

RW 28/803

Doc
R828-
2020



Los niños víctimas y testigos de delitos en Chile.

Tensión entre los derechos del imputado y los derechos de los niños y garantías mínimas para la intervención del niño en el proceso penal

TESIS DOCTORAL

Presentada por:

María Lorena Rossel Castagneto

Tutores:

Dr. José Luis Guzmán Dalbora

Dr. Karl Müller Guzmán



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

ESCUELA DE DERECHO

PROGRAMA DE DOCTORADO EN DERECHO, MARZO 2020

ÍNDICE

ABREVIATURAS	7
INTRODUCCIÓN	8
CAPÍTULO I. DERECHOS DE LA INFANCIA.	11
1. La infancia en perspectiva histórica y la evolución en la protección de los derechos del niño.	11
1.1 La infancia en la Antigüedad.	11
1.2. La Infancia en la Edad Media.	18
1.3. El Renacimiento.	21
1.4. La infancia durante el siglo XVIII.	26
1.5. La infancia durante el siglo XIX.	30
1.6. La infancia en las colonias americanas durante la primera república y el siglo XIX.....	33
1.7. La infancia en el siglo XX: el niño como sujeto de derechos.	39
2. La evolución de la infancia en Chile.	47
2.1. La infancia en Chile durante la época colonial y la República	47
2.2. La infancia en Chile en el Estado liberal	49
2.3. La preocupación por la infancia en Chile a comienzos del siglo XX	52
2.4. La infancia en tiempos de reforma, año 1950 al año 1973	63
2.5. La infancia en Chile desde la dictadura hasta nuestros días	71
3. Consideraciones finales.	88
 CAPÍTULO II. DERECHOS DE LOS NIÑOS EN LA CONVENCION SOBRE DERECHOS DEL NIÑO, Y EN ESPECIAL DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS NIÑOS VÍCTIMAS DE DELITOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL.	91
 1. Derechos de los niños y la Convención sobre derechos del niño de 1989.	91
1.1. Derechos humanos y derechos de los niños	91

1.2. Características de la Convención sobre derechos del niño.....	95
1.3. Concepto de niño en la Convención sobre derechos del niño.....	101
1.4. Principios rectores de la Convención sobre derechos del niño.....	104
1.4.1. Principio de la no discriminación	105
1.4.2. Principio del interés superior del niño	108
1.4.3. Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo	117
1.4.4. Derecho del niño a expresar su opinión y a que sea tomada en cuenta en todos los asuntos que les afecten y a ser escuchado en todo procedimiento	119
1.5. Sobre las fuentes del Derecho Internacional, las normas de <i>Ius Cogens</i> y las obligaciones <i>erga omnes</i> . Hacia la determinación de núcleo duro o irreductible de los derechos del niño	125
2. Justicia en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos de delitos.....	142
2.1. La intervención del niño en los procesos judiciales, de conformidad a la Convención sobre derechos del niño.....	142
2.2 Resolución 2005/20 de 22 de julio del año 2005 del Consejo Económico y Social, “Directrices sobre justicia en asuntos concernientes a niños víctimas y testigos de delitos”.....	152
2.3. Otros instrumentos internacionales aplicables a niños víctimas y testigos de delitos.....	156
3. La justicia concerniente a niños víctimas y testigos en distintos sistemas jurídicos.....	160
3.1. Sistema interamericano.....	160
3.1.1. Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre “Condición Jurídica y derechos humanos del niño” y Opinión consultiva 21 sobre Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.....	160
3.1.2. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos.....	167
3.2. Sistema Europeo.....	171
3.2.1. Instrumentos que reconocen garantías a niños víctimas y testigos en el sistema europeo.....	171
3.2.2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos.....	179
4. Consideraciones finales.....	180

CAPÍTULO III. LA DECLARACIÓN DE LOS NIÑOS EN EL PROCESO PENAL CHILENO. TENSIONES ENTRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y LOS DERECHOS DEL IMPUTADO.....182

1. La declaración de los niños en el proceso penal chileno.....182

1.1. Derechos de las víctimas y declaración de los niños en el antiguo proceso penal chileno..... 182

1.2. Declaración de los niños víctimas y testigos en el nuevo proceso penal..... 186

1.3. Ley 21.057 que regula las entrevistas grabadas en video y, otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales..... 189

2. La declaración de los niños en el proceso penal y su valoración.....205

2.1. El valor de la declaración de los niños en perspectiva histórica..... 205

2.2. Factores que inciden en la declaración del niño en el proceso penal. Aportes de la Psicología del testimonio..... 208

2.2.1. El paso del tiempo como factor que incide en la memoria del niño y en su declaración 208

2.2.2. La importancia de la edad de la víctima o testigo 212

2.2.3. La importancia del lugar en que el niño presta la declaración..... 213

2.2.4. La importancia de las personas que intervienen en la entrevista..... 215

2.3. Medidas para evitar que el niño declare en juicio oral. Aportes de la criminología. 217

2.3.1. El redescubrimiento de la víctima y la victimización secundaria. Aportes de la Victimología..... 217

2.3.2. Declaraciones preconstituidas y su valoración en el proceso penal..... 221

3. Tensiones en el proceso penal, producidas a raíz de los derechos reconocidos a los niños víctimas de delitos.....226

3.1 Tensión entre el derecho a defensa del imputado y los derechos de los niños víctimas en el proceso penal.....226

3.1.1. El debido proceso y los derechos de los niños víctimas y testigos de delitos..... 226

3.1.2. El derecho a la confrontación y el debido proceso..... 230

3.1.3. El debido proceso y el derecho a confrontación en el sistema europeo..... 238

3.1.4. El debido proceso y el derecho a confrontación en el sistema interamericano..... 244

3.2. Tensión entre la eficacia de la persecución penal y la protección de los niños víctimas y testigos de delitos.....	247
3.3. Tensión entre el derecho del niño a ser oído y los mecanismos para ejercer ese derecho.....	250
4. Consideraciones finales. Sobre la ponderación de los principios.....	255
 CAPÍTULO IV. GARANTÍAS MÍNIMAS PARA LA INTERVENCIÓN DEL NIÑO EN EL PROCESO PENAL. PROPUESTAS PARA AVANZAR HACIA UNA JUSTICIA ADAPTADA A NIÑOS.....	259
1. La evaluación individual o personalizada del niño víctima o testigo.....	259
2. Derecho del niño a ser escuchado y a que su opinión sea tomada en cuenta en el proceso penal.....	263
3. Derecho a participar en el proceso con medidas de protección específicas.....	271
3.1. Medidas para evitar la doble victimización de niños víctimas y testigos por las declaraciones que deben prestar en el proceso penal.....	273
3.2. Medidas para evitar la doble victimización por la intervención del niño en otras diligencias de investigación.....	282
3.3. Medidas para evitar la doble victimización producida por la intromisión en la vida privada del niño.	283
 4. Especialización en materias de infancia.....	285
5. Derecho del niño víctima a obtener reparación.....	287
 CONCLUSIONES.....	288
 BIBLIOGRAFÍA.....	305

A mi padre y a mi madre, quienes se esmeraron por darme una infancia maravillosa y, desde lejos,
guían mi trabajo.

A mi marido, compañero constante, incansable y paciente.

Y a mis hijos, Francisco, Vicente y Emma, que inspiraron este trabajo.

ABREVIATURAS

ACNUR: Alto Comisionado de Naciones Unidas para el Refugiado

CDN: Convención de los Derechos del Niño de 1989.

ONU: Organización de las Naciones Unidas.

UE: Unión Europea

UNICEF: United Nations International Children's Emergency Fund.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

ONG: Organización No Gubernamental.

OIT: Organización Internacional del Trabajo.

ECOSOC: Consejo Económico y Social.

OMS: Organización Mundial de la Salud.

TEDH: Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

TJUE: Tribunal de Justicia de la Unión Europea.

CEDH: Convenio Europeo de Derechos Humanos.

TS: Tribunal Supremo.

TC: Tribunal Constitucional.

CIDH: Corte Interamericana de Derechos Humanos.

PIDCP: Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos.

UDP: Universidad Diego Portales.

MIDE-UC: Centro de medición Universidad Católica.

FAJ: Fundación Amparo y Justicia.

CIJ: Corte Internacional de Justicia.

INTRODUCCIÓN

En las últimas décadas se han desarrollado progresivamente los derechos del niño, debido a la necesidad de otorgarles protección, por cuanto su condición los hace más vulnerables a los distintos embates que ha sufrido la humanidad. No por nada, los primeros instrumentos de promoción de los derechos del niño surgen después de la primera guerra mundial, que provocó una gran devastación en Europa, y las principales víctimas, fueron los niños.

Sin perjuicio de ello, en la actualidad existen una serie de ámbitos en los que los niños sufren el desamparo de un entorno hostil y poco respetuoso de su dignidad. En efecto, distintas situaciones, como la migración, la trata de personas, el abandono de la familia, la comisión de delitos, exponen más al niño que a otros individuos, y el Estado y la familia tienen la obligación de entregarles protección. Sin embargo, en ocasiones es el propio Estado el que puede exponer al niño a situaciones en que se vulneran sus derechos, lo que en un Estado de Derecho es inaceptable.

El principal problema que se abordará en el presente trabajo dice relación con la participación de los niños en calidad de víctimas y testigos en el proceso penal, de tal manera que dicha participación no provoque su doble victimización o victimización secundaria. Así, es necesario determinar de qué manera los niños pueden ejercer sus derechos de participación con la protección adecuada, pero sin menoscabar los derechos de otros intervinientes, en particular, del imputado.

Del mismo modo, se determinará, si en la práctica de los Tribunales de Justicia se han aplicado los estándares internacionales en lo relativo a los derechos del niño, y si dicha interpretación se ajusta a las directrices internacionales en la materia. Finalmente, debe resolverse el problema de determinar cuál sería la interpretación más adecuada a las necesidades de los niños, para evitar una doble victimización, sin vulnerar el derecho a defensa de los imputados ni el debido proceso, para lo cual se analizan las tensiones que se producen en el proceso penal debido a la intervención del niño en calidad de víctima o testigo y se proponen garantías mínimas para asegurar su participación.

La metodología empleada será la propia de la dogmática jurídica enfocada a la evolución que han tenido los derechos de los niños en el Derecho internacional, y la interpretación que la doctrina y la jurisprudencia nacional e internacional han realizado sobre la aplicación de dichas normas, en especial, en lo que dice relación a las normas que tienden a evitar la doble victimización de niños víctimas y testigos.

Así, se establecerán las fuentes primarias, es decir, las normas internacionales aplicables a los niños en general, y en especial, a la intervención de los niños en procesos judiciales, en calidad de víctimas y testigos y que tienden a evitar la doble victimización. Luego, se identificarán las fuentes secundarias, es decir, la interpretación que ha realizado la doctrina y la jurisprudencia internacional relativa a los derechos de los niños en general, y en especial, a su derecho a intervenir en procesos judiciales. Del mismo modo se identificaron las prácticas de los distintos actores del proceso penal que provocan la victimización secundaria de los niños víctimas y testigos de delitos en Chile. Finalmente, se realizó un análisis crítico de la práctica de los Tribunales de justicia, y de los distintos intervinientes en el proceso penal, para lo cual se recurrió a estudios cualitativos y cuantitativos sobre la materia.

En las ciencias sociales, el método de la comparación jurídica se utiliza para explicar e interpretar variaciones del objeto de estudio y suelen incluir a diversas sociedades. En este sentido, el método comparativo será también una herramienta escogida para enfocar el estudio de esta investigación, de tal manera de contrastar lo que ocurre en otros sistemas jurídicos frente a la realidad de Chile, e intentar identificar principios comunes en contextos diferentes.

El creciente desarrollo del Derecho internacional, su influencia al interior de los Estados, y la existencia de diversos sistemas jurídicos, requieren del conocimiento y evaluación de dichos sistemas para, eventualmente, aplicar soluciones viables y efectivas en decisiones jurídicas de diversa índole – legislativa, judicial, administrativa. Pero además el método comparativo tiene la gran ventaja de sistematizar el Derecho desde una visión más amplia, visión que no puede ofrecer el exclusivo conocimiento del ordenamiento propio y el manejo de unas técnicas limitadas a nuestro propio entorno.

Así, en el presente trabajo, se utilizó la metodología del derecho comparado y, por lo tanto, se analizaron varios sistemas jurídicos, para lo cual se recurrió a la legislación, jurisprudencia, fuentes e instituciones jurídicas del Derecho procesal penal, que permiten observar las diferencias y conocer innovaciones, en lo relativo a la intervención de los niños en calidad de víctimas y testigos de delitos.

Además, la presente investigación se vale de las observaciones empíricas proporcionadas por la Victimología y por la psicología del testimonio que recurren a diversos métodos y técnicas de investigación que fueron de utilidad en la presente investigación.

En cuanto a las normas de orden internacional, la Convención sobre derechos del niño ha provocado una gran transformación y evolución en los derechos del niño, toda vez que contiene un amplio catálogo de derechos, pero además porque ha sido el tratado internacional que ha tenido la mayor y más rápida adhesión de los Estados, y por lo tanto, es un instrumento universal.

Pero también, se analizaron otros instrumentos internacionales que, sin ser vinculantes para los Estados *-soft law-*, han sido aplicados por tribunales internacionales en el sistema europeo y en el sistema interamericano y, luego, han permeado las legislaciones internas, lo que demuestra su intención de regirse por ellos. Del mismo modo, se analizó la doctrina y la jurisprudencia internacional, que vienen a precisar las obligaciones de los Estados en distintos ámbitos, y en particular, en lo relativo a la declaración de los niños en el proceso penal.

Así, para desarrollar estas fuentes primarias y secundarias, se recurrió a una amplia bibliografía obtenida principalmente de monografías y artículos académicos, documentos de organismos internacionales y legislación interna. Para ello, se han empleado los extensos recursos bibliográficos de la Universidad de Valparaíso, y además, los recursos bibliográficos obtenidos en la estadía de investigación en la Universidad de Barcelona entre febrero y marzo del año 2019, gracias a una beca otorgada por la Universidad de Valparaíso. En dicha estadía, el catedrático de derecho procesal penal, Jordi Nieva Fenoll orientó principalmente, el tercer capítulo de la presente tesis, relativo al estudio de la memoria de los testigos que nos proporciona la psicología del testimonio y la importancia del análisis multidisciplinario del tema.

De este modo, en el primer capítulo de la presente tesis, se analizará cómo ha evolucionado el concepto de infancia, para luego determinar los derechos que, en distintas épocas y culturas, se les han atribuido a los niños. asimismo, se analizará de qué manera ese concepto de infancia ha influido en Chile y cómo la infancia y las instituciones que regulan su estatuto se han transformado en nuestro país, desde la colonia hasta nuestros días.

En el segundo capítulo, se analizarán los derechos consagrados en la Convención sobre derechos del niño, pero además los derechos específicos consagrados en otros instrumentos internacionales, a los niños víctimas y testigos de delitos. Del mismo modo, se analizará de qué manera la jurisprudencia ha impuesto obligaciones a los Estados, basados en los principios rectores o guías de la Convención sobre derechos del niño, pero también en otros instrumentos analizados, en particular, de las Observaciones Generales emanadas del órgano de control de la Convención, el Comité de derechos del niño. Para ello, se recurrió a la jurisprudencia del sistema europeo de derechos humanos y a la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos.

En el tercer capítulo, se abordará la declaración de los niños en el proceso penal y las tensiones que surgen a partir de los derechos reconocidos al imputado y los derechos de los niños víctimas y testigos. En este capítulo se analiza la evolución que ha tenido la declaración del niño en el proceso penal en Chile, desde el proceso penal inquisitivo, hasta la Ley 21.057 que ha entrado en vigor de manera progresiva en nuestro país y que constituye un gran avance en lo relativo a la declaración de los niños en el proceso penal. Para desarrollar este capítulo se recurrió, además, a las herramientas que nos aportan dos disciplinas: la psicología del testimonio y la criminología. Finalmente, en dicho capítulo se desarrollan las tensiones que existen entre los derechos de los imputados y los derechos de los niños víctimas y testigos en el proceso; además a las tensiones entre los derechos de los niños y la eficacia de la persecución penal y, finalmente, las tensiones entre el derecho del niño a ser oído y los mecanismos para ejercer ese derecho.

En el cuarto capítulo y final, se propone un catálogo de garantías para avanzar hacia una justicia adaptada a niños. En efecto, para que los niños puedan ejercer los derechos de participación que consagra la Convención sobre derechos del niño, deben poseer ciertas garantías mínimas sin las cuales sus derechos se convierten en declaraciones vacías de contenido.

Finalmente, es importante hacer alusión a la terminología utilizada en la presente tesis. Se ha utilizado el término “niño”, para referirse al concepto de niño que utiliza la Convención sobre derechos del niño y, por lo tanto, a todas las personas menores de 18 años, incluyendo a niños, niñas y adolescentes. En ocasiones, se ha utilizado la expresión “adolescente” para referirse a algún derecho específico otorgado sólo a ese grupo de niños, o “niña”, para referirse a algún caso, que les afecta singularmente.

CAPÍTULO I. DERECHOS DE LA INFANCIA

1. La infancia en perspectiva histórica y la evolución en la protección de los derechos del niño.

Seguindo a Baratta, la situación de los derechos humanos, en especial, de los niños, tiene una dimensión histórico-social y, por tanto, un contenido dinámico y evolutivo que da cuenta de las necesidades de las personas y de los distintos grupos humanos (1995, p. 317). No es posible entender, entonces, el concepto de infancia sin detenerse, primeramente, en la evolución que ha tenido esta construcción social en las distintas épocas y en las distintas culturas.

Durante la Antigüedad el niño era considerado como un ser imperfecto y la infancia, una etapa por la que se debía atravesar rápidamente. El niño no será considerado como sujeto de derechos, sino más bien su existencia estará estrechamente vinculada a la necesidad del *paterfamilias* de tener descendencia legítima, o a la protección de su patrimonio. Ello se advierte de una serie de instituciones que se desarrollan en el derecho romano y que llegarán a América, como consecuencia de la conquista y la necesidad de replicar instituciones consolidadas en Europa.

Durante la Edad Media, en Europa occidental, el niño será considerado un vástago del tronco comunitario, parte del gran cuerpo colectivo, perteneciente -y necesario- al linaje. Si bien durante los primeros años el niño se encontrará más ligado a su madre, luego de su primera infancia, el niño volverá a "lo público", la educación en común, que era un aprendizaje colectivo, proveniente de la casa, del pueblo, del terruño.

El creciente interés por los niños y por la infancia -que, en una gestación larga y gradual se inicia entre el siglo XIII, con las primeras instituciones de protección a la infancia abandonada y el siglo XVII, con las instituciones de educación a cargo de la iglesia y el Estado-, dará lugar a partir del siglo XVIII a un modelo proteccionista del tratamiento del niño. Así, en el siglo XVIII surgen las bases para las primeras instituciones de control social para niños y adolescentes.

Debido a una serie de causas, entre las que destacan la Revolución industrial de fines de XVIII y el traslado de los individuos del campo a la ciudad, las tradicionales instituciones de control, que hasta entonces eran la familia y la iglesia, fueron incapaces de ocuparse de los niños, para lo cual se crearon una serie de instituciones que suplían esas funciones, tales como el hospital u hospicio y el colegio (Cabezas, 2011, p. 159). Durante el siglo XIX el niño será el centro de la familia y objeto de inversión desde varias perspectivas: la afectiva, económica, educativa y existencial. En esa época surgirán las primeras instituciones que aspiran a una protección integral del niño y de la infancia, y sentarán las bases del desarrollo progresivo de los derechos del niño durante el siglo XX.

Pero otro de los ejes temáticos de la presente investigación será la evolución de los derechos de los imputados y de las víctimas en el proceso penal, por lo que también se hará alusión a dicha evolución, aun cuando se desarrollará en el último capítulo de la presente tesis.

1.1 La infancia en la Antigüedad

Según Lloyd deMause durante la Antigüedad las prácticas de infanticidio de hijos legítimos e ilegítimos serán características en esta época. Sostiene que en la historia se ha restado importancia a cientos de referencias de autores de la Antigüedad en las que se constata que el infanticidio era un hecho cotidiano y aceptado. Según el autor, se utilizaba esta práctica respecto de todos los niños que no fueran perfectos en forma o tamaño, o que llorasen demasiado o muy poco, o que fuera distinto de los descritos en obras ginecológicas de la época -Sorano de Éfeso, siglo I d.C.- La actitud ante los primogénitos era distinta dependiendo si era niño o niña. Cuando nacía un varón, tenía todas las posibilidades de vivir y

desarrollarse, en cambio cuando nacía una niña, era muy probable que se la dejara morir. De allí el predominio de la población masculina característico en occidente hasta bien entrada la Edad Media.

Asimismo, señala que el abandono y el infanticidio era un tema recurrente en la mitología, sin embargo, reconoce que los griegos y los romanos trataron de frenar estas prácticas, tal como relata Plutarco en el siglo I d. C condenando el sacrificio de niños que hacían los cartagineses, prácticas que además eran realizadas por los celtas de Irlanda, los galos, los escandinavos, los egipcios, los fenicios, los moabitas, los amonitas y hasta por los israelitas en determinados períodos (deMause, 1989, p: 47-52).

Durante la Antigüedad, como se analizará, no hay noción de que el niño sea un sujeto de derechos, sino más bien se le considerará como formando parte del patrimonio del *paterfamilias*. De allí la potestad que tenía para disponer de la vida de sus hijos. Este poder se fue restringiendo con el tiempo, hasta que fue prohibido en la cultura romana, en la época de la nueva moral. A continuación, desarrollaré la noción de infancia en Grecia y en el Derecho romano, dos culturas que nos darán una visión del concepto de infancia a partir de las distintas instituciones allí desarrolladas.

La Infancia en la Grecia arcaica y clásica.

El Estado espartano -omnipresente, omnipotente y temible, según relata Delgado- regirá la vida de los hombres, mujeres y niños, y la educación será tan importante como la seguridad nacional. El Estado espartano apoyará las familias numerosas, multando a los célibes y recompensando a quienes tenían más de 3 o 4 hijos, a quienes eximirá de la milicia y de los impuestos según relata el propio Aristóteles (Delgado, 1998, p. 27).

Al nacer, los niños eran lavados en vino y examinados por una comisión que decidía si debía vivir. Los niños débiles -normalmente niñas, según relata Veyne- o deformes eran arrojados a las *apoteyas* o expositorios, que estaban en las laderas del monte Taigeto (Delgado, 1998, p. 27). Asimismo, Plutarco relatará que los niños vivían desnudos hasta los 12 años, iban descalzos, comían poco y se les permitía robar. Debían vivir dedicados a la lucha, para llegar a ser parte de los iguales o *Homoioi*. Para Delgado esto era una demostración de la cultura de muerte inculcada a los jóvenes por la sociedad espartana (1998, p. 28).

En Atenas, la patria potestad que tenían los padres sobre sus hijos llevaba consigo la facultad de disponer de la vida y muerte de un hijo, pudiendo venderles como esclavos, darlos en adopción, designarles tutor por testamento, cambiarles el nombre y repudiarlos (González, 2011, p.22). En Esparta, en cambio, era un consejo de ancianos el que decidía la suerte del recién nacido. Sin embargo, existían ciertas normas que lo protegían, como aquella que imponía al Estado la obligación de mantener a los huérfanos, o aquella que establecía la responsabilidad del tutor por daños infligidos a la persona o los bienes del huérfano (González, 2011, p.22).

En definitiva, en la Antigüedad, especialmente en Grecia antigua -y como se analizará luego, en Roma- el niño era considerado un proyecto de adulto. Sostiene Campoy, que la Antigüedad se caracterizará por la negación del reconocimiento de derechos a los niños, por cuanto eran considerados “como simple propiedad, de la comunidad o de los padres (2000, p. 21). Agrega, que los niños eran considerados como carentes de ciertas cualidades que poseían los adultos y, por tanto, lo que “se resaltaba era su debilidad física, su incapacidad mental y su incompetencia moral”, características que se relacionan entre sí y se complementan (2000, p. 25).

Sostiene el autor que esta concepción será compartida por los filósofos de la época, como Platón y Aristóteles. En efecto, en el Libro VII de “Las Leyes”, Platón se refiere a los niños y a la necesidad de alimentarlos y educarlos. Señala que las mujeres durante los primeros años “darán forma a su hijo recién nacido, como si fuera un trozo de cera; y le envolverán en mantillas hasta que cumplan los dos años”

(Platón, 1975, p:134). Comenta la práctica de utilizar nodrizas, y a continuación, comparando a los niños con los furiosos, Platón espetará: “a causa de su fogosidad...su incapacidad de guardar reposo ni en el cuerpo ni en la voz y que grita y salta siempre en desorden” (1975, p: 135).

El filósofo agregará “lo que por mi parte sé es que ningún ser vivo nace con la calidad y grado de inteligencia que corresponde tener con su madurez, y en todo ese tiempo en el que no ha logrado aún su discreción, está todo él loco y grita desconcertadamente; y en cuanto llega a mantenerse en pie, salta también sin orden ni concierto”. Del mismo modo, en el libro IV, de la “República”, dirá: “y los más varios apetitos, concupiscencias y desazones se pueden encontrar en los niños y en las mujeres y en los domésticos y en la mayoría de los hombres que se llaman libres, aunque carezcan de valía”.

En cuanto a la deficiencia de carácter: “La templanza es un orden y dominio de placeres y concupiscencia” del que el menor carecerá. Asimismo, Aristóteles en la “Política” y en “Ética a Nicómaco”, coincide con el planteamiento de Platón, considerando que “el coraje la voluntad y también el deseo se encuentran en los niños desde el momento mismo de nacer, pero el raciocinio y la inteligencia nacen naturalmente al avanzar la edad” y, en consecuencia, “dominado por la pasión, la voluntad y el deseo” hace que la intemperancia prime en su carácter” (Aristóteles, 2007, 1334a, 10).

Campoy asegura, que ambos filósofos coinciden que en la niñez se debe actuar para potenciar las cualidades positivas que sólo alcanzarán de adultos. Los niños, cual “material moldeable”, serán la única esperanza para lograr la mejor sociedad posible, compuesta por ciudadanos con las mejores cualidades (2000, p. 26).

En definitiva, sostiene Campoy, ni en el planteamiento de los dos filósofos ni en la realidad política-social de Atenas, existe una preocupación por identificar ni satisfacer el interés del niño. El único interés que se advierte está en poder realizar con mayor eficacia la formación de este futuro adulto o ciudadano. El niño concebido como un ser imperfecto, con deficiencias y carencias, sólo tendrá interés como persona, en la adultez. Debido a estas deficiencias, el niño no podrá saber qué es conveniente para su formación y menos aún podrá actuar para la consecución de dicha formación, por lo que será necesario que una persona adulta determine cuál es su auténtico interés y, consecuentemente con ello, sólo un adulto podrá tener la dirección y el gobierno completo de un niño (2000, p.93-94). En este interés en que el niño se convirtiera en un adulto y ciudadano virtuoso, funda el autor las medidas eugenésicas y de control de la población que se utilizaron en esta época y que están presentes en los planteamientos de Platón y Aristóteles (2000, p.94).

La infancia en Roma.

Si bien la historia de Roma comprende varios siglos, parte de esta historia –la que nos interesa y que nos aporta mayores antecedentes para fines de la presente investigación– es la que conocemos gracias al Derecho romano, que se extiende desde los años 451-450 a.C., con la promulgación de la *lex XII Tabularum* –Doce Tablas– hasta la elaboración del *Corpus Iuris Civilis* en Constantinopla, entre los años 529 y 534 d.C. (Guzmán, 1996, p. 21-22).

Tradicionalmente se ha dividido la historia del Derecho Romano en 3 épocas: la arcaica, la clásica y la postclásica. Guzmán sitúa la época arcaica o preclásica desde los años 451 a 450 a.C. hasta el siglo II a.C., con la promulgación de la *lex Aebutia*.

Ésta se caracterizó por ser una época en que la comunidad se encontraba cohesionada gracias a la familia, que a su vez estaba sometida a la potestad de *paterfamilia*. En esta época, el Derecho romano fue un Derecho no escrito, vinculado a los *mores maiorum*, es decir a las tradiciones y costumbres de los antepasados.

Recién a partir del siglo V a.C. la ley de las Doce Tablas, se ocupará del procedimiento de las *legis actiones*, actuaciones judiciales y ejecución de sentencias, de la patria potestad, sucesiones, tutelas y curatelas, dominio, servidumbres, delitos, cosas sagradas, y las dos últimas, las *iniqua legis*, que prohibían el matrimonio entre patricios y plebeyos.

La época clásica, por su parte, se extiende desde el año 130 a.C., hasta el tercer tercio del siglo III d.C. y se caracterizó, según Guzmán, por la existencia de juristas *-iurisprudentes-*, o estudiosos del Derecho, hasta que fallece Ulpiano, con el que termina el mencionado estamento y, con su muerte, termina también la época clásica.

Guzmán distingue, 3 períodos dentro de la época clásica: clásico inicial, clásico alto y clásico tardío. Finalmente, la época post clásica se extiende desde la muerte de Ulpiano -224 d.C.- hasta la de Justiniano -565 d.C. Este último período se subdivide en un período en que dominó la figura de Diocleciano desde el año 224 d.C. hasta el año 306 d.C.; un período en el que primó la figura de Constantino desde el 307-337 d.C. hasta el 527 d. C. y el último período de la época postclásica regido por el gobierno de Justiniano que fue emperador desde el año 527 d. C. al 565 d.C. (1996, p. 22-26).

Por otra parte, se debe tener presente, que la cultura romana se vio fuertemente influenciada por la griega. Veyne afirmará que el Imperio romano no es otra cosa que la civilización helenística. La civilización, la cultura, la literatura, el arte y hasta la religión durante medio milenio en Roma, provendrán de los griegos, y lo mismo pasará con otras ciudades de Etruria (Ariès, 1992, tomo I, p.14). Además, durante los siglos II y III de nuestra era, cambia el modelo de familia y del niño, lo que se debe, según Ariès, no a la influencia del cristianismo, sino a la nueva moral que impera en Roma, aproximadamente a partir del año 100 a.c. (1979, p. 2).

Basándose en las imágenes esculpidas en las lápidas funerarias italianas y greco-romanas de la época, sostiene que la institución del matrimonio, adopta una dimensión psicológica y moral que no tenía en la Roma antigua. El matrimonio se extiende más allá de la vida. La unión de los cuerpos será sagrada, al igual que los hijos que son frutos de esa unión. Desde entonces, sostiene Ariès, los vínculos sanguíneos serán más importantes que los de la voluntad (1979, p. 2).

Peter Brown destaca que ya en el siglo II d. C. -sin contar con la participación de las iglesias cristianas- es posible advertir una nueva moral, claramente distinta y basada en un ámbito diferente de experiencia social. Como se detallará a continuación, ciertos aspectos del derecho romano y de la familia romana, se ven influenciados por esta nueva sensibilidad moral en la mayoría de las provincias del Imperio. El matrimonio respetable se extendió hasta incluir a familias de esclavos en el siglo III d.C. Los emperadores asumirán la tarea de ser los guardianes de esa nueva moral, e incluso el suicidio -considerado en una época como un derecho de los "bien nacidos" de disponer, en caso de ser necesario, de su propia vida-, se convierte en un trastorno antinatural (Ariès, 1992, p. 256). En esa época surge el principio de la cultura latina *maxima debetur puero reverentia* -el niño merece el máximo respeto- acuñada por Decimo Junio Juvenal (Delgado, 1998, p. 43) lo que demuestra que en Roma hay una preocupación por la infancia, según se analizará a continuación.

Sostiene Tafaro que incluso antes de nacer, el concebido era considerado persona, y, en consecuencia, tenía derecho a nacer. En apoyo a esta teoría, sostiene que, desde la época regia, estaba prohibido sepultar a la mujer encinta. Además, en la época de Adriano, si una mujer embarazada era condenada a la pena de muerte, ésta sólo se podía ejecutar después del parto, lo que era una costumbre arraigada entre los antiguos pueblos romanos. Del mismo modo, en dicha época, se prohibía torturar y condenar una mujer embarazada, antes del parto, como, asimismo, debía diferirse para después del parto, la acusación de adulterio en contra de una mujer encinta, en posesión de los bienes del *nascituro*, para no provocar perjuicio en el niño una vez nacido.

