⁵ Vid, CIDH, Informe Anual 2001, Capítulo I. En igual sentido, en la recomendación IV, de carácter general, formulada por la Comisión “insta a los Estados miembros a que cumplan de manera cabal y definitiva con el desafío de proteger a la niñez y adoptar acciones positivas para asegurar su desarrollo humano, su seguridad, salud y educación”, en www.cidh.org.

²⁸⁶ El 27 de marzo de 2002 el Consejo Permanente de la Organización eligió a la Sra. Susana Villarán, en reemplazo del Dr. Diego García-Sayán, como miembro de la Comisión.

la Relatoría de Derecho de la Niñez, con base al ya aludido, proyecto financiado por el Banco Interamericano de Desarrollo²⁸⁷.

Finalmente, en el presente año, la Asamblea General de la OEA aprobó la Resolución AG/RES. 1951 (XXXIII-O/03)²⁸⁸ “Promoción y Protección de los Derechos Humanos de la Niñez en las Américas”, en la cual, reconociendo tanto los aportes del Instituto Interamericano del Niño como el papel de la Relatoría Especial de la Niñez de la Comisión Interamericana, resolvió, en su punto 2: “Solicitar a la Relatoría Especial de la Niñez de la Comisión que continúe prestando especial atención a la protección y promoción de los derechos humanos de la niñez en el Hemisferio, y reconocer la labor que dicha Relatoría viene realizando, en especial, con respecto a la promoción de los mecanismos del sistema interamericano de derechos humanos en este tema.

²⁸⁷ Vid, CIDH, Informe Anual 2002, Capítulo I. En su recomendación general IV “La Comisión insta a los Estados miembros a que cumplan de manera cabal y definitiva con el desafío de proteger a la niñez y adoptar acciones positivas para asegurar su desarrollo humano, su seguridad, salud y educación”. Asimismo, la Comisión hace ver que prosiguió su labor con relación a la situación de grupos especialmente vulnerables, a través del trabajo de sus relatorías especiales para los derechos de los niños, las mujeres, los pueblos indígenas, y los trabajadores migratorios, el cual aparece reflejado en el capítulo VI del presente informe anual, en www.cidh.org.

²⁸⁸ Aprobada por la Asamblea General, en la cuarta sesión plenaria, celebrada el 10 de junio de 2003.

2. Corte Interamericana de Derechos Humanos²⁸⁹.

Es el órgano jurisdiccional autónomo de la Organización de Estados Americanos (OEA), de origen convencional, creada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

a. Jurisdicción contenciosa de la Corte.

i. Competencia en casos individuales.

Mediante el ejercicio de la jurisdicción contenciosa, la Corte es competente para decidir sobre la existencia o no de una violación de la Convención Americana, por parte de un Estado, y para disponer una indemnización a favor de las víctimas o sus derechos habientes.

No obstante, para que la Corte pueda ejercer esta competencia, es preciso que se cumplan ciertos requisitos²⁹⁰:

En primer lugar, es imprescindible que el Estado denunciado sea parte en la Convención Americana y haya hecho la aceptación de jurisdicción contenciosa²⁹¹. Es decir, la legitimación pasiva sólo es para Estados que hayan ratificado el Pacto San José de Costa

²⁸⁹ En adelante la Corte o la Corte Interamericana.

²⁹⁰ SALVIOLI, OMAR FABIAN, Los Derechos Humanos en la Organización de los Estados Americanos, en www.iin.oea.org

Rica y que además hayan realizado una declaración expresa reconociendo la competencia contenciosa de la Corte para que se tramite un caso contra él.

En segundo lugar, desde el punto de vista de la legitimación activa, sólo están habilitados para llevar un caso ante la Corte, la Comisión Interamericana y los Estados Partes de la Convención²⁹². Es decir, que la víctima o los particulares que poseen una legitimación tan amplia frente a la Comisión Interamericana pierden su *locus standi* ante la Corte.

En tercer lugar, el caso de haberse tramitado antes por la Comisión Interamericana. Al respecto, la Corte considera que pueden verse perjudicados los derechos de la víctima si no se ventila el caso antes en la Comisión.

ii. **Caso “Villagrán Morales y otros”.**

Bajo la rótula de este caso, subtítulo como caso de los “Niños de la calle”, se inicia el derrotero hacia la *visualización* de los derechos de los niños en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Este caso permitió que, por primera vez, la Corte se expediera sobre la violación al artículo 19 de la

²⁹¹ Convención Americana, artículo 62.

²⁹² Convención Americana, artículo 61.

Convención Americana que trata del derecho del niño a ser destinatario de todas aquellas medidas especiales de protección que por su condición requiere²⁹³.

- **Los hechos que motivaron el caso.**

A partir de 1990, ocurrió el secuestro, tortura y muerte, por parte de agentes del Estado de Guatemala, de las víctimas Astraum Villagrán Morales, Henry Giovanni Contreras, Federico Clemente Figueroa Túnchez, Julio Roberto Caal Sandoval y Jovito Josué Juárez Cifuentes.

La particularidad del caso, es que de las cinco víctimas, tres tenían menos de dieciocho años al momento de ocurrir los hechos. O sea, y de conformidad al artículo 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño, estas tres víctimas eran niños.

Esto fue el factor que determinó que la causa se encuadrará y –por ende se defendiera– como una causa de niños. Y más específicamente como un caso de “niños de la

²⁹³ BELLOF, MARY, Los Derechos del Niño en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Cuando un caso no es “el caso”. Comentario a la sentencia Villagrán Morales y otros (Casos de los “Niños de la calle”)., Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derechos?, Año 1, Editor Fabián J. Di Placido, Buenos Aires, Argentina, 2001, pp.395 a 416.

calle”, atendido a que las víctimas, además de ser niños, podían ser encasillados bajo esta categoría de niños que hacen de las calles su espacio.

- **Aspectos relevantes del fallo.**

Al conocer de este fallo, la Corte resolvió, en su sentencia de 19 de noviembre de 1999, que el Estado de Guatemala violó, en perjuicio de las víctimas, el derecho a la vida, derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, derecho a la libertad personal, derecho a la integridad personal, garantías judiciales, protección judicial, derechos del niño, y los artículos 1, 6, y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Ahora bien, de todas estas violaciones imputadas, especial mención nos merece en esta oportunidad, lo dicho por la Corte en relación a la violación de derecho a la vida y a la violación de los derechos del niño, por su riqueza jurisprudencial.

En cuanto a la violación del derecho a la vida²⁹⁴, la Corte sostuvo expresamente que, el derecho a la vida es un derecho humano fundamental, cuyo goce es un requisito para el disfrute de todos los demás derechos. De no ser respetado, todos los derechos carecen de sentido. En razón del carácter fundamental del derecho a la vida, no son admisibles enfoques restrictivos del mismo. En esencia, el derecho fundamental a la vida comprende, no sólo el derecho de todo ser humano de no ser privado de la vida arbitrariamente, sino también el derecho a que se le impida el acceso a condiciones que le garanticen una existencia digna²⁹⁵.

De este modo, queda reflejada, por un parte, la clara evolución del derecho a la vida, en el entendido, de que como derecho fundamental, además de inderogable, requiere también de medidas positivas de protección, y por otra, la interdisciplinarietà de los derechos.

²⁹⁴ Convención Americana, artículo 4.

²⁹⁵ Corte Interamericana, Caso Villagrán Morales y otros, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C N°63, párr. 144.

Con idéntico criterio, en el voto concurrente conjunto, los jueces A. A. Cançado Trindade y A. Abreu Burelli sostuvieron que, el derecho a la vida implica no sólo la obligación negativa de no privar de la vida arbitrariamente, sino también la obligación positiva de tomar las medidas necesarias para asegurar que no sea violado aquel derecho básico.

La privación arbitraria de la vida, no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. Esta visión conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e invisibilidad de los derechos humanos.

La protección de los más débiles –como los niños en la calle– requiere en definitiva una interpretación del derecho a la vida de modo que comprenda las condiciones de vida digna. De ahí la inexorable vinculación entre el artículo 4 y el artículo 19.

Los juristas agregan, además, que en el caso de Villagrán Morales, se daba la circunstancia agravante de que la vida

de los niños ya carecía de cualquier sentido, es decir, los niños victimizados ya se encontraban privados de crear y desarrolla un proyecto de vida y aun procurar un sentido para su propia existencia.

El proyecto de vida es consustancial del derecho a la existencia, y requiere para su desarrollo condiciones de vida digna, de seguridad e integridad de la persona humana,

En cuanto a la violación de los derechos del niño²⁹⁶, la Corte sostuvo expresamente que a la luz del artículo 19 de la Convención Americana, reviste especial gravedad el que pueda atribuirse a un Estado Parte, el cargo de haber aplicado o tolerado una práctica sistemática de violencia contra los niños en situación de riesgo, como los “niños de la calle”, los hacen víctima de una doble agresión. 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

²⁹⁶ Convención Americana, artículo 19.

alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que 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 vida²⁹⁷.

Por otra parte, la Corte expresa que tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la disposición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.

La Convención sobre los Derechos del Niño contiene diversas disposiciones que guardan relación con la situación de los “niños de la calle” y pueden arrojar luz, en conexión con el artículo 19 de la Convención Americana, sobre la conducta que el Estado debió haber observado. Estas son el artículo 2 (no discriminación); el artículo 3 (interés superior del niño); el artículo 20 (protección de los

²⁹⁷ Corte Interamericana, Caso Villagrán Morales y otros, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C N°63, párr. 191.

niños privados de su medio familiar); el artículo 27 (nivel de vida) y el artículo 37 (tortura y privación de libertad).

Dichas normas permiten precisar, en variadas direcciones, los alcances de las “medidas de protección”, a que alude el artículo 19 de la Convención Americana. Entre ella merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial de los niños, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación.

- **Aspectos cuestionados del fallo.**

A pesar del innegable valor de la sentencia, para algunos, la Corte pudo haber llegado mucho más lejos con este fallo.

En esencia se cuestiona que la Corte no haya avanzado en el sentido de determinar cual debería ser el contenido de las medidas especiales de protección que el Estado está obligado a adoptar respecto de sus habitantes menores de dieciocho años de edad. Y que lo poco que determinó

refleja una concepción tutelar que la Convención sobre los Derechos del Niño pretende superar²⁹⁸.

En definitiva, se critica que la Corte no haya definido las medidas de protección, y que sólo se haya limitado a señalar las que a su juicio eran destacables.

Ello sumado a que después, se hacen referencias a los registros “archivos delincuenciales” de una de las víctimas. Lo que incluso lleva a la Corte a considerar que, si los Estados tienen elementos para creer que los niños de la calle, están afectados por factores que pueden inducirlos a cometer actos ilícitos, o disponen de elementos para concluir que los han cometido, en casos concretos, deben extremar las medidas de prevención. Cuando el aparato estatal tenga que intervenir ante las infracciones cometidas por menores de edad, debe hacer los mayores esfuerzos para garantizar la rehabilitación de los mismos, en orden a “permitirles que desempeñen un papel constructivo en la sociedad”²⁹⁹.

²⁹⁸ BELLOF, MARY, Los Derechos del Niño en el Sistema Interamericano..., Ob. cit. p. 414 y ss.

²⁹⁹ Corte Interamericana, Caso Villagrán Morales y otros, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C N°63, párr. 197.