En rescriptos de Marco Aurelio y Lucio Vero, entre el año 161 y 169 d.C., se estableció que el marido podía pedir la declaración del estado de embarazo de una mujer y la designación de personas – *custodes*- que la vigilaran y evitaran que ésta pudiera cometer algún acto en contra del nacimiento de su hijo. Asimismo, los emperadores Septimio Severo y Antonio Caracalla en el siglo I d.C., incluyen el aborto entre los *crimina* y, por tanto, perseguible como crimen, aun fuera del sistema. Por su parte el jurista Gayo, admitió la concesión de alimentos destinados directamente al *nasciturus*, garantizados por la asignación de un *curador ad ventris*, aun cuando la madre tuviera una posición acomodada (Tafaro, 2009, p. 179).

Durante los primeros días de nacido, se hacían distintas ceremonias religiosas. *Tollere liberum* era la ceremonia que consistía en la costumbre de alzar al recién nacido, reconociéndolo como legítimo, lo que permitía o impedía la entrada a la familia en calidad de hijo (Martínez, 2008, p. 67). Así, el padre tenía la prerrogativa, después del nacimiento del niño, de levantarlo del suelo donde lo había dejado la comadrona, en señal de que lo reconocía (Tafaro, 2009, p. 184). El *non tollere*, en cambio, significaba la negación o el desconocimiento de la paternidad y, con ello, la renuncia a la patria potestad y el abandono (Martínez, 2008, p. 69). El niño que no era elevado –*elevare*- por el padre, era expuesto en la puerta del domicilio o en algún basurero público. (Tafaro, 2009, p. 184). Sostiene Veyne que, en la antigua Roma, el nacimiento no se limitaba a ser un hecho biológico, y que los recién nacidos no eran aceptados por la sociedad, sino gracias a una decisión del jefe de familia. De hecho, prácticas tales como la anti-concepción, el aborto, la exposición de los hijos de origen extraconyugal y el infanticidio, no serían ilegales sino hasta la época de la nueva moral, conocida como estoica, en el siglo II a. C. que coincide con el fin de la época arcaica (Ariès, 1992, p.23).

En Roma -al igual que en Grecia- se exponía e incluso, ahogaba a los recién nacidos malformados, como a los hijos de una hija desobediente, pero con mayor frecuencia, los pobres abandonaban a sus hijos que no podían criar o para privilegiar la crianza sobre un número reducido de descendientes (Ariès, 1992, p.23). Agrega Veyne que la exposición podía ser una manifestación de principios, como cuando se exponía al niño de una mujer adúltera; o una manifestación político-religiosa, como en ocasión de la muerte de un gobernante querido o como signo de protesta. No obstante, con el paso de los años esta práctica se restringió, hasta llegar a ser castigada como *crimina*. En efecto, primero, el abandono del hijo infante fue limitado a la aprobación de tribunales domésticos y censores, luego fue castigada por Constantino, con la pérdida de la patria potestad y finalmente, fue castigada como crimen por Valente y Graciano, y por Adriano (Tafaro, 2009, p. 183)

Para Veyne, el “nombre de familia” pesaba mucho más que los lazos de sangre. Muestra de ello, era que los bastardos tenían escasa posibilidad de jugar un rol social o político en la aristocracia romana, en cambio, los libertos, que tomaban el nombre de familia del amo que los liberaba de la esclavitud y, en definitiva, continuaban su estirpe, podían llegar incluso al Senado (Ariès, 1992, p. 26). Así en Roma, fueron frecuentes las adopciones. Con ello se evitaba el fin de la estirpe, pero además se adquiría la calidad de *paterfamilia*, exigida a los candidatos a honores públicos o al gobierno de las provincias (Ariès, 1992, p. 30).

El *dies lustricus* era una ceremonia que se realizaba a los nueve días, en caso de que el recién nacido fuera varón, y a los 8 días, en caso de que fuera niña. En esta ceremonia, se purificaba al niño con agua, se le otorgaba un nombre y se le colgaba al cuello una *bullae aurea*, pendiente de oro o de cuero con el que se evitaba el mal de ojo (Tafaro, 2009, p. 186). En dicha ceremonia, se les asignaba un nombre y se consideraba que, desde ese momento, el niño entraba oficialmente a la comunidad (Tafaro, 2009, p. 187). En los inicios de la historia romana, los individuos eran conocidos por el *praenomen* o nombre propio. Más tarde, se les asignaría un *nomen* o nombre de familia a la que pertenecía y finalmente, en la edad republicana tardía y el alto imperio, con un *cognomen* o tercer apellido. A este sistema de nombres se le denominará *tria nomina* (Tafaro, 2009, p. 187). A las niñas en cambio, se les asignaba el nombre

de la *gens* a la que pertenecían, usado en femenino, pero no tenían derecho a nombre propio. Sin embargo, si familiarmente se les asignaban un *praenomen*, éste sólo podía ser conocido por sus familiares más cercanos y no podía ser pronunciado en público (Tafaro, 2009, p. 188-189).

En Roma -y en Grecia como ya se señaló-, los hijos quedaban sujetos a la patria potestad del *paterfamilia*. El *paterfamilia* era el único con plena capacidad para obrar *-sui iuris-* y los hijos quedaban bajo la potestad paterna hasta la muerte del padre. En estas circunstancias, los hijos sometidos a esta potestad, según Veyne, “no pueden mover un dedo sin el consentimiento paterno, ni cerrar contrato ni liberar esclavos, ni testar. Sólo es dueño, a título precario de su peculio, exactamente igual que un esclavo. Y a semejantes humillaciones debía añadirse el riesgo de verse desheredado, que era muy real” (Ariès, 1992, p. 41). En la Roma arcaica, el *paterfamilia* será esposo, dueño de un patrimonio, el amo de sus esclavos, el patrón de sus *libertos* y clientes.

Además, según relata Veyne por una delegación que le entrega la ciudad, ejercerá un derecho de justicia sobre sus hijos e hijas (Ariès, 1992, p. 81), que comprendía facultades de vida y muerte sobre ellos *-ius vitae ac necis-*, e incluso la venta como esclavos en un territorio extranjero (Delgado, 1998, p. 44). No obstante, señala Tafaro que en el Derecho romano las expectativas del niño de nacer y de vivir habrían contado con formas eficaces de tutela desde las *Doce Tablas*. Las primeras limitaciones al *ius vitae ac necis* habrían sido establecidas por el *ius sacrum*; luego las *Doce Tablas* establecían que, si el padre vendía a su hijo 3 veces, éste quedaba libre de la patria potestad (Delgado, 1998, p. 44). En este sentido, sostiene Tafaro, que el ejercicio de la patria potestad siempre estuvo sometido a límites, hasta la época republicana (2009, p. 183). En la práctica, esta facultad de los padres sobre la vida de sus hijos, fue restringida al castigo de los hijos, culpables de faltas consideradas graves en dicha época, como la ley *Iulia de adulteriis* que admitía la muerte de la hija en caso de ser sorprendida en flagrante adulterio, y hacia la mitad del siglo II d.c. Ulpio Marcelo en algunos casos atribuía a los *maiores* la decisión de la muerte del hijo por parte del padre en caso de delito. Bajo la administración de Constantino se declaraba la abolición definitiva del *Lius vitae ac necis* (Tafaro, 2009, p. 183).

Respecto de la paternidad, en pasaje de Paulo, en Comentarios al Edicto, libro IV, se observa: *quia semper certa est (mater); pater veri is est, quem nuptiae demonstrant*, esto es, “ha de ser tenido por padre el varón casado con la madre”, estableciendo, en consecuencia, una presunción de paternidad del hijo nacido en matrimonio legítimo. Esta frase, recogida por los compiladores justinianos en el Digesto (D. 2,4,5), y que sería anterior a la época clásica, tenía una serie de consecuencias para el recién nacido, como el reconocimiento de *status civitatis* del padre, considerándosele libre y ciudadano romano si el padre también lo era, además, se le asignaba el nombre de familia del padre, según lo que ya se señaló, y el derecho a recibir alimentos, entre otros derechos (Martínez, 2008, p. 71). En todo caso, al padre se permitía desconocer o impugnar la paternidad en caso de ausencia prolongada, que hiciera inverosímil dicha paternidad (Martínez, 2008, p. 81). Como, asimismo, se permitía al padre desconocer la paternidad del niño nacido post divorcio en la época de Placiano, a través de un procedimiento ante el Senado Consulto (Martínez, 2008, p. 82; Tafaro, 2009, p. 184).

Por otra parte, se desprende de fragmentos de Cicerón y de Ulpiano, el derecho natural de todos los seres al matrimonio, a la procreación y a la crianza de los hijos. Así, durante los tres primeros años las madres y las nutridoras, debían amamantar y nutrir a los neonatos. Después del tercer año, dicha obligación pasaba a los padres y se entendía comprendida dentro de la patria potestad. Incluso en caso de divorcio y embarazo discutido, en tiempos de Placiano y Adriano, se reconoció a los niños de tres años y más, a exigir dicha obligación. Diocleciano a partir del 294 d.C. confirmó al hijo de tres años el derecho a entablar acción de alimentos contra el padre. Luego, esta normativa pasó al derecho bizantino y luego al canónico (Tafaro, 2009, p. 190). Se dice que estos rescriptos provienen de la Edad de los Antoninos y Severos, siglos I d.C., y fue confirmada en épocas posteriores hasta que una Constitución de Adriano estableció que los niños varones debían ser alimentados hasta los 18 años y las niñas hasta

los 14. Ulpiano que también recoge esta tradición, justificaba el derecho de alimentos en la *pietas* (Tafaro, 2009, p. 192).

Del mismo modo, desde la administración del Emperador Nerva (30-98 d.C.) se destinó dinero público para el mantenimiento de los niños que se encontraban en situación de necesidad, iniciativa que fue continuada por su sucesor, Trajano (Tafaro, 1998, p. 193). Asimismo, a través de la *Tabula Veleia* y la *Tabula ligurum Baebianorum* (101 d. C.), Trajano dispuso que los intereses obtenidos por préstamos agrarios, serían destinados a los niños pobres para asegurar así su alimentación (Tafaro, 1998, p. 194-195).

En cuanto a la protección jurídica que los romanos otorgaban a los niños, están las exenciones de *Munia*, la *Tutela Impuberum* y la falta de legitimación activa de los niños en procesos judiciales. La primera, exenciones de *Munia*, consistía en la prohibición del trabajo forzado y convenciones laborales relativas a los niños menores de 14 años, que regía desde el año 47-44 a.C. lo que benefició incluso a los impúberes *libertos* (Tafaro, 1998, p. 195-196).

La *Tutela impuberum*, en sus orígenes, según señala Tafaro, estaba destinada a proteger los intereses patrimoniales de la familia y sólo indirectamente a los niños. Sin embargo, luego de la devastación y las muertes causadas por las guerras *anibálicas*, o segunda guerra Púnica en el siglo III a.C., y gracias a la *lex Atilia de tutore dando*, se determinó nombrar tutores en Roma a quienes no los tuvieran. Desde ese momento la tutela asumió el rol de protección, custodia o vigilancia (Tafaro, 2009, p. 196). Pero, el papel de los tutores iba más allá de proteger el patrimonio del pupilo, ya que comprendía también la obligación de desplegar sus mejores capacidades en administración, de tal modo, de restituir el patrimonio de forma íntegra y aumentada. Del mismo modo, se preveía la rendición de cuentas por parte del tutor al finalizar la tutela, y la prestación de garantía con la que se comprometían a hacer lo posible para que el patrimonio del niño no se viera menoscabado. (Tafaro, 2009, p. 197).

Señala Rodríguez Manzanera que, en cuanto a los procesos judiciales debemos destacar la importancia que en Roma tenía la distinción entre los *delicta* y los *crimina*, ya que los primeros eran de persecución privada, por cuanto afectaban tan sólo a los particulares, y sólo indirectamente provocaban una perturbación social, en tanto los segundos eran perseguidos de oficio, ya que ponían en peligro a toda la comunidad. Los *delicta*, evolucionaron desde la venganza privada hasta la multa a favor del ofendido, pasando por el talión y la compensación. Agrega Rodríguez, que poco a poco los *delicta* se fueron convirtiendo en *crimina*, hasta que se optó por el monopolio de la acción penal por parte del Estado y, la víctima, pasaba a un plano muy secundario (Rodríguez, 2002, p: 14).

En lo relativo a la intervención de niños en los procesos judiciales, Tafaro considera que la falta absoluta de legitimación en los procesos judiciales para los *infantes*, y la designación de tutor para *infantia maiores* –impúberes- era una manera de proteger a los niños. Esta prohibición, que luego se extiende hasta los 17 años, tenía por objeto evitar que los niños fueran sancionados, por incumplir las prescripciones de los magistrados, debido a su imposibilidad de comprender dichas decisiones (Tafaro, 2014, p. 161).

Para Tafaro, todos estos derechos denotan una preocupación por tutelar de diversas formas a los niños, aunque sea de manera muy incipiente. Según este autor, ello no implica sostener que los niños tenían derechos en Roma, al menos no como los conocemos hoy, sino más bien considerar que en la experiencia romana ya se advierte la existencia de conceptos dirigidos al reconocimiento de tutela a favor de los niños (Tafaro, 2009, p. 199). De los escritos romanos de la época, tampoco se advierte una preocupación por el niño, sino sólo cuando alcanza la edad adulta. De hecho, debemos advertir que, en Roma, la condición de niño estará directamente vinculada a la condición de “hijo” y, en consecuencia, vinculada a la necesidad del *paterfamilias* de tener descendencia legítima, o a la protección de su patrimonio. Aun

así, no se puede desconocer la importancia que tiene la protección de los niños en el Derecho romano – en especial, aquella protección que se consolida desde finales de la época clásica y post clásica- en la evolución de instituciones que llegan hasta nuestros días.

1.2. La Infancia en la Edad Media.

La Alta Edad Media.

Michel Rouche, relata en “historia de la vida privada” como era la infancia en la Alta Edad Media. Señala que en Europa desde el siglo V, la tasa de mortalidad infantil era muy elevada -45 por mil- y la esperanza de vida al nacer apenas alcanzaba los 30 años, por lo que se debía tener muchos hijos, y se requerían muchas mujeres para sobrevivir (Ariès, 1992b, p. 52).

En Francia, se privilegiaba tanto la natalidad, que quien matase a una mujer joven, en edad de procrear, tenía que pagar 600 sueldos de multa, en cambio, si la mujer había muerto luego de la menopausia, solo se debía pagar a título de multa, 200 sueldos. Si se la hería mientras estaba encinta y moría, se debía pagar 700 sueldos de multa y si el niño que llevaba en su vientre era varón, se debían otros 600 sueldos (Ariès, 1992, tomo II, p. 53).

A pesar del influjo de la iglesia católica, prácticas paganas como la exposición de los recién nacidos, continuaban realizándose en esta época, aunque ya no acarreaban la muerte del niño. La criatura era depositada, todavía ensangrentada, en la puerta de las iglesias, el sacerdote a cargo anunciaba el descubrimiento públicamente y, si nadie lo reclamaba, lo entregaba a su “descubridor”, quien pasaba a ser su dueño, lo criaba y convertía en su esclavo (Ariès, 1992, tomo II, p. 54).

En tiempos de guerra, cada vez que se conquistaba una ciudad, los vencedores se llevaban como esclavos a las mujeres y los niños pequeños, en especial, a los menores de tres años. De allí proviene la expresión en latín *puer* –esclavo- (Ariès, 1992b, p. 54). Por su parte, las familias del medievo, compuestas por un gran número de integrantes, frecuentemente ofrecían a los monasterios a uno de sus hijos como una prenda de dicha. Los oblatos, que eran educados en los monasterios, podían o no aceptar los votos perpetuos, una vez que alcanzaban la adultez. Los pedagogos monásticos, contrarios a la educación de aquella época, trataban de conservar en ellos las virtudes de la infancia, consideradas debilidades por sus contemporáneos (Ariès, 1992, tomo II, p. 56).

Uno de los principales exponentes de esta época será San Agustín (354-439), que estudia la infancia, y en especial, las relaciones paterno filiales en sus *Confesiones*, escrita entre los años 397 y el 398. En esta obra San Agustín señala que la familia verdadera no es la natural, ya que las relaciones no deben depender del nacimiento o de la muerte. A pesar de que considera que el criterio de los niños no es de fiar, considera que los niños son educables y relativamente inocentes. Asimismo, considera que los niños tienen un puesto en el plan divino y promueve el bautismo en los niños pequeños. Consideraba en todo caso, que los niños son egoístas y codiciosos al nacer, y simplemente, no han tenido la oportunidad de pecar, por lo que no debemos extrañarnos si existe sufrimiento en el mundo y que éste se extienda a los niños (deMause, 1989, p: 112). En sus comentarios a los Salmos, a menudo utiliza la imagen de la infancia para formular sus proposiciones teológicas. En el Salmo 130, señalará: “el débil, que se halla en la primera infancia, la cual es la verdadera infancia, se encuentra sobre los brazos de su madre, y, si se le apartase de la leche, moriría”.

En la legislación imperial a partir del siglo IV en adelante se promulgan leyes condenando el infanticidio y sancionando prácticas que estaban muy arraigadas, en parte para paliar la alta tasa de mortalidad infantil característica de esta época. Así, los concilios Visigóticos, nos aportan antecedentes sobre ello, a partir del siglo VI de nuestra era.

En el II Concilio de Toledo, (527 d.C.) se estableció que los jóvenes educados en monasterios, podían abandonarlos a partir de los 18 años (Delgado, 1998, p. 62). El Concilio in Trullo, efectuado bajo el reinado de Constantino II, en el año 692, determinó los 10 años como edad mínima para enviar a los niños al claustro (Ariès, 1992, tomo II, p. 185). Asimismo, gracias al III Concilio de Toledo (529 d.C.) se establecieron penas más severas para los padres que mataran a sus hijos y el II Concilio de Braga de 572, reguló la práctica de los abortos y filicidios de niños adulterinos (Delgado, 1998, p. 62).

También el Fuero Juzgo recogió normas sobre la familia, sancionando con la pena de muerte o la ceguera a las madres que dieran muerte a sus hijos antes o después de nacer, e imponían fuertes sanciones a los padres que abandonaren a sus hijos recién nacidos (Delgado, 1998, p. 63). Asimismo, se regulaba la patria potestad, restringiendo la facultad de los padres, de tal manera que no podían dar en prenda, donar, vender o privar de la vida a sus hijos –salvo a las hijas en caso de deshonestidad grave–, y se establecía la mayoría de edad a los 15 años (Gonzalez, 2011, p. 27).

La Baja Edad Media.

Más avanzada la Edad Media, a partir del siglo X, se advierte dos distritos de poder, en los que el hombre se ve controlado, sometido, se corrige y se castiga: por una parte existe aquel que proviene de la *res publica*, cuyo ayuntamiento será el Estado y su gestión le corresponderá al *rex* y a la *lex* –al rey y a la ley–, que es la voz del pueblo. Por otra, es posible identificar la *res familiaris*, compuesta por una colectividad distinta del pueblo, que no se rige por la ley, sino por la costumbre y por los designios del *paterfamilias* (Ariès, 1992, tomo III, p. 23).

La vida familiar se basará en la confianza mutua, en que se encomienda a una persona –el *paterfamilias*– la economía y al mismo grupo familiar, conformado por un gran número de individuos –su parentela y otros encomendados a él–, unidos por un fuerte lazo afectivo que denominarán *amistad* (Ariès, 1992, tomo III, p. 23). En dicha comunidad, sólo el *paterfamilias* podrá participar de lo público y de lo privado, el resto de los integrantes en cambio, la parentela, mujeres, niños, se encontrarán confinados a la *res privatae* y no serán considerados parte del pueblo. Todos ellos como, asimismo, los muebles, los animales, dependerán del poder doméstico del dueño de la casa, de la *domus*, del *dominus* (Ariès, 1992, tomo III, p. 28).

Los integrantes de este grupo o familia, serán dependientes de su amo o patrón, y aunque aún se considerarán hombres libres, en el siglo XI podrán ser vendidos o cedidos como esclavos y serán parte del acervo hereditario del amo. En documentos de la época se lee que el amo puede decir: es mi hombre “propio”, o bien, “es mi hombre de cuerpo”, es decir, que es parte de su propiedad privada (Ariès, 1992, tomo III, p. 38).

Asimismo, a partir del siglo XII, se transforma el sistema penal en Europa continental, estableciéndose la persecución penal pública, como “un sistema de control estatal directo sobre los súbditos” (Bovino, 2003, p: 413). Desde entonces se instauró el sistema inquisitivo, que se sustenta sobre la base de la centralización del poder político de las monarquías absolutas. Como señala Bovino, el sistema inquisitivo será un reflejo de la forma política que lo engendra, tal como había ocurrido en la Iglesia católica años antes. Ella lo utilizó como instrumento para consolidar su vocación de universalidad (2003, p: 413).

En el mismo sentido Maier sostiene que en lo que se refiere a la justicia penal, el absolutismo “se edifica a partir de la redefinición de conceptos e instituciones acuñadas en la inquisición” (Maier, 1992, p: 186). Con el advenimiento de la Inquisición, la víctima será excluida del proceso penal, lo que se explica debido a que el fundamento de la persecución penal no será el daño provocado al ofendido por el delito, sino por la infracción, considerada como una lesión frente a Dios o en la persona del rey (Bovino, 2003, p: 414). Como señala Maier, la víctima fue desalojada abruptamente del pedestal en que

se encontraba en la Antigüedad, y sus facultades fueron expropiadas. El conflicto se estatalizó, quedando la pena en manos del Estado, que la utilizará de oficio sin siquiera esperar una queja por parte del ofendido (Maier, 1992, p: 186).

El papel del imputado también cambió en el sistema inquisitivo, pasando desde el protagonismo a ser un simple objeto de la persecución penal. Foucault, agrega que en el sistema penal de esa época, se considerará que con el delito no sólo se ataca a la víctima inmediata, sino además la voluntad del soberano, expresada en la ley “ya que la fuerza de la ley es la fuerza del príncipe” (1993, p: 53). Por ello, el castigo no puede limitarse a la reparación del daño provocado al ofendido, sino además deberá reparar el daño hecho al reino, al desorden instaurado, de manera que el rey procurará la venganza de una afrenta que ha sido hecha a su persona (1993, p: 53). Así, Foucault concluye que el suplicio desempeñará una función jurídico- política que tendrá por objeto reconstituir la soberanía por un instante ultrajada (1993, p: 54). La víctima en este nuevo esquema, sale de escena y sólo será utilizado como testigo, para que legitime el castigo estatal. Como se desarrollará más adelante, el movimiento reformador de fines del siglo XIX no transformará en lo fundamental este esquema, y de alguna manera pervive hasta nuestros días.

En lo relativo a la infancia en esta época, los niños estarán más vinculados a su madre, aunque se confíe su crianza hasta los 3 años a la nodriza, que puede o no estar instalada en la casa de su patrón. Una vez que se reintegran a la vida familiar, de inmediato compartirán con los hermanos mayores, quienes se ocuparán de los más pequeños y mientras más pobre sea un niño, más joven debe insertarse en el mundo de los adultos. Georges Duby relata que es posible encontrar, en la Alta Edad Media, niñas de 6 y 8 años, colocadas como criadas (Ariès, 1992, Tomo III, p. 226). Entre los años 1348 a 1430, la mortalidad infantil sigue siendo muy elevada a causa de las pestes. En el siglo XV los abandonos son tan frecuentes que es necesaria la creación de hospicios, como el que se construyó en Florencia, en 1445, denominado San Gallo, Innocenti.

En España, las Partidas contienen disposiciones sobre el ejercicio de la patria potestad y la mayoría de edad que se alcanzaba a los 25 años. Asimismo, se limitan sus poderes sobre los hijos, ya que sólo podían venderlos a cederlos a causa de hambre (Gonzalez, 2011, p. 30). También se establecieron límites en cuanto a la responsabilidad penal de los niños, ya que hasta los 10 años no podía imponérseles penas. Hasta los 14 años, no respondían por adulterio ni otros delitos de lujuria, salvo en el caso de homicidio, robo u otro similar, y desde los 14 a los 16 años respondía con pena atenuada (Gonzalez, 2011, p.30).

Las *Siete Partidas*, también, regulan el matrimonio y el desposorio. El desposorio - o promesa de matrimonio- estaba permitido sólo a los niños desde los 7 años, ya que se consideraba que desde esa edad tenían discernimiento. En cambio, el matrimonio, sólo estaba permitido a las niñas desde los 12 años y a los niños desde los 14 años (Delgado, 1998, p. 75). Una vez llegada la edad del matrimonio, cualquiera de los desposorios podía rehusar el matrimonio por las causales que allí se señalaban, tales como la entrada en un convento de alguno de ellos, la enfermedad grave, la desaparición sin dejar rastro, por infidelidad o casamiento de alguno de ellos (Delgado, 1998, p. 75). En todo caso, la ley prohibía el matrimonio de las niñas sin su consentimiento expreso. Hacia el siglo XIII los niños adquirirían su mayoría de edad a los 14 años, y además de permitírseles el matrimonio, podían emanciparse de la patria potestad de padre. En esa época se distingue entre *niño* que es el criado por nodrizas, *mozo* que desde los 3 o 4 años dependían de los ayos, *mancebo* y *doncel* los niños nobles que esperaban ser armados como caballeros.

Asimismo, las Siete Partidas, distinguen entre la crianza, el *nodrimento* y la enseñanza, que era el cuidado que se les debía dar a los niños durante los primeros años de su vida. Criar –que se asocia a crear- implica dar todo lo necesario al niño para que éste viva, a diferencia del *nodrimento* que se asimila a alimentar y la enseñanza, que implica educar en sentido amplio (Delgado, 1998, p. 76). Las Partidas,

también establecerán normas para escoger a las nodrizas reales, ya que se creía que por la leche se transmitía la bondad y el buen carácter a los niños, mientras que las malas inclinaciones, provenían de la leche mercenaria de las nodrizas (Delgado, 1998, p. 79).

Además, las Siete Partidas, distinguirán entre hijos legítimos, nacidos de las esposas legítimas, e hijos ilegítimos, nacidos de adulterio, incesto o fornicio –infidelidad, caso en el cual, el padre no tenía obligación de criarlos si no quería. La madre en cambio, y sus parientes cercanos, sí tenían obligación de criar al ilegítimo, costumbre arraigada en el Derecho romano (Delgado, 1998, p. 80).

En cuanto a la exposición, las Partidas establecían 3 causas por las que se realizaba la exposición en iglesias y hospitales: la vergüenza, la crueldad y la maldad. Del mismo modo, se establecía que el padre o la madre que abandonaba a un niño, perdía la patria potestad sobre él, a menos que hubiera sido abandonado sin su consentimiento. (Delgado, 1998, p. 80)

Para proteger a los niños expuestos, Pedro III de Aragón en el siglo XIV instituyó el *pare orfens*, con el objeto de recoger niños abandonados, huérfanos o indigentes, de manera de darles sustento y ocupación digna. Luego Martín el Humano (1356-1410) instituyó el Tribunal de *orfes* que podía juzgar y castigar a los niños que habían delinquido, extendiéndose esta práctica a Navarra, Aragón y Castilla, donde se le llamó Padre general de Menores (Delgado, 1998, p. 81).

Para deMause, esta etapa se caracterizará por el abandono, etapa que se extiende desde el siglo IV hasta el siglo XIII. Sostiene deMause que, en esta época, los padres aceptan al hijo como poseedor de un alma, y la única manera de abstraerse del peligro que significaba su propia proyección, era el abandono del niño en manos de amas de crías, o internándolo en un monasterio o convento, cediéndolos a otras familias en adopción, o enviándolo como criado a casa de familias nobles, o incluso manteniéndolo en su casa, pero en situación de grave abandono afectivo. El niño era considerado un ser lleno de maldad, por lo que se les azotaba. Señala que la imagen de María sosteniendo al niño Jesús en posición rígida, demuestra este sentimiento hacia los niños, en las representaciones del siglo XIII. Luego, a partir del siglo XIV, la seguirá la etapa de la ambivalencia en la que la percepción hacia los niños cambia gracias al influjo de pensadores como Locke y de la iglesia católica (deMause, 1989, p.88-89).

1.3. El Renacimiento.

Ariès advierte que el arte medieval no conocía la infancia o no trataba de representarla (Ariès, 1973, p. 82). Esto se explica en parte, según nos relata Gélis, ya que, durante la Edad Media, en la Europa occidental al niño se le considerará un vástago del tronco comunitario, parte del gran cuerpo colectivo, perteneciente -y necesario- al linaje. Asimismo, el niño se encontraba estrechamente ligado a su madre, de quien dependía para sustentar sus necesidades básicas. Luego del destete, y durante su primera infancia, el niño volvía a “lo público”, la educación en común, que era un aprendizaje colectivo, proveniente de la casa, del pueblo, del terruño. De tal manera el niño, se desenvolvía entre lo público y lo privado desde su nacimiento (Ariès, 1992, Tomo V, p. 311). Tucker afirma que durante la Edad Media se pensaba en los niños en términos jerárquicos, ubicándolos en lo más bajo de la escala social, y ni siquiera se les consideraba como seres humanos. Sin perjuicio de ello, destaca la ambivalencia que había en esa época respecto de los niños, debido a la influencia de la iglesia católica que tenía como modelo a Cristo niño. Basándose en las sagradas escrituras, se consideraba al niño como un ser que poseía cierta inocencia y perfección. Así la Biblia señala que era preciso ser niño para entrar al reino de los cielos, se pensaba que los niños que habían sido bautizados y morían, iban directamente al cielo y el crimen más execrable fue el de Herodes, cuando mandó matar a todos los niños menores de dos años de Belén, como un intento de matar al rey de reyes, que sería más grande que él y sus descendientes, crimen que desde entonces se conmemora en la fe cristiana como el día de los santos inocentes (deMause, 1989, p. 255-259).

Sin embargo, desde finales del siglo XIV, primero en las familias acomodados de las ciudades, se advierte una nueva relación con el niño, una conciencia más lineal de su existencia, en la que adquiere valor como individuo, con su propia personalidad. Sostiene Gélis que ésta será una mutación cultural paulatina, pero de duración indefinida. Este descubrimiento de la infancia, coincide con el nacimiento de la familia moderna, que Gélis sitúa en Francia, en el siglo XV y que se caracterizará por ser una familia nuclear, con un espacio doméstico más íntimo. Florencia, en Italia, iniciará esta misma evolución en el siglo XIV, e Inglaterra y Flandes en el siglo XV y XVI, aunque no de manera lineal (Ariès, 1992, p. 312-319). Asimismo, en España, los reyes católicos (1474-1516) impusieron un cambio de política en relación a la infancia. En vez de perseguir la mendicidad y marginación social de los niños en la ciudad, impulsaron medidas tendientes a la reeducación de los niños, creando nuevas instituciones para recoger niños abandonados y racionalizando el funcionamiento y coste de la beneficencia pública. (Delgado, 1998, p. 122).

Por su parte, los médicos y letrados de la época advierten que los niños que habitan en el campo, criados por sus madres, viven más y son más sanos que los de las ciudades, por lo que, en Florencia del siglo XVI, se desaconseja la práctica de dar a criar un niño, ya que hasta los animales alimentan a sus crías (Ariès, 1992, p. 320). Asimismo, en textos del siglo XVI y siglo XVII se advierte un niño más maduro y más despierto, lo que hace que autores de la época se ocupen de su formación.

En el año 1693, John Locke publica "De la educación de los niños", en el que aconseja a los padres, moderar el afecto hacia ellos, de manera de no generar malos hábitos en los niños. Destaca Ariès que, a partir del siglo XVI en las clases acomodadas, los niños varones comienzan a tener un modo propio de vestir. Las niñas, en cambio, utilizaban trajes de señoras, hechos a su medida. Desde entonces, los niños utilizarán una túnica abotonada por delante y a partir del siglo XVII un vestido similar a los de las mujeres. Las clases populares, en cambio, no cambiaron el modo de vestir a los niños y conservaron algunas antiguas actitudes respecto de ellos, tales como mimar al niño y jugar con él. Sin embargo, destaca Ariès que sobre todo en las clases acomodadas y, en particular, en Francia surge una nueva sensibilidad hacia la infancia, un sentimiento bifronte: por un lado, solicitud y ternura respecto de los niños y, por otro, la severidad de la educación (Ariès, 1979, p: 6).

Durante el siglo XVII todas las reglas de comportamiento se orientarán al decoro, y la Iglesia y el Estado se harán cargo del sistema educativo de manera progresiva. Se crearán nuevas estructuras educativas: los colegios, cuya misión será que el niño acceda a conocimientos que no podía recibir de sus padres. A su vez, la Iglesia, que junto al Estado estará a cargo de los sistemas educativos, difundirá dos modelos de niño: el niño místico y el niño-Cristo. El primero, será aquel que tiene una fe tan fuerte como para soportar los peores tormentos, que lo llevarán a la santidad. Este caso es evidenciado con claridad en las vidas de Pedro de Luxemburgo y Catalina de Siena. Al mismo tiempo durante el siglo XVII, en Francia de desarrollará una corriente de devoción a la infancia de Cristo.

En este contexto, la obra de Erasmo de Rotterdam "*De civilitate morum puerilium libellus*", publicada en 1530, adquiere una trascendencia que superó con creces las expectativas de su autor. *De civilitate*, es un texto que resume las costumbres de la época, dirigido a los niños, para regular su comportamiento. Basándose en varios textos de la Antigüedad -Platón, Aristóteles, Cicerón, Plutarco, Quintiliano- se funda en que el comportamiento de los niños puede ser interpretado y permite un reconocimiento moral, psicológico y social de la persona. Pero a su vez, si el cuerpo expresa el ser profundo del niño, será posible formar o reformar sus disposiciones íntimas, ajustando correctamente las manifestaciones del cuerpo.

Revel, sostiene que del tratado de Erasmo se desprenden 3 puntos fundamentales que la convierten en una obra sin par, en Europa del Renacimiento: primero, destaca que es una obra dirigida a los niños, considerándolos seres que no han sido pervertidos aún por la vida social. Esto significa que están abiertos al aprendizaje y que poseen una transparencia elemental, por lo que no saben disimular nada de lo que son, ni de lo que sienten (Ariès, 1992, Tomo V, p. 172).

En segundo lugar, el texto no discrimina ninguna clase de niños. Los libros para niños de ese entonces, estaban dirigidos exclusivamente a los jóvenes de las élite, a quienes se les enseñaba sobre la vida aristocrática. Erasmo, en cambio, se dirige a “todos aquellos a los que la fortuna ha hecho plebeyos”, ya que sostenía que, si bien nadie podía escoger ni su país ni a su padre, sí era posible adquirir un buen modo y una buena conducta (Ariès, 1992, Tomo V, p. 173). Por último, *De civilitate* crea un código válido para todos, de manera de evitar gestos y actitudes que los alejan de la humanidad -como los gestos y risas animales- y los que perturban la armonía confundiendo géneros o expresando de manera indiscreta, las pasiones individuales (Ariès, 1992, Tomo V, p. 173-174).

La obra de Erasmo en unos pocos años fue traducido a más de 14 idiomas y tuvo más de 80 ediciones. Tal fue el éxito de la obra, que el modelo fue tomado por la reforma protestante, ya que para ellos la educación de los niños era un tema crucial. Para los protestantes -luteranos y calvinistas- el niño, como toda criatura, es malo y todo lo arrastra hacia el mal. Sólo la gracia puede salvarle y una pedagogía densa, puede coartar al menos provisionalmente sus malos instintos y su “amenazadora espontaneidad” (Ariès, 1992, Tomo V, p. 175). Pero casi más importante que ello, es que estos niños llegarán a ser adultos que deberán relacionarse entre ellos y, por lo tanto, la educación pasa a ser algo político. Por ello en los lugares en los que se impuso la reforma, los reglamentos fueron controlados minuciosamente por autoridades eclesiásticas y laicas (Ariès, 1992, Tomo V, p. 176).

El lugar que utilizaron los reformadores protestantes para el aprendizaje de este modelo, fue la escuela, sin embargo, la interpretación que allí se le dio, distaba mucho del proyecto original, toda vez que Erasmo era más proclive a la educación doméstica, realizada por los padres o por la familia.

A partir de entonces, y durante todo el siglo XVI, en una serie de escuelas alemanas, inglesas, de los Países Bajos y todo el norte de Europa, *De civilitates* llegará a ser una pieza indispensable de aprendizaje elemental (Ariès, 1992, Tomo V, p. 179). Hacia finales del siglo XVI el éxito de la obra es tan grande que ya no se limitará a su enseñanza en las escuelas, ni al mundo reformado. En efecto, en esa época se recomienda su uso en la Universidad de Lovaina, hasta que la adopta la reforma cristiana en el siglo XVII rebautizándola como Instrucciones para la civilidad y la modestia cristianas. Con el tiempo, sin embargo, se realizarán versiones que se alejarán del proyecto original. En efecto, Erasmo, sólo describe “un rostro sonriente y uniforme, indicio de buena conciencia y de carácter abierto”, una mirada tranquila y franca y una voz suave y sosegada. Casi dos siglos después, Juan Bautista La Salle, en una versión más rígida que denominará *Reglas del decoro y de la civilidad cristiana*, publicada en 1703, describe el comportamiento infantil como algo grave y majestuoso, un aire hierático y prudente en el que primarán las apariencias, la moralización de las conductas, de tal manera de respetar la presencia divina, tanto en el comportamiento como en el vestir.

Estas estrictas reglas de comportamiento y educación, se aplicarán en las escuelas de caridad, respecto de los niños pobres de las ciudades, convirtiéndose en instrumentos de control sistemático y autoritario, de tal manera que, a la educación del cuerpo, se acompañará una vigilancia policiaca del tiempo y del espacio del niño, lo que es posible evidenciar con mucha claridad en el siglo XVIII (Ariès, 1992, Tomo V, p. 179-187).

Así, surge en el siglo XVII lo que Gélis llama un sentimiento de la infancia, que según el autor será síntoma de una profunda transformación de creencias y estructuras mentales en occidente. Surge la familia nuclear, ampliando los derechos de la madre, y en especial del padre sobre su hijo, en un clima de creciente individualismo, en que el deseo de tener hijos no será una necesidad para mantener la permanencia del ciclo, sino para darles cariño y recibirlo de ellos (Ariès, Tomo V, p. 328).

Lo que plantea Gélis se observa en la obra de John Locke (1632-1704), uno de los primeros empiristas británicos, padre del liberalismo clásico, y del constitucionalismo moderno. En el “Segundo ensayo sobre gobierno civil”, Locke sostiene que, para entender el poder político, se debe considerar cuál es el estado en el que se encuentran los hombres por naturaleza, y entiende que este estado es el de

perfecta libertad e igualdad, y sólo es posible poner fin a ese estado de naturaleza a partir del acuerdo mutuo (Locke, 2004, p: 9).

La libertad natural será para Locke “ser libre de cualquier poder superior sobre la tierra y no estar sometido a la voluntad o a la autoridad legislativa de hombre alguno, sino en tener sólo a la ley de la naturaleza como norma” (Locke, 2004, p: 22). Señala que esta libertad será con la que se nace, pero también aquella que gozaban los hombres antes de constituirse en sociedad. Agrega que este estado de libertad no es un estado de licencia, ya que no le da el poder al hombre para destruirse a sí mismo ni a ninguna criatura de su posesión, ya que el estado de naturaleza tiene una ley “que lo gobierna y obliga a todos; y la razón que es esa ley, enseña a toda la humanidad que ... siendo todos los hombres iguales e independientes, ninguno debe dañar a otro” (Locke, 2004, p:10-11).

Norberto Bobbio advierte que Locke –aceptando la tradición- distingue 3 formas de poder sobre las personas: el poder del padre sobre sus hijos o poder paterno, el poder del soberano sobre sus súbditos o poder civil y el poder del propietario sobre sus esclavos o poder despótico (2017, p: 167).

Así, en el capítulo VI del “Segundo ensayo sobre gobierno civil” se refiere expresamente al “poder paternal”, y señala que, si bien esta expresión alude al poder que el padre tiene sobre los hijos en su matrimonio, la razón nos indica “que la madre tiene el mismo derecho que el padre...pues sea cual fuere la obligación que la naturaleza y el derecho generacional imponen a los hijos, por cierto, hace que éstos se sometan por igual a sus dos progenitores” (2004, p:40).

A continuación, señala que, si bien todos los hombres son iguales por naturaleza, no es la misma clase de igualdad, ya que “la edad o la virtud pueden dar a los hombres una justa precedencia” (Locke, 2004, p:41). Continúa este planteamiento señalando que “los niños no nacen en ese estado de igualdad, si bien a él están destinados” ya que “sus padres tienen una suerte de dominio y jurisdicción sobre ellos cuando llegan al mundo... pero solo se trata de un dominio transitorio” ya que cuando se convierten en hombres, estos quedan “en disposición de decidir libremente por sí mismos (Locke, 2004, pp:41-42). Por consiguiente, para Locke, el poder que tienen los padres sobre sus hijos surge del deber de “cuidar de su descendencia durante el estado imperfecto de la infancia” (Locke, 2004, p:43). El deber de los padres es entonces, el deber de formar la mente y gobernar las acciones de quienes son menores de edad, hasta que “la razón ocupe su lugar y los libere de ese problema”, ya que mientras se hallan en un estado en el que no tienen discernimiento propio para dirigir su voluntad, carecen de voluntad propia a la cual seguir (Locke, 2004, p:43).

Es de observar que al formular estos planteamientos Locke está tratando de refutar los argumentos que hasta entonces sustentaban el poder absoluto de los gobernantes. En efecto, tanto Filmer como Hobbes, habían fundamentado el poder político del monarca absoluto en el poder paternal.

Bobbio señala que, en su concepción pesimista del estado de naturaleza, para Hobbes la única salvación del individuo será subyugarse ante el poder político, anulándose casi por completo. De esta manera, basándose en la premisa que el estado de naturaleza es un estado de guerra de todos contra todos, Hobbes llega a la conclusión que este estado debe ser abandonado para construir encima de él un estado civil (2017, p: 116-117).

Refiriéndose al poder sobre los hijos, en el *Leviatán*, señala: “el derecho de dominio por generación es el que los padres tienen sobre sus hijos y se llama poder paternal” (Hobbes, 1984, Tomo I, p: 206). Agrega que este derecho de dominio no se deriva de la procreación, sino del consentimiento del hijo “bien sea expreso o declarado por otros argumentos suficientes” (Hobbes, 1984, Tomo I, p: 206). Además, Hobbes se refiere al derecho de propiedad de los padres sobre sus hijos y señala que cuando no hay matrimonio, el dominio del hijo le corresponde a la madre, quien puede alimentarlo o abandonarlo. Si lo alimenta, el hijo le debe la vida y la obediencia a la madre con preferencia de cualquier otra persona. Pero si lo abandona “y otro lo encuentra y lo alimenta, el dominio le corresponde a este último” a quien

el niño debe obedecer, convirtiéndose en su súbdito (Hobbes, 1984, p: 207). A su vez, como destaca Bobbio, en *De Cive*, aplicará por analogía, la teoría de la ocupación, en relación al poder paternal, de manera que, como el ganador es dueño del perdedor, “así el dominio del niño pertenecerá al primero que lo tenga en su poder” (2017, p: 116-117).

Por su parte, Filmer señalará en “Patriarca o el poder natural de las leyes” que Adán y los patriarcas tuvieron por derecho de paternidad, autoridad sobre sus hijos. De tal manera que para Filmer -y Hobbes- el poder paternal que tiene el monarca será aquel que ha recibido de herencia, de ascendiente en ascendiente hasta llegar a Adán, por mandato divino. Ello implicaba una absoluta sumisión y respeto al padre, y será un poder tan amplio y absoluto que le dará el poder para juzgar crímenes capitales, hacer la guerra y acordar la paz (Campoy, 2011, p: 168-170).

Por su parte Pufendorf, sustenta el poder del padre sobre los hijos en una convención y, por tanto, en el consentimiento tácito de los hijos que se someten al poder del padre para salvar su vida (Bobbio, 2017, p. 141).

Locke en cambio, niega que la monarquía tenga un origen divino y reinterpreta las escrituras. De ahí se sigue su concepción sobre el poder paternal, que es opuesta a la de sus contemporáneos. En este sentido, sostiene Bobbio que “toda la teoría política de Locke es un intento por diferenciar claramente el poder paterno del poder despótico. Así quiere demostrar la falsedad e inconsistencia de la doctrina que confunde el poder del soberano con el del padre” (Bobbio, 2017, p: 167). Para Bobbio, la crítica de Locke apunta a que la teoría tradicional confundiría el poder paterno con el poder político y, por tanto, Locke quiere demostrar el error en ese razonamiento, separando el poder paterno del poder regio.

Locke pretenderá derribar la concepción familiar del Estado y, para hacerlo, utilizará dos argumentos: primero, mientras el poder del rey sobre sus súbditos es de uno sólo, el poder sobre los hijos es del padre y de la madre a la vez, y por tanto, es más propio hablar del “poder de los padres”; segundo, el propósito del poder de los padres, será esencialmente la crianza y la educación de los hijos, hasta llegada la edad de la razón y, por tanto, es un poder temporal, mientras que el poder del soberano es duradero. Advierte Bobbio que considerar a los súbditos como hijos, equivale a señalar que los súbditos serán eternos menores, siempre necesitados de protección, a diferencia de los hijos que alcanzando la edad de la razón se desprenderán del poder de los padres, dando en el blanco en el vicio fundamental de la concepción paternalista del poder (Bobbio, 2017, p: 140).

Si bien Locke en el “Ensayo sobre el entendimiento humano” considera al niño como un ser imperfecto y niega en él la existencia de ideas y principios innatos, considerando la mente del niño como *tábula rasa*, más adelante, en el “Segundo ensayo sobre el gobierno Civil” sostiene que el niño no será de dominio de sus padres, sino de Dios, y como tal, impone la obligación a los padres de cuidarlo hasta que supere esta etapa, que por lo demás es transitoria.

Así, Locke, reconocerá en los niños ciertos derechos que, si bien no pueden ejercitar por sí mismos, el padre deberá respetar mientras el niño alcance el discernimiento necesario para lograr la libertad de actuar. Lo señalará expresamente: “Así nacemos tanto libres como racionales; más ello no quiere decir que tengamos de hecho el ejercicio de las dos facultades: la edad que trae consigo a una, trae también a la otra” (Locke, 2004, p: 45). Concluye que el poder que el derecho natural confiere al padre sobre su hijo, es únicamente ser el guardián de él, ya que el simple acto de engendrar a una criatura da a un hombre muy poco poder sobre ella (Locke, 2004, p: 47). Señala que dicho poder va unido inseparablemente a la responsabilidad de alimentarlos y educarlos, aunque será solo provisional y que no podrá ejercer sobre la vida del niño ni sobre su propiedad (Locke, 2004, p:49).

Bobbio va más allá señalando que lo que hace Locke es invertir el razonamiento, ya que mientras los autores precedentes partían de la base del derecho de los padres, Locke sustenta su teoría en el derecho de los hijos, ya que “quien nace, por el solo hecho de nacer tiene derecho a vivir” y “como no hay

derecho sin deber, al derecho a la vida de los nacidos, corresponde el deber de alimentarlos y criarlos por parte de quien los ha generado o acogido” (Bobbio, 2017, p: 143).

Si bien como destaca Campoy, hay autores como Simmons y Tarcov que advierten una inconsistencia en el planteamiento de Locke, al considerar al niño como sujeto de obligaciones, pero a su vez lo excluye de la ley de la razón y, por consiguiente, de la ley de la naturaleza, (Campoy, 2011, p: 251-253) en el pensamiento de Locke se observa un cambio en la consideración hacia el niño y hacia la infancia ya que, como señala Bobbio, Locke pasa de una concepción autoritaria del poder a una concepción liberal de las relaciones humanas (2017, p: 143).

Locke –aunque sea para refutar las teorías tradicionales- considerará a los niños como seres dignos de protección, cuyos derechos deben ser respetados por los padres, en cuanto se les impone por mandato divino “la obligación de alimentar, preservar y criar a sus retoños” (Locke, 2004, p: 49). A su vez, y además de estos derechos básicos, Locke considerará como formando parte del poder paternal, el derecho de los niños a la educación y el derecho a heredar a su padre. Estos derechos, a su vez, imponen en los hijos, un deber correlativo, el deber de obediencia y sumisión hacia sus padres, lo que demuestra, según Bobbio, que para Locke los niños tendrán un derecho natural, el derecho a la vida, del cual nace el deber –natural, también- de los padres de alimentarlos, criarlos y educarlos (2017, p. 143).

Estas concepciones son extraordinariamente avanzadas para la época, teniendo presente que la tradición entonces era considerar a los niños como propiedad de sus padres y, en consecuencia, se les permitía incluso disponer de su vida o abandonarlos. En el pensamiento de Locke, se observa esta transformación hacia la infancia, ya que como nota George Sabine, el pensamiento de Locke, pertenecerá más al siglo XVIII que al siglo XVII (2006, p: 399). Esta nueva consideración hacia la infancia, dará lugar a un cambio de paradigma en el tratamiento del niño, que se denominará proteccionismo, como se analizará en el capítulo siguiente.

1.4. La infancia durante el siglo XVIII.

El siglo XVIII estará marcado por una serie de procesos histórico-culturales, que darán lugar a grandes transformaciones tanto en lo público como en lo privado. En efecto, según Ariès, entre los siglos XVI y XVIII hay una fuerte tendencia a preservar lo privado, separando al individuo de lo colectivo. Lo privado se reducirá al núcleo familiar, que será el principal ámbito en el que se depositará la afectividad y se salvaguardará la intimidad (Ariès, 1991, tomo VI, p: 11). En lo público, el Estado se transforma, imponiendo leyes y controles, en ámbitos en los que, en general, el Estado no intervenía y que se encontraban regulados por acuerdos o por conflictos entre familiares y la clientela. (Ariès, 1991, tomo VI, p: 12).

En el Antiguo régimen, la comisión de un delito se convierte en un asunto de orden público. Tal como señala Foucault, quien comete un delito no sólo ofende a la víctima de manera inmediata, sino que, además, atacará al soberano, ya que la ley es un producto de su voluntad. El derecho de castigar, será un aspecto del derecho del soberano a hacer la guerra a sus enemigos y el castigo, una manera de procurar venganza personal y pública en contra del ofensor (Foucault, 1993, p: 53).

Por su parte, la Revolución francesa generará una ruptura dramática y contradictoria entre lo público y lo privado. Sostiene Perrot que, durante este período, se sospechará de los intereses privados o particulares, ya que éste sería el ambiente propicio para complots y traiciones (Ariès, Tomo 7, p: 17). La vida pública, por su parte, se inspirará en la transparencia, pretendiendo cambiar costumbres, crear un espacio y tiempo remodelados, un hombre nuevo, al menos en apariencia. Asimismo, se acentúa la distinción entre lo público y lo privado, donde se valora la familia y se diferencian roles: los hombres, políticos, y las mujeres, domésticos.

La Declaración francesa de los Derechos del hombre y del ciudadano de 1789 señala en el artículo 8: “La ley no debe establecer otras penas que las estricta y evidentemente necesarias...” limitando la discrecionalidad con la que administraba la justicia penal, en el Antiguo régimen (Carnevali, 2008, p: 15). Al mismo tiempo, se proclaman derechos del individuo, entre ellos, el derecho a la propia seguridad, garantizado por el *habeas corpus* y la inviolabilidad del domicilio que se castiga severamente en Francia desde 1791. Del mismo modo, en los Cuadernos de quejas de 1789 se señalaba: “Que las penas sean moderadas y proporcionadas a los delitos, que la muerte no se pronuncie ya sino contra los culpables de asesinato, y que los suplicios que indignan a la humanidad, sean abolidos” (Foucault, 1993, p: 77).

Por su parte, el artículo 3 del Código francés de 1791, estableció que “a todo condenado a muerte se le cortará la cabeza”, consagrando según Foucault, una muerte igual para todos, ya que hasta ese entonces la decapitación era la pena de los nobles, y los suplicios “prolongados y por consiguiente crueles”, en cambio, eran la sanción que sufrían los delincuentes comunes (Foucault, 1993, p: 20). Para Foucault, la reducción del suplicio hasta su completa –o casi completa- eliminación, es un proceso que se debe a la protesta de los filósofos y teóricos de Derecho de la época, a la redistribución del castigo en Europa y Estados Unidos y la redacción de los Códigos “modernos”¹, inspirados en los grandes reformadores² (Foucault, 1993, p: 79). La necesidad de la pena y la racionalidad de ésta, serán los pilares fundamentales del nuevo derecho penal, de carácter racionalista, humanitario y secularizador (Cruz, 2003, p: 2), propio del espíritu de la época y que se exponen en la obra de Beccaria, Marat y Bentham, entre otros.

Este movimiento reformador, si bien modifica el procedimiento inquisitivo, en lo fundamental, conserva los pilares sobre los que se sustenta dicho procedimiento. Así, la persecución penal seguirá siendo promovida por órganos del Estado, ya que el hecho punible, no sólo provoca un daño a la víctima, sino además, a la sociedad. Ello justifica la decisión de castigar, y el conflicto entre particulares se redefine como un conflicto entre el autor del hecho y el Estado, de tal manera, que el movimiento reformador del siglo XIX, no logra quebrantar este esquema. Por ello la víctima queda reducida a un papel irrelevante en el proceso, o como señala Bovino “como sujetos privados, esto es, sin derechos” (2003, p: 417).

En lo relativo a la infancia, durante el siglo XVIII, la antigua práctica urbana de dar a criar a los niños tiende a “democratizarse” en las grandes ciudades europeas, de tal modo que incluso las clases populares entregan a sus hijos a instituciones de caridad, para evitarse los gastos de crianza. También, es frecuente que a los niños se les ponga de aprendices, se le envíe al colegio, o se acuda a protectores, sean o no familiares del niño. Ya en la Francia de Luis XIV, era frecuente que llegada la adolescencia se reclutara a los niños con el objeto de ejercer un mayor control y disciplina sobre ellos. El colegio se creó con el fin de dar instrucción a los hijos de familias acomodadas, en el que además se les imponía una disciplina estricta. De ese modo el vínculo entre alumno y maestro será vertical y, según Ariès, modelo del nuevo y moderno sistema penitenciario que dará paso del siglo XVIII al siglo XIX (1991, tomo VI, p: 95).

Por su parte, deMause señala que durante el siglo XVIII las relaciones paterno-filiales se caracterizan por lo que denomina la “Intrusión”, por cuanto los padres se acercaban más a los niños con el afán de ejercer un mayor control sobre ellos. Manifiesta que el niño del siglo XVIII será criado por sus padres, amamantado por su madre, ya no usará fajas y recibirá azotes como método de castigo. Asimismo, durante esta época nace la pediatría que, junto a los cuidados de los padres, provoca una reducción en la mortalidad infantil. Ello proporcionará la base para la transición demográfica del siglo XVIII (deMause, 1982, p: 89).

En este mismo sentido Ariès, sostiene que durante el siglo XVIII este nuevo sentimiento respecto de la infancia se caracteriza por un “afecto obsesivo que dominó la sociedad” de esa era. La familia y la

¹ Rusia 1769; Prusia 1780; Pensilvania y Toscana 1786; Austria, 1788; Francia 1791, año IV, 1808 y 1810.

² Beccaria, Servan, Dupaty, Duport, Pastoret, Target, Bergasse, entre otros.

escuela alejaron al niño de los adultos. Los niños que durante la Edad Media se desenvolvían con libertad entre los adultos, durante el siglo XVIII y XIX eran internados, privándolos de la libertad de la que gozaban. En la escuela o en el hospicio, los niños eran corregidos por medio del castigo corporal, ya se consideraban incapaces y fácilmente corruptibles (Ariès, 1979, tomo VI, p: 542). El año 1713 el papa Clemente XI, creó el primer instituto para niños, en el que se internaba tanto a quienes delinquían, como a aquellos que eran llevados por sus padres o tutores “debido a sus malas inclinaciones, al ser desobedientes o simplemente díscolos” (Cabezas, 2011, p. 159).

En la obra de Rousseau (1712-1778) se advierte esta creciente preocupación por la infancia. Si bien el filósofo francés se preocupó por abordar el problema social y político en sus principales obras – Discurso sobre el origen de las desigualdades (1753) y El Contrato Social (1762)- en el año 1762 publica Emilio o La Educación, en el que, según él mismo señala, realiza un estudio de la “condición humana” (Rousseau, 1977, p: 23), que le valió la condena por parte de las autoridades civiles y eclesiásticas de París, obligándolo a huir y deambular por varios países. Sin embargo, en la actualidad la mayoría de los autores están de acuerdo en que en Emilio se plantea una nueva forma de educar a los niños, criticando la enseñanza que se les daba en esa época, haciendo surgir una nueva concepción sobre ellos y sus derechos, que cabe destacar en este apartado.

En dicha obra, al igual que en las anteriores, parte del presupuesto de que el hombre es bueno por naturaleza, y que es la sociedad la que lo corrompe. Por algo comenzará señalando en el Emilio: “Todo está bien al salir de manos del Autor de la naturaleza; todo degenera en manos del hombre” (Rousseau, 1977, p: 17). Ello, a diferencia de los filósofos de esa época, como Hobbes -que sostiene que en el estado de naturaleza, el hombre es egoísta con ansias de dominio y hostilidad hacia los demás- y las doctrinas católicas, que se basan en el pecado original. Por el contrario, Rousseau argumenta que nada que provenga de la naturaleza es malo, ya que la naturaleza es creación directa de Dios, y así lo expresa en numerosos pasajes del Emilio: “Sentemos como máxima indudable que siempre son rectos los movimientos primeros de la naturaleza; no hay perversidad natural en el corazón humano; no se halla en él un sólo vicio que no se pueda decir cómo y dónde se introdujo” (1977, p: 81). Agrega, sin embargo, que el niño, por su naturaleza débil, es fácil de corromper y, por tanto, requiere de la intervención primero de la madre, luego de su padre o de un preceptor que lo asista y eduque.

Asimismo, -y esto es fundamental en el pensamiento de Rousseau- considera al hombre libre por naturaleza, pero será esa misma libertad, la que podría apartar al hombre de la perfección. Así como “a las plantas las endereza el cultivo” a los hombres la educación. De tal manera, en el libro I del Emilio, declarará: “nacemos débiles y necesitamos fuerzas; nacemos desprovistos de todo y necesitamos asistencia; nacemos sin luces y necesitamos inteligencia. Todo cuanto nos falta al nacer, y cuanto necesitamos siendo adultos, se nos da por la educación” (1977, p: 18).

Siguiendo este razonamiento, Rousseau sostiene que hay tres tipos de educación: la que proviene de la naturaleza, la que proviene del hombre y la que proviene de las cosas. Señala que la educación de la naturaleza “es el desarrollo interno de nuestras facultades y nuestros órganos; la educación de los hombres es el uso que éstos nos enseñan a hacer de ese desarrollo; y lo que nuestra experiencia propia nos da a conocer acerca de los objetos cuya impresión recibimos, es la educación de las cosas” (1977, p: 18). Respecto de la naturaleza, Rousseau señala que ella ha dotado a las personas de dos cualidades necesarias: el amor de sí, que le permitirá a los hombres buscar la felicidad y la piedad que les permitirá desarrollar la sociabilidad necesaria para convivir con otras personas y lograr su felicidad como ser moral. Así lo señala en el discurso sobre la desigualdad entre los hombres: “No deja de ser cierto que la piedad es un sentimiento natural el cual al moderar en cada individuo la actividad del amor a sí mismo, contribuye a la mutua conservación de toda la especie” (1970, p: 63).

Pero, además en el pensamiento de Rousseau, el hombre tiene distintas etapas evolutivas y en cada una de ellas deberá desarrollarse las cualidades de cada persona, distinguiendo la educación en la infancia, en la adolescencia y en la juventud. Durante la infancia, etapa que, para el autor, se produce

desde el nacimiento hasta los doce años, se debe formar el cuerpo, dejando el alma en inactividad, para que se vayan desarrollando las facultades del niño por sí solas. En este sentido, Rousseau es contrario a la educación en los colegios y sostiene que la primera educación además de ser la más importante, debe ser realizada por las mujeres –ya que “si el autor de la naturaleza hubiere querido fiársela a los hombres, les hubiera dado leche para criar a los niños” (1977, p: 17)- y en el campo, lejos de la sociedad.

También se manifiesta contrario a prácticas usuales de la época como fajar a los niños, lo que considera una práctica inhumana; también critica la práctica de darlos a criar a nodrizas, a quienes llama mujeres mercenarias, e insta a las mujeres a amamantar a sus hijos y dejarlos extender y mover sus miembros, sin ataduras ni fajas que retardan sus progresos. (Rousseau, 1977, p: 22-28). Durante la adolescencia, que va desde los 12 a los 15 años, el adolescente debe comenzar la educación intelectual, debiendo formarse en física, geografía, astronomía, etc., pero sin lectura de libros ni lecciones orales, sino mediante el contacto directo con la naturaleza y las cosas. Durante la juventud, que para el autor se extiende desde los 15 años hasta los 22 años, se les debe educar para formar su sensibilidad y en la vida moral. Para ello se deberá despertar el sentimiento de la piedad – aquella a la cual también hacer referencia en el discurso sobre la desigualdad-, mediante la observación de las miserias humanas, de tal modo que “la bondad y la justicia no sean palabras abstractas, si no verdaderos afectos del alma ilustrada por la razón” (Fraile, 1978, p: 949-950). Luego habrá que enseñarle historia mediante la lectura de Plutarco, se la hablará de Dios, de la religión y finalmente a los 22 años, el educador deberá preparar a Emilio para el matrimonio, para lo cual se referirá a las cualidades que debe tener la mujer, personificada de Sofía en el libro V.

Como bien destaca Campoy, Rousseau, a diferencia de los pensadores de su época, sostiene que, en cada etapa del niño, éste puede lograr su perfección, con tal que se desarrollen las capacidades adecuadas a dicha edad (Campoy, 2000, p: 438). Así lo dirá en el Emilio: “cada edad, cada estado de la vida tiene su perfección conveniente, una especie de madurez que le es propia. A menudo oímos hablar de un hombre hecho, pero consideramos un niño hecho; para nosotros ese espectáculo será más nuevo, y tal vez no sea menos agradable” (1977, p. 164). En este sentido, sostiene Campoy, que la originalidad del planteamiento de Rousseau, fue dirigir la atención hacia el niño, en una sociedad en que los niños eran considerados adultos pequeños, seres imperfectos, que era preciso corregir con rigor, para que éste atravesara rápidamente dicha etapa. Rousseau, en cambio, se centra en sus auténticas capacidades y características, “sus cualidades naturales a fin de fomentarlas y preservar su adecuado desarrollo precisamente de las malas influencias que la sociedad le podría producir” (Campoy, 2000, p: 440-441).

El mismo autor destaca, sin embargo, la inconsistencia del planteamiento de Rousseau en cuanto a la educación que deberían recibir las niñas, a las que les dedica el capítulo V de la obra. Allí manifiesta que existe una diferencia natural entre hombres y mujeres y, por tanto, para Rousseau, la educación de ambos debe ser diferente, lo que sería contradictorio de acuerdo a sus propios planteamientos (Campoy, 2000, p: 441-443).

Si bien es cierto, la educación que plantea Rousseau en Emilio, incluso en nuestro tiempo podría parecer extravagante, no se puede desconocer la trascendencia que ha tenido el autor al enfocarse en las cualidades de los niños y la importancia de la infancia. Así lo plantean distintos autores, tales como Priscilla Robertson, quien señalará: “Si la filosofía de la Ilustración trajo a la Europa del siglo XVIII una nueva confianza en la posibilidad de la felicidad humana, hay que reconocerle en particular a Rousseau el mérito de poner de relieve las necesidades de los niños” (deMause, 1982, p: 444).

Tal como destaca la autora, esta transformación significó que la sociedad se enfocara en la infancia, y en especial en el proceso de crecimiento y no sólo en su resultado. En este mismo sentido, Robertson señala que desde la época de la Revolución francesa el Estado asumirá el rol de gran Madre o gran Padre, ampliándose la responsabilidad del Estado hacia los niños. El himno francés exhortará “*allons enfants de la patrie*” y el himno alemán “*Lieb Vaterland, magst ruhig sein*”, convirtiéndose en la consigna definitoria de la cohesión nacional (deMause, 1989, p: 468).

Como se analizará, durante el siglo XIX, este creciente interés por la educación de los niños será sinónimo de progreso, de tal manera que las familias invertirán en ellos desde un punto de vista afectivo, económico y existencial, pero desde el punto de vista del control social, se desarrollará un sistema proteccionista en el tratamiento del niño en el que, partiendo de la base de que el niño es un ser imperfecto, debe ser objeto de protección, justificando la acción paternalista del Estado, como se analizará en el capítulo siguiente.