Esto no es otra cosa, que la denominada *criminalización de la pobreza*, característica propia del modelo tutelar de protección de la infancia, que une irreduciblemente pobreza con delincuencia, y que cobra toda fuerza no sólo en este párrafo, sino que también el párrafo 79 del fallo, al establecer que: en la época en que sucedieron los hechos, existía en Guatemala un patrón común de acciones al margen de la ley, perpetradas por agentes de seguridad estatales, en contra de los “niños de la calle”, esta práctica incluía amenazas, detenciones, tratos crueles, inhumanos y degradantes y homicidios como medio para contrarrestar la delincuencia y vagancia juvenil (supra, párr. 59.c.).

Estos párrafos reflejan, en consecuencia, que la sentencia desgraciadamente no logra superar el modelo que asocia pobreza con delincuencia, propio de la concepción tutelar.

b. Opinión Consultiva de la Corte.

i. Competencia no contenciosa.

De conformidad a lo dispuesto en el artículo 64 de la Convención Americana, se permite a los Estados miembros de la OEA y, en lo que les compete, a los órganos enumerados en el capítulo X de la Carta de la OEA, consultar a la Corte acerca de la interpretación

de la Convención o de otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos. Permite también a los Estados miembros solicitar una opinión sobre la compatibilidad de cualquiera de sus leyes internas y los mencionados instrumentos internacionales.

De este modo, el objeto de las consultas que se formulan a la Corte pueden estar únicamente referidas a la interpretación Convención Americana o a otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos que digan relación con los Estados Miembros de la OEA.

En este sentido, como ha dicho la propia Corte, la labor interpretativa que debe cumplir en ejercicio de su competencia consultiva busca no sólo desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos, sino, sobre todo, asesorar y ayudar a los Estados miembros y a los órganos de la OEA para que cumplan de manera cabal y efectiva sus obligaciones internacionales en la materia. Se trata, en efecto,

de interpretaciones que contribuyan a fortalecer el sistema de protección de los derechos humanos³⁰⁰.

Dichas opiniones se caracterizan por carecer de efecto vinculante, característica emanada de su propia naturaleza y finalidad. En particular, en el sistema interamericano, las opiniones consultivas se encuentran orientadas a coadyuvar al cumplimiento de las obligaciones internacionales de los Estados Americanos en lo que |dice relación con la protección de los derechos humanos, así como el cumplimiento de sus atribuciones por parte de los órganos de la OEA. Dicho fin de coadyuvante, es distinto al del sentenciador y por ello que la naturaleza y efectos de la sentencia también lo son.

Sin embargo, es claro que en el actual estadio de desarrollo del sistema interamericano las opiniones consultivas tienen innegables efectos jurídicos, morales y políticos. Pretender negar tales efectos por cuestiones meramente procesales es contrario a la interpretación teleológica que debe guiar el estudio y aplicación

³⁰⁰ Corte Interamericana, Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 12 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-14/94, de 9 de diciembre de 1994. Serie A N°14, párr. 23.

de las normas relativas a la protección de los derechos humanos³⁰¹.

ii. Opinión Consultiva OC-17/2002 “Condición Jurídica y Derechos Humanos de los Niños”.

Bajo el marco ya descrito, es que debemos abordar la opinión consultiva relativa a la “Condición Jurídica y Derechos Humanos de la Infancia”, es decir, desde la perspectiva positiva de valorar y extraer los criterios e interpretaciones develados por este órgano, como un importante precedente, en orden a promover, proteger y garantizar los derechos humanos de los niños.

- Planteamiento de la consulta.

Con fecha 30 de marzo de 2001, la Comisión Interamericana, sometió a la Corte Interamericana una solicitud de opinión consultiva sobre la interpretación de los artículo 8 y 25 de la Convención Americana, con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen límites al arbitrio o discrecionalidad de los Estados”, en relación a niños, y asimismo solicitó la

³⁰¹ MEDINA, CECILIA, El Sistema Interamericano de Promoción y Protección de los Derechos Humanos,

formulación de criterios generales válidos sobre la materia dentro de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En criterio de la Comisión, en distintas legislaciones y prácticas de los países americanos, la vigencia de los derechos y garantías reconocidos en los artículos 8 y 25 por la Convención Americana, no es plena respecto a los niños como sujetos y actores en jurisdicción penal, civil y administrativa, por asumirse que la obligación de protección por el Estado para suplir la falta de plenitud de juicio de los menores, puede hacer pasar a segundo plano dichas garantías. Lo que implica que los derechos de los menores de edad a las garantías judiciales y a la protección judicial pueden ser menoscabados o restringidos. Por ende también otros derechos, cuya vigencia depende de la efectividad de las garantías judiciales como los derechos a la integridad personal, la libertad personal, a la protección de la honra y la dignidad, y a la protección de la familia.

Ante ello, la Comisión solicitó a la Corte que, específicamente, se pronunciara sobre la compatibilidad de

determinadas medidas adoptadas por algunos Estados, con los artículos 8 y 25 de la Convención. Estas medidas son:

- a) la separación de jóvenes de sus padres y/o familia por considerarse, al arbitrio del órgano decidor y sin debido proceso, que sus familias no poseen condiciones para su educación y mantenimiento;
- b) la supresión de la libertad a través de la internación de menores, por considerárseles abandonados o proclives a hacer en situaciones de riesgo o ilegalidad, causales que no configuran figuras delictivas, sino condiciones personales fundamentales del menor;
- c) la aceptación en sede penal de confesiones de menores obtenidas sin las debidas garantías;
- d) la tramitación de juicios o procedimientos en los que se determinan los derechos fundamentales del menor, sin la garantía de defensa del menor;
- e) la determinación en procedimientos administrativos y judiciales de derechos y libertades sin la garantía al derecho de ser oído personalmente y la no consideración de la opinión y preferencias del menor en esa determinación.

Como no ha de querer la Comisión, que se reflexione y opine sobre tales medidas, si con ellas, en nada se respeta la condición de los niños y adolescentes como sujetos de

derechos, presupuesto básico del modelo de protección integral que –como analizamos en su momento– sustenta la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales de las Naciones Unidas.

- **Aportes de la Comisión a la opinión consultiva.**

No sólo fue la gestora de la opinión consultiva, sino que además la Comisión participó en las audiencias convocadas para estos efectos. Dichas intervenciones constituyen en valioso aporte doctrinario.

En palabras de la propia Comisión, la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño constituyó “la culminación de un proceso durante el cual se construyó el llamado modelo o doctrina de la protección integral de los derechos del niño. Sistema que se caracteriza por: reconocer a los niños como sujetos de derechos y la necesidad de brindarles medidas especiales de protección, las cuales deben impedir intervenciones ilegítimas y prever prestaciones positivas; haber surgido con base en “los aspectos críticos” del modelo de la “situación irregular”; dejar atrás la “judicialización “ de asuntos exclusivamente sociales y el internamiento de los niños o jóvenes cuyos

derechos económico, sociales y culturales se encuentran vulnerados; evitar la utilización de “eufemismos justificados por el argumento de protección”, lo cual impide emplear los mecanismos de protección de derechos fundamentales; brindar un trato diferenciado entre los niños cuyos derechos se encuentran vulnerados, y aquellos otros a quienes se les imputa la comisión de un hecho delictivo; adoptar las medidas de protección que promuevan los derechos del niño; desarrollar políticas públicas universales, así como focalizadas y descentralizadas, tendientes a hacer efectivos los derechos de los niños; y establecer un sistema de responsabilidad especial de adolescentes, respetuosos de todas las garantías materiales y procesales.

Con este nuevo modelo, entonces, los Estados se comprometen a transformar su relación con la infancia, abandonando la concepción del niño como “incapaz” y logrando el respeto de todos sus derechos, así como el reconocimiento de una protección adicional.

Asimismo, la Comisión enfatiza la protección de la familia por ser el lugar por excelencia donde deben efectivizarse los derechos de los niños, niñas y adolescentes. Esta

protección a la familia se basa en principios tales como: la importancia de la familia como el ente de crianza y principal núcleo de socialización del niño; el derecho del niño a tener una familia y convivir con ella, de manera que se evite la desvinculación de sus padres biológicos o de su familia extendida; y que en caso de no ser ello posible, se deben buscar otras modalidades de ubicación familiar o recurrir a entidades de abrigo de la comunidad; y la desjudicialización de los asuntos relativos a cuestiones económicas y adopción de programas de ayuda social al grupo familiar, tomando en consideración que la simple falta de recursos del Estado no justifica la ausencia de estas políticas.

Por otro lado, 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 derechos de los niños, que puede servir de “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.

Dichos instrumentos desarrollan la protección integral de los niños y adolescentes, esta implica considerar al niño como sujeto de derechos y reconocer garantías con que cuenta en cualquier procedimiento en que el se afecten esos derechos. Entre las garantías que deben observarse en cualquier proceso en el que se determine derechos de un niño, destacan: juez natural; derecho a ser juzgado por un juez competente, independiente, imparcial y establecido con anterioridad por la ley; presunción de inocencia, no se puede tratar como culpable a un niño de haber cometido un delito, sino hasta que se haya establecido su responsabilidad; derechos de defensa, lo que implica varios derechos, a su vez, contar con el tiempo y medios para preparar la defensa, tener intérprete o traductor, ser oído, conocer la acusación e interrogar y presenta testigos; doble instancia, el niño debe gozar del derecho a que un tribunal revise la medida que la ha sido impuesta, para controlar así el poder de las autoridades; non bis in idem, garantía de que un niño que ha sido procesado por determinados hechos no puede ser enjuiciado nuevamente por los mismos hechos; y publicidad, garantía de tomar en consideración la privacidad del niño, sin disminuir el

derecho de defensa de las partes ni restar transparencia a las actuaciones judiciales.

Para finalizar, la Comisión manifiesta que la Convención sobre los Derechos del Niño debe ser utilizada por los órganos del sistema interamericano de protección de los derechos humanos en la interpretación de todas las normas de la Convención Americana, en aquellos asuntos que involucren a niños, en particular en lo relativo a la interpretación y aplicación del artículo 19 de la Convención Americana. La aplicación de esta última disposición debe hallarse “precedida y acompañada” por el respeto a las garantías contempladas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana.

- **Opinión emitida por la Corte.**

La Corte expresamente señaló en relación al artículo 19 de la Convención Americana, que ordena adoptar medidas especiales de protección a favor de los niños, que vale destacar que cuando fue elaborado existía la preocupación por asegurar al niño la debida protección, mediante mecanismos estatales orientados al efecto. Pero que hoy en día debe darse una interpretación dinámica de este

precepto, que responda a las nuevas circunstancias sobre las que debe proyectarse y atienda a las necesidades del niño como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección³⁰².

Sobre la base de tal planteamiento, la Corte emite la siguiente opinión:

Reconocimiento como sujeto de derecho: expresa que de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana, los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección.

Principio del “interés superior del niño”: señala que dicha expresión consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño.

³⁰² Corte Interamericana, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, Opinión Consultiva OC-

Protección de la familia: enfatiza que la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos. Por ello, el Estado debe apoyarla y fortalecerla, a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función.

En este sentido, agrega que debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño con su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo, en función de su interés superior. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal.

Derecho a la vida: expresa que este derecho en relación a los niños, abarca no sólo las prohibiciones, entre ellas, la de la privación arbitraria, establecida en el artículo 4 de la Convención Americana, sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas³⁰³.

17/2002, de 28 de agosto de 2002, Serie A. No. 17, párr. 28.

³⁰³ Vid, Corte Interamericana, Caso Villagrán Morales y otros, Sentencia de 19 de noviembre de 1999, Serie C N°63.