1.5. La infancia durante el siglo XIX.

Durante el siglo XIX el niño será el centro de la familia y objeto de inversión desde varias perspectivas: la afectiva, económica, educativa y existencial. El hijo varón será el heredero, el porvenir de la familia y su misma imagen proyectada, la manera de luchar contra el tiempo y la muerte. Stendhal dirá sobre su padre: “no me amaba como individuo sino como el hijo que había de continuar la familia” (Ariès, 1991, tomo VII, p: 154). Se desarrollará el principio del “interés del niño” aunque de manera tardía en Francia, ya que el concepto de bienestar del niño (*welfare principle*), ya existía en Inglaterra desde el siglo XVIII. Dicho interés era superior al de la colectividad, ya que el niño no pertenece sólo a los suyos, sino también a la nación y a la raza. Rivero-Hernandez, señala que en el Derecho inglés la aplicación del principio del interés del niño aparece en la práctica de la Chancery Court a fines del siglo XVIII. En el siglo XIX la *Guardianship of Infants* de 1886 prescribía que el *child's welfare* fuera una *relevant consideration* junto con otras -la conducta y los deseos de los padres- dando cuenta del nacimiento de un principio al que nos abocaremos luego (Rivero-Hernandez, 2011, p: 27).

En el siglo XIX el niño será productor, reproductor, y ciudadano el día de mañana. El auge de la Revolución industrial y la creciente demanda por operarios y técnicos, genera la necesidad de capacitar a jóvenes y niños en base a los nuevos criterios de productividad. Así, las primeras leyes sociales se promulgaron a favor de la infancia, como la de 1841 sobre la limitación de la jornada de trabajo, que, si bien tiene un alcance más simbólico que jurídico, constituye la transición entre un derecho estrictamente liberal y un derecho social (Ariès, 1991, Tomo 7, p: 154).

El proteccionismo en los exponentes del liberalismo moderno:

Dentro de los exponentes del liberalismo moderno, cabe destacar el pensamiento de Immanuel Kant (1724-1804) y John Stuart Mill, que influyeron decisivamente en la concepción de la infancia y el proteccionismo, durante el siglo XIX.

En la obra *La Metafísica de las costumbres* (1796), para Kant, persona será aquel sujeto cuyas acciones le son imputables. Agrega que la personalidad moral, no es sino la libertad de un ser racional sometido a las leyes morales. (Kant, 1989, p: 30). En esta obra, Kant señala que el único derecho innato es la libertad, y define derecho como “el conjunto de condiciones bajo las cuales el arbitrio de uno puede conciliarse con el arbitrio de otro según una ley universal de la libertad” (Kant, 1989, p: 39). De esta manera, el hombre es poseedor de este derecho único y originario, la libertad, en virtud de su humanidad, y en la medida que pueda coexistir con la libertad de cualquier otro (Kant, 1989, p: 48).

En la misma obra, se refiere al derecho de la sociedad doméstica, y en el título II, al derecho de los padres. Allí señala que los hijos como personas, tienen el derecho originario e innato a ser cuidados por los padres, hasta que sean capaces de cuidarse por sí mismos (Kant, 1989, p: 101-102) y que los padres no pueden abandonarlos o destruirlos, como si fueran un artefacto suyo, ya que, al engendrarlo, no sólo trajeron “un ser del mundo, sino también un ciudadano del mundo” (Kant, 1989, p: 102-103). Sin embargo, señala que, si bien lo engendrado es persona, “es imposible concebir la producción de un ser dotado de libertad mediante una operación física”, no obstante desde una perspectiva práctica, es

necesario considerar que el niño ha venido al mundo sin su consentimiento, arbitrariamente, y es por ello que pesa la obligación de los padres de conseguir que esté satisfecha la situación de los hijos, hasta que alcancen, el uso de su entendimiento (Kant, 1989, p: 102).

Respecto del deber de cuidado, resulta también el derecho de los padres a la tutela y a la formación –pragmática y moral- de sus hijos hasta llegado el momento de la emancipación. Pero señala que, si bien los hijos no son propiedad de sus padres, están en posesión de ellos como las cosas, ostentando un derecho personal de carácter real sobre los hijos. De todo ello se desprende, según Campoy que, en el pensamiento de Kant, el niño no puede ser considerado como una persona con libertad moral, por cuanto no puede reconocérsele el ámbito de la autonomía necesaria para actuar conforme a su voluntad, sino que requerirá la intervención de terceros, en la toma de decisiones. (Campoy, 2000, p: 367).

Como señalamos, esto se debe a la manera de concebir a la persona, como un ser cuyas acciones le son imputables y la personalidad moral, que es la que posee un ser racional. Al no contar con estas características, el niño no puede ser reconocido como un ser con la autonomía necesaria para actuar por sí mismo. Sostiene Campoy que en su obra Pedagogía, criticará expresamente la educación libre que plantea Rousseau en el Emilio, por cuanto para Kant, “el medio para conseguir la autonomía moral de la persona será la disciplina, la coacción del niño; la negación pues, de la libertad, es la única forma de ser, en la adultez una persona auténticamente libre” (Campoy, 2000, p: 368).

Por su parte, John Stuart Mill (1806-1873) también se ocupa de la libertad en su ensayo de 1854, pero como él señala, no de la libertad de la voluntad, sino de la libertad civil o social (Mill, 1965, p: 35). En dicho ensayo, Mill sostiene que todo individuo debe ser libre para actuar en la medida que con sus acciones no perjudiquen a otro. Señala que nadie mejor que uno mismo conoce su propio bien y, por tanto, que no se debe restringir lo que denomina el comportamiento “con relación a sí mismo”.

Sin embargo, considera que, para proteger el interés general, la sociedad tiene derecho a intervenir en lo que denomina “conducta relacionada con los demás”. Por ello la finalidad de su ensayo es establecer el principio según el cual “la propia defensa es el único fin que autoriza a la humanidad, ya sea individual o colectivamente, a intervenir en la libertad de acción de cualquiera de sus miembros; que el poder sólo puede ejercerse con todo derecho contra la voluntad de cualquier miembro de la comunidad civilizada, cuando se trata de evitar daños a otros”.

Agrega, “en lo que sólo concierne a él mismo, su independencia debe ser absoluta. Todo individuo es soberano sobre sí mismo, así como sobre su cuerpo y su mente” (1965, p: 45). Continúa su razonamiento señalando que esta doctrina sólo se aplica a quienes están en la plenitud de sus facultades. De ello se excluye a los niños y a los jóvenes, quienes requieren todavía de los cuidados de los demás, y en consecuencia necesitan protección contra sus propios actos, así como contra daños externos (Mill, 1965, p: 46). En los siglos siguientes, ello justificará la acción paternalista³ del Estado en relación a los niños.

Señala Campoy, de acuerdo al modelo proteccionista, el niño se caracteriza por su inmadurez de juicio, lo que justificaría la determinación de un límite de edad para actuar, ya que su libertad de acción podría causar daños a terceros o a sí mismo o que los terceros les podrían causar a ellos, en caso de carecer de esta protección. Así, para Mill los niños pertenecen a un grupo diferenciado -como los enfermos mentales o los pueblos incivilizados- por cuanto no poseen una razón suficientemente formada ni experiencia suficiente para ejercer conscientemente su voluntad, lo que justifica esta acción paternalista durante toda su minoridad (Campoy, 2000, p: 372).

³ Paternalismo en el sentido que lo define Atienza, esto es, aquellas normas que se establecen con el fin de proteger a una persona o grupo de personas y sin contar con la aceptación de la persona o personas afectadas (Atienza, 1989, p: 82).

Sostiene Robertson que, durante el siglo XIX, y debido a multiplicidad de causas entre las que se cuentan la Revolución francesa y las guerras napoleónicas, las personas se refugiaron en sus hogares, dando paso a un tipo de infancia nuevo, en cuanto a su concepción y a sus efectos (deMause, 1989, p: 445).

En la clase alta francesa, por ejemplo, los niños ya no eran separados de sus padres al nacer. En Alemania, luego de la dominación napoleónica, renació el patriotismo, la lealtad y la necesidad de recrear la propia nación para expulsar a los invasores, para lo cual se reagruparon fuerzas al interior de la familia. En Inglaterra, la revolución industrial obligaba a los hombres a salir de sus hogares y las mujeres eran alentadas en su labor dentro del hogar, la que, según se señalaba, era aún más sagrada, y más útil a la sociedad que el propio trabajo de los hombres.

Asimismo, y gracias a la influencia de Rousseau, la infancia se convertiría en algo serio y de interés, y se fue otorgando mayor libertad a los niños para su desarrollo integral. Sin embargo, en el crepúsculo de la Ilustración, hacia 1820 aproximadamente, hay una tendencia en favor del convencionalismo y de la respetabilidad, que reafirmó posturas más rígidas en cuanto a su educación y crianza. Pese a ello, el siglo XIX se caracterizó por ser una época en la que se amplió la responsabilidad del estado hacia los niños y la nación asumió el papel de la Gran madre o el Gran padre. Se crearon así, un gran número de orfanatos administrados por el Estado, destinados a acoger huérfanos de guerra, para luego acoger a los niños por distintos motivos, tales como ser hijos ilegítimos o abandonados. Se estima que en Francia el número de internados en estas instituciones, en 1825, superaba los 117.000 niños.

En Inglaterra, durante el proceso de industrialización, debido a los daños que estaba provocando en los niños el trabajo en fábricas textiles, manufacturas y minas, se dictó en 1802, la primera *Factory Acts*, que se aplicaba a los huérfanos que trabajaban en fábricas bajo la tutela del Estado y que limitaba su trabajo a una jornada de doce horas diarias. Esta legislación, sin embargo, nada señalaba sobre el trabajo forzoso ni peligroso.

En el año 1819, se dictó la segunda Ley de fábricas o *Peel Law* que prohibió el empleo de personas menores de 9 años (Rea-Granados, 2016, p:154). Asimismo, distintos estados europeos promulgaron leyes que regulaban el trabajo infantil y el analfabetismo. Ello se debió, según Robertson a que tanto economistas como estrategias militares sostenían que la prosperidad y la seguridad del Estado, dependían en gran medida de la existencia de ciudadanos sanos. Así, en Francia en el año 1841 se dictaron leyes que regulaban el trabajo infantil, prohibiendo el trabajo de menores de 8 años. Además se limitó el trabajo de los niños entre 8 y 12 años, a 8 horas diarias y, respecto a los mayores de 12 años, a un máximo de 12 horas diarias, imponiéndoles, además, la obligación de ir a la escuela. Luego, en el año 1868, se dictó la primera ley en Francia que protegía a los niños en el hogar, denominada Ley de reformas a la ley de los Pobres. Ella sancionaba a los padres, que no le proporcionaran abrigo y manutención adecuada al niño, y siempre que la salud del mismo se hubiere visto seriamente afectada (Rea-Granados, 2016, p: 154).

Asimismo, a partir de 1881, en Francia se garantizó el derecho a la educación, y a partir de 1882, se consagró la educación gratuita, laica y obligatoria entre los 6 y los 13 años (Rea-Granados, 2016, p: 155). Más tarde, la Ley de 24 de julio de 1889, reguló la figura de la delegación de la patria potestad de los niños abandonados por sus padres en favor de servicios de ayuda social de la infancia, en interés del menor. El mérito de esta ley fue incorporar este concepto abstracto a la legislación francesa. Aun así, algunas leyes que no estaban dirigidas en favor de los niños, tuvieron un efecto sobre la estructura familiar y el bienestar de los niños. Prueba de ello, es que el principio que surge en la Revolución francesa, según el cual todos los hijos debían recibir la misma herencia, provocó la reducción del tamaño de las familias y que ellas se organizaran en torno a los hijos y no al patrimonio (deMause, 1982, p: 469).

El Código Civil napoleónico de 1804, inspiró las legislaciones de gran parte de Europa, de manera de incluir preceptos específicos en torno a las relaciones paterno-filiares, aunque con una fuerte connotación patriarcal, debido a la influencia del derecho romano (Rea-Granados, 2016, p: 156).

Todas estas reformas tendientes a posicionar el tema infantil, impulsan a que en el año 1883, se celebre en París el primer Congreso Internacional de Protección a la Infancia. Éste tenía por objeto mejorar las condiciones higiénicas y de salud de los niños, debido a la alta tasa de mortalidad y la desnutrición infantil. Sin embargo, este congreso no tuvo por objeto el reconocimiento de derechos de la infancia, sino más bien, dar solución a problemas comunes en los estados europeos, de tal manera que se puede afirmar que en ésta época aún el niño no es titular de derechos, como sí lo será durante el siglo XX, a partir de una serie de instrumentos internacionales como se analizará más adelante.

Asimismo, a fines del siglo XIX se crean sociedades internacionales para la protección de la infancia. Señala Marta Santos Sacristán, que existen 3 rasgos distintivos e interrelacionados que ayudaron a la creación de estas sociedades: en primer lugar, que las clases medias, comienzan a entender la infancia como la época más feliz de la vida, por lo tanto, era necesario prolongarla.

En segundo lugar, se advirtió que los niños no sólo eran víctimas del sistema industrial, sino también, de la crueldad de sus padres; y tercero, que la filantropía comenzó a centrarse en los hijos de las clases desfavorecidas, con la finalidad de protegerlos de padres considerados crueles y borrachos (Santos, 2002, p: 214).

Tal como se señaló en los acápites anteriores, a partir del siglo XV, la familia será el espacio más íntimo y privado. En ella el padre será el jefe de hogar, al que todos debían obediencia, y para obtenerla podía utilizar la fuerza, ya que las leyes lo permitían. De hecho, entre los siglos XVI y XIX, se defendía el castigo físico en los niños, como método eficaz para doblegar su carácter. Sólo a mediados del siglo XIX, primero en las clases medias surge una tendencia que hace que los castigos sean el último recurso, en parte por el daño psicológico que provoca la coerción en los niños, también, debido a que la madre comienza a adquirir un papel preponderante en la educación de ellos (Santos, 2002, p: 215).

Estas transformaciones en la estructura familiar, y los movimientos a favor de los derechos de las mujeres, hacen surgir las primeras sociedades protectoras de la infancia y las primeras leyes que sancionan la crueldad de los padres hacia los niños. En este contexto, y como se detallará a continuación, los reformadores sociales dirigieron su atención hacia los hijos de los trabajadores, hacia sus condiciones de trabajo, los problemas de la escolarización y la presencia en las calles de niños abandonados.

Esto último, fue considerado como un factor de la delincuencia y la mendicidad juvenil, por lo tanto, surgió la necesidad de ir al rescate de los llamados *golfsos*. Muestra de ello es que, gracias a la beneficencia privada, se crearon escuela de párvulos para hijos de trabajadoras y escuela para que niños y niñas de todos los estratos sociales aprendieran a leer. Ello dio paso a que el Estado dispusiera la escolaridad obligatoria y gratuita para todos, como asimismo las condiciones de trabajo infantil, de tal manera que los poderes públicos durante el siglo XIX comenzarán a pensar en los niños, ya no como adultos pequeños, sino como seres vulnerables, sentando las bases de las profundas transformaciones en materia de infancia, que marcarán el siglo XX.

1.6. La infancia en las colonias americanas durante la primera república y el siglo XIX.

La evolución de la infancia en las colonias americanas durante la primera República difiere del desarrollo que ha tenido en Europa. El proceso de descolonización, la economía basada en la esclavitud, y la influencia de las potencias europeas en la cultura y legislación son algunas de los factores que provocan esta diferencia.

Sostiene Mary Ann Mason que, en esta época, el niño era considerado en Estados Unidos como una categoría económica, cuyo trabajo era considerado valioso para los adultos. Agrega que los niños comenzaban a trabajar desde muy pequeños, de modo que la edad promedio oscilaba entre los 6 y 14 o 16 años, ya sea como aprendices, como esclavos o jóvenes criados. Se estima que, a fines del siglo XVIII, cerca del 20 por ciento de los niños nacidos en las colonias eran esclavos, y esta cifra aumentaba en los estados del sur, en que la mayoría de los habitantes eran esclavos. La legislación de las colonias reconocía 4 tipos de hijos: hijos naturales, aprendices, hijos ilegítimos y esclavos. A cada una de estas categorías se les reconocía un estatus distinto como, también, distintos niveles de protección.

Respecto de los hijos naturales, los padres tenían amplios poderes, sin embargo, eran vigilados por la comunidad para evitar los abusos o el descuido, ante lo cual eran juzgados por tribunales coloniales que incluso les podían quitar la custodia del niño. Asimismo, los padres tenían la obligación de alimentar a sus hijos naturales y, además, darles educación necesaria para su desarrollo moral.

Por su parte, los aprendices trabajaban mediante contratos con sus amos y tenían cierta protección, muy inferior a la de los hijos naturales, y que se reducía según el estudio de Mason, “a unos cuantos víveres” (Mason, 2006, p: 204). Los tribunales de la colonia se encargaban de devolver a los aprendices a sus amos, cuando se escapaban, infracción que era castigada con azotes. Sin perjuicio de lo anterior, los amos podían ser condenados a muerte, en caso de dar muerte a uno de sus aprendices. Salvo ese caso, los amos sólo recibían una reprimenda en caso de abuso o maltrato en contra de sus aprendices, ya que se consideraba que los amos podían castigarlos, por faltas graves. De todos modos, los ambos estaban obligados a darles alimento a cambio de trabajo, pero la educación y capacitación dependería de la voluntad del amo.

Los hijos nacidos fuera del matrimonio eran considerados *filius nullius*, esto es, de ninguna familia y la ley americana al igual que *el common law*, no permitía que el matrimonio ulterior, legitimara el nacimiento de los hijos, aduciendo a que la posterior legitimación podría frustrar el objetivo del matrimonio “cuyo principal aliciente a menudo no es el mero deseo de tener hijos, sino procrear hijos legítimos” (Mason, 2006, p: 205).

Por último, los esclavos se convirtieron en una especie de propiedad, similar a la de los bienes muebles, de manera que el amo podía usar, abusar y vender al niño, del mismo modo que lo hacía con un caballo, con la única limitación de que no podía darle muerte. La Guerra Civil provocó una gran transformación en la sociedad norteamericana de tal manera que se eliminaron las categorías de esclavos y de criados. Ellos pasaron a trabajar con sus amos por contrato.

También en esta época se transformó el estatuto de los hijos ilegítimos, reconociendo el lazo de sangre que existían entre la madre y el hijo. Por eso, a fines del siglo XIX casi todos los estados habían aprobado la legislación que consideraba al niño ilegítimo como miembro de la familia de la madre, con el mismo derecho del hijo natural a heredar. En este siglo, se crearán también los orfanatos con la finalidad de que dicha institución pudiera centrarse en el cuidado de los niños a falta de una familia que los cuidara.

También durante el siglo XIX y a raíz de diversos juicios de custodia entre padres y madres, surge de manera incipiente el principio de la corta edad *-tender years doctrine-* como un antecedente al principio que conoceremos más tarde del “interés superior del niño”. Dicho principio reconocía que los niños de corta edad merecen un trato especial debido a su condición individual, y permitió que las madres, en ocasiones, obtuvieran la custodia de sus hijos luego del divorcio. Así en la sentencia *Stigall v. Stigall*, Ley 286 de Nueva Jersey de 1847, se establecía que tal como la regla general del *Common law* es “que el padre como jefe de familia, tiene derecho a la custodia y control de sus hijos legítimos, pero a éste se le puede denegar tal derecho si tiene un comportamiento cruel, corrupto, inmoral etc. hacia él o si el niño es de muy corta edad, de sexo femenino o enfermizo” (Mason, 2006, p: 207).

En definitiva y tal como señala Paula Fass, las transformaciones que se produjeron a mediados del siglo XIX en Estados Unidos en relación a la niñez coinciden con la lucha de los americanos en contra de la esclavitud. Ello debido a que la clase media protestante americana, en su mayoría apoyaba esa lucha. Ellos consideraban a los niños como un instrumento para lograr un mejor futuro, haciéndolos merecedores de un trato especial. Para cumplir ese objetivo, se requería dos líneas de acción: la reforma de los hábitos de los adultos, tales como la ingesta alcohólica, la criminalidad y la esclavitud, y por otro, la formación esmerada de la vida del niño. Agrega Fass que los americanos habían heredado tanto la *tabula rasa* de Locke, como la inocencia natural del niño, de Rousseau, comprendiendo la importancia de la formación metódica del niño, y creando una red institucional que lograra dicho objetivo. Así la escuela se convierte a mediados del siglo XIX en una extensión necesaria de la crianza del niño, y un lugar indispensable para la socialización de los inmigrantes (Fass, 2006, p: 221-222).

Es en este contexto, que en el siglo XIX surge un movimiento denominado “los salvadores del niño”, conformado por un grupo de mujeres de clase media y acomodada, en su mayoría, altruistas y humanitarios –según profesaban-, “dedicadas a salvar a quienes tenían un lugar menos afortunado en el orden social” (Platt, 1982, p. 31). Aunque su propósito era proteger a los niños de los peligros que acarrearía vivir en una sociedad cada vez más urbanizada e industrializada, los mecanismos utilizados, más bien, constituyeron un retroceso en lo relativo a la protección de los derechos del niño.

Sostiene Platt, que la ideología de los “salvadores del niño” es una amalgama de “convicciones y aspiraciones” de distintos pensadores de la época (Platt, 1982, p.44). De la medicina, tomaban los principios de la patología, infección, inmunización y tratamiento; del darwinismo social, las características de la condición humana y los defectos morales innatos de la clase baja; de la tradición positivista de la criminología europea, sus ideas sobre origen biológico y ambientales del crimen, y de la ética moral protestante, los sentimientos anti urbanos (Platt, 1982, p. 44).

Sostiene Platt que, debido a la influencia de los teóricos del siglo XVIII y del siglo XIX, se creía que los criminales “estaban condicionados anormalmente por factores biológicos y ambientales” (Platt, 1982, p. 68). A la idea de que el criminal era un ser moralmente inferior, con rasgos similares a los primates⁴, se sumaba la de la corrupción urbana, que traía como consecuencia, una vida desordenada, viciosa y sin reglas sociales (Platt, 1982, p. 68).

A su vez, a finales del siglo XIX, surge una “clase profesional de administradores de penales y trabajadores de asistencia social que promovían un modo evolucionista de ver el comportamiento humano” (Platt, 1982, p. 68). Finalmente, en los últimos cincuenta años del siglo XIX se produjo un cambio en lo relativo a la delincuencia, ya que del carácter penal se avanzó hacia el “nuevo humanismo”. La explicación médica frente al delito y la idea de rehabilitación hacía que los reformadores sociales pusieran énfasis en el aspecto temporal y sensible de la delincuencia en adolescentes. Así los “salvadores del niño sostenían que, adoptando medidas drásticas durante los primeros años, se evitaba que los niños “delinquentes”, prosiguieran su carrera delictiva. Surge de esta manera, el sistema de reformatorios donde los niños se “salvarían y restablecerían” (Platt, 1982, p. 69).

El sistema de reformatorios se creó en Estados Unidos a mediados del siglo XIX y tenía una forma especial de disciplina en reclusión para adolescentes y adultos jóvenes (Platt, 1982, p. 71). La diferencia entre el reformatorio y la penitenciaría tradicional, era que el primero tenía una política de sentencia indeterminada, un sistema de calificaciones y lo que se conoció como la “persuasión organizada” (Platt, 1982, p. 71). Ello aseguraba que los individuos que residían allí se convirtieran en ciudadanos útiles y productivos (Platt, 1982, p. 71). El objetivo era entonces, reformar al criminal, de tal manera que los niños delinquentes “no fueran castigados si no educados para ganarse la vida y ser útiles a la sociedad” (Platt, 1982, p. 72), a través de la enseñanza de la moral, la religión y el trabajo. En el quinto

⁴ Lombroso, Spencer, Mac Donald, 1893.

congreso internacional de prisiones, celebrado en Francia el año 1895, se destacó la labor de los reformatorios en cuanto “eran capaces de borrar las lacras hereditarias y ambientales” (Platt, 1982, p. 74) y se propuso que los padres de niños menores de 12 años que fueran indignos, se les debía privar de la crianza de sus hijos (Platt, 1982, p. 74).

El sistema de reformatorios, entonces, fue visto como una solución a la creciente criminalidad de la época, de tal manera de apartar a los niños de una “vida familiar deficiente, de un medio ambiente corrupto y de la pobreza” (Platt, 1982, p. 74) El gran desafío consistía en preparar a estos pequeños “delincuentes”, para la vida.

El reformatorio, separaba a los jóvenes “delincuentes” de los criminales adultos, pero además de su medio, por su propio bien y protección, se les brindaba orientación, firmeza y restricción. De esta manera, los niños y adolescentes infractores eran llevados a dichos lugares sin proceso ni requisitos legales mínimos y con sentencias indeterminadas, puesto que la función del reformatorio no era castigar, sino corregir. Estas instituciones debían estar construidas en el campo. Una vez allí, los reclusos debían apartarse de la pereza, de la indulgencia y del lujo, eran objeto de vigilancia constante y debían hacer ejercicio físico y militar, además debían recibir una educación que les inculcara los valores de la clase media y, en especial, la adquisición de conocimientos industriales y agrícolas.

Mucho antes que existieran Tribunales de menores en Estados Unidos –hecho que ocurrió en Illinois en 1899- existían disposiciones para la protección y custodia de los niños “delincuentes”. En Illinois en 1817, un niño menor de 7 años no podía ser acusado de un delito, pero podía ser azotado como esclavo por no obedecer a sus padres. En 1827 se elevó la edad de responsabilidad penal a los 10 años, y en 1831, a los 18 años. Aun así, los niños eran sancionados con castigos corporales, multas y sentencias de encarcelamiento en los casos más graves (Platt, 1982, p.120).

En 1867, se dictó un decreto que aprobaba la creación de un Reformatorio Estatal en Pontiac para niños entre 8 y 18 años. Ese texto señalaba que todos los tribunales del país, estaban autorizados a “enviar a los delincuentes menores a las cárceles del condado, de acuerdo con las leyes hechas y dispuestas, o enviarlos a la *Reform School*” (Platt, 1982, p.121). Además, los tribunales podían enviar a dicho reformatorio a los niños que se encontraban “privados de la debida atención de los padres o que vivían de la mendicidad, en la ignorancia, la vagancia o el vicio” (Platt, 1982, p.122).

En Chicago, ya existía un reformatorio creado en 1855, donde se enviaba a todos los niños que cometían delitos en el condado de Cook, hasta que, en 1871, fue destruido por un gran incendio. El año 1870, la Suprema Corte de Justicia norteamericana, acogiendo un *habeas corpus* a favor de un niño que fue enviado al *Reform School* de Chicago, sin vista de su causa, declaró inconstitucional el auto de prisión. El fallo, conocido como la decisión O’Connell, calificaba al reformatorio como una “penitenciaría para niños” y sentenciaba: “Si sin delito, sin fallo de culpabilidad, los hijos del Estado se ven así confinados por el ‘bien de la sociedad’, valdría más reducir ésta a sus elementos originales, y reconocer que el gobierno libre es un fracaso ... hay que tomar en cuenta también el bienestar y los derechos del niño... Los mismos criminales no pueden ser condenados y apasionados sin el debido proceso” (Platt, 1982, p. 122).

A raíz de este fallo, en 1873 fue revisado el decreto que creaba el reformatorio estatal de Pontiac, de manera de adecuarlo a las garantías constitucionales. Se restó a los tribunales la facultad de dictar sentencia en contra de menores y de enviar a los niños a instituciones por falta de adecuada atención de los padres, mendicidad, ignorancia, vagancia o vicio. En su lugar, se dispuso que los niños entre 10 y 16 años que hubieren cometido delito, podrían ser enviados al *Reform School* de Pontiac por no menos de un año ni más de cinco. Por último, se les autorizaba a dictar sentencias de cárcel para delitos menores.

La escuela estatal de Pontiac, fue inaugurada el año 1871, a unos 150 kilómetros de Chicago. El nuevo reformatorio, empleaba a reclusos en compañías dedicadas a la fabricación de zapatos, de cepillos

y de sillas de mimbre. A seis años de la inauguración, ya contaba con una sobrepoblación de 250 niños de distintas edades (Platt, 1982, p.123). En 1893, aumentó aún más la población, luego de aprobarse una ley según la cual cualquier tribunal criminal del Estado podría sentenciar el envío a un reformatorio de un delincuente de entre 16 y 21 años, que cometiera su primer delito.

Aun así, la situación de los niños en cárceles del condado, era cada vez peor. El año 1869 se creó una institución, "*Board of State Commissioners o Public Charities*" con el objeto de visitar todas las instituciones de caridad y correccionales del Estado, que alertaron sobre la cantidad de niños privados de libertad. En el año 1896, los comisionados detectaron 98 niños menores de 16 años en 40 cárceles, en condiciones de hacinamiento y sin cubrir sus necesidades básicas, como aire puro o luz y sometidos a un régimen del terror.

Los informes de la junta alertaban sobre el mal funcionamiento de la cárcel del condado. Se detectó que ese sistema era ineficaz para disminuir la delincuencia, ya que carecía de programas de educación y trabajo. Criticaban lo que denominaban una "escuela del vicio", por cuanto en su interior estaban mezclados "viejos y jóvenes, inocentes y culpables, condenados, sospechosos y testigos, varones y hembras...En semejante atmósfera, la pureza misma no podría librarse de la contaminación" (Platt, 1982, p. 136).

A pesar de ello, fueron pocas las mejoras implementadas. Recién en 1874 una ley que reglamentaba las condiciones carcelarias, estipulaba la separación de los menores, de los delinquentes mayores y de los culpables, pero no se podía poner en práctica ya que las prisiones estaban sobrepobladas y mal construidas. Lo mismo ocurría en otros Estados como Michigan, Ohio y Massachusetts.

En el año 1899 se crean en Illinois, los tribunales de menores, para lo cual se contó, con el patrocinio de organizaciones religiosas, de las escuelas industriales, de la *Board of Public Charities* y de los administradores de reformatorio. Sin embargo, estos tribunales ya existían en Massachusetts desde el año 1874 y en Nueva York desde el año 1892, creados por leyes que establecían que los niños acusados de delitos debían ser juzgados separadamente de los adultos. Para el año 1932, existían más de 600 tribunales independientes de este tipo (Platt, 1982, p. 37). El sistema buscaba sustraer a los adolescentes del procedimiento penal y crear programas especiales para ellos, lo que constituyó un gran avance en su protección.

Sin embargo, sostiene Platt, estos tribunales no implicaban una reforma radical, sino más bien una reforma conservadora que legitimaba las prácticas existentes hasta esa época. Para él, esto se refleja en el hecho de que la ley consideraba a los niños "delinquentes" como "necesitados de un firme control y restricción severa para que su reforma tuviera éxito" (Platt, 1982, p. 150). Además, sostiene que la reforma facilitaba el alejamiento de los niños de los que consideraban un "hogar que no cumple con su función debida". Finalmente, sostiene que la reforma reafirma el hecho social de la dependencia de los adolescentes, castigando la "independencia prematura infantil" y restringiendo "la autonomía juvenil" (Platt, 1982, p. 151).

Para Platt, la influencia del movimiento de los salvadores del niño en los tribunales de menores sirvió para identificar una nueva categoría de "niños problema" (1982, p. 152). El tribunal se fundaba en el concepto "*parens patriae*", y poseía amplia discrecionalidad para intervenir en la situación de los niños que caían en esa categoría y establecer penas por comportamiento "predelincente". A diferencia de lo que ocurría en el sistema criminal, en los tribunales de menores no se acusaba a los niños de un delito, sino se les ofrecía ayuda y guía. Los expedientes judiciales eran secretos y las audiencias se celebraban en un ambiente relativamente privado. El procedimiento era informal y los niños no quedaban con el estigma de un antecedente penal. Se objetó la constitucionalidad de la ley ya que podía ser interpretada libremente, de manera que "la atención, la custodia y la disciplina para con un niño fueran más o menos las mismas que les prestarían sus padres" (Platt, 1982, p. 153). Y aunque la informalidad del procedimiento fue apoyada tanto por la Corte de Pennsylvania como por la de Illinois, las facultades de

los tribunales para menores eran “antilegales” en cuanto los procedimientos no poseían las formalidades mínimas, y por el contrario, se dependía al máximo de los recursos extralegales (Platt, 1982, p. 156). Los jueces podían investigar todo tipo de casos, tanto aquellos en los que estaban involucrados niños delincuentes como de los “predelincuentes”. Sostiene Platt, que los principios de la penología preventiva y redención del niño, justificaban la intervención de los tribunales de menores, incluso, sin que se hubiere cometido delito.

En definitiva, el movimiento identificó -inventó, según el autor- nuevas categorías de “desviación juvenil”, en que el infractor de la ley era condenado como su propia víctima. La policía y el poder judicial, trabajaban para que los salvadores del niño pudieran hacer su labor sin trabas burocráticas.

Cada vez con mayor frecuencia los pequeños delincuentes eran enviados a instituciones que “los apartaban de sus padres “inmorales” y de un medio ambiente vicioso” (Platt, 1982, p. 159). Los jueces en los tribunales de menores, “enfocaban su labor en términos medico- terapéuticos” (Platt, 1982, p. 159), de modo de mostrarse amables, pero firmes a la vez.

Para Platt, el movimiento “salvadores del niño”, en ningún caso debe ser considerado como libertador o humanitario. Primero, porque sus reformas no implicaron una transformación al sistema de justicia, sino más bien, facilitaron la aplicación de políticas tradicionales que se habían implementado de manera informal durante el siglo XIX. En segundo lugar, asumían la dependencia natural de los adolescentes y crearon tribunales que imponían sanciones a los niños que demostraban, una independencia prematura y comportamientos impropios. En tercer lugar, aunque sus actitudes frente a los niños que delinquirían eran paternalistas y románticas, sus decisiones estaban amparadas por la fuerza. En cuarto lugar, promovieron programas correccionales, que implicaban largos períodos de encierro, largas jornadas de trabajo y disciplina militar. A su vez incurrieron en la paradoja de inculcarles “valores de la clase media”, pero con las destrezas de la “clase baja” (Platt, 1982, p. 187).

El movimiento, aspiraba a fortalecer valores tales como la autoridad de los padres, la educación del hogar y la domesticidad que habían declinado por la vida urbana, el industrialismo y el influjo de culturas de inmigrantes. En definitiva, aunque el movimiento tuvo gran impacto en los niños pobres de la ciudad, exceptuándolos de los procesos penales, “no modificó sus experiencias de dominio, restricción y castigo” (Platt, 1982, p. 188).

Sobre este punto, sostienen Ginjaume y Freedman, que el movimiento salvadores del niño no hizo más que consagrar un “Sistema Tutelar” que se caracterizó por el ejercicio de control “sobre aquellos indeseables de la sociedad, los que resultaban peligrosos e inadaptados a la moral general” (2004, p. 630). El industrialismo emergente, sumado a una sociedad en permanente conflicto, una economía capitalista desregulada y la necesidad de imponer ciertos valores conservadores, hacían que el Estado se viera obligado a intervenir para “homogeneizar la sociedad” según los ideales propuestos.

Este fenómeno se explica según Pavarini, ya que con la consolidación del capitalismo en Europa de la segunda mitad del siglo XIX, entra en crisis “el mito del liberalismo económico” (2003, p. 41). La revolución industrial había demostrado que, a mayor riqueza, mayor y más generalizada era la acumulación de pobreza. A su vez, sostiene el autor, que la criminología positivista, había demostrado la existencia de una estrecha relación entre miseria y criminalidad, generando un círculo vicioso: proletario-pobre-criminal (2003, p. 42). Afirma Pavarini, que la criminología positivista “intentó definir las clases peligrosas como naturalmente distintas de las trabajadoras, siendo estas últimas, las únicas que podían beneficiarse de los privilegios del estado de derecho” (2003, p. 42). Las clases criminales en cambio, “debían ser sometidas a una especie de *no derecho*” y, en consecuencia, se les podía eliminar, reprimir o reeducar sin ninguna garantía jurídica, “por higiene social” (2003, p. 42).

Agrega el autor que lo que caracterizó al conocimiento criminológico de la época, fue la necesidad de dar “respuestas políticamente tranquilizadoras” (2003, p. 42). De esta manera, afirma Pavarini, y

gracias a la influencia del positivismo, la defensa de la sociedad justificaba y legitimaba la acción del Estado frente al delito a través de los aparatos de control social, tales como la magistratura, la policía, etc.

Autores latinoamericanos denominaron este fenómeno, como “doctrina de la situación irregular” para designar aquel sistema que primó con anterioridad a la Convención sobre derechos del niño, y que se caracterizó por ser un proceso socio-cultural que creaba la subcategoría de *menores* dentro del universo de la infancia, con el objeto de dar respuesta a las políticas sociales implementadas a principios del siglo XX. (García, 1997, p: 4).

Como señala Emilio García Méndez, la creación de tribunales de menores en Estados Unidos, se replicó en prácticamente todos los países europeos hacia mediados de la década del 20, y luego en el contexto latinoamericano y como se analizará con posterioridad, en Chile. Factores tales como, la crisis de los años 30, y la inmigración, generaron un aumento significativo de esta sub categoría de *menores*, entre los que se incluían, indistintamente, niños abandonados y delincuentes, lo que motivó la instauración de políticas públicas, en las que primaba la judicialización del problema.

Por lo anterior, los menores se convierten en objeto del derecho, aplicando criterios criminológicos propios del positivismo de fines del siglo XIX y justificando la intervención paternalista del Estado. En virtud de ello, los incipientes derechos fundamentales de los adultos, no les eran reconocidos a los niños y jóvenes en esta situación y en la práctica, sólo se reprodujo la violencia y marginalidad que se pretendía evitar con la acción del Estado (Beloff, 1998, p: 13).

El sistema norteamericano en que la justicia de jóvenes intervenía como una agencia social, más que como un tribunal de derecho, se mantuvo durante largo tiempo en Estados Unidos, hasta el Caso Gault en 1967. En efecto, antes del fallo, la jurisprudencia y la doctrina entendían que existía una cierta incompatibilidad entre los fines de protección y la limitación de las facultades del juez y las garantías procesales. En el caso Gault, sin embargo, se produce un giro, de tal manera que la Corte Suprema norteamericana estableció la vigencia de las garantías procesales contenidas en las enmiendas quinta y sexta de la Constitución norteamericana respecto de los menores de edad, en particular, la debida notificación de cargos que debía ser puesta en conocimiento de los padres del infractor para una adecuada defensa, el derecho del adolescente a no declarar contra sí mismo o autoincriminarse, y a confrontar a los testigos.

Asimismo, señala Cillero, la Corte fue enfática en dictaminar que “nuestra constitución garantiza que ninguna persona sea obligada a ser testigo contra sí mismo cuando esté amenazado con la privación de libertad” y este era un principio que debía aplicarse en todo procedimiento, civil o criminal. Asimismo, la Corte cuestiona los fundamentos de la doctrina *parens patriae*, a la que ya se hizo alusión, cuestionando su constitucionalidad y la de las instituciones de confinamiento (2003, pp. 59-60). Como se analizará en el capítulo siguiente la Convención sobre Derechos del niño de 1989, reconocerá expresamente la aplicación de garantías del debido proceso respecto de los niños.

1.7. La infancia en el siglo XX: el niño como sujeto de derechos.

Hacia fines del siglo XIX Ellen Key predijo que el siglo XX sería el siglo del niño y no se equivocó. Gracias a las investigaciones que se inician en el siglo XIX, en lo relativo al cuidado de los niños y a la educación, se advierten avances en su desarrollo, tales como la drástica reducción de la tasa de mortalidad infantil, lo que se debió a mejoras en la higiene, la medicina y la atención en los servicios públicos. Asimismo, las distintas corrientes de la psicología, se centran en el estudio del niño, primero para estudiar las consecuencias de esta etapa en la vida adulta y luego para conocer sus necesidades particulares. Así, el movimiento psicoanalítico, llama la atención sobre la importancia de las experiencias vividas en la niñez para la personalidad del adulto.

Freud, a partir de la formación científica y experiencia clínica, reconoció la importancia de la niñez en la vida adulta, de tal manera que esta etapa sería constitutiva y se perpetuaría a lo largo de toda la vida de la persona. Desde entonces la niñez, fue reconocida, jerarquizada e incluso, idealizada (Levín, 1995, p: 619).

Del mismo modo, durante la segunda mitad del siglo XIX, distintos autores comenzaron a hablar de los derechos del niño, tal como Jules Vallès (1832-1885) que en su obra *L'Enfant* (El niño) de 1879, denunciaba los malos tratos que sufrían los niños, en las fábricas, en la escuela y en su familia a fines del siglo XIX, bajo la mirada indiferente de la sociedad burguesa. Emile Zola, profundamente conmovido por las historias que se relatan en la trilogía de Vallès, dirá: “¿Por qué nos conmueve tan profundamente este relato sin intriga, sin complicación alguna, esta especie de memorias escritas siguiendo el capricho de los recuerdos? Pues porque la infancia de miles de niños franceses está ahí, porque todos hemos vivido cosas semejantes, si no en nosotros mismos, sí, al menos, en nuestros compañeros. Basta con que todo eso haya ocurrido y que un escritor haya osado decirlo con la rabia de sus todavía abiertas heridas” (Galvis, 2009, p: 589).

En Estados Unidos, la escritora Kate D. Wiggin (1856-1923) publicó en 1892 *The Children's Rights*, donde plantea la necesidad de defender los derechos del niño y de darle un contenido específico. Como señala Jorge Rojas, Wiggin era contraria a equiparar el concepto de derecho con privilegio o indulgencia, ya que en ocasiones los padres podían otorgarles privilegios a los niños, pero sin respetar sus derechos. Ello se debía, según la escritora, a que existía la creencia de que los niños pertenecían a sus padres, quienes a su vez tenía un derecho ilimitado sobre ellos.

Sostenía Wiggin, que los niños como seres humanos se pertenecen a sí mismos y poseen el derecho inalienable a tener infancia (Rojas, 2007, p: 131). En educación, destacan las obras de Ellen Key, *El siglo de los niños* (1900), en Estados Unidos, John Dewey (1859-1952), María Montessori (1870-1952), Paul Robin (1837-1912) y Sebastián Faure (1858-1942), que aplicaron métodos pedagógicos que respetaban la individualidad del niño y se rebelaban en contra del castigo como método de enseñanza. Asimismo, en Polonia Janusz Korczak pediatra y escritor de cuentos para niños, escribió a principios de siglo XX dos libros sobre los derechos de los niños: *How to love a Children's* (Cómo amar a un niño, 1919) y *The Children's Right to respect* (Para respetar los derechos del niño, 1929) (Rojas, 2007, p: 132). Las obras de estos autores, sirvieron de base para la consagración de derechos del niño en distintos instrumentos internacionales, sin embargo, en la práctica, la necesidad de proteger la infancia desvalida, justificó la intervención paternalista del Estado, tal como ocurrió con los Tribunales de menores en Estados Unidos cuyo modelo se replicó en distintos países europeos y en prácticamente toda América.

Este creciente interés por el niño, llevó a los Estados de Europa y América a desarrollar políticas de protección y ayuda a la infancia en especial, desde fines del siglo XIX en adelante. Sin embargo, sólo después de las guerras mundiales surge la idea de que los niños podían gozar de sus propios derechos (Ravetllat, 2015, p. 63). Así, a lo largo del siglo XX se produce un proceso de internacionalización de los derechos del niño, a partir de una serie de congresos que se desarrollaron durante el primer tercio del siglo XX que sirvieron de base a los tratados internacionales que se celebrarían con posterioridad, en los que se reconoce al niño como sujeto de derechos.

A fines del siglo XIX se celebraron congresos con el objeto de sobrellevar las altas tasas de mortalidad infantil y de desnutrición en Europa, a los que siguieron una serie de congresos de principios del siglo XX denominados “Gotas de leche”, el primero celebrado en París, en el año 1905, el segundo celebrado en Bruselas, en el año 1907 y el tercero celebrado en Berlín, en el año 1911. Estos congresos tuvieron un éxito sin precedentes, tanto por la cantidad de estados que participaron, como por incluir en la agenda internacional la situación de la infancia. El primer congreso, se abocó a temas pragmáticos y médico-higiénicos, como los depósitos de leche y la distribución de leche asociada a las visitas médicas, pero el segundo y tercer congreso se amplió la discusión a temas sociales y jurídicos, que iban desde la

educación, la legislación de protección a la infancia o a las estadísticas de mortalidad infantil (Dávila, 2006, p: 74).

Asimismo, en América, destacan los Congresos Panamericanos del niño, iniciados en Buenos Aires, en 1916, luego el de Uruguay de 1919, seguido del de Brasil de 1922, luego el de Chile de 1924, el de Cuba de 1927, el de Perú de 1930, el de México de 1935, Estados Unidos de 1942, Venezuela de 1948 y así, hasta nuestros días (Dávila, 2006, p: 91).

Paralelamente a ello, se crearon asociaciones internacionales, primero en Estados Unidos, para luego extenderse a todos los países europeos, tales como la Asociación Internacional de protección de la infancia, la Unión Internacional para la Protección de la Infancia en la primera edad, la Unión Internacional de salvación del niño -*Save the children*- y la Liga de Sociedades de la Cruz Roja Internacional. Fue tanto el auge de este tipo de asociaciones que, en el año 1911, en Estados Unidos, existían 350 sociedades de protección a la infancia, desde que se fundara la primera en 1876 (Dávila, 2006, p: 76).

El advenimiento de la primera guerra mundial hace surgir una serie de sociedades protectoras de la infancia en toda Europa, y asilos de huérfanos de guerra y protección de viudas o de familias víctimas de la guerra. En este contexto, en el año 1917, se elaboró un proyecto de “carta magna internacional” propuesta por la Liga internacional para la protección a la infancia en los Estados Unidos, que tenía su sede en Nueva York, y cuyo objetivo era asegurar la cooperación de todas las naciones, de manera de paliar la situación de los niños en Europa. Allí se explicitaba la necesidad de reconocer una serie de derechos del niño, como parte integral entre las condiciones del Tratado de Paz (Dávila, 2006, p: 77).

En este contexto, y gracias a la activista británica, fundadora de *Save de children*, Eglantyne Jeff, en el año 1923 se elabora la primera Declaración de los derechos del niño. Ésta fue aprobada por unanimidad en la quinta Asamblea General de la Sociedad de las Naciones, en el año 1924, pasando a denominarse Declaración de Ginebra.

Por primera vez, una declaración universal reconocía obligaciones por parte de la humanidad, hacia los niños, “por encima de cualquier consideración de raza, nacionalidad o creencia”. En sus cinco artículos declaraba una serie de derechos del niño, en una “dimensión protectora” (Dávila, 2006, p: 78): a desarrollarse de manera normal, a ser alimentado y asistido, a ser el primero en recibir socorro, a ganarse la vida y a ser protegido de la explotación y a ser educado.

Si bien esta declaración no reconoce al niño como sujeto de derechos, como señalan Dávila y Naya, los derechos que allí se recogen “están planteados desde una nueva ética a favor de la infancia” (2006, p: 78), con una mentalidad de ayuda y protección, más que como sujetos de derechos. Sin embargo, tiene la virtud de ser antecedente y referente de los tratados internacionales que se celebrarán en lo sucesivo, por su amplia adhesión. En efecto, fue traducida a más de 40 idiomas, recibió el apoyo del IV Congreso Panamericano de la Infancia, celebrado en Chile el año 1924, fue objeto de recomendaciones por parte de la Sociedad de las Naciones a todos los Estados miembros.

En Francia se ordenó colgar una copia de la declaración en cada escuela, y en España, el artículo 43 de la Constitución Republicana de 1931, incorpora expresamente la Declaración de Ginebra, como parte integrante del texto constitucional (Dávila, 2006, p: 92). Además, durante 3 años se elaboraron informes a nivel mundial sobre el bienestar de los niños, siendo el antecedente más cercano los informes que la UNICEF publicará hasta nuestros días. Asimismo, a partir de la Declaración de Ginebra, se desarrollarían una serie de declaraciones, tablas y cartas, en los que se van perfilando y sistematizando derechos específicos del niño, y poniendo atención a su desarrollo y a sus necesidades.

Finalizada la segunda Guerra Mundial, la Asamblea General, proclamó la Declaración Universal de los Derechos Humanos, reunida el 12 de diciembre de 1948, por resolución 217 A (III). Ésta tuvo una amplia aceptación a nivel mundial –participaron los 58 estados que formaban parte en ese entonces de la Comunidad internacional, y no hubo votos en contra.

La declaración se refiere de manera directa o indirecta a la infancia en 3 artículos: el artículo 16.3, alude a la familia como “elemento natural y fundamental de la sociedad” y, en consecuencia, declara que tienen derecho a la protección de la sociedad y del estado. Por su parte el artículo 26 se refiere a la educación y señala que su fin “es el fortalecimiento del respeto de los derechos humanos y el fomento del amor fraternal entre los hombres”. Pero, en especial, el artículo 25 señala que la maternidad y la infancia tienen derecho a cuidados especiales y que todos los niños nacidos dentro de matrimonio o fuera de él, tienen derecho a protección social. Luego el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966, desarrollarán y precisarán estos derechos a partir de obligaciones concretas para el Estado.

Tras el fin de la segunda guerra mundial, la creación de la UNICEF en 1946 y la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948, en el año 1959, luego de 13 años de discusión, la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó una nueva Declaración sobre los derechos del niño, marcada por la constante tensión entre los países del bloque socialista que eran partidarios de una Convención y Estados Unidos, que se inclinaba más bien por una actualización de la Declaración Ginebra. En efecto, durante los primeros años, los debates se centraron en la necesidad de celebrar una nueva Declaración, para proteger diversas categorías de seres humanos –niños, ancianos, ciegos, etc.-, que podía debilitar la reciente Declaración universal de Derechos Humanos.

Ante tal coyuntura, para preservar el espíritu de la Convención, al argumento de la protección especial por “falta de madurez física y mental” se le sumó “su condición jurídica particular”. Ello permitiría constatar según Cots, la condición de vulnerabilidad del niño y su dependencia respecto del adulto. Agrega que en las discusiones se dejó constancia que “el niño no era un sujeto de derecho normal, porque no posee la capacidad física, mental o jurídica para ejercer sus derechos”; “el niño no conoce ni puede reclamar sus derechos”, y, por consiguiente, “resulta discutible si es apropiado hablar de derechos del niño en sentido jurídico”. No obstante, se consideró perfectamente concebible la coexistencia de la Declaración de los Derechos del Niño y la Declaración Universal de Derechos Humanos (Cots, 2008, pp. 30-31).

Si bien esta Declaración, recoge en sus 10 principios, la mayoría de los derechos que se perfilaban en la Declaración de 1924, se destaca las siguientes innovaciones:

1. La nueva Declaración, en el preámbulo esboza una concepción del niño, señalando que “por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento”, lo que mantiene el proteccionismo de la primera;
2. El principio número 3, reconoce al niño, derechos civiles al declarar que, desde su nacimiento, el niño tendrá derecho a un nombre y a una nacionalidad;
3. El principio 6, declara el derecho del niño a crecer bajo el amparo y responsabilidad de sus padres y que, salvo circunstancias excepcionales, no deberá ser separado de su madre;
4. Sin embargo, la gran innovación la encontramos en el principio número dos, al señalar que, al promulgar leyes para el desarrollo físico, mental, moral, espiritual y social del niño, la consideración fundamental a la que se atenderá, será el interés superior del niño. Asimismo, el principio número siete, relativo al derecho a la educación del niño, se refiere a este punto señalando que debe ser un principio rector de aquellos que tienen la responsabilidad de la educación y orientación del niño.

De esta manera, se incluía por primera vez en una Declaración Universal, este controversial principio, que será objeto de múltiples interpretaciones tanto de la doctrina como de la jurisprudencia y que luego será recogido por una serie de legislaciones y consagrado en la Convención sobre derechos del niño de 1989, según se analizará a continuación.

Sin embargo, a pesar del avance que significó la aprobación, de estas declaraciones, ni la Declaración de Ginebra, ni la Declaración Universal de Derechos del Niño tienen una fuerza vinculante para los Estados. Más bien, tienen un carácter programático y una fuerza moral, sin perjuicio de lo cual, contendrán principios que luego serán desarrollados tanto en el ámbito internacional como en el ámbito interno de los Estados.

Tal como destaca Ravetllat, dichos principios se centrarán en aspectos protectores de la infancia y de la adolescencia, dirigidos sólo a una "infancia en situación de riesgo", ya que en aquellas situaciones en el que el niño sea víctima de la sociedad o de los adultos serán merecedores de amparo y protección por parte del Estado, a través de instituciones paternalistas (2015, p.75). En el fondo, entonces, estas declaraciones no modificarán el enfoque hacia la infancia, sino más bien replicarán conceptos que hasta entonces estaban muy arraigados, tales como la incapacidad del niño para participar y decidir, es decir, su incompetencia, la dependencia hacia los adultos y su vulnerabilidad.

Si bien la Convención sobre derechos del niño de 1989 recogerá en su preámbulo estas expresiones, avanza en el reconocimiento de derechos respecto de los niños, pero además en su autonomía y libre determinación en una serie de materias como se analizarán a continuación.

A partir de estas declaraciones, una serie de instrumentos desarrollarán los derechos de los niños y niñas, generándose un proceso de internacionalización en favor de la infancia.

Iniciativas como la Convención de la UNESCO relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, de diciembre de 1960; la Convención sobre el consentimiento para el matrimonio, de 1962; la Declaración sobre el progreso y el desarrollo en lo social, de 1969; la Declaración de los derechos del retrasado mental, de 1961; la Declaración universal sobre la erradicación del hambre y la malnutrición, de 1974; la Declaración sobre la protección de la mujer y el niño en estados de emergencia o de conflicto armado, de 1974; la Declaración de los derechos de los impedidos, de 1975; las Reglas de Beijing para la administración de justicia de menores de 1985; la Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y bienestar de los niños de 1986.

Además de todas estas declaraciones de carácter universal debemos tener presente las dictadas por organismos regionales sean africanos, asiáticos, americanos o europeos (Dávila, 2006, p: 92). Todas estas normas forman parte del mismo entramado de derechos que deben interpretarse en conjunto a la Convención sobre derechos del niño, como se analizará a continuación.

La Convención sobre Derechos del Niño

Con ocasión de la conmemoración del vigésimo aniversario de la Declaración de derechos del niño de 1959, las Naciones Unidas declararon el año 1979 como el año internacional del niño. Para ello, se programaron numerosas actividades preparatorias entre los Estados miembros y distintas organizaciones internacionales y organizaciones no gubernamentales, con el objeto de concluir lo que se denominaría la Convención sobre los derechos del niño.

Sostiene Eugeen Verhellen, que hasta la década de los 70 no había una conciencia sobre los derechos del niño, o sobre su capacidad para ejercerlos de manera autónoma. Ello debido a que se consideraba que ellos no tenían la competencia suficiente para tomar decisiones, ya que no eran suficientemente maduros ni física ni intelectualmente y les faltaba la experiencia necesaria para realizar juicios racionales sobre lo que les interesa o no (2002, p.39).

Sin embargo, señala Pilotti, al globalizarse los problemas de la infancia, aumentaron significativamente las acciones internacionales en favor de la niñez, proliferando organizaciones internacionales no gubernamentales (ONG), que junto a la UNICEF colaboraron para incluir temas de la infancia en la agenda internacional. Ello posibilitó la realización de seminarios, conferencias y reuniones de expertos,

lo que dio origen a variadas resoluciones y recomendaciones, a las que se hizo alusión con anterioridad, y que luego serán recogidas, sintetizadas, sistematizadas e incorporadas en el texto de la Convención (2001, p. 49).

En el año 1978 el gobierno de Polonia presentó ante la Comisión de derechos humanos de las Naciones Unidas la iniciativa de celebrar una Convención de derechos del niño que, teniendo un carácter vinculante, significaría un avance en relación a la Declaración de 1959. El proyecto presentado por Polonia, tenía prácticamente el mismo contenido que la Declaración, pero agregaba un mecanismo de implementación.

Debido a que el proyecto presentado por Polonia no tuvo acogida, la Comisión de derechos humanos constituyó un grupo de trabajo abierto, al que encomendó la redacción de una Convención de los derechos del niño, utilizando como base un borrador presentado por Polonia que contenía las observaciones hechas por los estados en consulta ante la Asamblea General de las Naciones Unidas. El grupo de trabajo sesionó anualmente desde el año 1979, finalizando sus trabajos el año 1988. Durante esos años, en una "primera lectura" los países miembros y los observadores del grupo de trabajo, negociaron los contenidos de la futura convención. Ella debía ser aprobada por consenso, es decir, en el que se lograra un acuerdo sin votación y sin objeciones persistentes, lo que normalmente genera extensas negociaciones con el objeto de lograr el consenso, pero a su vez, se adoptan normas de contenido muy amplio para lograr dicho acuerdo.

Después de la revisión técnica ante la Secretaría General de las Naciones Unidas, a fines de 1988, se procedió a una "segunda lectura" del texto completo de la convención. El texto final adoptado por el grupo de trabajo fue presentado ante la comisión de derechos humanos para su aprobación, para luego pasar por la aprobación del Consejo Económico y Social (ECOSOC) y luego ante la Asamblea General de las Naciones Unidas. El 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General aprobó por unanimidad la Convención sobre derechos del niño, la cual entro en vigor el 2 de septiembre de 1990.

Cabe hacer presente el contexto histórico en el que se desarrollaron estas propuestas, en atención a los distintos intereses que estaban en juego. En efecto, a fines de la década del 70, los Estados se encontraban inmersos en la denominada Guerra fría. Los derechos humanos eran parte de la confrontación ideológica entre Este y Oeste. Así para los Estados pertenecientes al bloque soviético, debían primar los derechos económicos, sociales y culturales, mientras que, para los Estados occidentales, en especial Estados Unidos, sólo eran legítimos los derechos humanos de carácter civil y político (Pilotti, 2001, p. 51).

Según expresa Pilotti, las motivaciones de Polonia para presentar una Convención, eran contrarrestar la política exterior del Presidente de Estados Unidos, Jimmy Carter que defendía férreamente los derechos civiles y políticos durante la década del 70 (2001, p. 51). Por ello la iniciativa de Polonia al principio encontró resistencia en los estados industrializados de occidente. Esta tensión se mantuvo durante los primeros años de labor del grupo de trabajo, debido a que paralelamente se discutía la Convención contra la tortura, auspiciada por los Estados occidentales, avanzando lentamente las negociaciones.

Durante la segunda mitad de los 80, los Estados de Europa del Este se van aproximando paulatinamente a las posiciones de occidente en los foros internacionales, lo que contribuyó a que los Estados Europa occidental adoptaran posturas más independientes la política exterior norteamericana, apoyando de manera más decidida, los derechos sociales contenidos en el proyecto de Convención, y que es un componente esencial del Estado benefactor de inspiración social-demócrata (Pilotti, 2001, p. 51). Así durante esta época se logra avanzar hacia la aprobación de un texto innovador que integra derechos civiles, políticos, socioeconómicos y culturales.

Frente al predominio de los derechos sociales que contenía el borrador original presentado por Polonia, Estados Unidos propuso la incorporación de la mayoría de los artículos referidos a los derechos

civiles y políticos de los niños, tales como el artículo 13, sobre libertad de expresión; el artículo 14, referido a la libertad de pensamiento, conciencia y religión; el artículo 15, sobre libertad de asociación y reunión y el artículo 16, sobre el derecho a la privacidad. Asimismo, participó activamente en la incorporación del artículo 17, sobre el acceso a la información. En la redacción del artículo 12, relativo a la libertad de opinión, participaron Estados Unidos, Canadá, Australia y Dinamarca, a partir del texto presentado por Polonia. Por su parte, las delegaciones de la Unión de Repúblicas Socialistas Soviéticas (URSS) y de la República Democrática Alemana, fueron las más críticas del contenido de estos artículos, mientras que el grupo de los países islámicos, rechazaron la versión original del artículo 14, sobre libertad de religión, lo que trajo como consecuencia que el artículo aprobado tuviera un contenido tan amplio, propio de las normas obtenidas bajo el consenso.

En cuanto a los países latinoamericanos, participaron en las distintas reuniones de discusión: Argentina, Brasil, Cuba, Perú, Venezuela, México, Colombia, Nicaragua, Panamá, Honduras, Bolivia, Costa Rica, y Haití. El derecho a la identidad fue propuesto por Argentina, en atención a su experiencia en abusos cometidos en regímenes autoritarios respecto de los hijos de perseguidos políticos. Asimismo, América latina destacó por oponerse firmemente al texto original sobre la adopción internacional, debido a que no contemplaba medidas para evitar el tráfico niños. Para ello, se alió al grupo islámico, de tal manera que los compromisos alcanzados para asegurar su aprobación, se advierten de la redacción de los artículos 20 y 21 de la Convención sobre derechos del niño (Pilotti, 2001, p. 52).

Por su parte las Organizaciones Internacionales no gubernamentales (OING) participaron en las distintas sesiones de discusión de tal manera que en a lo menos 13 artículos o párrafos de los mismos, tuvieron una influencia significativa. Se citan entre ellos el artículo 9 relativo a la separación del niño de sus padres, el artículo 24, relativo a la salud, los articulo 28 y 29 relativos a la educación, el artículo 30 relativo a la cultura y religión, el artículo 34, relativo a la explotación infantil, el artículo 35, sobre secuestro, tráfico y venta de niños, el artículo 37, sobre la tortura y la pena de muerte, el artículo 38 relativo a los conflictos armados, el articulo 39 sobre recuperación física, psicológica y la reintegración social, el artículo 41 sobre disposiciones más favorables, el artículo 42 sobre difusión de principios y disposiciones de la Convención y el artículo 44 sobre informe de los Estados parte (Pilotti, 2001, p. 54).

En cuanto a la participación de las organizaciones internacionales o intergubernamentales, participaron en las distintas sesiones el Fondo de las Naciones Unidas para la infancia (UNICEF), la Organización internacional del trabajo (OIT), la Oficina de las Naciones Unidas para los refugiados (AC-NUR), la Organización de las Naciones Unidas para la educación la ciencia y la cultura (UNESCO) y la Organización Mundial de la salud (OMS). En el ámbito regional, participaron el Instituto Interamericano del niño -organismo especializado de la OEA- y la Liga de los Estados Árabes. La intervención de estas organizaciones no fue significativa, a pesar de que muchas disposiciones de la Convención tenían estrecha relación con la misión de estos organismos.

La propia UNICEF ha reconocido su escasa participación en el texto de la Convención, atribuyéndolo a que, durante la redacción del proyecto, la organización centraba su labor en la sobrevivencia del niño en los países en vías de desarrollo, para lo cual concentró sus recursos en la salud y nutrición de los niños, en los derechos económicos y sociales de las mujeres, en los servicios urbanos básicos, en la planificación familiar y en la educación preescolar. Sin embargo, a fines de los 80, la organización se ve en la necesidad de reformar su labor tradicional a fin de adquirir una misión más amplia y compleja de la problemática infantil, para enfrentar con urgencia las precarias condiciones de vida de los niños trabajadores y en las calles como, asimismo, aquellas víctimas de conflictos armados, desastres naturales y abusos. Así la UNICEF, en el año 1986 identifica una nueva categoría de “niños en circunstancias especialmente difíciles” gracias a una decisión adoptada por la junta ejecutiva de la organización.

Si bien la intervención de la UNICEF durante la redacción del proyecto de Convención fue mínima, luego de la adopción de la Convención de 1989, la UNICEF asumió un papel cada vez más activo en la difusión y ratificación de este instrumento, en especial a partir de lo dispuesto en el artículo 45 de

la Convención, que le entrega a la Organización un papel fundamental en el fomento de la cooperación internacional en lo relativo a los derechos del niño y en labores de asesoría al Comité de Derechos del niño. Finalmente, en el año 1996, la junta ejecutiva de la Organización decidió incorporar a su misión, a la Convención sobre derechos del niño, declarando que se esforzará “por conseguir que los derechos se conviertan en principios éticos perdurables y normas internacionales de conducta hacia los niños”. Desde entonces la UNICEF ha tenido un rol protagónico en la implementación y ratificación de la Convención entre los distintos Estados y, sobre todo, en la especialización de la Organización en temas de la infancia. así, adoptando un modelo desarrollado por otras organizaciones, tales como la OIT y la ACNUR, la estrategia de la UNICEF para la implementación de la Convención en los distintos Estados ha sido, en primer lugar, promover la ratificación de la Convención trabajando en paralelo con el poder ejecutivo y legislativo. En América latina, esta etapa se completó a mediados de la década del 90. En segundo lugar, la organización se abocó a asegurar la compatibilidad entre las disposiciones de la Convención y la legislación interna de los Estados, para lo que promueve reformas legislativas y brinda asistencia técnica a los distintos poderes del Estado, etapa que se desarrolló a partir de los 90, a medida que los estados fueron ratificando la Convención. Finalmente, en una última etapa, más a largo plazo, la UNICEF plantea la necesidad de consolidar una nueva perspectiva y cambio cualitativo fundamental en la percepción jurídica y social de la infancia, generando una “cultura de derechos” tanto en las políticas estatales como en actitudes, valores y sensibilidades de las personas hacia la infancia (Pilotti, 2001, p. 58).