Protección de los derechos, afirma que la verdadera y plena protección de los niños significa que estos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos, los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos de niños.

En particular, los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, conforme a los artículos 19 y 17, en relación con el artículo 1.1. de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones inter-individuales o con entes no estatales.

Procedimientos en que se resuelven derechos de los niños:

sostiene que en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural –competente, independiente e imparcial–, doble

instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentren los niños y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre la intervención personal de dichos procedimientos y las medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos.

Infracción de ley penal: manifiesta que los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictuosa deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ello pueden adoptar.

Separación entre lo punitivo y lo proteccional, establece que la conducta que motive la intervención del Estado en los casos de comisión de un delito, debe hallarse descrita en la ley. Otros casos como son los de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos de forma

diferente, a los que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurren en conductas típicas. Sin embargo, en dichos casos es preciso observar, igualmente, los principios y las normas del debido proceso legal.

Por último, la Corte admite que es posible emplear vías alternativas de solución de las controversias que afecten a niños, sin embargo, advierte que es preciso regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se alteren o disminuyan los derechos de aquellos.

3. Instituto Interamericano del Niño (IIN).

En el Sistema Interamericano existe un organismo especializado dedicado especialmente a los problemas de la infancia. Es el Instituto Interamericano del Niño, cuya sede está en Montevideo, Uruguay³⁰⁴.

Concretamente, es el órgano que según su propio Estatuto³⁰⁵, tiene por fin “promover el estudio de los problemas de la maternidad, de la infancia, de la

³⁰⁴ GROS ESPIELL, HECTOR, Ob. cit., p. 120.

³⁰⁵ Artículo 1, Estatutos del IIN, reformados en el marco de la 77° Reunión del Consejo Directivo, celebrada del 13 al 15 de mayo de 2002, en Washington D.C., Estados Unidos.

adolescencia y de la familia en América, y la adopción de medidas susceptibles de aportar una solución a esos problemas.

Ahora bien, en la búsqueda de un mejor logro de esta labor, el Instituto Interamericano del Niño ha desarrollado un Plan Estratégico de Acción para los años 2000-2004, dentro del cual se enmarca la elaboración de un Prototipo Base de un Sistema Nacional de Infancia y Adolescencia. Ambos constituyen dos importantes herramientas de las que dispone los Estados de la Región, para la elaboración e implementación de sus políticas legales y sociales en favor de la infancia.

a. Plan Estratégico 2000-2004.

Dicha propuesta programática, intenta articular las políticas, los programas y las acciones del IIN, en materias de infancia y familia, y como tal:

- i. Ofrecer un espacio para el diálogo interamericano en torno a la niñez.
- ii. Impulsar la formulación de políticas regionales y nacionales con inclusión de los sectores públicos y privados, con responsabilidades compartidas, en dicho proceso.

- iii.** Promover las nuevas ideas y propuestas que hayan demostrado ser exitosas para el mejoramiento de la calidad de vida de los niños y niñas de la región y constituirse en un polo de convocatoria para la búsqueda de soluciones.
- iv.** Promover el gerenciamiento del aérea de la niñez, con rigor técnico y mediante metodología que incorporen sistemáticamente la evaluación de impacto y resultados.
- v.** Estimular la generación de alianzas estratégicas con otros Organismo del Sistema Interamericano y de las Naciones Unidas, con a finalidad de coordinar las políticas y la acción de la a región.
- vi.** Instrumentar a través de la elaboración del Informe Anual sobre La Situación de la Niñez en las Américas (mandato del Consejo Permanente de la OEA) la generación de los insumos básicos para la toma de decisiones políticas en la región.
- vii.** Promover la participación de las niñas y los niños y el derecho a ser escuchados, en todos los asuntos que le incumben de la vida civil, y a designar sus representantes en los foros nacionales e internacionales que se refieran a los temas de la niñez.

b. Prototipo Base de un Sistema Nacional de Infancia y Adolescencia.

Igualmente, el Instituto elaboró un Prototipo Base denominado Sistema Nacional de Infancia (SNI)³⁰⁶, con el propósito de que éste se constituya en un marco orientador y ordenador para los países, respecto de las acciones que el Estado u la sociedad civil deben realizar a favor de la infancia.

No da cuenta de la realidad de ningún país en particular, sino que constituye un instrumento para confrontar, diagnosticar y planificar los sistemas existentes con sus propias estructuras, políticas, programas, actores, instituciones y comunidad, en relación a todo lo concerniente a la niñez de cada país.

El Sistema Nacional de Infancia, tiene como paradigma la Convención sobre los Derecho del Niño, que concibe al niño como sujeto de derechos, merecedor de una protección integral en todas las circunstancias para poder crecer y desarrollarse como persona humana.

³⁰⁶ PROTOTIPO BASE SISTEMA NACIONAL DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA, Instituto Interamericano del Niño, marzo de 2003, en www.iin.oea.org.

i. Justificación.

- **Carencia de Integralidad.** En la mayoría de los países, existe un nivel de prestaciones hacia la infancia ligado a políticas sociales universales o bien a políticas especializadas.

Sin embargo, la experiencia indica que en la mayoría de los casos, las instituciones u Organismo, operan en forma desvinculada entre si, con programas y sistemas de información aisladas unos de otros, a veces repitiendo servicios o exigiendo de los usuarios procesos duplicados inútilmente.

- **Necesidad de un Modelo o Prototipo.** La existencia de un modelo o prototipo permitirá visualizar claramente a los actores, los servicios que cada uno entrega, las relaciones y articulaciones esperadas entre ellos, así como la retroalimentación de los procesos.

Es fundamental para la gerencia y el desarrollo organizacional en el área de la niñez y la adolescencia.

ii. Principios del Sistema.

- **Los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes son Derechos Humanos.** Los derechos de los niños no pueden separarse de los derechos humanos que gozan por igual los adultos. No obstante, adicionalmente los niños deben contar con derechos especiales, en tanto sujetos en desarrollo.
- **El Niño, Niña y el Adolescentes son Sujetos de Derechos.** Es una persona en un periodo especial de su vida, en el que está en juego el desarrollo de sus potencialidades, por lo que es un sujeto de derecho especialísimo, dotado de una protección complementaria.
- **El Interés Superior como Principio Rector.** Este principio debe concebirse, necesariamente, como la satisfacción de los derechos fundamentales del niño, y nunca puede aducir un interés de otro tipo como superior a la vigencia afectiva de estos derechos.
- **El Desarrollo Integral del Niño.** Genera un desafío integral para las políticas públicas de los países, en el sentido de que los programas, servicios y beneficios que se prestan a la infancia deben considerar simultáneamente componentes

que garanticen el bienestar físico, mental, afectivo, moral, social y ambiental de los niños.

- **La Universalidad.** Significa que deben existir oportunidades para todo el universo o población menor de 18 años en cada país, sin exclusiones.
- **Respeto por la Diversidades Nacionales.** El sistema debe ser un modelo general que permita orientar las políticas y acciones que desarrollan los diferentes países, respetando sus diferencias, ritmos e idiosincrasia, sin imponer estructuras ni procedimientos.
- **El Profesionalismo en la Gestión.** El trabajo a favor de la infancia no admite más la improvisación ni la politización. Es prioritario construir un sistema que permita destinar los recursos hacia quienes más lo necesitan, vigilar su administración y medir resultados e impacto. Un gerenciamiento técnico sostenible.

iii. **Sub-Sistemas de Protección.**

El Sistema Nacional de Infancia se articula en torno a Sub-Sistemas. Esta metodología, de des-construcción de cada una de sus partes o elementos, permite observar la atención de la infancia

desde una perspectiva mayor, facilitando el análisis de congruencias e incongruencias, así como vacíos, respecto a programas, actores y organismos.

Los tres Sub-Sistemas de Protección son:

- **Sub-Sistema de Protección Legal.** Integrado por las diferentes regulaciones jurídicas (códigos y leyes) construidas en cada país, respecto de la población menor de 18 años.
- **Sub-Sistema de Protección Judicial.** Integrado por las instancias encargadas de aplicar las leyes y Códigos concernientes a los menores de edad, en cada país.
- **Sub-Sistema de Protección Social.** Integrado por la red de organismos y programas vinculados al Estado y a las organizaciones sociales, a través de las cuales se abarque potencialmente a toda la infancia, sin que existan espacios de exclusión.

III. MECANISMOS EN EL SISTEMA NACIONAL.

El desarrollo de nuevos y más eficaces mecanismos de protección, tanto en el orden interno como en el internacional, pareciera ser el nuevo y más importante desafío que tenemos por delante.

Al menos, en el contexto internacional podemos confirmar que se han dado pasos adelante, como la posibilidad de la denuncia individual en materia de derechos humanos, o el establecimiento de un sistema de informes, de acuerdo a la Convención sobre los Derechos del Niño, pero hace falta la existencia de recursos rápidos y expeditos que permitan atender de inmediato las delicadas situaciones que en este campo se presentan³⁰⁷. Así como también es necesaria la creación de órganos encaminados a dar efectiva protección a los derechos.

Pues bien, antes de abordar algunas propuestas de tutela efectiva de los derechos de los niños, es pertinente referirse a los actuales mecanismos de protección que disponen los niños.

1. Mecanismos de protección actualmente disponibles.

El Estado debe proveer de mecanismos efectivos a las personas para el caso de amenaza o violación de sus derechos, ya que sin estos mecanismos y, por tanto, sin la posibilidad de exigir el cumplimiento de un derecho humanos, éstos quedan en el ámbito meramente declarativo.

A partir de esta premisa entonces, comentemos qué mecanismo de protección dispone la infancia en nuestro país.

³⁰⁷ PICASO, SONIA, Ob. cit., p. 74.

a. Acceso a los recursos jurisdiccionales.

Cuando se señala que un grupo o un individuo se encuentra en situación de vulnerabilidad significa que se ubica en una posición de desventaja para poder hacer efectivo sus derechos y libertades. Esto puede ocurrir tanto en el plano formal como material. En el primer caso, estamos frente a situaciones en las cuales el propio derecho ha institucionalizado la desigualdad y la ha traducido en norma. Sin embargo, suele ser mucho más común que la vulnerabilidad se produzca en el terreno de los hechos. Esto significa que aun cuando los derechos, las libertades y la igualdad de todos los individuos están reconocidos por el propio ordenamiento jurídico, en realidad no están las condiciones para que todos los grupos cuenten con ese conjunto garantías y libertades ofrecidas por el derecho³⁰⁸.

Este es el caso de la infancia, ya que niños y jóvenes, en cuanto titulares de derechos subjetivos públicos desde el punto de vista constitucional, se han vistos marginados y privados de hacer usos de los recursos o mecanismos jurisdiccionales que el ordenamiento les garantiza.

³⁰⁸ PEDROZA, SUSANA y GUTIERREZ, RODRIGO, Los niños y niñas como grupo vulnerable: una perspectiva constitucional, p. 104, en www.biblioteca juridica.org

Más precisamente, las garantías de las que se los ha privado, sin justo motivo, son nada más y nada menos que los mecanismos de protección previstos en la propia Constitución. Es decir:

- i. Recurso de protección:** Regulado en el artículo 20 de la Constitución, particularmente en el Capítulo III denominado de los derechos y deberes constitucionales, permite a cualquier persona que sufra privación, perturbación o amenaza en el legítimo ejercicio de derechos y garantías que el propio texto señala, a consecuencia de actos u omisiones arbitrarias o ilegales, la posibilidad de recurrir ante la Corte de Apelaciones respectiva (donde se realiza el acto de agravio). Sin embargo, para el caso del amparo del derecho de vivir en un medio ambiente libre de contaminación, la Constitución exige que sólo se puede recurrir en contra de un acto y no de una omisión y, además, impone como requisitos copulativos la arbitrariedad e ilegalidad, siempre que sea imputada a una autoridad o persona determinada.
- ii. Recurso de amparo:** El art. 21 de la Constitución establece el clásico recurso de amparo a quien se encuentre arrestado, detenido o preso con infracción a lo establecido en la constitución o las leyes. Sin embargo, este recurso extiende su garantía a cualquiera privación, perturbación o amenaza que una persona

pueda sufrir, de manera ilegal, en su derecho de libertad personal y seguridad individual. Es decir, el recurso de amparo garantiza los nuevos supuestos de regulación que establece el art. 19 N° 7 de la Constitución.

Al hacer un análisis de dichas acciones, es posible constatar que la Carta Fundamental no realiza distinciones de ninguna especie para el ejercicio de derechos. El artículo 19, por ejemplo, reconoce los derechos y garantías fundamentales a “todas las personas”. Por su parte, el artículo 20 permite recurrir a “el que”, es decir, a cualquier persona que sufra privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de alguno de los derechos que garantiza la Constitución. Es más: el auto acordado de la Corte Suprema sobre tramitación del recurso de protección, que data de 1992, sólo exige capacidad para comparecer en juicio al tercero que recurre a favor del afectado, pero no al afectado³⁰⁹.

Esto nos lleva a sostener, que el niño o el joven es sin discusión una persona y, por lo tanto, el acceso a los recursos jurisdiccionales le es aplicable a él cuando se trata de resolver sobre limitaciones a sus derechos, sea cual fuere la excusa bajo la cual tal limitación de derechos se lleva a cabo.

En efecto, por el simple hecho de ser personas, los niños y jóvenes disponen de todas las acciones y recursos previstos en el ordenamiento jurídico para la protección de sus derechos fundamentales. Les corresponden todos los derechos y garantías básicas que tanto la Constitución como las convenciones internacionales confieren a cualquier persona, sin distinción de edades, al considerarla digna.

El niño es una persona –si se quiere en formación– con todos los atributos y dignidades que a un ser humano le reconoce la cultura jurídica universal y local. El hecho de que se admita que existe una diferencia entre un niño y un adulto sólo autoriza a reconocerle más derechos (por ejemplo, educación, familia, etc.) y no a disminuir sus derechos en relación con los adultos³¹⁰.

No existe ninguna norma que impida instruir a los niños y jóvenes sobre el derecho al recurso que los asiste y el cual consagran las convenciones sobre derechos humanos, como en particular la Convención. Del mismo modo que no existe norma o principio alguno que impida conocer medios que permitan reexaminar la decisión.

³⁰⁹ CORDERO VEGA, LUIS, Los Particulares como Sujetos de Derechos en el Derecho Administrativo. Bases para una sistematización, en Revista de Derechos Público, N°64, Facultad de Derecho-Universidad de Chile, 2002.

³¹⁰ MAIER, JULIO. B., Los Niños como Titulares del Derecho al Debido Proceso, Revista Justicia y Derecho N°2, UNICEF, Buenos Aires, Argentina, 2000, p. 15.

a. Oficina de Protección de Derechos (OPD).

Desde la perspectiva de órganos de defensa de los derechos, también existe un mecanismo de protección del cual disponen los niños, el cual ha sido implementado por el Servicio Nacional de Menores (SENAME) en el marco de su proceso de reforma destinada a mejorar el sistema de justicia y protección de los niños y adolescentes del país.

Bajo esta óptica, se crearon las Oficinas de Protección de Derechos (OPD), que son instancias administrativas de carácter comunal, constituidas por un equipo profesional multidisciplinario (abogados, asistentes sociales, psicólogos y educadores), destinados a brindar protección integral a los niños y adolescentes que se encuentren en situación de exclusión social o vulneración de sus derechos.

Constituyen una puerta de entrada para los niños y adolescentes, excluidos y/o vulnerados en sus derechos, a los recursos y dispositivos protectores que el ámbito local les ofrece. Además, su acción permite evitar el innecesario e indiscriminado ingreso de niños y adolescentes al circuito de judicialización e institucionalización.

En palabras del propio SENAME, el trabajo de las OPD comprende dos áreas de intervención:

- i. Area de protección:** destinada a la atención psicosocial y asesoría legal de los niños y adolescentes y sus familias, cuando requieran de un servicio concreto como consecuencia de una situación de exclusión social (discriminación y falta de acceso a los servicios básicos), vulneración de derechos (maltrato, abuso sexual, etc.) o de la necesidad de defensa en la restauración de algún derecho (reparación del maltrato, restitución de su derecho a la educación, visita de los padres, etc.).
- ii. Area de gestión comunitaria:** orientada fundamentalmente a generar las condiciones para que se establezca una cultura de reconocimiento de los niños y adolescentes como sujetos de derecho. En este marco, las acciones de esta unidad deben, principalmente, facilitar la articulación, fortalecimiento e instalación de redes sociales, orientadas a establecer un circuito de derivación adecuado que garantice la protección de derechos esenciales.

Ahora bien, en relación con la cobertura de estas oficinas, cabe señalar que durante el año 2001 se pusieron en marcha 6 Oficinas de Protección de Derechos como programas piloto a nivel nacional, insertas en el proceso de reforma que –como dijimos–vive actualmente el SENAME. Estas se ubicaron en las comunas de Valparaíso; Talcahuano, Temuco,

asociación de comunas de Rengo; Malloa y Quinta Tilcoco y La Pintana y Cerro Navia. Posteriormente, en el año 2002 se instalaron otras 18 Oficinas de Protección de Derechos, esta vez, en las comunas de Calama; Copiapó; Coquimbo; Quillota, asociación de comunas de Petorca; la Ligua; Papudo; Cabildo y Zapallar; asociación de comunas de Graneros; Mostazal y Codegua; Constitución; Lota; asociación de comunas de Traiguén; Los Sauces; Lumaco Purén y Galvarino; asociación de comunas de Isla Grande de Chiloé; Coyhaique; Quilicura; Nuñoa; Lo Prado; Macul; San Bernardo y La Granja.

2. Propuesta de un Modelo de Protección de los Derechos de la Infancia.

Considerando los escasos y precarios mecanismos con que cuenta la infancia para defender y proteger sus derechos, urge implementar un sistema de protección integral, que asegure la protección de los derechos del niño en todas sus áreas.

Un sistema de protección amplio y coordinado, que comprenda mecanismos de fiscalización, acción y monitoreo de la realidad de los derechos de los niños, cualquiera sea su naturaleza jurídica, no obstante la necesaria coordinación que debe existir con los Juzgados de Menores, los servicios competentes dependientes del Gobierno, y los futuros Tribunales de Familia. De lo que se

trata es de introducir órganos independientes en su funcionamiento, pero con intereses y objetivos convergentes³¹¹.

De este modo, en el modelo de mecanismos de protección que a continuación se expone, podemos distinguir:

a. Órganos de Defensa de los Derechos de la Infancia.

i. Defensoría de los Derechos del Niño.

La labor de fiscalización y monitoreo de la práctica de los derechos del niño podría entregarse a un órgano especializado denominado “Defensoría de los Derechos del Niño”, cuyo objetivo primordial sea la defensa de los derechos de los niños frente a acciones u omisiones de personas naturales o jurídicas –sean estas de carácter público o privado– que vulneren o amenacen con vulnerar los derechos de los niños.

Dicho órgano estaría en la base de un sistema técnicamente idóneo, autónomo y dotado de autoridad, que represente los derechos de la infancia en la práctica nacional, regional y local, dentro y fuera de un proceso judicial, frente a los posibles

³¹¹ Propuesta realizada íntegramente conforme a la Consultoría para el SENAME en relación a la Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Infancia, elaborada por el Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Diego Portales, profesor Javier Couso Salas, 2000, sin publicar.

conflictos que se pudiesen generarse con ocasión de la exigibilidad de los derechos de los niños.

La Defensoría de los Derechos del Niño tendría como función principal la de monitorear y fiscalizar la plena y eficaz realización de los derechos de los niños. Pero además de las facultades de monitoreo y fiscalización ya mencionadas, la Defensoría del Niño debería tener también facultades o atribuciones resolutorias destinadas a reestablecer el imperio del derecho en lo que dice relación con los derechos de la infancia.

La Defensoría del Niño debería servir como una primera instancia de solución de los potenciales conflictos que se susciten en la aplicación de los derechos de la infancia entre particulares y organismo públicos o privados que ejerzan funciones públicas.

Finalmente, en casos de infracciones gravísimas o masivas; en el caso de delitos o prácticas sistemáticas de desconocimiento de los derechos de los niños; o en que se requiera de resoluciones judiciales para deslegitimar esas prácticas, la Defensoría podría resolver remitir los antecedentes al Fiscal del Ministerio Público competente en asuntos de menores, para que este represente ante los tribunales los intereses de los niños afectados.

ii. Fiscalía de los Derechos del Niño.

Cuando las violaciones a los derechos de la infancia sean causadas por organismos públicos o cuando siendo el producto de acciones u omisiones de entes privados, estas revistan especial gravedad o masividad, y sea necesaria la intervención de la justicia ordinaria, los intereses de los niños afectados podrían estar representados ante los tribunales por una fiscalía especialmente creada al efecto, denominada “Fiscalía de los Derechos del Niño”. Esta debería representar también los intereses de los niños afectados en el caso que una resolución de la Defensoría de los Derechos del Niño sea impugnada judicialmente.

La Fiscalía de los Derechos del Niño estaría al servicio y bajo la supervisión de la Defensoría del Niño, debiendo seguir las instrucciones que le imparta esta última en los casos en que fuera necesaria su intervención.

b. Acciones Especiales para la Infancia.

Complementando los órganos de protección de los derechos de la infancia, un adecuado modelo de protección debería contemplar la

introducción mecanismos procesales³¹². En esta propuesta se contemplan dos, uno administrativo y el otro jurisdiccional, que podrían estar a disposición de los niños afectados para que estos reclamen la intervención de la Defensoría de los Derechos del Niño y la Corte de Apelaciones respectiva.

i. Acción Especial de Protección del Niño.

El primer mecanismo procesal que se propone es de carácter administrativo, y permitiría a los niños afectados o a sus representantes recurrir a la Defensoría del Niño en el caso que sus derechos sean transgredidos. Este recurso administrativo, que se denomina Acción Especial de Protección de los Derechos del Niño, estaría destinada a llevar al conocimiento de la Defensoría situaciones de transgresión a los derechos de la Infancia cometidas por personas naturales o jurídicas, de carácter privado o público.

Lo relevante es que dicha acción debería poder ser interpuesta por los propios niños afectados, los que podrían ocurrir por sí mismos, sin importar la edad que tengan, así como por sus

³¹² Es la línea de trabajo que está desarrollando el Ministerio de Justicia y el SENAME. En el Anteproyecto de Ley de Protección de los Derechos de los Niños, se contempla, hasta este momento, una Acción Especial de Protección a interponerse ante los futuros Tribunales de Familia.

representantes legales. Asimismo, podría ser interpuesta por personas o instituciones interesadas en invocar derechos o intereses de la infancia de carácter difuso, es decir, que afecten indeterminadamente a grupos de niños.