El 20 de noviembre de 1989, la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó por unanimidad la Convención sobre los Derechos del Niño, quedando abierta a la firma de los Estados el 20 de enero de 1990 y entrando en vigor el 2 de septiembre del mismo año, de conformidad a lo establecido en el artículo 49 de la Convención. Esta Convención ha sido el instrumento de derechos humanos que mayor adhesión ha tenido, ya que hasta la fecha 196 Estados la han ratificado y tan sólo Estados Unidos no lo ha hecho. Sostiene Kilbourne que Estados Unidos se negó a ratificar la Convención debido a la fuerte oposición de los grupos conservadores norteamericanos a la Convención, en atención que los derechos contenidos en ella, debilitarían la autoridad de los padres (1996, p. 456). Sin embargo, es necesario tener presente que existen, en la legislación norteamericana, ciertos obstáculos para su ratificación. En efecto, tal como sostiene Jorge Córdova, miembro del Comité de Derechos del niño, y catedrático de derecho internacional, en algunos Estados de Norteamérica, es posible aplicar la pena de muerte a menores de 18 años, lo que contravendría el artículo 37 letra a) de la Convención, y, por otro lado, el reconocimiento de ciertos derechos económicos sociales y culturales, en especial el derecho a la salud contemplado en el artículo 24 de la Convención, es incompatible con el sistema de seguros privado que posee dicha nación. Sin embargo, Estados Unidos ha suscrito dos Protocolos complementarios, anexos a la Convención: sobre la venta de niños y la prostitución infantil y la participación de niños en conflictos armados, claro que estos protocolos se consideran *soft law* o derecho blando, toda vez que los protocolos sólo constituyen reglas a seguir por los estados, y no contienen obligaciones jurídicas para ellos.

La Convención tiene la virtud de contener en un solo instrumento, todos los derechos del niño, a más de 3 protocolos facultativos- de participación del niño en conflictos armados, venta de niños, prostitución infantil, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y el tercero, aprobado por resolución 66/138 de 2011, sobre proceso de comunicaciones. Sin embargo, se ha señalado que la rápida y masiva adhesión que ha tenido la Convención se debe a que el texto ofrece preceptos redactados en forma más o menos amplia y en algunos casos ambigua, que como se señaló, es característicos de las resoluciones adoptadas por consenso. Este tipo de cláusulas, tienen la virtud de adaptarse fácilmente a las distintas legislaciones y realidades sociales y culturales, sin embargo, algunas de sus normas parecen ser más bien programáticas. Muestra de ello, el artículo 2 número 2 sobre la no discriminación, señala: “los estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas”, sin señalar cuáles son esas medidas, y el artículo 3, que recoge el principio del interés superior del niño, que como se analizará en los capítulos siguientes, ha tenido múltiples aplicaciones e interpretaciones.

Si consideramos además que el mecanismo de control de la aplicación de la Convención, se realiza a partir de informes emitidos por el Comité de derechos del niño, que no son vinculantes para los Estados, ya que sólo puede emitir recomendaciones, explica en parte, la amplia adhesión que ha tenido el instrumento. A todo lo anterior, debemos agregar que el texto de la Convención admite la formulación de reservas, con tal que ellas no sean incompatibles con el objeto y fin del tratado, de conformidad al artículo 51 número 2, fórmula que promueve la incorporación de varios estados, pero que es de difícil interpretación, ya que lleva a cuestionarse qué reservas tendrían este carácter. A la fecha 69 estados han formulado reservas y declaraciones interpretativas a la Convención, lo que de alguna manera podría vulnerar la integridad del tratado, o al menos su homogénea aplicación.

Sin embargo y como se desarrollará en capítulo 2, la Convención es un instrumento de carácter vinculante, lo que significó un impacto sin precedentes en el proceso de generalización, internacionalización y especificación de los derechos del niño.

2. La evolución de la infancia en Chile.

2.1. La infancia en Chile durante la época colonial y la República.

Jorge Rojas Flores, relata en “La infancia en el Chile republicano, 1810 – 2010” que, los primeros años de la República, se caracterizaban por la mezcla del mundo moderno y tradicional, de tal manera que observadores de la época se referían a la población como “la amalgama más extraña del refinamiento europeo y de la barbarie indígena” (2010, p: 23). Adultos y niños compartían los espacios sin mayor diferenciación como, asimismo, las distintas clases sociales, quienes participaban de diversas actividades en común, cada uno conservando su estatus. Afirma Rojas que sólo a partir del siglo XIX se hace más evidente la segregación de las distintas clases sociales (2010, p: 24).

En las clases sociales más bajas, adultos y niños convivían en el mismo espacio, al interior de viviendas precarias, en las que no contaban con camas para dormir. Los adultos dormían en el suelo, apoyados sobre cueros y los niños, sobre improvisadas hamacas que eran colgadas desde las vigas del techo al interior de las viviendas (2010, p: 27). En las clases más acomodadas, durante la época colonial los niños no tenían un lugar de privilegio al interior del hogar, y quedaban relegados a una habitación junto a la servidumbre. Los niños eran criados por nodrizas indígenas de quienes aprendían la lengua. De ahí las expresiones *guagua* –bebé-, *nana* –herida- y *taita* –padre- (2010, p: 43). El trato de los padres hacia sus hijos era distante y autoritario. El padre tenía un gran poder al interior de la familia y era usual que se le tratara de “señor” o de “su merced”.

Según la legislación colonial, en todos los curatos debía existir una escuela, a cargo de un cura o un sota-cura o alguien designado por ellos. Así en el año 1800, se autorizó a Manuel Segundo de Lago abrir una escuela pública en la Parroquia de San Isidro. Allí asistían niños de distintas edades y condición social, pero a los negros y zambos les estaba prohibido. Las niñas eran educadas por monjas en conventos, donde adquirían ciertas nociones de lectura, se les enseñaba repostería, a coser, a bordar, a fabricar loza, a recitar y a caminar con corrección (2010, p: 48-54). En el año 1700, comenzó a funcionar en Chillán un colegio para hijos de caciques mapuches, que quedó a cargo de los jesuitas y que funcionó hasta la sublevación de 1723. Fue trasladado a Santiago hasta la expulsión de los jesuitas en 1767. Luego en el año 1775, el Colegio de los Naturales, estuvo bajo la administración de los franciscanos hasta que fue cerrado en 1811 por falta de financiamiento. El objeto era educarlos a corta edad, para que volvieran a su pueblo, transmitieran esta formación y modificaran las costumbres del resto de la población indígena. Sin embargo, no obtuvo los resultados esperados ya que al regresar retomaban su cultura original y aunque algunos fueron integrados a la carrera eclesiástica, provocó gran resistencia por parte de los seminaristas, por lo que se les retiró el apoyo estatal (2010, p: 56).

Señala Rojas que durante la época colonial había una normativa diferenciada que distinguía distintos tipos de niños, protegía el trabajo indígena y establecía un estatuto especial respecto de la comisión de delitos. Ello se debió a la diversidad de fuentes del derecho que regían en dicha época, tales como el Derecho indiano, el Derecho castellano y el visigodo, aunque en estos dos últimos casos, de manera supletoria (2010, p:89).

En lo relativo a las distintas etapas por las que atravesaba un niño, hay que señalar que las Siete Partidas hacían la clasificación romana, según la cual se distinguía entre infante el impúber y los menores. Los infantes era el mozo menor de 7 años, considerado “sin pecado y sin mancha” (Rojas, 2010, p: 91). El impúber, el niño entre los 7 y los 14 años, y no tenía plena capacidad y para actuar, necesitaba de la designación de un tutor o la representación de su padre hasta los 14 años en el caso de los niños y 12 años en el caso de las niñas. Los menores eran los que no habían alcanzado los 25 años. Al igual que en el Derecho romano, las Partidas reconocían Derecho al que está por nacer, prohibiendo la ejecución de una mujer embarazada, por ejemplo (Rojas, 2010, p: 89-91).

La cuarta Partida regulaba el Derecho de familia, determinando el régimen de los esponsales, el matrimonio, la filiación legítima e ilegítima y la adopción, la patria potestad, y las formas de crianza entre otras. La edad para contraer matrimonio era para las niñas, desde los 12 años y para los niños desde los 14 años, normas que pasarían luego al Código civil. Pero además los niños podían ser esponsales desde los 7 años. Los hijos se clasificaban dependiendo de su origen, orden de nacimiento y posición social de los padres. En la misma Partida, se distinguían los distintos tipos de filiaciones. Los hijos nacidos dentro del matrimonio eran legítimos - “dignos y rectos”- como, asimismo, los nacidos fuera del matrimonio, pero una vez que los padres se casaban. Los hijos que nacían fuera del matrimonio, en cambio, eran ilegítimos, pero a su vez, podían naturales –de mujer que no era la esposa-, fornecinos –de adulterio entre parientes o hijos de religiosas- y mánceres –hijos de prostitutas. Con el tiempo, la legislación sólo contempló entre los hijos ilegítimos, los naturales- cuando ambos padres eran hábiles para contraer matrimonio- y los espurios- nacidos de adulterio, mánceres, sacrílegos, etc.- La importancia de la distinción radicaba en que los hijos naturales estaban en una mejor condición ya que tenían derecho a alimentos, a educación, a vestuario y a todo lo necesario para su subsistencia. Por ello se contemplaron mecanismos para adquirir dicha condición, tales como las presunciones de paternidad, el reconocimiento vía autoridad o por los padres a través de testamento. El Derecho hispano también incorporó la figura de la adopción y la arrogación. La adopción no requería el consentimiento del adoptado, por lo que se aplicaba respecto de los niños menores de 7 años. La arrogación, en cambio, requería el consentimiento del adoptado, por lo que se aplicaba a los niños mayores de 7 años y a los menores de 14. También se contemplaba la práctica de la crianza, para acoger por ejemplo a niños huérfanos, a los que se les cuidaba como propios y no requerían tantas formalidades como la adopción (Rojas, 2010, p: 94). La patria potestad, también regulada en la cuarta partida, era el poder del padre y sobre todos los de su linaje, que descendieran de ellos por “línea derecha” y que nacían “de casamiento derecho” (Rojas, 2010, p: 94). Allí se establecía que el padre tenía derecho a castigar “mesuradamente” a sus hijos, pero se sancionaba a aquellos que “sin medida” les causaren grave daño o la muerte a sus hijos, podían llegar a ser condenados a muerte, previos azotes, siendo luego arrojado al mar en un saco con algún animal (Rojas, 2010, p: 94).

En cuanto a las penas aplicadas a niños en las Partidas se diferenciaba la edad del niño, de manera que, a los menores de 10 años, no se les debía aplicar pena alguna, en cambio, a los mayores de 10 años y menores de 17, la pena que se les debía aplicar, debía ser inferior a las aplicadas a los mayores, pero sin que se les pudieran aplicar tormentos. Asimismo, se estableció que los hijos no debían ser condenados por los crímenes de sus padres, salvo en el caso de la traición (Rojas, 2010, p: 96).

En cuanto a las normas que protegían el trabajo indígena, ya en el año 1559 Fernando Santillán excluyó la utilización de indios menores de 10 y 8 años de la extracción de oro y en el año 1580 Martín Ruiz fijó el pago de tributos por parte de los indígenas, con exclusión de los menores de 17 años (2010,

p: 89). Asimismo, a partir del siglo XVII se reguló la esclavitud y servidumbre de indios recogidos luego de una guerra, pero de manera irregular, prohibiéndose en 1605 y dos años después, permitiéndose respecto de mayores de 10 años en el caso de los varones y 9 años y medio, respecto de las niñas. Luego en el año 1620 el príncipe de Esquilache prohibió el servicio personal de los indios, aunque admitió que permanecieran como esclavos aquellos que, teniendo más de 10 años y medio, hubieran sido cogidos en un período acotado. Asimismo, bajo su administración, los hijos de los indios de encomienda –aquellos que, sin pagar tributos, estaban obligados a trabajar como mano de obra– quedaban exceptuados de trabajar a menos que ellos consintieran, que sus padres les autorizaran y recibieran una remuneración a cambio. Por su parte, los indios que servían en ciudades se les permitió permanecer con las mismas familias, pero debían ser tratados como libres y se les pagaba dependiendo de la edad. Gran parte de esta legislación quedó obsoleta en el siglo XVIII debido a la escasez de indígenas.

En definitiva, durante la época de la República, la vida de los niños no difiere sustancialmente, de la infancia en los últimos años de la colonia, sino más bien, fue una continuidad en la esfera institucional, social y cultural. La infancia durante los primeros años de la República se caracterizó por una alta tasa de mortalidad infantil, y la escasez de espacios exclusivos para los niños, que denotan la indiferencia de los adultos como asimismo de las autoridades, por satisfacer sus necesidades. Señala Rojas, que las escuelas, no constituían un espacio de socialización de los niños, y existía una mayor distancia entre padres e hijos. Recién a mediados del siglo XIX se advierten cambios en relación a la infancia, lo que se debe según el autor la apertura comercial, nuevos patrones culturales y a la aparición de una nueva clase alta (2010, p: 100).

2.2. La infancia en Chile en el Estado liberal.

Señala Rojas que desde mediados del siglo XIX se advierte una transformación en relación a los niños, ya que se produce un “descubrimiento de la infancia”, gracias a la influencia europea. Destaca que esta nueva sensibilidad romántica afectó a la clase alta, dejando registros documentales de los niños de la época, usando un vestuario hecho especialmente para ellos, y surgen libros dirigidos a los niños como, asimismo, juguetes importados, que denotan este nuevo interés por el niño y sus necesidades. A pesar de ello, otros factores como la alta mortalidad infantil siguió afectando a las distintas clases sociales, de manera transversal, pero ahora se hacía visible gracias a los registros estadísticos que a partir del año 1847 se realizaron de manera sistemática (Rojas, 2010, p: 108). Los médicos se quejaban de la inexistencia de un hospital especializado en niños, lo que sólo se materializó hacia el año 1900. En 1848, la mortalidad infantil de niños de entre 0 a 7 años, alcanzaba el 50% del total de defunciones, en Santiago subía a 78% y en Valparaíso a 70,5% (Rojas, 2010, p: 108).

La imagen de la familia moderna, conformada por una pareja casada, con hijos legítimos y bautizados, comenzó a fortalecerse desde el siglo XIX, gracias a la influencia del catolicismo y de lo que Rojas denomina “el aburguesamiento” de las costumbres (2010, p: 123). Sin perjuicio de ello, la ilegitimidad sería una situación que se mantendría durante todo el siglo XIX, provocando distintos efectos tanto en las clases sociales altas como bajas. En las clases sociales altas, las mujeres que se embarazaban eran recluidas en un convento y sus hijos dados en adopción. Entre los sectores populares, la ilegitimidad era la condición más común a pesar de la influencia de la iglesia. Durante la segunda mitad del siglo XIX fue tan frecuente el abandono de niños que sólo en Santiago se crearon 13 instituciones que acogían niños huérfanos o de madres que no los podían mantener.

Como ya señalamos, en materia penal, el infanticidio era castigado con fuertes sanciones en la época colonial, sin embargo, a fines del siglo XVIII y durante el siglo XIX, surgió una corriente más indulgente hacia este tipo de ilícitos, que influyó en los codificadores de la época. El motivo para atenuar la pena, era la motivación moral que se advertía en la comisión de este tipo de ilícitos, cual era defender

la honra de la mujer, en especial si se trataba de hijos ilegítimos. Si bien el Código penal de 1875 incorporó el delito de infanticidio en su texto, sólo tipificaba como delito si era cometido por el padre, la madre o demás ascendientes legítimos o ilegítimos que mataran al hijo o descendiente dentro de las 48 horas después del parto. La penalidad era la que se aplicaba respecto del homicidio simple, e inferior a la del parricidio, que era sancionado con la pena de muerte. Asimismo, el Código contempló sanciones en caso de aborto, con la atenuante para la mujer que lo hacía para “ocultar su deshonra” (Rojas, 2010, p: 118-119).

Tras la publicación del Código Civil de 1855, se estableció una mayor diferenciación entre hijos legítimos e ilegítimos, y dentro de estos últimos se distinguían los hijos naturales, de dañado ayuntamiento y los simplemente ilegítimos. A partir de entonces, la condición de hijo ilegítimo se transformó en una condición anormal y excluyente. Los hijos naturales eran aquellos que nacían fuera del matrimonio y eran reconocidos por padre o madre, los hijos de dañado ayuntamiento eran los adulterinos, incestuosos y sacrílegos, clasificación que realizaban las Siete Partidas, por influencia del derecho romano.

Innovando en la tendencia del Derecho romano, Bello distinguió entre el poder del padre sobre los bienes de los hijos, y el poder sobre la persona del hijo. La patria potestad quedaba restringida al aspecto patrimonial, mientras que, sobre la persona del hijo, ambos padres de consuno, poseían el cuidado personal, la crianza y la educación de los hijos legítimos. En caso de divorcio, la madre mantenía el cuidado personal de los hijos menores de 5 años y sobre esa edad, se distinguía el cuidado de las niñas, que quedaba en manos de la madre, y el cuidado de los niños que quedaba a cargo del padre. Explica Cillero que, al parecer esto se debe a que el Código primitivo negaba a la madre legítima y a los padres naturales la “patria potestad”, pero no podía menos que reconocer los derechos y deberes de la madre y los padres naturales respecto de la persona del hijo, por lo que fue necesario esta distinción, la que se mantuvo vigente hasta el año 1925, en que por Decreto Ley 328 de ese año, se le otorgó la patria potestad a la madre en ausencia del padre (Cillero, 1994, pp. 82-83).

En lo relativo a la corrección de los hijos se mantuvo el derecho de los padres a castigar moderadamente a los hijos, pero se incorporó el derecho de los padres a recluir a los hijos en un establecimiento correccional con autorización judicial, hasta por 6 meses, al hijo menor de 16 años (Rojas, 2010, p: 159). Señala Cillero que, en el Código civil primitivo, la autoridad paterna era considerada como un asunto privado, en que el padre y la madre eran los titulares de un conjunto de derechos y deberes, que el Estado les reconocería como un derecho natural (Cillero, 1994, p. 83).

En el campo y en la ciudad era frecuente que los niños ejercieran alguna actividad laboral, tales como la venta de dulces en las calles. En las zonas rurales los niños realizaban distintas labores y oficios según su sexo y edad: las niñas tejían, en cambio los niños se ocupaban de la siembra y la cosecha de los predios.

La escolarización era otro factor que diferenciaba a los niños ricos de los pobres. Gracias al liberalismo político y cultural imperante en Chile desde 1840, surgió por parte del Estado la necesidad de impartir educación primaria a las clases populares para “civilizarlos” y contribuir así a la modernización del país. Se buscaba inculcar ciertos valores asociados a la idea de nación que estaba en formación, contribuyendo a consolidar un orden social profundamente jerarquizado y, de paso, se lograba la formación de una mano de obra especializada (Rojas, 2010, p: 167). Los grupos católicos por su parte, defendían la función educadora de la iglesia y sobre la base de la libertad de enseñanza, exigían autonomía para definir sus programas de estudio y control de exámenes. En la práctica las escuelas públicas tenían mejor nivel de enseñanza que las escuelas particulares, por lo que las familias acomodadas preferían las primeras, dejando sin matrícula a los más pobres. Además en el aula, los más aventajados eran los hijos de las familias más pudientes, siendo educados por los maestros, el resto, en cambio, los más pobres, eran los *principiantes*, que eran educados por monitores, aprendiendo poco y mal. De esta manera en el sistema educativo, se perpetuaba la distinción de clases y la segregación. Finalmente, en 1860 se dictó la ley de educación primaria que aseguraba la gratuidad y la libertad de enseñanza, en la que el Estado

se convirtió en el principal sostenedor de la educación (Rojas, 2010, p: 170). La educación pública secundaria, en cambio, recién tuvo una ley orgánica en 1880, que conducía a un nivel superior de enseñanza. Esto acentuó la segregación social, ya que los niños de clases altas comenzaron a asistir a los Liceos, disminuyendo notoriamente la matrícula de las escuelas primarias (2010, p: 174).

En el año 1850 comenzó un fuerte debate sobre el castigo que se aplicaba en el sistema educacional a los niños, tanto por las consecuencias físicas como psicológicas que provocaba en ellos. Hay diversos testimonios que dan cuenta de los castigos que estaban institucionalizados tanto en las escuelas primarias como secundarias. Poner al alumno de rodillas, encerrarlo en una gran pieza oscura, privarlo de recreo o de salida y especialmente, “el guante”- golpe en la mano con un instrumento o con una regla eran frecuentes mecanismos de disciplina que se aplicaron en liceos y escuelas, hasta finales del siglo XIX. Incluso en el año 1880, el rector del Liceo de Valparaíso, Eduardo de la Barra justificaba la aplicación del guante como mecanismo de disciplina en los niños, señalando que su abolición había contribuido a la decadencia de la instrucción pública (Rojas, 2010, p: 167). Sin embargo, durante parte del siglo XX se siguieron aplicando castigos físicos de menor intensidad, con la aceptación o más bien, resignación de alumnos y apoderados (Rojas, 2010, p: 169).

En 1879, estalló la guerra del Pacífico, en la cual intervinieron niños, aunque hay que considerar que desde la época de la Colonia los niños podían ingresar al ejército desde muy temprana edad. Así, la edad mínima de reclutamiento en dicha época eran los 16 años y se podían admitir 2 jóvenes de 12 años por compañía de fusileros. Esta ley adoptada por la corona española desde 1768, fue ratificada por una ley de la república y para los tambores, a partir de los 10 años para lo cual se requería el consentimiento de los padres (Rojas, 2010, p:185). Por ello entre los fallecidos en el Combate Naval de Iquique se hallaban niños de tan sólo 13 años (Rojas, 2010, p: 186). Lo mismo en el desembarco de Pisagua y en las batallas de Tarapacá, Tacna, Chorrillos y Miraflores, tal como relata Arturo Olid Araya, quien tras participar en el combate Naval de Punta Gruesa, con tan sólo 13 años, fue nombrado Alférez de Ejército y asumió el mando de la tercera compañía de “artillería marina”, a sus 14 años (Rojas, 2010, p: 188). En múltiples artículos de la época se divulgó este fulgor patriótico de los niños que desde el Liceo eran alentados por sus mayores para participar en la guerra y sus acciones fueron destacadas como heroicas y míticas, tal como se describe en algunos libros de la época⁵.

Los niños mapuches.

Jorge Rojas, se lamenta de la escasa literatura que existe sobre la crianza de los mapuches, sin embargo, es posible encontrar algunos testimonios, entre el siglo XVI y siglos XVIII que dan cuenta de las costumbres sobre crianza de los niños en distintas zonas del sur de Chile. La población mapuche que habitaba en el sur de Chile, conservó la autonomía cultural y política, pero manteniendo lazos comerciales con las zonas aledañas. Las misiones católicas intensificaron su labor desde 1850 y tuvieron a los niños como principales destinatarios de su misión evangelizadora, con el beneplácito del Estado, que lo veía como una acción civilizadora. Sin embargo, esta autonomía se verá afectada, a partir de la política de ocupación que adoptó el Estado chileno a partir de 1880 en adelante. En relatos de 1850, se aprecia que los mapuches solían fajar a los niños recién nacidos y asirlos a una tabla, tras lo cual eran colgados del techo de la ruca o apoyados en alguna pared mientras la mujer realizaba distintas labores (Rojas, 2010, p: 194-195).

Según relatos del siglo XVI, los indígenas que habitaban desde el Itata y el Toltén solían tener varios nombres a lo largo de su vida: uno al nacer, otro entre los 12 y 15 años y otro a partir de los 30

⁵ “Seis años de vacaciones. Recuerdos de la Guerra del Pacífico, 1879-1883” de Benavides, “El roto chileno” de Hernández, “La dotación inmortal”, del Museo Marítimo nacional, y otros (Rojas, 2010, p: 185-189).

años de edad. El primero de éstos se les daba en una ceremonia, en la que normalmente se recibía el nombre del abuelo, o algún nombre que diera cuenta de la apariencia o características propias del niño. A veces los padres preferían transmitirles a sus hijos la última parte de sus nombres, convirtiéndose así en una especie de nombre de familia o apellido, pero no era una costumbre obligatoria. A las niñas, se les hacía participar en un rito de iniciación, consistente en la perforación del lóbulo de sus orejas, ceremonia a la cual se le denominaba *katan karium* o *katan pilun* (Rojas, 2010, p: 198). También se conoce la ceremonia *lakutun*, ritual en el que se le asignaba un nombre al niño varón, reforzándose los lazos comunitarios y del linaje paterno por medio de la participación de compadres o bien del abuelo paterno en la elección de nombre. Iba acompañado de rogativas y del sacrificio de un animal (Rojas, 2010, p: 197). Si bien los niños mapuches se criaban en un ambiente de mucha libertad, desde pequeños ejercían labores que acarrearán cierta responsabilidad como el cuidado del ganado y el cultivo del campo. Las precarias condiciones higiénicas y alimentarias en las que vivían, los hacían vulnerables a enfermedades endémicas de la época, tales como la sarna, y la mortalidad infantil era muy elevada (Rojas, 2010, p: 198).

A lo largo de todo el siglo XIX, tanto órdenes religiosas, como el Estado, crearon escuelas para mapuches, ya que se pensaba que la civilización de los mapuches se lograría gracias a la modernización de la escuela primaria. De esta manera, los franciscanos italianos se instalaron en Valdivia y Concepción y fundaron escuelas apoyadas por el gobierno, aunque no fue tarea fácil, toda vez que muchos de ellos eran contrarios a la religión católica, luego de instalarse en la zona, debían convencer a los padres de los niños de los beneficios de la educación (Rojas, 2010, p: 199).

Durante esta época se realizaron esfuerzos para modernizar el Estado teniendo como modelo el Estado europeo. El auge del liberalismo, el impulso de la mentalidad empresarial moderna, el intercambio comercial y las transformaciones en las pautas de consumo se evidenciaron en este período, influyendo especialmente en los niños de clase alta, aprovechando —en menor medida— a los otros estratos, que no podían quedar ajenos a este proceso. No obstante, estos avances y el progreso en la ciencia no disminuyeron la mortalidad infantil.

La educación de los pobres comenzó a ser valorada, como factor de progreso y orden social, aunque en la práctica constituyó un factor más de segregación. Como el Estado no tenía un papel protagónico, muchas obras sociales orientadas a la infancia, fueron dirigidas por instituciones privadas, lo que cambiará en los siglos siguientes con una mayor intervención del Estado, que ampliará la modernización a otros sectores sociales (Rojas, 2010, p: 200). Hay que advertir además que las relaciones paterno filiales durante este período serán entendidas como un asunto de orden privado, en las que el Estado no debía intervenir. La patria potestad y la autoridad paterna serán instituciones establecidas en favor de los padres, y no en favor del niño, del mismo modo que lo fueron en el Derecho romano, el niño no será objeto de protección por parte del Estado, ya que esa era una labor que debían ejercer los padres, ni menos aún será considerado como un sujeto de derechos.

2.3. La preocupación por la infancia en Chile a comienzos del siglo XX

Hacia finales del siglo XIX y principios del siglo XX, hubo una mayor preocupación por los niños, lo que se tradujo en las primeras políticas públicas relacionadas con la infancia, en las que se involucraron particulares y el propio Estado. En Chile, como en el mundo, se había asentado la idea de la necesidad de asegurar en los niños un cierto nivel de bienestar material y espiritual, sin embargo, ello no provocó inmediatamente el reconocimiento de derechos para ellos, sino más bien el desarrollo de un sentimiento de piedad y compasión. Más tarde, en atención a su vulnerabilidad y fragilidad, se desarrollará el concepto de derechos, gracias a la influencia cultural europea y, luego, norteamericana (Rojas, 2007, p. 130). Así en Chile tuvo amplia difusión el Primer Congreso español de higiene escolar, realizado en Barcelona el año 1912, que, si bien tenía por objeto la promoción de la higiene en las escuelas, desarrolló

una serie de derechos del niño. En dicho congreso se proclamó una declaración de 8 artículos que, entre otros temas relativos a la higiene en la infancia, declaraba el derecho de los niños a la alegría, al amor, a la verdad, y consideraba como “crimen de lesa niñez”, flagelar al niño o criarlo rodeado de tristeza. Sugería sancionar con prisión de 1 a 3 años a quien golpeará, fuera con golpes, reglas u otros instrumentos, a un niño. Según la declaración, estos derechos debían ser garantizados por la familia y en subsidio por el Estado (Rojas, 2007, p. 135).

Por su parte, la Declaración de Ginebra, en Chile tuvo poca difusión, frente a otros hechos internacionales que acaparaban la prensa, pero al poco tiempo, las organizaciones asociadas a la Declaración con presencia en Chile, llamaron la atención sobre el tema. En mayo de 1924, el gobierno de Chile aprobó el reglamento de la Cruz Roja juvenil y con ello se habría adherido a la declaración, según declaró la misma Cruz Roja.

De esta manera, el Estado se volcó hacia la disminución de la mortalidad infantil, que como se señaló era bastante alta, sin embargo, los resultados fueron decepcionantes en un principio, sobre todo en el caso de los niños pobres y familias migrantes. A esto se sumaba, el contraste entre la condición de pobreza en que vivían los niños, la mendicidad y vagancia en las ciudades, frente a la situación de los niños y familias de alta sociedad, lo que motivó acciones para promover la caridad, convirtiéndose, en especial los niños, en una herramienta para distintos fines. Los estudios de la época indican que sólo a partir de la década que va entre 1940 y 1950, se advierte una notoria disminución en la tasa de mortalidad infantil gracias a las políticas de prevención sanitaria, tales como la educación de las madres y la distribución de alimentos, también gracias a que se aceleró la migración del campo a la ciudad, y que mejoraron las condiciones de vida de la población. Asimismo, la disminución de la tasa de mortalidad infantil en esa década coincide con la aplicación de antibióticos naturales y sintéticos, tales como la penicilina, la estreptomina y las sulfamidas (Rojas, 2010, pp. 431-432).

En lo relativo al trabajo infantil, estaba marcado por distintos estereotipos. Por un lado, se consideraba que las labores fabriles generaban disciplina y responsabilidad, por lo que debían ser toleradas en los niños, bajo ciertos resguardos. Pero al mismo tiempo, se creía que el trabajo callejero conducía al vicio, que la labor minera degeneraba la raza, a diferencia del trabajo agrícola, que era mejor tolerado. De esta manera, la inserción laboral infantil no era cuestionada, si no sólo por los peligros físicos y morales que podía acarrear en ellos. Los peligros físicos se podían regular gracias a la legislación, los morales en cambio, se podían regular gracias a la escuela en la medida que se les permitiera compatibilizar dicha actividad con el trabajo. Recién el año 1817 se reguló la prohibición del trabajo de menores de 12 años. Además, entre los 12 y los 16 años, no podían ser empleados en maestranzas y los menores de 15 años, no podían trabajar sin un certificado que acreditara que habían adquirido la instrucción primaria elemental. En el año 1919, se prohibió emplear menores de 14 años en labores salitreras. Finalmente, en 1924 se dictan leyes laborales que restringían el trabajo de menores de 18 años, requiriendo autorización del padre o de la madre para ejercerlo (Rojas, 2010, p: 219-224).

En la prensa y publicidad, también se manifestó un interés por la infancia, asentando la idea de que los niños debían ser felices, a través de regalos, los que también eran parte de las obras de beneficencia, de manera de que esa felicidad alcanzara a todos los estratos sociales. Si bien es cierto a principios del siglo XX el Estado tenía una mínima intervención en el ámbito social, se pensó que, gracias a la educación pública, los pobres podían mejorar su condición y salir de la pobreza, sin embargo, la estructura del sistema escolar sólo acentuaba las diferencias, reforzando las distancias sociales entre ricos y pobres, tal como señaláramos en el apartado anterior (Rojas, 2010, p: 209-210).

El abandono y delincuencia infantil a principios del siglo XX

De mismo modo, la situación de los niños abandonados y delincuentes pasó a ser un tema central desde finales del siglo XIX, a través de la dictación de reglamentos que prohibían y regulaban la vagancia y el comercio callejero. Sin embargo, a fines del siglo XIX, debido al crecimiento urbano, era frecuente la presencia de niños en la calle dedicados a vender, robar, vagar, jugar y pedir limosna. Tanto la intervención de la Sociedad Protectora de la Infancia, destinada a acoger niños desde 1895, como la de la policía, para recluir niños encontrados en la calle, no parecían ser un mecanismo eficaz, por cuanto, al poco tiempo, muchos regresaban a ese ambiente. La alta tasa de niños ilegítimos se asociaba al abandono, a la pobreza, la marginalidad y la delincuencia.

En materia penal, el Código penal de 1875 determinaba que los niños menores de 10 años quedaban exentos de responsabilidad penal, mientras que entre los 10 y los 16 años, se aplicaba una pena atenuada, previa declaración de discernimiento. Por su parte, entre los 16 y los 20 años de edad, eran considerados responsables, pero se les aplicaba una pena disminuida. En estos casos los niños debían ser enviados a establecimientos correccionales que fueron creados en Chile el año 1896, aunque algunos funcionaban de manera irregular, por lo que muchos niños fueron enviados a cárceles de adultos (Rojas, 2010, p: 211). Cillero señala que estas normas penales eran congruentes con las que establecía el Código civil de 1855 respecto de la responsabilidad civil, que señalaba: "No son capaces de delito y cuasidelito los menores de siete años, ni los dementes; pero serán responsables de los daños causados por ellos, las personas a cuyo cargo estén, si pudiere imputárseles negligencia. Queda a prudencia del juez determinar si el menor de dieciséis años ha cometido el delito o cuasidelito sin discernimiento, y en este caso se seguirá la regla del inciso anterior". Así, para nuestro legislador era necesario determinar si el niño había actuado con o sin discernimiento, estableciendo que bajo los diez años era inimputable, mientras que sobre los dieciséis años se presumía que había obrado con discernimiento, a menos que el juez determinara lo contrario. Además, la legislación penal no entregaba una definición de discernimiento, sin embargo, el Código de Procedimiento penal que se dictó en 1906, le daba ciertas orientaciones al Juez en el artículo 370, que señalaba: "Si el procesado fuere mayor de diez años y menor de dieciséis, el Juez recibirá información acerca del criterio del mismo y en especial de su actitud para apreciar la criminalidad del hecho que hubiere dado motivo a la causa, siempre que del simple examen personal del Juez no resulte de manifiesto el discernimiento con que hubiere obrado el procesado". Esta norma que se basó en el Código de Enjuiciamiento español de 1882, entregaba ciertos criterios para determinar el discernimiento, y si bien luego se mantiene la exigencia de evaluar el discernimiento del niño para determinar su responsabilidad penal, la norma del Código de Procedimiento Penal es derogada por la Ley 4.447, en 1928, como se analizará a continuación. (Cillero, 1994, p. 89).

Estas normas se inspiran en la escuela clásica del Derecho penal, que como señala Cillero, para poder dirigir la acción penal y posterior sanción en contra de un individuo, era necesario que el sujeto hubiera obrado con inteligencia y voluntad y, por tanto, como señalaba Carrara que existiera una "intención de delito" esto es, "un esfuerzo de la voluntad hacia el delito" (Cillero, 1994, p. 89). Agrega Cillero que la escuela clásica reconoce que hay ciertos sujetos respecto de los cuales no se puede presumir la voluntariedad de sus actos, como en el caso de los niños y adolescentes y basándose en ello, el Código penal de 1875 exige el pronunciamiento judicial, a través de una fórmula psicológica, de la imputabilidad del menor de 16 y mayor de diez, mientras que presume de derecho la irresponsabilidad penal del menor de diez años, y entre los 16 y 18 años, presume la existencia de responsabilidad, pero atenuada (imputabilidad disminuida) (1994, p. 90). Así, la determinación del discernimiento era concebida como un límite a la facultad del Estado de imponer la sanción penal. Para reforzar esta idea, Cillero cita la opinión de uno de los redactores del Código penal, Robustiano Vera quien, al referirse a la relación entre voluntariedad y responsabilidad señala: "nuestro código que ha establecido el principio de la voluntad en el que obra, no puede suponerla sino en cierta edad y establece el hecho de que el menor de diez años no tiene conocimiento de lo que hace, porque no se da cuenta de sus acciones ni puede pesar las consecuencias de lo que ejecuta". Agrega, "sin embargo, existe otra edad en la que el discernimiento es dudoso, y

ésta es la de los diez años a los dieciséis años. En este caso puede existir discernimiento en unos y ninguno en otros, y esta apreciación difícil la ley la deja al magistrado porque él puede comprender mejor cuando haya o no culpa y lo declare terminantemente en su fallo. Ahora si encuentra responsabilidad, su deber es imponer la pena correspondiente al culpable” (Cillero, 1994, p. 91).

Agrega Cillero que la razón para determinar los tramos de edad, dice relación con otras disposiciones vigentes a la época en el Código civil, de lo que quedó constancia en actas de la comisión redactora. En efecto, tanto las normas sobre responsabilidad civil contenidas en el Código Civil de esa época, como las facultades de los padres de corregir a sus hijos, distinguían dos períodos, antes de los 16 años y después de esa edad, y consecuencia, los redactores del Código penal, tomaron en consideración el concepto de infancia y adolescencia que había en esa época. Sin embargo, destaca el autor que ya en el Código Penal de 1874 se advierte una consideración hacia los menores de 18 años, ya que se les otorga un trato diferenciado, de manera que el juez a partir de la pena mínima asignada al delito debía aplicar las rebajas correspondientes por tratarse de menores de edad. Ello, en todo caso, obedecía más bien a las limitaciones de la teoría penal vigente, más que a consideraciones relativas al bien del menor o a su protección (Cillero, 1994, p. 91).

En todo caso, advierte Cillero, que lo anterior no debe interpretarse como la existencia de un régimen jurídico menos estricto respecto de los niños, por el contrario, existían leyes especiales que establecían un fuerte control sobre los niños y adolescentes, y la legislación civil que, como se señaló, prácticamente establecía un poder ilimitado de los padres respecto de los hijos, que incluían la posibilidad de castigar moderadamente a sus hijos, y, en caso de ser insuficiente esta medida, imponerles el arresto por un mes y hasta por 6 meses con autorización judicial (1994, p. 91).

La protección a la infancia desvalida y la primera Ley de Menores

Luego de una larga tramitación se dictó la Ley 2675, de la Protección a la infancia desvalida en 1912 que, según Cillero, viene a complementar las normas del Código Penal y Civil de la época (1994, p. 92). Establecía la figura del abandono de niños tanto en casos en que el padre no velara por el cuidado personal de niños, como en caso de que el niño se dedicara a la vagancia, prostitución, embriaguez o se encontrara al servicio de acróbatas, titiriteros, casa de prostitución u otros similares. Del mismo modo, la ley presumía el abandono en casos en que el menor se dedicara a ejercicio de fuerza agilidad u otros, con fines de lucro, trabajos nocturnos u oficios que les impusieran permanencia en la calle, a menos que estuvieran acompañados de sus padres. La “depravación” se presumía cuando el padre hubiere sido condenado por corrupción de menores o incitar a ella a cualquiera de sus hijos o menor a su cargo, también a los condenados por vagancia, secuestro, rapto o abandono de menores, o bien por cualquier delito cometido sobre la persona de sus hijos, de conformidad al artículo 3 de la misma ley. Las penas se agravaban dependiendo de la edad del niño y llegaban hasta la internación del niño a algún establecimiento de reforma o de beneficencia o cualquiera de los que establecía el Presidente de la República a tal efecto. Además, se creó el cargo de Inspector de la infancia desvalida y el del Defensor de menores (Rojas, 2010, p: 212). A pesar de que estas medidas denotaban un interés por la protección de los niños más vulnerables, en la práctica fue poco eficaz, según relata Rojas, por distintas razones: la función de inspección nunca tuvo aplicación práctica; además no se creó un sistema asistencial que le permitiera al Estado hacerse cargo de éstos niños; no afectaba a los hijos ilegítimos; restringía el poder de los padres -no de las madres- y únicamente en el plano económico. Además, la Ley no se ocupaba de los dos problemas esenciales de la infancia: sustraer a los menores del Derecho penal, y adoptar medidas efectivas para paliar las causas de la delincuencia infantil y juvenil (Guzman, 1987, p: 230). En el mismo sentido Farias, señala que en las cárceles se mantenían niños y adultos en los mismos recintos, cohabitando en condiciones precarias en cuanto a infraestructura, higiene, seguridad y aislamiento. El objetivo no era la reforma o rehabilitación sino, el castigo a través de la privación de la libertad –libertad, que prácticamente era el único derecho que tenían los niños a comienzos del siglo XX (Farias, 2002, p. 191).

Tomando como ejemplo la experiencia norteamericana que había establecido la creación de tribunales de menores, tal como se analizó en el apartado anterior, a principios del siglo XX varios Estados Latinoamericanos, dictan leyes de protección al niño, como en el caso de Argentina en 1919.

En Chile, hubo una gran discusión académica que tuvo como eje la necesidad de realizar cambios institucionales sobre todo en lo relativo a la delincuencia juvenil⁶.

Los estudios científicos de la época a los que ya se hizo alusión, mencionaban entre las causas de la delincuencia infantil y juvenil de fines del siglo XIX y principios del siglo XX, la elevada tasa de hijos ilegítimos, lo que atribuían, en especial los sectores más conservadores, a la ley de matrimonio civil (Guzmán, 1987, p: 236). Otra de las causas que se esgrimía era el proceso inflacionario, que contribuyó con agravar la situación económica de muchas familias, debiendo los niños de aquellas familias, trabajar para buscar el sustento del grupo, en especial en las ciudades (Guzmán, 1987, p: 238). También se destaca el proceso de urbanización, que se inicia a finales del siglo XIX, y que trae como consecuencia a principios del siglo XX, el aumento considerable de la población en las grandes ciudades. Ejemplo de ello, es el crecimiento de Santiago que a fines de siglo XIX contaba con 150.767 habitantes y en 1930, con 693.231 (Guzmán, 1987, p: 238). Finalmente, se menciona como causa de la delincuencia infantil y juvenil, la crisis económica que provocó el fin de la primera guerra mundial y el desarrollo incipiente del capitalismo, que provoca cambios en la estructura familiar, repercutiendo en los más pequeños, que, en las ciudades, se dedicaban a la mendicidad y vagancia, con los peligros que ello conlleva (Guzmán, 1987, p: 238).

En este mismo sentido, Rojas, señala que a pesar de los esfuerzos de la beneficencia privada y la policía que organizó escuelas para niños pobres, vagos o trabajadores de la calle desde 1917, la delincuencia y la vagancia no disminuían y era un factor de preocupación para las autoridades, quienes sin embargo, reclamaban de la alta sociedad, recursos para sacarlos adelante (2010, p. 372).

En 1919, se creó como anexo de la Penitenciaría de Santiago, el Instituto Nacional de Criminología, siguiendo la experiencia extranjera, con el objeto de estudiar con un criterio científico la delincuencia adoptando una política preventiva. En el año 1920 el neurólogo a cargo de la sección antropológica del Instituto, Hugo Lea-Plaza, fue contratado para realizar un estudio sobre los regímenes carcelarios, para lo cual viajó a Europa, y el año 1924 expuso en el IV Congreso Panamericano del niño, donde propuso reemplazar la internación de los niños abandonados en asilos, por la entrega a familias (Rojas, 2010, p: 213).

En el año 1922, la prensa lamentaba el vacío legal que existían en lo relativo a la vagancia y delincuencia infantil y adolescente, reprochando que los tribunales dejaban en libertad a los niños vagos que no tenían antecedentes, y a fines de 1928, la prensa denunciaba que en Santiago existían más de 1200 niños vagos que en su mayoría eran “potenciales delincuentes” (Rojas, 2010, p.373).

En el ámbito académico, destaca Samuel Gajardo quien fue el primer juez de menores de Santiago, y que fue el principal impulsor en Chile de la creación de los tribunales de menores. Criticaba el

⁶ Ejemplo de ello, son los textos de Carlos Espejo Iglesias, *Los delincuentes menores. Su responsabilidad, medios de corrección* (1915); Jacinto Escudero Oyaneder, *Los Menores ante la Legislación Penal* (1917); Hipólito Letelier González, *La protección de la infancia* (1918), Toribio Espejo Chacón, *Reformatorios de niños* (1918); Gabriel Amunátegui Jordán, *Tribunales para niños* (1920); Augusto Varas Beunza, *La delincuencia en los niños* (1921); Fernando Barros Fabres, *La delincuencia infantil* (1922); Julia Cohen Gallerstein, *Tribunales para niños* (1925); Víctor López Díaz, *La prevención de la delincuencia infantil* (1926); René Barrera Becerra, *La delincuencia de los menores* (1928); Armando Ricci Ferrada, *La delincuencia infantil y los tribunales para menores. Estudio comparado de la ley No 4447* (1930).

que denominaba “Derecho penal clásico”, que entendía el delito como una entidad abstracta y no diferenciaba al niño como autor, salvo en lo que respecta a la pena aplicada. Sostenía que la “ideología moderna”- que se basaba en los postulados de la Escuela Positiva- sustraería al niño del “derecho penal, sometiéndolo a medidas protectoras que tienen por objeto alejarlo del medio pernicioso que lo hizo delincuente y someterlo a procedimientos reeducativos en establecimientos adecuados o reformatorios, no del tipo carcelario, sino de educación, de trabajo y de disciplina” (Gajardo, 1940, p: 81).

Si bien, la discusión política y académica se centró en la necesidad de crear tribunales especializados de menores y reformatorios, se destacó la precariedad del sistema existente. Así a lo largo de 1920, el número de menores de 15 años que ingresaba a cárceles de adultos, entre 1000 y 2000, triplicaba el número de niños que ingresaba en escuelas correccionales, que era entre 330 y 500. Las críticas se volcaban también al régimen interno correccional, por lo represivo del sistema, por lo que en 1913 se cambió el nombre de estas instituciones a Escuelas de Reforma, y se crearon talleres y una granja agrícola, cambios que fueron insuficientes frente a la estrechez presupuestaria y a los vacíos en el funcionamiento interno. (Rojas, 2010, p: 213). Las escuelas combinaban un estricto régimen interno -semimilitar- con talleres y chacra que servía tanto para consumo interno como para la venta al exterior. Además, tenía una escuela primaria, una enfermería y una capilla (Rojas, 2010, p: 214). Desde un comienzo, la tarea de las correccionales fue azarosa, tal como relata Marco Antonio León en “Encierro y corrección”. La configuración de un sistema de prisiones en Chile (1800-1911)”. En 1896 se creó la correccional de Talcahuano, pero era suprimida junto con la de Valparaíso hacia el año 1900. Mejor suerte corrió la correccional de niños de Santiago, que abrió sus puertas en julio de 1897, y en 1900 contaba con una planta de funcionarios, y tenía capacidad para recibir a 200 niños de entre 10 y 16 años.

En Concepción se creó en 1906 la Escuela correccional de niños, con una capacidad para 100 niños, aunque nunca superó los 35 internos, por lo que el año 1915 fue cerrada y su población fue trasladada a un patio especial de la Cárcel de Concepción. En la década de 1920, sólo se mantenía la correccional de Santiago en condiciones deplorables. Entre 1900 y 1911, la principal causa de reclusión de niños en estos establecimientos era: por petición de los padres, por tratarse de niños y niñas incorregibles, causal que superó el 50% en 1921 -y la proporción era mucho mayor en el caso de las niñas- y en el resto de los casos, por hurto, lesiones corporales y abandono del hogar. En la correccional de Santiago se separaba a los “castigados” -aquellos que eran internados a petición de los padres o por abandono del hogar- de los “detenidos” o “reos” – en el caso de los menores procesados y condenados por la justicia por hurto, por robo, por lesiones, vagancia o estafa- aunque en la práctica no se pudo evitar el contacto entre ambas poblaciones. En el caso de los detenidos, se trataba normalmente de niños ilegítimos, anal-fabetos, sin trabajo u oficio conocido y sin residencia fija, según relata León en el libro citado (Rojas, 2010, p: 215).

La correccional de Santiago tenía un régimen semi-militar, en que los niños usaban uniforme, tenían cursos de instrucción primaria y secundaria y podían asistir a clases de dibujo y música. Según las estadísticas oficiales más del 90% de los niños aprendió algún oficio o el manejo de maquinarias, recibiendo un certificado que daba cuenta de ello (Rojas, 2010, p: 216-217).

Por su parte, las correccionales de mujeres dependían de la Congregación del Buen Pastor desde mediados del siglo XIX. En el siglo XX existían en Santiago, Chillán, Concepción y Talca. Según estadísticas oficiales la mayor cantidad de niñas ingresaba por conflictos familiares –entre el 50 y 96%-y no por la comisión de delitos. Por escasez de vacantes, gracias a la iniciativa privada, en 1919 se creó el refugio de la Misericordia o escuela Reformatorio para mujeres, a cargo de religiosas españolas y de la Cruz Blanca. En el año 1920, ya contaba con 200 internas, en una de sus casas ubicadas en las afueras de Santiago.

Luego del impacto provocado por el Cuarto Congreso Panamericano del niño, que como se dijo se realizó en Santiago de Chile el año 1924, y que puso de manifiesto la necesidad de proteger la infancia, se adoptó una serie de medidas con ese objetivo. A fines de 1924, se propuso la reorganización de la

escuela de Reforma de Santiago —ex reformatorio— que se denominaría en adelante Escuela de Educación preventiva, bajo de dependencia del Ministerio de Previsión Social. Su objetivo era ofrecer albergue a los niños que se encontraban en situación de delinquir, para evitar que se convirtieran en delincuentes. La idea era limitar la acción represiva de la policía y del Estado, con el objeto de darle a este tipo de instituciones un papel educativo y preventivo (Rojas, 2010, p. 383). En efecto, se criticaba la ausencia de criterios científicos en la forma de operar de estas instituciones, ya que no se distinguía la edad o antecedentes de los niños, y no había condiciones mínimas de aislamiento, lo que favorecía el “contagio” e impedía la rehabilitación (Rojas, 2010, p. 384).

En 1925 se creó la Sección especial de establecimientos penales y Preventivos contra la delincuencia, que abarcaba todo lo relativo a los establecimientos penales, prisiones y reformatorios y que incluía atribuciones en materia de fiscalización y supervigilancia de sus servicios, la dirección de los servicios de libertad condicional y estudio de las posibles reformas en la materia, que estaba bajo la dependencia del Ministerio de Justicia. Rojas destaca el desarrollo que tuvo la política reformista durante el gobierno de Carlos Ibáñez, que desarrolló más bien una acción asistencial y no meramente represiva de la policía (2010, p. 383).

En el año 1925 por DL 425 la ley sobre abusos de publicidad penalizó la publicación de información relativa a delitos cometidos por niños, sin la autorización del juez y en julio del año 1926 se presenta una moción parlamentaria que creaba juzgados especiales y modificaba el Código Penal, pero no parecía dar una verdadera solución al problema de la delincuencia de menores. En septiembre del año 1926, se presenta un nuevo proyecto sobre protección de la infancia desvalida y delincuencia que tomó en cuenta la experiencia comparada, y creaba una Alcaldía de menores, replicando la experiencia argentina.

En el mensaje de la ley, el ejecutivo se refiere a causas sociales como elemento central y aparece el concepto de “menor”, propio de la doctrina de la situación irregular a la que hicimos alusión en el apartado 1.1.6., y que fue instalada en América latina a principios del siglo XX. Durante las discusiones en el Parlamento, se advierte la orientación médico-pedagógica en la intervención que se proponía y se valoraba, en primer lugar, el determinismo biológico y, de un modo secundario, la influencia del medio ambiente, sin embargo, se privilegiaba la defensa de los intereses de la sociedad, más que de los intereses del niño (Mettifogo y Sepulveda, 2004, p. 18). Estas ideas se plasmaron en el Mensaje, en el que se señalaba: “el delito en el niño, mirándose como un sistema o consecuencia de su estado moral, no es castigado. Debe aplicársele un tratamiento médico y pedagógico, tratando de transformarlo en un elemento útil, y a la vez defender a la sociedad de él, conforme a su grado de temibilidad” (Rojas, 2010, p. 385).

Como sostiene Mettifogo y Sepulveda, con la influencia de los médicos que participaron activamente en los Congresos Panamericanos y de las teorías biológico-positivistas, las políticas públicas se orientaron hacia el determinismo biológico, que explicaba el comportamiento desviado de los niños, por lo que se justificaban dos tipos de establecimientos: los asilos y los reformatorios. Los asilos, se harían cargo de la protección de ciertos menores —abandonados, víctimas de abuso, etc.— y los reformatorios que se encargarían de los problemas de conducta (2004, p. 18). La discusión, sin embargo, se centró en elevar la edad de responsabilidad penal a los 16 años, ya que algunos parlamentarios, como Edwards Matte hacían alusión a la precocidad de los niños chilenos para delinquir, y en lo contradictorio que era que de acuerdo a nuestra legislación los niños de 14 y niñas de 12 años podían testar.

Finalmente, el año 1928 se produjo un cambio efectivo con la sanción de la Ley 4.447 de menores. Según Rojas, la dictación de la ley de Menores surgió no solo gracias a la influencia de las ideas europeas u norteamericanas que circulaban sobre la infancia, sino, además debido a la transformación del propio Estado. En efecto, la crianza de los niños había pasado a ser un eje fundamental de la acción pública, de manera que la paternidad ya no sería considerada como un asunto estrictamente privado, sino

con implicancias sociales. Así el jurista francés Clemente Griffé planteaba que el derecho del hijo debía primar por sobre el derecho del padre, y surge la conciencia de que un padre que corrompe a sus hijos no realiza un acto privado, sino de trascendencia social y, en consecuencia, su protección –del niño y de la moralidad- debía quedar en manos del Estado (Rojas, 2007, p.141).

Como señala Cillero, la denominada Escuela positiva proclamaba un nuevo Derecho penal, vinculado a los avances de las ciencias, tanto médicas como psiquiátricas, lo que explica el enfoque médico-sanitario para comprender e intervenir en el ámbito de la infancia (1994, p. 93). Esta corriente de pensamiento, sumado al positivismo italiano y a las teorías de la peligrosidad social, en lo biológico a las doctrinas eugenésicas y de protección de la raza, en lo social y político a corrientes humanitaria, inspiraban el movimiento denominado “salvadores del niño”. Como se señaló, este movimiento se sustenta en la idea de que los niños desvalidos o abandonados no debían ser tratados como delincuentes, sino como un pupilo del Estado, y sujeto a la vigilancia y disciplina de éste, en lo posible como lo harían sus padres. Esta ideología fue considerada como progresista en favor de los niños, que dotaba al sistema institucional de un mecanismo más moderno y científico, para controlar la población infantil potencialmente peligrosa, sin embargo, en la práctica se convirtió en un sistema de control respecto de los niños que los privaba de las garantías mínimas de juzgamiento. Así, primó el principio según el cual a los niños no se les podía aplicar la misma legislación penal que a los adultos, ni siquiera reducida, como se hacía hasta entonces. Durante las discusiones, sin embargo, hubo opiniones contrarias a estos principios, ya que consideraban que el sistema de responsabilidad penal era una garantía del reconocimiento del libre albedrío. La mayoría en cambio, consideró que era necesario exceptuar de responsabilidad penal a los menores de 16 años, y mantener el sistema del discernimiento para los menores de 20 y mayores de 16, de manera que, si era declarado sin discernimiento, el niño quedara bajo un sistema de vigilancia, disciplinario o paterno, según diagnóstico técnico (Rojas, 2010, p. 386).

Finalmente, la Ley de Menores excluyó del sistema penal a los niños menores de 16 años, y entre los 16 años y menores de 20 años el juez debía determinar si había actuado con o sin discernimiento, estableciendo un procedimiento oral y entregando amplias facultades al juez. Si bien esta Ley fue objeto de varios elogios en la época en la que fue dictada, se criticaba que hubiera mantenido el sistema caduco del discernimiento para determinar la responsabilidad penal. En efecto, señala Samuel Gajardo que en el VI Congreso Panamericano se criticó la ley ya que los jueces no utilizaban criterios psicológicos para determinar el discernimiento sino más bien de utilidad social. Por tanto, se consideraba que un adolescente había actuado sin discernimiento en la medida en que pudiera ser readaptado, y por consiguiente ser restituido como elemento útil a la sociedad (Gajardo, 1955, p.29). como señala Cillero, la Ley adopta un criterio de responsabilidad intermedio, entre aquel que se basa en la peligrosidad del menor y aquel que se basa en su capacidad de readaptación social o criterio de “utilidad social”. Ello explica que se mantuviera la figura del discernimiento, que es más propio de la doctrina clásica (1994, p. 94).

En efecto, el principio del discernimiento ya existía en el sistema de responsabilidad penal tradicional, sin embargo, ahora debía ser interpretado bajo el espíritu de la nueva doctrina. De acuerdo a ella, se debía atender a circunstancias de “utilidad social” o “re adaptabilidad social” del niño y no a la capacidad para distinguir las consecuencias de sus actos. Así lo entendió la Dirección General de Protección de Menores en sus dictámenes técnicos. En la práctica, sin embargo, el discernimiento fue entendido en distintos sentidos. Ello debido a que el antiguo Código de procedimiento penal de 1906, lo definía en el artículo 370 como la “aptitud para apreciar la criminalidad del hecho que hubiere dado motivo a la causa”, sin embargo, la nueva ley de menores de 1928 no contenía una definición legal de discernimiento, por lo que, según la doctrina de la época, debía ser interpretado de acuerdo a los nuevos principios (Rojas, 2010, pp.386-387).

Esta legislación le entregó amplias atribuciones a los Tribunales de menores, a través de un procedimiento de gran flexibilidad, verbal y sin forma de juicio (Cillero, 1994, p. 101). Los jueces de menores, con el apoyo de equipos técnicos, y oyendo a la Dirección General de Protección de menores,

debían determinar el discernimiento de los menores de 20 y mayores de 16 años que hubieran realizado actos delictivos. Los informes de la Dirección General, en todo caso no eran vinculantes para el juez, sin embargo, las conclusiones técnicas o científicas a que llegaban los jueces de menores de acuerdo con los informes periciales, no podían ser modificadas por los tribunales de alzada, de conformidad al artículo 29 de la Ley, lo que demuestra las amplias facultades con que contaban los jueces de menores, aunque esta disposición con posterioridad fue derogada (Cillero, 1994, p. 102).

Además, como destaca Cillero la Ley modificó el Código civil en cuanto a las atribuciones que tenía el padre para determinar el arresto del hijo, de modo que, con la modificación, sólo el juez podía adoptar alguna medida sobre la vida futura del menor, la que se podía extender por el tiempo que estime necesario, pero no más allá de los veinte años, y dicha resolución no podía ser modificada por la sola voluntad del padre (1994, p. 99). Asimismo, destaca el autor que la ley pretendía que el Estado asumiera la protección de todos los menores que estuvieran en una situación de irregularidad, provocando en la práctica, una confusión entre delincuencia juvenil y riesgo social (Cillero, 1994, p. 99). Del mismo modo, la Ley creó la Dirección de Protección de Menores, bajo la dependencia del Ministerio de Justicia, que estaba a cargo de “atender al cuidado personal, educación moral, intelectual y profesional de los menores abandonados, delincuentes o en peligro moral o material”, y estaban encargados de la administración de los Reformatorios y el Politécnico Elemental de menores Alcibíades Vicencio (Rojas, 2010, p. 387).

La nueva ley prometía sacar a los niños del proceso penal, para que el Estado le entregara a los niños abandonados y potencialmente delincuentes, la protección que su familia no le había dado. La Ley permitió que el Estado realizara una función tutelar, que fue elogiada en la época. Sin embargo, al poco tiempo de entrada en vigencia de la Ley el entusiasmo se fue diluyendo y se hicieron cada vez más evidentes las grietas del sistema. En efecto, en el año 1929 se desató una crisis, que impactó en nuestro país en la década siguiente y que provocó una gran depresión, con consecuencias en el desempleo, hambre, migración de hombres, mujeres y niños a la ciudad, provocando inestabilidad política, un clima revolucionario, que afectó a todas las clases sociales, y en las que hubo un gran intervencionismo estatal. Como relata Rojas, parte de la población, sin embargo, no recibió subvención estatal o la recibió de manera intermitente, aumentando la cantidad de personas que vagaban en las calles y en el campo, buscando trabajo. Los más afectados eran los niños, que eran recibidos en albergues y en ollas comunes, de tal manera que entre 1932 y 1933 recibían más del 40% de la ayuda. De hecho, en 1932 de 295.700 personas que recibían ayuda, 109.400 eran niños (Rojas, 2010, p. 409).

La nueva Ley de Menores por su parte, tenía muchos vacíos, como la escasez de jueces de menores, también de profesionales colaboradores, como psicólogos, asistentes sociales y profesores y de establecimientos de reeducación. Se crearon casas de menores en Santiago (1929) y en Valparaíso (1930), sin embargo, funcionaban en precarias condiciones. El reglamento de la Ley preveía que donde no hubiera casa de menores, se debía habilitar una sección especial de menores, separada de los adultos, en el establecimiento penal o de detención. Así en las cárceles de Concepción, Linares, Talca y Temuco se crearon estas secciones, aunque no hay claridad que los menores estuvieran realmente separados de la población penal (Rojas, 2010, p. 419). El Politécnico Elemental de menores Alcibíades Vicencio era la institución más emblemática del sistema, ya que estaba instalado en un campo, en el que los niños no estaban encerrados y que funcionaba en base a incentivos o premios por buen comportamiento y a castigos que iban desde la amonestación hasta la reclusión en una cámara de disciplina. Sin embargo, hubo denuncias sobre la existencia de una “cultura carcelaria”, asemejándose a una correccional, en la que los niños eran objeto de maltratos, abusos sexuales y castigos excesivos (Rojas, 2010, p. 420).

Otra crítica que se realizó a la nueva ley decía relación con la organización de los tribunales de menores que si bien dependían del Ministerio de Justicia, y tenían a su cargo la dirección de las casas de

Menores, no pertenecían al poder judicial y, por lo tanto, el recurso a instancias superiores era algo excepcional (Rojas, 2010, p. 420).

En 1934, se propuso en un proyecto de ley reducir el límite de edad de 20 a 18 años y se propuso eliminar el test de discernimiento entre los 16 y a los 20 años, de manera de definir las atribuciones de los jueces de menores, quienes debían analizar la personalidad de los menores para determinar si aplicarles una sanción penal o un tratamiento reeducativo, y que pudieran castigar a los padres con multas. También se discutió sobre darle mayores atribuciones a los jueces para fijar la pena aplicable de acuerdo al Código Penal a los niños y adolescentes. Del mismo modo se propuso no rebajar la pena en dos grados como estaba previsto en la ley original ya que el escaso tiempo que debían permanecer evitaba la labor reeducadora del Estado. Y, con el objeto de obtener mayores recursos y apoyar a los niños, sin sacarlos del medio familiar o socorrer a los indigentes, se propuso recaudar multas y recibir donaciones, con dicho propósito (Rojas, 2010, p. 421). Finalmente, la Ley tuvo unas modificaciones menores en 1936, para aumentar las remuneraciones de los jueces de menores y asimilarlas a las del poder judicial y el año 1942, en la que se trasladó la dirección de los establecimientos de rehabilitación al Ministerio de Salud, hasta el año 1966, como se analizará a continuación.

En efecto, como se señaló la Ley de menores tuvo un enfoque sanitario, aunque las organizaciones creadas por la Ley dependían de Ministerio de Justicia, por lo que en 1942 varias instituciones quedaron bajo la dependencia de la Dirección General de Protección a la Infancia y Adolescencia (PRO-TINFA): el Departamento Central de la Madre y el niño, el Servicio dental escolar obligatorio, el Departamento de Bienestar de la Madre y del niño y sus centros preventivos, el Departamento de Sanidad escolar y los Médicos escolares de Santiago y provincias (todos ellos dependientes del Ministerio de salubridad, previsión y asistencia social) y la dirección General de protección de Menores (dependiente del Ministerio de Justicia) (Rojas, 2010, p. 421). La Dirección General de Protección a la infancia y adolescencia, que estaba encargada de ejercer todas las funciones públicas en lo relativo a la lactancia, preescolares, escolares y adolescentes, en el ámbito médico social y, en general, a los “menores en estado irregular” (Rojas, 2010, p. 421). La nueva estructura, no sólo se encargaba de los niños delincuentes o abandonados, sino de todos aquellos que se encontraban en “situación irregular”, incluyendo, según el propio redactor de esta definición, el psiquiatra Guillermo Morales Beltramí, “a los niños resentidos por perturbaciones individuales, motoras, sensoriales, psíquicas, sociales y morales como el abandono y la incapacidad del ambiente familiar” (Rojas, 2010, p. 422). Asimismo, destaca Cillero las múltiples definiciones que poseía el término “menor en situación irregular”. A modo de ejemplo señala que el DFL que crea la Dirección general de protección a la infancia y adolescencia señalaba en su artículo 5: “Para los fines de protección y auxilio que establece el presente decreto orgánico se entenderá que un menor se encuentra en situación irregular cuando su adaptación social sugiere alteraciones, se encuentre material o moralmente abandonado o en peligro de estarlo o hubiere delinquido, cualquiera que sea su estado civil” (Cillero, 1994, p. 104).