Los requisitos de interposición de esta acción especial, por tanto, deben ser mínimos, bastando la sola concurrencia de los afectados o de quienes hagan la denuncia a nombre de los últimos a cualquiera de las sedes de la Defensoría de la Infancia.

El objeto de esta acción de carácter administrativo es allanar el camino de los niños afectados por acciones u omisiones de personas o entidades públicas o privadas para que estos puedan requerir la intervención de la Defensoría de los Derechos del Niño para que esta vele por sus derechos.

Dada la necesidad de adecuar nuestra legislación a las necesidades y condiciones de la infancia, esta acción especial debe estar especialmente diseñada para que pueda ser utilizada por los propios niños, sin importar la edad que tengan. Para estos efectos, se busca simplificar al máximo los requisitos formales de esta acción, de manera tal que sea realmente una herramienta al servicio de la infancia.

ii. Recurso de Protección de los Derechos del Niño.

Sin perjuicio de la posibilidad de ejercitar la Acción Especial de Defensa de los Derechos del Niño ante la Defensoría del Niño, y especialmente para el caso que esta última no respondiese satisfactoriamente a lo solicitado por los afectados, estos podrían acudir directamente a la Corte de Apelaciones respectiva para que ellas reestablezcan el imperio del Derecho.

Esta acción, que se denominaría Recurso de Protección de los Derechos de la Infancia, se tramitaría de la misma forma que el Recurso de Protección establecido en la Constitución Política de 1980.

El aspecto más importante de este nuevo recurso, es que permitiría que las Cortes de Apelaciones puedan conocer, en un procedimiento rápido y sumario, violaciones a los derechos de la Infancia que en la actualidad no pueden ser invocados utilizando el recurso de protección ordinario, que sólo protege algunos de los derechos y garantías constitucionales que reconoce nuestra Constitución Política, excluyendo a los derechos económicos, sociales y culturales.

El Recurso de Protección de los Derechos de la infancia debería ser presentado ante la Corte de Apelaciones en cuya jurisdicción

hubiese ocurrido el acto u omisión violatorio de los derechos de la infancia. Esta acción puede ser presentada por los niños afectados, por sus representantes legales, así como por cualquiera otra persona a nombre de los niños afectados, aún cuando no tengan mandato especial para ello, los que también podrán actuar en defensa de intereses de la infancia difusos.

Los requisitos formales para la presentación del recurso deben ser los mismos que los establecidos para el Recurso de Protección ordinario, bastando la sola comparecencia del afectado, o, en el caso que alguien recurra a nombre de otros o se defiendan intereses de la infancia difusos, la sola presentación de un escrito simple y aún una petición enviada por telégrafo, télex o correo electrónico.

En cuanto a la tramitación, la tramitación del Recurso de protección de los Derechos de la Infancia debe ser la misma que la establecida para el recurso de protección regular de acuerdo con lo dispuesto por el Auto Acordado de la Corte Suprema de 24 de junio de 1992, sobre tramitación del recurso de protección de garantías constitucionales.

3. Creación de un Defensor u Ombudsman de la Infancia.

De nada sirve la declaración o el reconocimiento de derechos sin un adecuado marco de protección. En efecto, ha sido precisamente la necesidad de hacer efectivos tales derechos lo que ha impulsado la creación de los “defensores” o “ombusman” como medios para lograrlo.

a. Institución del Defensor del Pueblo.

Entre las garantías instituciones de los derechos fundamentales y libertades públicas sobresale, por su importancia y auge actual, la institución del Defensor del Pueblo.

Esta figura encuentra su origen en el denominado Ombudsman que recogió por primera vez la Constitución sueca de 1809, con la finalidad, en cuanto "mandatario o representante del Parlamento", de controlar la actividad de la Administración y de los propios órganos jurisdiccionales, velando por el respeto a la ley y por la tutela de las libertades públicas³¹³.

El éxito de esta institución comportó que paulatinamente se fuese adoptando también en otras Constituciones, primero en países escandinavos, como Finlandia en el año 1919, Noruega en 1952 y

³¹³ ALVAREZ CONDE, ENRIQUE, Curso de Derecho Constitucional. El Estado Constitucional. El Sistema de Fuentes. Los Derechos y Libertades, Volumen I, Edit. Tecnos, Segunda Edición, Madrid, 1992, pp. 491 a 496.

Dinamarca en 1954, para más tarde extenderse, ya de una forma generalizada, por la mayoría de los países europeos. Así lo recogen, entre otros, el artículo 45, b) de la Ley Fundamental de Bonn, desarrollado por la Ley de 26 de junio de 1957; la Ley del Comisario Parlamentario de 1967, que instituye la figura en el Reino Unido; y la Ley de 3 enero de 1973, que establece en Francia la institución del "Médiateur".

El Defensor del Pueblo desempeña una función de complementariedad eficaz y dinamizadora, junto a las demás garantías de las libertades y derechos fundamentales, sobre todo como control añadido a la creciente actividad de la Administración.

El Ombudsman tiene como misión fundamental la tutela de los derechos fundamentales de los particulares, a través de la fiscalización de la actividad de las autoridades administrativas.

Según esta orientación, el Defensor del Pueblo es una garantía constitucional más, un nuevo control suplementario que, teniendo por objetivo la defensa de los derechos y libertades públicas del ciudadano, incide con especial atención en la supervisión de la actividad administrativa, consecuencia de la creciente hipertrofia de la Administración pública y de su desmesurada burocratización.

Y es que en la actualidad, el ciudadano ha tomado conciencia de que en un elevado número de supuestos la Administración violenta sus derechos y libertades, en particular en las prestaciones que debe otorgarle. Cuestión que también aprecia, y con mayor impotencia, respecto de servicios de utilidad pública prestada por particulares. Y ello, tanto de una forma activa porque infringe directamente sus derechos más personas – por ejemplo, actuando con absoluta discrecionalidad en el derecho de acceso a la función pública-, como de forma pasiva, permitiendo o prorrogando la continuación de situaciones contrarias a derechos. De este modo, el Defensor del Pueblo puede complementar los clásicos controles de la actividad pública.

b. Un Defensor u Ombudsman de la Niñez.

Bajo el marco anteriormente descrito, la creación de la figura del “Defensor de los Niños”, garantía institucional, se ha constituido como complemento dotado de eficacia y especialización para el impulso y reconocimiento social de los derechos de los niños.

Un detonante que ha impulsado la creación de esta figura, han sido las recomendaciones del propio Comité de los Derechos del Niño, que de acuerdo a las facultades emanadas de la propia Convención que le dio

origen, examina los progresos realizados por los Estados en el cumplimiento de las obligaciones contempladas en la Convención³¹⁴.

Las resoluciones del Comité de los Derechos del Niño indican que, sin instituciones independientes que supervisen la aplicación de la Convención, rara vez, si no nunca, se dan a los derechos del niño la prioridad y la atención que requiere.

En el mismo tenor se encuentran recomendaciones emitidas tanto por la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, como por el Parlamento Europeo de la Unión Europea.

i. Necesidad de un Defensor de los Niños.

Aunque tradicionalmente los Defensores del Pueblo no impiden a los niños acceder a los servicios que presta dicha institución, tampoco se dedican de forma explícita a los problemas de la infancia. Es más, los Defensores raramente dan a conocer su actuación a través de mecanismos que permitan a los niños conocer su existencia. Además, en el mandato que reciben no se suele hacer referencia alguna a las diferencias que existen entre

³¹⁴ A manera de ejemplo, en las observaciones finales realizadas por dicho Comité al informe presentado por Suecia, resolvió lo siguiente: 8. El Comité *celebra* que en 1993 se haya instituido el cargo de *ombudsman* de la infancia, de conformidad con la recomendación del Comité (véase CRC/C/15/add.2, párrafo 10).

los temas a los que se enfrentan los niños y los que afectan a los adultos, y tampoco a que la naturaleza de los derechos de los niños y los mecanismos necesarios para lograr su respeto también son diferentes.

Un Defensor o Comisionado de los Niños debe desempeñar un papel significativo no sólo asegurando una aplicación efectiva de los derechos que ya les reconoce la ley (los que significa garantizar el acceso a la información y ocuparse de las demoras, de la ineficacia en la distribución de los servicios o de los trámites inapropiados), sino también tratando de difundir y promover el respeto de todos los derechos humanos fundamentales de los niños.

En otras palabras, debe buscar mayor justicia para los niños garantizándoles el disfrute de los derechos ya establecidos y promoviendo el reconocimiento de los derechos humanos que todavía no forman parte de la legislación, la cultura o la práctica diaria de la vida de los niños.

ii. **Naturaleza legal de los Defensores de los Niños.**

Como señala el trabajo elaborado por UNICEF sobre el tema de Defensores o Comisionados de los Niños³¹⁵, existen distintos modelos de Defensores, en cuanto a su origen, desarrollo, mandato y posición.

- **Defensores creados por Ley Parlamentaria extraordinaria.**

Un número significativo de los Defensores ha sido constituido mediante una legislación específicamente elaborada y aprobada con este propósito, que le otorga poderes formales y autoridad.

Su financiación, funciones y posición los determina el Parlamento, ante el cual, a su vez, son responsables.

No están sujetos, por lo tanto, a interferencias o influencias políticas, y son libres para desafiar y criticar la legislación y las políticas del gobierno, así como su compromiso de proporcionar recursos a la infancia.

³¹⁵ EL TRABAJO DEL DEFENSOR DE LOS NIÑOS, Innocenti Digest, Centro Internacional para el Desarrollo del Niño, UNICEF, Florencia, Italia, 1999, pp. 4 a 6.

Se pueden citar los casos del Defensor noruego, creado por la Ley del Defensor del Niño de 1981; el Defensor sueco, creado por la Ley para Establecer la Oficina del Defensor de los Niños de 1993; el Defensor de Islandia, establecido por la Ley sobre el Defensor de los Niños de 1995.

- **Defensores creados por la legislación relativa al bienestar de la infancia.**

Otros Defensores han sido creados en el marco de la legislación relativa al bienestar de la infancia, en el cual el papel del defensor se vincula a la aplicación y ala supervisión de esta normativa particular.

Aquí es posible mencionar los casos de: la Oficina del Comisionado para la Infancia de Nueva Zelanda, creado por la Ley de los Niños, los Jóvenes y la Familia, de 1989; la *Children's Interest Bureau* (Departamento para los Intereses de la Infancia) de Australia, creada por la Enmienda a la Ley sobre Bienestar Comunitario de 1981; y en Otario, Canadá, la Ley de Servicios para el Niño y la Familia, de 1984, estableció una *Office of Child and Family Advocacy Service* (Oficina para la Defensa del Niño y la Familia).

- **Defensores ubicados en organismos públicos existentes.**

También se han establecidos oficinas del Defensor sin una legislación, y como tales, no tiene un mandato oficial ni poderes legales. Algunos han sido creados por el gobierno, actúan desde un departamento gubernamental y son responsables ante él.

Por ejemplo, en Israel, el Ministerio de Educación, Cultura y Deporte, estableció un Defensor del Alumno en 1990; en Austria, se creó un Defensor Nacional de los Niños, ubicado en el Ministerio de Medio Ambiente, Juventud y Familia, en 1991.

- **Defensores constituidos y dirigidos por ONGs.**

En muchos países de todo el mundo, hay ONGs haciendo campaña, ejerciendo presiones y promoviendo los derechos de los niños. Sin embargo, muy pocas de estas organizaciones se describen explícitamente a sí mismas como entidades que desempeñan el papel de un defensor o Comisionado.

No obstante, existen dos excepciones significativas: en Filandia, la *Mannerheim League for Child Welfare* (Liga Mannerheim para el Bienestar del Niño), que estableció una oficina del Defensor del Niño en 1981 para proporcionar a los jóvenes un canal directo de información legal y cualquier otro tipo de ayuda que pudieran necesitar; en Israel, la ONG llamada Consejo Nacional para la Infancia, estableció en 1990 un Defensor de la Infancia y la Juventud, el cual daba continuidad a un proyecto experimental financiado con medios privados que había estado funcionando durante tres años en Jerusalén.

iii. Características esenciales del trabajo del Defensor de los Niños.

La eficacia e imparcialidad en la labor que deben realizar los Defensores de los Niños, esta supeditada a que éstos cuenten con ciertas características³¹⁶.

- **Independencia.** Deben ser independientes y no estar sujetos a manipulación por parte de los gobiernos o de los partidos políticos; ni siquiera los funcionarios del gobierno deberían poder dificultar sus funciones. Aunque en

cualquier caso proporcionan un inestimable servicio a los niños, deben disfrutar de una amplia libertad si realmente quieren servir a los intereses de la infancia y no a los gobiernos. Los Defensores deben tener independencia para opinar en contra, con inmunidad y sin ninguna interferencia o censura. No sólo deben gozar de libertad para poder defender los derechos de los niños con contundencia, sino que, si además tienen que ganarse la confianza de los niños, también deben ser vistos como poseedores de esa libertad.

- **Habilidad para conseguir que las voces de los niños sean escuchadas.** Deben asegurar una aplicación efectiva del artículo 12 de la Convención, es decir, del derecho de todos los niños capaces de expresar una opinión a ser escuchados y a ser tomados en serio en todas aquellas cuestiones que les afecten. La tarea de fomentar el respeto hacia las ideas y experiencias de los niños es una pieza fundamental en el proceso de hacer a los niños “visibles” ante la sociedad. Los Defensores deben asegurar no sólo que su propio trabajo esté tan informado como sea posible

³¹⁶ EL TRABAJO DEL DEFENSOR DE LOS NIÑOS, Ob. cit., pp. 10 y 11.

por las opiniones de los niños, sino que también cree oportunidades para que dichas opiniones estén directa y debidamente representadas en otras instituciones.

- **Accesibilidad para los niños.** Deben ser accesibles para los niños si quieren ganarse su confianza. Así pues, es necesario que su oficina no sea burocrática y que se dirija directamente a los niños. El “estilo” de trabajo de la oficina también debería ser informal y cercano a los niños, a fin de permitir que éstos sientan la confianza necesaria para dirigirse directamente al Defensor. Es necesario que la información sobre la oficina sea escrita en un lenguaje adecuado para los niños y que sea difundida a través de los medios de comunicación o utilizando otros mecanismos que capten su atención. La oficina también debe garantizar que habla en nombre de todos los niños. La publicidad sobre la oficina debe dirigirse a los niños de todas las edades, de todas las minorías étnicas, a los niños sanos y a los discapacitados, a los niños y niñas. Conseguir este objetivo requiere disponer de materiales y estrategias para difundir la información que se adapten a cada edad.

- **Una atención exclusivamente centrada en los niños.**
Hay argumentos muy convincentes a favor de incorporar la actuación del Defensor de los Niños en el marco más amplio de un organismo dedicado a los derechos humanos en general. Sin embargo, prevalece la teoría de que deben existir Defensores que dediquen exclusivamente su atención a los niños. Una función básica de cualquier Defensor es la de hacer valer sus derechos fundamentales frente a la tradición de considerarlos como propiedad de los adultos, o como personas en desarrollo. Es más, dado que en la mayoría de los países los niños tienen una posición y un perfil político débiles, sus intereses suelen ser ignorados si entran en competencia directa, en tiempo y recursos, con los derechos de los adultos. Los niños nunca obtendrán el reconocimiento y la consideración a la que tienen derecho sin el compromiso de dedicarles una atención exclusiva.

- **Poderes legales.** Los Defensores suelen tener más posibilidad de ejercer alguna influencia si establecen buenas relaciones, formales e informales, con ministros o funcionarios, así como con figuras claves de otras instituciones públicas. Los Defensores deben tener cierta autoridad y poderes legales si van a actuar como abogados

y supervisores de la aplicación de los derechos de los niños, entre los cuales habría que incluir: poderes para investigar, para promover una acción legal, para publicar informes y para ser consultado en relación con la legislación que afecta a la vida de los niños.

No todos los modelos de Defensor de los Niños reúnen todas las características anteriores, pero cuando alguna o algunas no aparecen, el papel del defensor puede verse limitado en su abanico de actividades, en su libertad para defender eficazmente a los niños, en su capacidad para actuar a favor de todos ellos o en sus posibilidades para reflejar las preocupaciones que ellos mismos expresan.

iv. Funciones que desempeña el Defensor de los Niños.

Si el cumplimiento de los derechos de los niños debe ser supervisado y promovido de forma efectiva, los Defensores deben estar capacitados para: influir en la ley, la política y la práctica con el objetivo de lograr un mayor compromiso con los derechos del niño; hacer frente a las violaciones individuales de los derechos; fomentar o realizar investigaciones; y promover la sensibilización sobre los derechos.

Pero bien, tratando de buscar los rasgos comunes en cuanto a las funciones que desempeña esta figura en los países donde se encuentra prevista, debe decirse lo siguiente³¹⁷:

- **Defender los derechos de los niños.** Su tarea principal consiste en defender los derechos de los niños, niñas y adolescentes, partiendo de la Convención sobre los Derechos del Niño, con especial cuidado en los menores expuestos a situaciones difíciles.

La base para su labor es la Convención. Si un asunto está reglamentado en la Convención cae dentro del marco de actividades del Defensor.

Sin embargo, los asuntos que caen fuera de la Convención también pueden ser tratados por el defensor, si tocan el campo de derechos e intereses que le corresponde salvaguardar al Defensor.

- **Velar por el marco normativo.** En general, transita dentro de un marco normativo interno que ha adoptado alguna protección especial hacia la infancia.

³¹⁷ GARCÍA SOTELO, GILDA, El *ombudsman* de la niñez: "importación europea", ¿solución garantizada?, en Revista Bien Común y Gobierno, publicación mensual de la Fundación Rafael Preciado Hernández, A. C., Año 8, número 88, abril, 2002, p. 48.

En este sentido, al defensor le corresponde, por ejemplo, proponer cambios en la legislación para lograr una mayor concordancia entre la Convención y la ley interna.

- **Atender casos individuales.** Atiende las “quejas” relacionadas con amenazas o vulneraciones contra los derechos de la niñez.
- **Promocionar los derechos.** Tiene una fuerte función promocional de los derechos de la infancia.

Para que los derechos tengan razón de ser, no sólo debe haber mecanismos efectivos que garanticen su realización, sino que además los niños necesitan saber que tienen derechos. El artículo 42 de la Convención, de hecho, impone la obligación a los gobiernos de “dar a conocer ampliamente los principios y disposiciones de la Convención por medios eficaces y apropiados, tanto, a los adultos como a los niños”.

Es el encargado de elevar la voz en representación de la infancia y crear opinión en el debate público en cuestiones relacionadas con el tema.

Su tarea consiste en intervenir en el debate público, crear opinión en asuntos de importancia e influir en la actitud de los políticos, de los que toman decisiones y de la gente, en general, en las cuestiones relacionadas a los niños y jóvenes.

- **Desarrollar acciones.** Asimismo, tiene estrecho contacto con las demás autoridades y organizaciones que trabajan en asuntos relacionados con los niños y jóvenes en los diversos niveles de la sociedad, desarrollando acciones que le permitan conocer las condiciones en que los niños y niñas ejercen sus derechos, los adultos los respetan y la comunidad los reconoce.

En ciertos casos, se trata de acciones conjuntas en una cuestión específica, en otros casos, el objetivo consiste en alcanzar una postura y una estrategia conjunta en diversos asuntos relacionados con los niños y jóvenes.

CONCLUSIONES.

1. La sociedad ha construido su actitud frente a la infancia según la percepción social de la identidad y de las necesidades del niño de acuerdo al momento histórico.

Ello explica de alguna manera, la existencia de dos modelos tan contrapuestos de protección de la infancia: por un lado, el modelo tutelar con su doctrina de la situación irregular y, por el otro, el modelo integral con su doctrina de la protección integral.

2. Sobre la base del marco histórico social imperante, durante siete décadas (1919-1990), existió una hegemonía jurídica y cultural absoluta de las leyes de menores, basadas en la doctrina de la situación irregular.

Estas leyes no se dirigieron a la infancia en su conjunto, sino que únicamente a los menores en situación irregular: los carenciados, los abandonados, los inadaptados y los infractores.

3. Es a partir de la Convención sobre los Derecho del Niño que se produce un cambio sustancial respecto a la manera de tratar el tema de la infancia. Transformación que se conoce como la sustitución de la “doctrina de la situación irregular” por la doctrina de la “protección integral”.

Por ello desde su ratificación, los Estados Partes están desarrollando, con distintos, grados de avances y logros, proceso de reforma legislativa, adecuación institucional e innovación de políticas públicas, destinadas a superar los modelos tutelares y construir una respuesta social de garantía y de protección de derechos.

4. Dicho instrumento internacional, que consagra definitivamente la doctrina de la protección integral, implica un total cambio de paradigma, que cristaliza el paso de la niñez como simples objeto de protección a sujetos de derechos.

Sujeto titulares de los mismos derechos humanos reconocidos a los adultos: derechos universales, indivisibles, interdependientes e irreversibles, y sujetos titulares de aquellos derechos especialmente reconocidos a los niños, en razón de su edad y condición.

Este nuevo enfoque de derecho supone entonces, que no sólo se deben reconocer los derechos de los niños y promover su respeto, sino que sobre todo reconocer y garantizar la personalidad jurídica del niño y su tratamiento como sujeto de derecho.

5. Asimismo, el paradigma de los niños como sujetos de derecho, provoca que las relaciones entre éstos con la familia, la sociedad y el Estado se modifiquen radicalmente, puesto que parte de la base de concebir al niño

como un sujeto activo, capaz de ejercer sus derechos y que participa en las decisiones que lo afectan, de conformidad con la evolución de sus facultades.

Los niños necesitan oportunidades de participar en procesos de decisión democráticos dentro de la familia, en la escuela, dentro de su comunidad local e incluso en su país.

6. En este contexto de protección integral de la infancia, debemos tener en consideración que existe una extensa normativa internacional protectora de los derechos humanos de los niños, contemplada tanto en los tratados de derechos humanos en general, por ejemplo los Pactos Internacionales y la Convención Americana, como en los instrumentos que conforman la denominada doctrina de la protección integral, por ejemplo, las Reglas de Beijing o la propia Convención sobre los Derechos del Niño.

Los derechos de la niñez en ellos reconocidos, deben constituirse como un eje transversal en el trabajo que desarrollan los órganos de promoción y protección de los derechos humanos, tanto a nivel internacional, regional y nacional.

7. En cuanto a los mecanismos de protección, la infancia dispone de importantes herramientas tanto a nivel internacional como regional, entre ellas se destaca el sistema de informes periódicos ante el Comité sobre

los Derechos del Niño y la posibilidad de la denuncia individual en materia de derechos humanos ante el sistema interamericano.

No obstante, el desarrollo de nuevos y más eficaces mecanismos de protección, tanto en el orden interno como en el internacional, parece ser el principal desafío por delante. Especialmente, la existencia de recursos rápidos y expeditos que permitan restablecer de inmediato los derechos de los niños.

- 8.** En lo tocante a nuestro país, tras la promulgación y ratificación de Convención, asumimos la obligación de adecuar la legislación interna a la internacional para dotar a la infancia de un correcto marco jurídico de protección.

Al hacer un balance de este compromiso, podemos constatar que en estos más de diez 10 años que han transcurrido desde la entrada en vigencia de la Convención, se han llevado a cabo importantes avances: en el plano legislativo, con la dictación de leyes especiales, por ejemplo las leyes sobre filiación y adopción; en el plano institucional con la reforma al interior de la organización del Servicio Nacional de Menores (SENAME); en materia de políticas públicas, a través de la implementación de una Política Nacional a favor de la Infancia; en cuanto a mecanismo de protección, con la creación de las Oficinas de Protección de Derechos (ODP) locales.

9. Sin embargo, todavía tenemos trabajo pendiente, ya que las leyes nacionales no han incorporado completamente los preceptos de los instrumentos de derechos humanos que se refieren a la niñez, lo que dificulta en la práctica su aplicación por parte de las autoridades judiciales y administrativas, en abierta violación a los compromisos internacionales asumidos por nuestro país.

En este sentido, es indispensable que en forma paralela a la dictación de una Ley de Responsabilidad Penal de Adolescentes, se dicte una Ley de Protección de los Derechos de la Infancia, para que dichas normativas en conjunto sustituyan la antigua Ley de Menores de 1967.

BIBLIOGRAFÍA.

I. LIBROS.

ACOSTA VARGAS, GLADYS, “Derechos de la Mujeres, Derechos de la Infancia: Renovando la Ciudadanía”, en *Adolescentes y Responsabilidad Penal*, Edit. Ad–Doc, Buenos Aires, 2002.

ALAEZ CORRAL, BENITO, “Minoría de Edad y Derechos Fundamentales”, Edit. Tecnos, Madrid, 2003.

ARIAS RONCHIETTO, CATALINA, “La Adopción”, Edit. Abeledo–Perrot, Buenos Aires, 1997.

AVAREZ CHUART, JORGE, “La Experiencia Neoliberal en la Atención de los Menores en Riesgo Social”, en *Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile*, Coord. Francisco Pilotti, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994.

ALVAREZ CONDE, ENRIQUE, “Curso de Derecho Constitucional. El Estado Constitucional. El Sistema de Fuentes. Los Derechos y Libertades”, Volumen I, Edit. Tecnos, Segunda Edición, Madrid, 1992.

ALVAREZ VELEZ, M^a ISABEL, “La Protección de los Derechos del Niño. En el Marco de las Naciones Unidas y el Derecho Constitucional Español”, Publicaciones de la Universidad Pontificia Comillas, Madrid, 1994.

BARATTA, ALESSANDRO, “Infancia y Democracia”, en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Comps. Emilio García Méndez y Mary Beloff, Edit. Temis–Depalma, Santa Fe de Bogotá–Buenos Aires, 1998.

BARLETT, SHERIDAN y OTROS, “Ciudades para los Niños. Los derechos de la infancia, la pobreza y la administración urbana”, *Condiciones UNICEF–Comité Español y el Ministerio del Trabajo y Asuntos Sociales*, 2001.

BELOFF, MARY, “Los Sistemas de Responsabilidad Juvenil en América Latina”, en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Comps. Emilio García Méndez y Mary Beloff, Edit. Temis–Depalma, Santa Fe de Bogotá–Buenos Aires, 1998.

BENEDIT, GUILLERMO MATIAS, “Derecho de Reunión y Asociación”, en *la Convención sobre los Derechos del Niño*, Dir. Inés M. Weinberg, Editores Rubinzal–Culzoni, Buenos Aires, 2002.

CARRILLO SALCEDO, JUAN ANTONIO, “Procedimientos para la Protección de los Derechos de los Menores en el Ámbito de las Naciones Unidas”, en *La Convención de los Derechos del Niño hacia el Siglo XXI*, Eds. Miguel Angel Verdugo y Víctor Soler-Sala, Ediciones Universidad de Salamanca, 1996.

CARRIZO, GUSTAVO y GARFF, DOROTHEA, “El Principio de No Discriminación”, en *la Convención sobre los Derechos del Niño*, Dir. Inés M. Weinberg, Editores Rubinzal–Culzoni, Buenos Aires, 2002.

CILLERO, MIGUEL, “Evolución Histórica de la Consideración de la Infancia y la Adolescencia en Chile”, en *Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile*, Coord. Francisco Pilotti, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994.

- “Leyes de Menores, Sistema Penal e Internacional de Derechos Humanos, en *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*”. El derecho internacional y las obligaciones internacionales de Chile en materia de Derechos Humanos, Cuadernos de Análisis Jurídico, N°6, 1996.
- El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Comps. Emilio García Méndez y Mary Beloff , Santa Fe de Bogotá–Buenos Aires. Edit. Temis–Depalma, 1998.

CILLERO, MIGUEL y MADARIAGA, HUGO, “Infancia, Derecho y Justicia”, Santiago, Coediciones UNICEF–Departamento de Sociología, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, 1999.

CONTRERAS LARGO, CONSUELO, “Hacia un Diagnóstico para el Ejercicio de la Ciudadanía”, en *De la Tutela a la Justicia*, Corporación Opción–UNICEF, Santiago, 1999.

CORTES BECK, JUAN EDUARDO, “Evolución Histórica del Sistema de Atención a la Infancia en Chile”, Mimeo, Santiago, 1992.

- “Desarrollo de los Sistema de Atención a la Infancia en Chile”, en Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile, Coord. Francisco Pilotti, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994.

COUSO, JAIME, “Los Niños en los Tiempos de los Derecho”, en Por los Caminos de la Esperanza, SENAME, 2001.

D'ANTONIO, DANIEL HUGO, “Convención sobre los Derechos del Niño”, Edit. Astrea, Buenos Aires, 2001.

DO AMARAL E SILVA, “La “Protección” como Pretexto para el Control Social Arbitrario de los Adolescentes o la Supervivencia de la “Doctrina de la Situación Irregular”, en Adolescentes y Responsabilidad Penal Juvenil, Comp. Emilio García Méndez, Edit. Ad–Doc, Buenos Aires, 2002.

EROLE, CARLOS, “Los Derechos del Niño son Derechos Humanos”, en Políticas Públicas de Infancia. Una mirada desde los derechos, Espacio Editorial, Buenos Aires, 2001.

FELDMAN, GUSTAVO, “Los Derechos del Niño”, Edit. Ciudad Argentina, Buenos Aires, 1998.

FUCHSLOCHER PETERSEN, EDMUNDO, “Derechos de Menores”, Editado por su autor, Valparaíso, 1995.

GARCIA MENDEZ, EMILIO, “Derecho de la Infancia–Adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral”, Ediciones Forum Pacis, Santa Fe de Bogotá, Colombia, 1994.

- “Infancia, Ley y Democracia: una cuestión de justicia”, en Infancia, Ley y Democracia en América Latina, Comps. Emilio García Méndez y Mary Beloff , Santa Fe de Bogotá–Buenos Aires. Edit. Temis–Depalma, 1998.
- “El Derecho a la Ciudadanía de los Niños”, en Etica Ciudadana y Derechos Humanos de los Niños. Una contribución a la paz, Comps. Héctor Fabio Ospina y Sara Victoria Alvarado, Cooperativa Edit. Magisterio, Colombia, 1998, pp. 102 y 103.
- “Infancia y Adolescencia. De los derechos y de la justicia”, Doctrina Jurídica Contemporánea, Segunda Edición, 2001.

GONZALEZ DEL SOLAR, JOSE, “Delincuencia y Derechos de Menores”, Ediciones Depalma, Buenos Aires, 1995.

GROS ESPIELL, HECTOR, “Los Derechos del Niño en América Latina”, en La Convención de los Derechos del Niño hacia el Siglo XXI, Eds. Miguel Angel Verdugo y Víctor Soler-Sala, Ediciones Universidad de Salamanca, 1996.

GROSMAN CECILIA, “El Interés Superior del Niño”, en Los Derechos del Niño en la Familia. Discurso y Realidad, Dir. Cecilia Grosman, Edit. Universidad, Buenos Aires, 1998.

GUEREMENAN, SILVA y DAROQUI, ALCIRA, “La Niñez Ajusticiada”, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2001.

HODGKIN, RACHEL y NEWEL, PETER, “Manual de Aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niños”, UNICEF, 2001.

HUSSONMOREL, RODOLFO, “La Libertad de Expresión del Niño, en la Convención sobre los Derechos del Niño”, Dir. Inés M. Weinberg, Editores Rubinzal–Culzoni, Buenos Aires, 2002.

JELIN, ELIZABETH, “Pan y Afectos. La transformación de las familias”, Fondo de Cultura Económica, Buenos Aires, 1998.

JIMENEZ, MARIA ANGELICA, “Desafíos que enfrenta la Reforma a la Justicia de Menores”, en Psicoanálisis y Derecho: Infancia, Filiación, Sexualidad, Editor Roberto Aceituno, Ediciones Universidad Diego Portales, 2001.

LLAQUET BALDELLO, PURIFICACIÓN, “Políticas de Infancia en los albores del Siglo XXI”, en la Protección de los Menores, Derechos y recursos para su atención, Coord. M.^a Teresa Martín López, Edit. Civitas, Madrid, 2001.

LOPEZ, GISELLA A., “Nuevo Estatuto de Filiación y los Derechos Esenciales”, Santiago, Edit. Conosur, 2001.

MADARIAGA, HUGO, “Modelos de Desarrollo Social y las Políticas para la Infancia”, en Infancia y Políticas Públicas. Análisis de los modelos de Desarrollo Social y de las Políticas de Protección de los Derechos del Niño, Coediciones UNICEF–Departamento de Sociología, Facultad de Ciencias Sociales, Universidad de Chile, 2002, p. 53.

MALUQUER DE MONTES I BERNET, CARLOS, “Medidas Jurídicas de Protección del Menor en Nuestro Derecho”, en Explotación y Protección Jurídica de la Infancia, Coord. Carlos Villagrasa Alcaide, Edit. CEDECS, Barcelona, 1998.

MARTINEZ RUIZ, ANALIA, “Interés Superior”, en la Convención sobre los Derechos del Niños, Dir. Inés M. Weinberg, Editores Rubinzal–Culzoni, Buenos Aires, 2002.

MIZRAHI, MAURICIO, “Familia, Matrimonio y Divorcio”, Edit. Astrea, Buenos Aires, 1998.

MORALES, EDUARDO, “Políticas Sociales y Niñez”, en Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile, Coord. Francisco Pilotti, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994.

PAREJO ALFONSO LUCIANO, JIMNEZ-BLANCO, A. y ORTEGA ALVAREZ, L., "Manual de Derecho Administrativo", Edit. Ariel. S.A., Barcelona, 1998.

PATIÑO LAFUENTE, MARIA, "Plan Integral para la Infancia y la Adolescencia", en la Protección de los Menores. Derechos y recursos para su atención, Coord. M.^a Teresa Martín López, Edit. Civitas, Madrid, 2001.

PICASO, SONIA, Los Derechos del Niño sobre Derechos Humanos, en La Convención de los Derechos del Niño hacia el Siglo XXI, Eds. Miguel Angel Verdugo y Víctor Soler-Sala, Ediciones Universidad de Salamanca, 1996.

PICONTÓ NOVALES, TERESA, "La Protección de la Infancia. Aspectos sociales y jurídicos", Colección Egido Universidad, España, 1996.

PILOTTI, FRANCISCO, "Crisis y Perspectiva del Sistema de Bienestar Infantil en América Latina", en Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile, Coord. Francisco Pilotti, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994.

POLATIEWICZ, MARTA, "La Infancia Abandonada como Violación de sus Derechos Humanos Personalísimos. El papel del Estado", en Los Derechos del Niño en la Familia. Discurso y Realidad, Buenos Aires, Dir. Cecilia Grosman, Edit. Universidad, 1998

RUBELLIN-DEVICHI, JACQUELINE, "Le principe de l'fant dans la Loi et la Jurisprudence Française", en La Convención sobre los Derechos del Niño hacia

el Siglo XXI, Eds. Miguel Angel Verdugo y Víctor Soler-Sala, Ediciones Universidad de Salamanca, 1996.

RUIZ-GIMENZ, JOAQUIN, “La Convención de los Derechos del Niño, Hermosa Sinfonía Incompleta (Luces, Sombras y Horizontes de Esperanza)”, en La Convención de los Derechos del Niño hacia el Siglo XXI, Eds. Miguel Angel Verdugo y Víctor Soler-Sala, Ediciones Universidad de Salamanca, 1996.

SAN ANDRES DIEZ, ROSA, “Participación de los Niños y las Niñas en la Sociedad: un derecho, un deber, un valor a educar”, en la Protección de los Menores. Derechos y Recursos para su atención, Coord. M.^a Teresa Martín López, Edit. Civitas, Madrid, 2001.

SANJON, RAFAEL, “Derecho de Menores”, Edit. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1995.

SCHMIDT, CLAUDIA y VELOSO, PAULINA, “La Filiación en el Nuevo Derecho de Familia”, Santiago, Edit. Conosur, 2001.

SOLARI, NESTOR ELISEO, “La Niñez y sus Nuevos Paradigmas”, La Ley S.A., Buenos Aires, 2002.

URRA, JAVIER, “El Futuro de la Infancia”, Ediciones Pirámide, Madrid, 2001.

VILLAN DURAN, CARLOS, “Curso de derechos Internacional de los Derechos Humanos”, Edit. Trotta, Madrid, 2002.

II. REVISTAS.

BAEZA CONCHA, GLORIA, “El Interés Superior del Niño: Derecho de Rango Constitucional, su Recepción en la Legislación Nacional y Aplicación en la Jurisprudencia”, Revista Chilena de Derecho, Vol. 28, N°2, 2001.

BALDARENAS, JORGE, “¿Son los “Menores”,...Incapaces?”, Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N°11, Abeledo–Perrot, Buenos Aires, 1997.

BELOFF, MARY, “Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: un modelo para amar y otro para desamar”, Revista Justicia y Derecho del Niño, N°1, UNICEF, Santiago, Chile, 1999.

- “Responsabilidad Penal Juvenil y Derechos Humanos”, Revista Justicia y Derechos del Niño, N°2, UNICEF, Buenos Aires, Argentina, 2000.
- “Algunas Confusiones en torno a las Consecuencias Jurídicas de la Conducta Transgresora de Ley en los Nuevos Sistemas de Justicia Latinoamericanos”, Revista Justicia y Derecho del Niño, N°3, UNICEF, Santiago, Chile, 2001.
- “Los Derechos del Niño en el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos. Cuando un caso no es “el caso”. Comentarios a la sentencia Villagrán Morales y otros (Casos de los “Niños de la calle”)”,

Revista de Ciencias Jurídicas ¿Más Derechos?, Año 1, Editor Fabián J. Di Placido, Buenos Aires, Argentina, 2001.

CARDENAS, EDUARDO, “¿Niños versus Adultos? Texto, Contextos y Pretextos para interpretar la Convención”, Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N°13, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998.

CILLERO, MIGUEL y BERNALES, MARTIN, “Derechos Humanos de la Infancia/Adolescencia en la Justicia “Penal de Menores en Chile: Evaluación y Perspectiva”, Revista de Derechos del Niño, N°1, Programa de Derechos del Niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales – UNICEF, 2002.

CORDERO VEGA, LUIS, “Los Particulares como sujetos de Derechos en el Derecho Administrativo, Bases para una sistematización”, Revista de Derechos Público, N°64, Facultad de Derecho-Universidad de Chile, 2002.

COSTA SARAIVA, JOA B., “EL Perfil del Juez en el Nuevo Derecho de la Infancia y la Adolescencia”, Revista de Justicia y Derechos del Niño, UNICEF, Buenos Aires, Argentina, 2000.

FANLO CORTES, ISABEL, “Los Derechos del Niño y la Teorías de los Derechos: introducción a un debate”, en Bien Común y Derecho, Publicación

mensual de la Fundación Rafael Preciado Hernández, A.C., Años 8, N°88, 2002.

GARCIA MENDEZ, EMILIO, “Infancia y Derechos Humanos en Argentina: cuando las barbas de tu vecino veas arder...”, en Bien Común y Gobierno, Publicación mensual de la Fundación Rafael Preciado Hernández, A.C. Año 8, N°88, 2002.

GARCIA SOTELO, GILDA, “El *ombudsman* de la niñez: “importación europea”, ¿solución garantizada?”, en Revista Bien Común y Gobierno, Publicación mensual de la Fundación Rafael Preciado Hernández, A.C., Año 8, número 88, 2002.

GARZON VALDEZ, ERNESTO, “¿Es Éticamente Justiciable el Paternalismo Jurídico?”, Revista Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, N°5, 1988.

IIER, KIRTEN, “El Género y los Derechos del Niñez en América Latina”, Revista Infancia, Boletín Instituto Interamericano del Niño, N°236, Tomo 69, 2001.

MAIER, JULIO B., “Los Niños como titulares del Derechos al debido Proceso”, Revista Justicia y Derechos, N°2, UNICEF, Buenos Aires, 2000.

MARABOTTO, JORGE A., “Consideraciones sobre la Incidencia de la Convención sobre los Derechos del Niño en Uruguay”, Revista Justicia y Derechos del Niño, N°2, UNICEF, Buenos Aires, 2000.

MOLINA, ALEJANDRO, “La Promiscuidad de un Representante y el Defensor del Niño”, Derecho de Familia, Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia, N°13, Abeledo–Perrot, Buenos Aires, 1998.

PINTO, MONICA, “Sistemas de Protección Internacional de los Derechos Humanos”, Revista Justicia y Derechos del Niño, N°2, UNICEF, Buenos Aires, 2000.

VALLADARES, JORGE ALBERTO, “El Niño y la Niña como Sujetos de Derecho”, Revista Infancia, Boletín Instituto Interamericano del Niño, N°238, Tomo 71, 2002.

III. OTROS TEXTOS.

BALLESTEROS BELTRÁN, JAIME, “EL Menor Impúber y su Capacidad Negocial”, Ponencia presentada en el XI Congreso Mundial de Derecho de Familia, Bogotá, Colombia, 2000.

CANTWELL, NIGEL, “Comentarios a la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”, en www.iin.oea.org.

CILLERO, MIGUEL, “Infancia y Ciudadanía”, Notas del autor para la Reunión UNICEF/Kellog Institute, 1998, sin publicar.

CONSULTORIA SENAME, en relación a la Protección de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Infancia, elaborado por el Centro de

Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales, profesor Javier Couso Salas, 2000, sin publicar.

DESARROLLO HUMANO EN CHILE. Nosotros los chilenos: un desafío cultural 2002, Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD), Santiago, 2002.

ESTADO MUNDIAL DE LA INFANCIA 2003, sobre la participación infantil, Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), 2002.

GAITAN, ANGEL, "Protagonismo Infantil", Actas del Seminario "La Participación de Niños y Adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño: visiones y perspectivas", Bogotá, 1998.

GARCIA MORENO, MAURICIO, "Familia, Escuela y Democracia: Los pilares de la participación infantil", Actas del Seminario "La Participación de Niños y Adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño: visiones y perspectivas", Bogotá, 1998.

GOMEZ DA COSTA, ANTONIO CARLOS, "Niños de la calle: Vida, pasión y muerte", en www.iin.oea.org.

HART, ROGER, "La Participación de los Niños. De la participación simbólica a la participación autentica", Ensayos Innocenti, núm. 4, UNICEF, 1993.

INTERNACIÓN DE NIÑOS: ¿EL COMIENZO DEL FIN? Crisis de los internados y transformación de las políticas de infancia en España, Italia y el Cono Sur, UNICEF, Centro de investigaciones Innocenti, Florencia–Italia, 2002.

LANSDOWN, GERISON, “Promoting Children's Participation in Democratic Decision-Making”, UNICEF, Innocenti Research, Florence, Italy, 2001.

POLÍTICA NACIONAL Y PLAN DE ACCIÓN INTEGRADO A FAVOR DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA 2001-2010, Gobierno de Chile, Santiago, 2001.

O'DONNELL, DANIEL, “La Convención sobre los Derechos del Niño: estructura y contenido”, en www.iin.oea.org.

KONTERLLNIK, IRENE, “La Participación de los Adolescentes: ¿Exorcismo o construcción de la Ciudadanía?”, Actas del Seminario “La Participación de Niños y Adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño: visiones y perspectivas”, Bogotá, 1998.

MEDINA, CECILIA, “El Sistema Interamericano de promoción y Protección de los Derechos Humanos”, Apuntes del curso “Formación en Derechos Humanos de la Infancia y Adolescencia, Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho–Universidad de Chile, 2002.

MORFIN STOOPEN, M. y CORONA CARAVEO, YOLANDA, “Hacia nuevas formas de relación en los espacios sociales”, Cap. III, en www.iin.oea.org

PEDROZA SUSUNA y GUTIERREZ, RODRIGO, “Los niños y niñas como grupos vulnerables: una perspectiva constitucional”, en www.bibliotecajuridica.org.

SALVIOLI, OMAR FABIAN, “Los Derechos Humanos en la Organización de los Estados Americanos”, en www.iin.oea.org.

TRABAJO DEL DEFENSOR DE LOS NIÑOS, Innocenti Digeste, Centro Internacional para el Desarrollo de la Niñez, UNICEF, Florencia, Italia, 1996.

IV. OTRAS FUENTES.

Convención sobre los Derechos del Niño, Adoptada por Resolución 44/25 de la Asamblea General de la ONU, el 20 de noviembre de 1990.

Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil “Reglas de Beijing”, Adoptada por Resolución 40/33 de la Asamblea General de la ONU, de 29 de noviembre de 1985.

Reglas de las Naciones Unidas para al Protección de Menores Privados de Libertad, adoptada por Resolución 45/113 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1990.

Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil "Directrices de Riad", Adoptada por Resolución 45/112 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de 14 de diciembre de 1990.

Convención América sobre Derechos Humanos, firmada en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969.

Consideración Jurídica y Derechos Humanos de los Niños, Opinión Consultiva OC-17, 2002, de 28 De agosto de 2002, Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Observaciones al Primer Informe de Chile, CRC/C/15/Add.22, de 22 de abril de 1994, Comité de los Derechos del Niño.

Observaciones al Segundo Informe de Chile, CRC/C/15/Add.173, de 3 de abril de 2002, Comité de los Derechos del Niño.

Prototipo Base "Sistema Nacional de Infancia y Adolescencia", Instituto Interamericano del Niño (IIN), marzo de 2003.