Sin embargo, advierte Rojas que estos cambios institucionales no significaron la aplicación de nuevos criterios de atención hacia los niños, ni se crearon nuevos lugares para acogerlos. En definitiva, no se resolvió el tema de fondo, sino que se recurrió a campañas esporádicas para detener la vagancia y la delincuencia infantil, las que luego se dejaban de lado por la imposibilidad de abordar la cantidad de niños que entraban en situación irregular. Concluye Rojas, que las instituciones de protección de la infancia, al estar integradas al sistema de salud, específicamente al Ministerio de Salubridad, perdieron su protagonismo y sus propósitos se fueron diluyendo, ya que el sistema de salud estaba más bien concentrado en la atención materno-infantil (2010, p. 422). En el mismo sentido Cillero, señala que estos cambios administrativos trajeron como consecuencia la pérdida de relevancia social que la Ley le otorgó al

problema de los menores y la estructura administrativa fue absorbida por organismos mayores, ajenos al enfoque multidisciplinario del problema (Cillero, 1994, p. 105).

En 1952, PROTINFA se disolvió, y las instituciones de protección del menor pasaron a depender del recientemente creado Servicio Nacional de Salud. A su disolución, se advirtió la escasa infraestructura que se había implementado desde su creación. Para la población masculina, las instituciones dependientes del estado que existían para el año de la disolución de PROTINFA, la Casa de Menores de Santiago y la de Valparaíso, el Politécnico Alcibíades en San Bernardo, la Colonia Hogar Carlos Van Buren en Villa Alemana y la Colonia “Camilo Henríquez” en Santiago, para niños de edad escolar. Para mujeres, sólo existía la Escuela Hogar Gabriela Mistral en Limache. Por ello los jueces de menores se veían en la obligación de enviar a los niños en situación irregular a instituciones particulares, algunas de las cuales estaban subvencionadas por el Estado (Rojas, 2010, p. 422).

Políticas públicas en favor de la infancia a principios del siglo XX

Este nuevo sentimiento a favor de la infancia iniciado tras la Declaración de Ginebra de 1924, provocó cambios en las políticas públicas en relación a la infancia. Entre fines de 1935 y febrero de 1949, se legisló sobre el abandono de familia y pago de pensiones alimenticias, beneficiando a los hijos ilegítimos y dando atribuciones a Carabineros en caso de que el alimentante no pagara la pensión fijada por el tribunal (Rojas, 2010, p. 360). Asimismo, se reguló la adopción, institución que existía en Chile desde la Colonia, pero que estaba excluida de la regulación del Código civil de Bello. Sin embargo, al poco tiempo de su sanción, se hizo evidente la necesidad de regular la adopción, sobre todo, para proteger a la “infancia desvalida”. Si bien es cierto, no existía claridad de por qué no se reguló en el Código civil, señala Rojas que los sectores conservadores temían que su regulación pudiera estimular el nacimiento de hijos ilegítimos, pero al mismo tiempo, se pensaba que podía existir conflicto entre los derechos de los hijos biológicos y los derechos de los adoptados (Rojas, 2010, p. 360-361). Sin embargo, en la práctica, a comienzos del siglo XX, existió una legitimación simulada de la adopción, cuando personas retiraban a niños de orfanatos o asilos y los cuidaban como propios. Luego con testigos falsos, se reconocía al niño –lo que se llamaba “hacer pasar por la libreta”- y fue visto como una salida razonable y altruista al problema de la orfandad y el abandono. Recién en 1934 fue aprobado un proyecto de ley luego de cinco años de discusión, promulgándose la Ley 5.343, la que debido a los vacíos que contenía, fue modificada 10 años después por la Ley 7.613 (Rojas, 2010, p. 360-361).

Por su parte, la Ley de menores de 1928, a la que ya hicimos alusión, también introdujo modificaciones que limitaban la autoridad de los padres. Como se señaló, la Ley de 1912 de Protección a la infancia desvalida, le había entregado al Estado facultades para proteger al niño en caso de abandono de sus padres. La nueva Ley de menores de 1928, modificó el artículo 233 del Código civil al siguiente tenor: “El padre tendrá la facultad de corregir y castigar moderadamente a sus hijos. Cuando lo estimare necesario, podrá recurrir al tribunal de menores, a fin de que se determine sobre la vida futura del menor por el tiempo que se estime más conveniente, el cual no podrá exceder del plazo que le falte para cumplir 20 años de edad. Las resoluciones del juez de menores no podrán ser modificadas por la sola voluntad del padre”. De esta manera se restringía la antigua facultad de los padres de imponer arresto a los niños menores de 16 años o de solicitar esta medida al juez hasta por 6 meses. De acuerdo a la nueva regulación el padre podía recurrir al juez de menores a fin de que “se determine sobre la vida futura”.

Asimismo, se discutió sobre la distinción ente hijos legítimos e ilegítimos, dictándose en 1935 la Ley 5.750, que eliminó la calidad de “hijo de dañado ayuntamiento”, sin embargo, mantuvo la distinción de hijos ilegítimos, que ahora podían ser naturales o simplemente ilegítimos. Del mismo modo,

durante la década del 30, en base a distintas políticas públicas, se incentivó la regularización de las relaciones de pareja y la inscripción de los hijos. En definitiva, el reconocimiento de paternidad se mantuvo como algo restringido y sujeto a la voluntad del padre, y a pesar de que la distinción entre hijos simplemente ilegítimos y naturales discriminaba a estos últimos en materia sucesoria, la nueva legislación social, beneficiaba a todos los hijos de los trabajadores contratados, fueran legítimos o ilegítimos. Lo mismo ocurrió con las prestaciones sociales a las familias de los trabajadores asegurados, así, la asistencia médica, asignaciones por orfandad y las asignaciones familiares, beneficiaron a todos los hijos.

Se advierte entonces un cambio en la legislación en cuanto al poder de los padres respecto de los hijos. El niño ya no será considerado como un ser de propiedad de los padres y, en consecuencia, con amplias facultades sobre éstos, sino como un futuro integrante de la sociedad, por lo que cuando los padres no eran capaces de entregarles los cuidados necesarios o los abandonaban el Estado debía intervenir. Y a pesar de que en las políticas públicas predominó la protección del matrimonio y a los hijos nacidos dentro de él, incentivando la legitimación de los hijos nacidos antes del matrimonio, en materia de seguridad social, se advierte un avance hacia la no discriminación de los hijos de los trabajadores contratados o asegurados.

Finalmente, esta etapa, que va desde los años veinte hasta los años cincuenta, se caracteriza por que el Estado adoptará un papel protagónico en muchas áreas que antiguamente estaban en manos de particulares y de la beneficencia, tales como el ámbito sanitario, educativo y judicial. Si bien hubo una expansión económica, se produjo un quiebre con la crisis económica de 1929, provocando tensiones en lo político y social. Tal como afirma Rojas, varios de estos cambios perdurarían y se consolidarían en las décadas siguientes (Rojas, 2010, p. 474).

2.4. La infancia en tiempos de reforma, año 1950 al año 1973.

A mediados del siglo XX la preocupación por la infancia recobra un nuevo impulso vinculado a la ampliación de la ciudadanía y mayor acceso a los derechos que benefició a la mujer, a los campesinos y a los pobladores (Rojas, 2010, p. 484). Así, a la mujer no sólo se le reconoció derecho a voto, sino a una serie de derechos relacionados con la maternidad, tendientes a proteger la vida del que está por nacer y al neonato. De este modo se reconoció derecho a subsidio pre y post natal -seis semanas antes y seis semanas después del parto- derecho a recibir alimentos suplementarios mientras estuvieran amamantando o, en su defecto, auxilio a la lactancia equivalente a 25% del monto bruto del subsidio. En 1959, gracias a una nueva modificación legal, se amplió a seis semanas más el post natal en caso que el cuidado del niño lo requiriera (Rojas, 2010, p. 484).

En cuanto al trabajo infantil y a pesar de los esfuerzos del estado por ampliar la escolaridad, a mediados de siglo había un importante porcentaje de niños que trabajaban en vez de ir a la escuela o que trabajaban e iban a la escuela. Por restricciones legales y el avance tecnológico, los niños no podían trabajar en industrias, pero sí lo hacían en el servicio doméstico, labores agrícolas, pequeños talleres, en la calle, feria y mercados. Esta realidad queda en evidencia en el censo de 1960, según el cual a los 12 y 14 años una gran mayoría de los niños iba a la escuela y un 7,9% estaba incorporada a la población económicamente activa. Este censo, sin embargo, no consideraba a los niños que iban a la escuela y trabajaban, por lo que no hay registro del universo de niños que realizaban ambas actividades simultáneamente. Si a esa cantidad se le sumaban los niños que realizaban "quehaceres del hogar, la participación laboral infantil se elevaba al 17% (Rojas, 2010, p. 494). Este censo también permitió conocer la realidad del trabajo infantil por edades. Así, a los 12 años, el 9,4% participaba en alguna actividad laboral remunerada o no, y no iba a la escuela. A los 13 años este número subía a 15%, a los 14 años, alcanzaba a 27,4%, a los 15 años un 25% eran trabajadores incorporados a la actividad económica, un tercio a los

16 y a los 17 años, casi la mitad pertenecía a la fuerza de trabajo (Rojas, 2010, p. 495). Por su parte, en el censo de 1970, en el tramo de 12-14 años sólo el 8,7% era considerado población laboralmente activa, lo que se debió a la campaña de escolarización que se emprendió a partir de 1960. En efecto, bajo el gobierno de Jorge Alessandri se creó a fines de 1962 una Comisión de Planeamiento Integral de la Educación, cuyos estudios sirvieron de base para la reforma a la educación de 1965 que se implementó en el gobierno de Frei Montalva. Eduardo Frei con el lema “ningún niño sin escuela en 1965” amplió la matrícula de la enseñanza básica, construyó 6000 nuevas aulas y casi 1000 casas donde habitarían profesores rurales. Aceleró la formación de profesores y se triplicó la cantidad de juegos de muebles escolares, se distribuyeron más de 600 mil textos, 400 mil bolsos con sus respectivos útiles, se entregaron 655 mil desayunos y 230 mil almuerzos diarios en 1965 (Rojas, 2010, pp. 531-532).

A pesar de los esfuerzos del Estado por disminuir la mortalidad infantil, en el 690 siguió siendo frecuente en estratos populares urbanos y rurales. Si bien algunos indicadores de salud habían mejorado, había mucha desigualdad social. Así, según destaca Rojas, en artículo de la revista *Ercilla* publicado en 1965, la mortalidad infantil en Las Condes era de 65 por mil, mientras que, en Pudahuel, era de 118 por mil. Asimismo, en Las Condes había un promedio de 25 alumnos por profesor y sólo el 9% de los niños vivían en condiciones de hacinamiento, mientras que, en la comuna de Pudahuel, había un promedio de 52 alumnos por profesor y el 69% vivía en viviendas con exceso de moradores (Rojas, 2010, p. 497).

Entre los años 50 y el 60 aumentó el número de vacunas obligatorias para la población infantil, lo que permitió controlar enfermedades que anteriormente habían tenido brotes epidémicos, tales como la difteria, el coqueluche y la poliomielitis. Sin embargo, la más alta tasa de mortalidad infantil se debió a cuadros diarreicos agudos, por lo que durante esos años se realizaron campañas no sólo para mejorar la higiene —en especial uso de mamaderas—, sino además para mejorar la nutrición de los niños. Gracias a ello, las cifras de mortalidad infantil que en la década del 50 eran de 105 y 117 niños por mil, en la década del 60 fueron descendiendo en forma continua, bajando en 30 en 1966 (Rojas, 2010, pp. 499-500).

Los hijos ilegítimos

Entre 1950 y 1970 había entre un 20 y una 16% de hijos ilegítimos. Si bien desde los años 20 existieron propuesta para eliminar la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, los sectores más conservadores consideraban la equiparación de los derechos como una amenaza a la paternidad legítima y al matrimonio legalmente constituido (Rojas, 2010, p. 503). Había quienes, sin embargo, por un asunto de seguridad social postularon la necesidad de proteger a los hijos ilegítimos, sin que con ello se menoscabara la institución del matrimonio, tal como lo indica Osvaldo Labarca en su libro “La protección de la familia como objetivo de la seguridad social y como factor de la redistribución de la renta nacional”, del año 1969 (1969, p. 42). Sólo en el gobierno de Allende, entre las 40 primeras medidas, se propuso la eliminación de la distinción entre hijos legítimos e ilegítimos, sin embargo, el ministro de Justicia de la época aclaró que el proyecto de Filiación Única, no tenía por objeto favorecer la convivencia extraconyugal (Rojas, 2010, p. 503). En definitiva, el proyecto no prosperó.

Sin perjuicio de ello, a partir de 1969, el sistema de adopción fue complementado, introduciendo el régimen de legitimación adoptiva, que sí provocaba cambios en la condición jurídica de los niños adoptados. En efecto, la nueva figura concedía al niño el estado civil de hijo legítimo, y en la práctica traía como consecuencia, la inscripción del nacimiento del adoptado, la cancelación de la inscripción anterior y la destrucción de los antecedentes previos. Para ello se exigían mayores requisitos que en la adopción simple, tales como la estabilidad del vínculo conyugal de los adoptantes, quienes debían tener 5 o más años de matrimonio, haber tenido la tuición o el cuidado del menor por al menos 2 años, sólo podían legitimarse los menores de 18 años, huérfanos o hijos de padres desconocidos, abandonados o

internados en establecimientos de protección de menores o hijos de cualquiera de los cónyuges y adoptados por la Ley 7.613. Además, los adoptantes debían atravesar por un examen psicológico en el que se justificara su intención de adoptar y el juez debía resolver en conciencia (Rojas, 2010, p.504).

Niños y adolescentes en situación irregular a mediados del siglo XX

Como se señaló a mediados del siglo XX los niños abandonados y los niños infractores de ley eran enviados al Politécnico en el mejor de los casos, pero debido al régimen demasiado abierto que tenía y de donde se fugaban constantemente los más peligrosos eran enviados a Casa de Menores, que también albergaban niños abandonados, donde debían estar de manera provisoria. Además, se planteaba que las casas de menores estaban acondicionadas como establecimientos educacionales, de manera que el Director General de protección de menores recomendaba que los adolescentes de 16 a 20 años que delinquirían, debían ser reclusos en la cárcel pública (Rojas, 2010, p. 505). En definitiva, a mediados del siglo XX se mantuvo la práctica de recoger a niños de las calles por vagancia, pedir limosna o dormir en la calle. Rojas relata que en 1951 se habilitó el Estadio Nacional para albergar a niños varones migrantes que huían de la guerra. Allí se les registraba, se les alimentaba, y se les vestía, sin embargo, se criticó la medida por ser una solución provisoria que no resolvía el problema de fondo y tampoco abarcaba la totalidad de los niños en esa situación que superaban los mil, por lo que muchos quedaban fuera por espacio o por tratarse de niñas (2010, p. 505).

Las modificaciones legislativas de mediados del siglo XX establecieron nuevas normas de procedimiento y de responsabilidad penal, que trataban de dar solución al problema de los niños en situación irregular. En efecto, la Ley 9.293 de 1949, introdujo reformas entregando mayores atribuciones al juez de menores, en lo relativo a la producción y valoración de la prueba. Así, se le facultó para ordenar la comparecencia personal de las partes o de terceros bajo apercibimiento de arresto, y la prueba debía ser apreciada en conciencia. Además, las sentencias definitivas, debían sólo cumplir con los requisitos de las sentencias interlocutorias, y no cabía respecto de ellas recurso de casación (Cillero, 1994, p. 105). Destaca Cillero, que la modificación más importante se produjo en 1953, con la Ley 11.183, que modificó varios códigos de la República, desde el Código penal hasta la ley 4.447. En efecto, la Ley modifica las edades de inimputabilidad contenidas en el artículo 10 del Código penal y declara exentos de responsabilidad penal a los menores de 16 años, y al mayor de dieciséis años y menor de dieciocho años, a no ser que conste que obró con discernimiento. Además, se estableció el trámite de consulta ante la Corte de Apelaciones, cuando se determinaba que el menor había obrado sin discernimiento y el delito mereciera pena aflictiva. Dentro de los argumentos para modificar las normas procedimentales y de responsabilidad, era que las disposiciones más “benévolas” de la ley 4.447 respecto de los menores en esta situación, era aprovechada por los adultos y habían venido a “prohijar una escuela de delincuencia infantil, con grave daño para la sociedad”, como lo señala el mismo mensaje del ejecutivo (Cillero, 1994, p. 106). Además, sostiene Cillero que el trámite de la consulta se estableció como una manera de controlar a los jueces de menores, pero que desvirtuaba la naturaleza excepcional del discernimiento, ya que parecía presumirse su existencia y retardaba la adopción de medidas de protección. Además, la antigua ley establecía que las conclusiones de carácter técnico o científico a que el juez había llegado no podían ser modificadas por los Tribunales de alzada, lo que fue derogado por la nueva ley, restándole atribuciones a los Tribunales de menores (Cillero, 1994, p. 106).

Luego en el año 1961 se dicta la Ley 14.450, que provoca una transformación en lo relativo a las garantías en la justicia de menores. En efecto, el Mensaje hacía alusión a la escasez de Tribunales y de funcionarios, que retrasaba el proceso, a más de una organización defectuosa y vacíos en la legislación. Esos serán los fundamentos para incorporar dentro del escalafón del Poder Judicial al

personal de los Juzgados de menores, haciéndoles aplicables las normas del Código Orgánico de Tribunales y, en consecuencia, parte de la Magistratura ordinaria.

En el Mensaje se manifestará preocupación por la creciente “delincuencia juvenil”, la que se atribuye a la vagancia infantil y la escasez de establecimientos de reeducación del menor, lo que hace necesario el establecimiento de tribunales únicos que conozcan de manera exclusiva los problemas relativos a la delincuencia de menores. De esta manera en una sola ley se reunían materias muy diversas, no todas relacionadas con la delincuencia juvenil, como el pago de las pensiones alimenticias, las que fueron entregadas al conocimiento del mismo tribunal. Así, tal como señala Cillero, la ley adopta la doctrina de la situación irregular, toda vez que asimila a delincuencia juvenil, todos los “problemas de los menores”. Aún así sostiene el autor que la ley 14.550 perfeccionó la legislación de menores y las normas relativas a los tribunales que debían aplicarla, legislación que se mantuvo vigente por varias décadas. En concreto la ley 14.550 hacía concordar la minoría de edad civil con las normas de menores, haciéndola aplicable a los menores de 21 años. Los Juzgados especiales de menores pasaron a denominarse Juzgados de Letras de menores, incorporándolos al Poder Judicial y se regirán por las normas del Código Orgánico de Tribunales, regulando situaciones sobre las que anteriormente no se pronunciaba la legislación, como la declaración de disernimiento de menores que cometieran faltas, que antiguamente quedaban sometidos al conocimiento del Juez del Crimen. Por último, la ley contempla ciertas garantías específicas respecto de los menores sometidos a esta jurisdicción, como la obligación de oír a menor antes de aplicarle la medida de protección, la forma de practicar las notificaciones, y, sobre todo, la necesidad de constatar la circunstancia de haberse cometido el hecho y la participación que en él le ha cabido al menor antes de aplicarle la medida de protección.

En materia administrativa, la ley mantuvo la dependencia del sistema protector de menores en el Servicio Nacional de Salud (Cillero, 1994, p. 108). En efecto, desde que se creó éste Servicio en el año 1952, las instituciones públicas de protección al menor quedaron a cargo de la Sección Materno Infantil del departamento de fomento, primando como señalamos con anterioridad el enfoque médico sanitario para “enfrentar la situación de la infancia pobre, amenazada y desviada” (Rojas, 2010, p. 506). Sin embargo, rápidamente se hicieron escuchar críticas a este sistema, ya que la reeducación de los menores quedaba atrapada dentro de la compleja estructura de Servicio Nacional de Salud, que además tenía otras prioridades, por lo que hubo propuestas de trasladar los servicios de protección de menores al Ministerio de Justicia o al Ministerio de Educación, aunque estas iniciativas no prosperaron (Rojas, 2010, p. 506). Gracias a una reestructuración general del servicio Nacional de Salud, el año 1959 se creó la sección de menores en situación irregular, dentro del nuevo subdepartamento de Fomento de la Salud, y que estaba encargada de supervigilar y coordinar las acciones de protección a nivel nacional.

Sin embargo, y a raíz de la sanción de la Ley 14.550, que, como se señaló, entregaba competencias a los tribunales de menores no solo tratándose de los menores infractores, si no además de aplicar medidas de protección a favor de los abandonados, y del pago de pensiones alimenticias de conformidad a la ley 4.447, generó una sobrecarga de funciones e hizo inoperante el sistema. Por ello en el año 1960 se creó una comisión interministerial que tenía por objeto la protección de menores en situación irregular, compuesta por los Ministerios del Interior, de Educación, de Justicia, de Salud y del Trabajo y de Previsión Social, que debían coordinar la asistencia social que prestaban a los menores en situación irregular las instituciones fiscales, semifiscales, municipales y privadas, supervigilar el cumplimiento de los programas, y estudiar y proponer modificaciones legales (Rojas, 2010, p. 507). Es así como la comisión interministerial definió menor en situación irregular como “todo aquel que por causas personales, psicológicas, ambientales o mixtas tiene problemas para su adaptación social o presenta una conducta antisocial, persistente o progresiva, que no puede ser corregida por los medios naturales, sino a través de

una protección especial dada por el Estado o la comunidad” (Rojas, 2010, p. 507). En base a esta definición se clasificaron los menores en cuatro grupos: a) los que tenían graves problemas ambientales pero leves problemas conductuales, tales como los vagos, mendigos, abandonados, huérfanos, hijos de prostitutas, reos y enfermos crónicos; b) los que tenían alguna irregularidad física o psíquica, como oligofrénicos, o con trastornos de personalidad de tipo “antisocial”; los que estaban en situación de conflicto social, ya sea en etapa de “estado peligroso”, como el delincuente en potencia, o en “estado delictual”; y d) los menores en situación irregular por causas económicas, como aquellos que provenían de familias muy numerosas o de indigencia del hogar.

Paralelamente a ello, se adoptó medidas para fortalecer la judicatura de menores. En efecto, en el año 1963, a los 2 juzgados de menores que ya existían, uno en Santiago y otro en Valparaíso, se agregó uno en Concepción y en 1964 el segundo Juzgado de Menores de Valparaíso, pero el número de establecimientos para menores seguía siendo insuficiente.

En el año 1961, 21 Hogares de Menores en todo Chile dependían del Servicio Nacional de Salud, y al menos 12 Centros de readaptación, dependían del Ministerio de Justicia, a través del Departamento de menores del Servicio de Prisiones, creado en 1960. Por su parte, del Ministerio del Interior, y en particular de la dirección General de Carabineros, dependía las comisarías y hogares de menores creados desde 1962, y del Ministerio de Educación, que poseía algunas escuelas hogar (Rojas, 2010, p. 508). En total, en el año 1966 el sistema público recibía a más de 9.000 menores en situación irregular, excediendo en la mayoría de los casos, la capacidad de los establecimientos. Además existían instituciones privadas abocadas a la protección de los niños en situación irregular, de tal modo que según investigación de Ximena Montero, “La menor vaga: estudio sobre la vagancia en Chile”, en el año 1966 existían en Chile 875 establecimientos públicos y privados, pertenecientes a 147 instituciones, y aun así no se lograba cubrir las necesidades de los menores en situación irregular (Rojas, 2010, p. 509).

Además, hay que considerar que las cárceles de adultos tenían secciones de menores que dependían del Ministerio de Justicia, en las que eran internados menores declarados con discernimiento. En el año 1962, en la Penitenciaría de Santiago había 150 menores, según un reportaje de Ercilla, sometidos a un régimen inhumano de 11 horas de encierro y 13 horas sin ninguna actividad productiva. Ese año fueron trasladados a la nueva Casa de Readaptación de Menores, pero la situación era peor en las cárceles de regiones, ya que no se separaba la población adulta de la infantil y, como en muchos casos, no había Casa de Menores, los jueces se veían obligados a enviarlos allí de manera provisional (Rojas, 2010, p. 509). Todo el debate producido a raíz de estas situaciones, llevará a una reforma completa del sistema, tras la sanción de la Ley 16.520 que autorizaba al Ejecutivo a refundir el texto con la Ley 14.902, pasó a ser la Ley 16.618 de 8 de marzo del año 1967. Como se analizará a continuación la nueva Ley mantuvo el amplio concepto de menores en situación irregular, que justificaba la intervención del Estado, para protegerlos o para corregirlos, pero como señala Miguel Cillero dio sustento a un nuevo Derecho de Menores (1994, p. 109).

La nueva legislación de Menores creó el Consejo Nacional de Menores y el Departamento de Policía de Menores y modificó las normas de las Casas de Menores. El Consejo Nacional de Menores, en adelante CONAME, fue un servicio público funcionalmente descentralizado que se creó para cubrir las funciones del Comité interministerial creado en 1960, y coordinar la acción entre los distintos Ministerios (Rojas, 2010, p. 510). Se relacionaba con el gobierno a través del Ministerio de Justicia y entre sus variadas funciones, debía coordinar la labor de protección que realizaban las instituciones fiscales, autónomas, semifiscales, municipales y privadas, entregándoles subvención estatal, si contaban con la condición de ser “colaboradores”; debía destinar recursos a estos organismos; y elaborar

programas de tareas mínimas, de acuerdo a su naturaleza, y supervigilar su observancia (Rojas, 2010, p. 510).

El departamento de Policía de Menores era una unidad de Carabineros, que contaba con personal especializado en el trabajo con menores, y que tenía por objeto recoger menores en situación irregular con necesidades de asistencia o protección, fiscalizar los espectáculos públicos, evitar su concurrencia cuando no fueran apropiados para ellos, y denunciar a los Juzgados situaciones que constituyeran delitos tipificados por la misma ley (Rojas, 2010, pp. 510-511). El artículo 16 de la Ley contemplaba que los menores de 18 años sólo podían ser retenidos en las Comisaría o Sub-comisaría de menores o en los lugares que determine el Presidente de la República. Sin embargo, el Decreto 2.285 del Ministerio de Justicia de 1966, declaró transitoriamente hábiles, como ligares de retención, las secciones de menores de la Policía de Investigaciones, mientras la Policía de Menores no contara con recintos o personal suficiente. Adicionalmente, la Ley disponía severas sanciones si se retuviera a un menor en lugares distintos a los señalados (Cillero, 1994, p. 112).

La Ley contemplaba, además, que en cada asiento de Juzgado de Letras de Menores debía haber una Casa de Menores, que debía tener dos secciones: una, a la que ingresarían menores que hubieran cometido crímenes simples delitos o faltas, a la espera de la decisión del juez sobre su discernimiento; y otra, a la que ingresarían menores que requirieran asistencia y protección. Las Casas de Menores asumen, de acuerdo a la nueva normativa, las funciones de centros de observación, tránsito y distribución de menores y dejaron de ser los lugares destinados exclusivamente a albergar a los menores que debían comparecer ante el juez (Cillero, 1994, p. 113).

Finalmente, la nueva Ley fortaleció la judicatura de menores, de tal manera que estableció que en el departamento de Santiago debían existir cinco Juzgados de Letras de Menores (Rojas, 2010, p. 511).

Señala Cillero (1994, pp. 109-110) que la nueva institucionalidad, sirvió de sustento para un nuevo Derecho de menores, que se basaba en las siguientes ideas básicas:

- La necesidad de una legislación especial que abarcara todos los problemas de la infancia, regulando la acción administrativa y jurisdiccional del estado. De esta manera la nueva Ley regula conjuntamente aspectos sustantivos, procesales y administrativos;
- La nueva normativa utiliza categorías amplias para referirse a los sujetos destinatarios de la norma, usando expresiones tales como, “peligro material o moral”, “irregularidades”;
- La nueva ley contempla un solo catálogo de medidas de protección para todos los niños, cualquiera fuera la causa por la que fueron puestos a disposición del Tribunal;
- La nueva Ley contempla procedimientos flexibles, o más bien desformalizados;
- Finalmente, se mantiene la necesidad de determinar si los menores infractores actuaron con o sin discernimiento, pero sin definir legalmente su significado.

La Ley trajo una serie de consecuencia positivas para el sistema de protección de menores. En el Mensaje presidencial de 1969, el presidente Eduardo Frei Montalva advertía que desde el año 1964 hasta la fecha se habían triplicado el número de plazas disponibles para niños en situación irregular, considerando más de 40 instituciones colaboradoras, públicas y privadas. A ello se le sumaban unos 12.000 menores a los que se les brindaba asistencia en “clubes de recreación”. Asimismo, el Mensaje

presidencial de 1970, se anunciaba que había disminuido la incidencia de la delincuencia infanto-juvenil, de un 30 a un 8% entre 1966 y 1969 (Rojas, 2010, p. 512).

En cuanto a las instituciones que recibían subvención estatal, la nueva Ley mejoró el procedimiento y las condiciones de entrega de fondos. CONAME cumplió la función de regularizar el sistema público y de las instituciones colaboradoras. En 1967 se estableció en el Reglamento del Consejo, la aplicación de una política proteccional y asistencial. Del mismo modo, se reglamentó el procedimiento para obtener el reconocimiento de instituciones colaboradoras que estaban conformadas por asilos, reformatorios, internados, jardines infantiles y clubes de menores (Rojas, 2010, pp. 512-513).

Para el año 1971, el Servicio Nacional de Salud, mantenía 4.150 plazas permanentes para menores que requirieran asistencia. El Ministerio de Educación mantenía algunas escuelas en establecimientos de protección, a las que asistían unos 7.500 niños en situación irregular. El servicio de prisiones mantenía unos 1.200 menores. A las instituciones colaboradoras del CONAME asistían unos 34.000 niños, siendo el más importante el Consejo de Defensa del niño, que tenía más de 25.000 beneficiarios, de los cuales 15.000 recibían aporte fiscal (Rojas, 2010, 514).

El auge de estas instituciones públicas y privadas, provocó la declinación de las instituciones de caridad tradicional, y fueron reemplazadas por otras formas de voluntariado femenino tales como las “Damas Voluntarias” que luego pasaron a denominarse “Damas de Rojo”, o los Centros de Cultura y Trabajo” creados por damas de alta sociedad (Rojas, 2010, p. 514-515).

A pesar de estos avances, y tal como señala Cillero, la nueva normativa confundió dos funciones del Estado que siempre deben estar claramente delimitadas, ya que obedecen a lógicas y presupuestos distintos: la administración de justicia y la política o asistencia social. En efecto, señala Cillero que la justicia obedece a la lógica de la violación de normas, mientras que la asistencia social responde a la lógica de las necesidades sociales. Señalan Funes y González, que confundir estas dos dimensiones puede tener consecuencias perniciosas para la actuación y eficacia de una y otra. En efecto, si la acción social se basa en la lógica de la violación de las normas, se producen dos efectos perversos: primero, se pervierte la acción social, en cuanto es impuesta al sujeto que no actúa con las normas establecidas. En consecuencia, deja de ser asistencia y pasa a convertirse en control. Pero, en segundo lugar, y en la medida que la ayuda se condiciona a la presencia de rasgos de “inadaptación”, se produce un efecto “criminógeno” sobre aquellos individuos y, los pretendidos efectos preventivos de la actuación de las instituciones, se convierten en rasgos que tienden a potenciar y a consolidar el fenómeno de la delincuencia (1988, p. 56).

Agregan Funes y Gonzalez que, si la justicia se basa en la lógica de la asistencia, se producen otros dos efectos paralelos: por un lado, se criminaliza la pobreza y se crea un estereotipo en el que se confunden marginación social y criminalidad. Por otro lado, basar la justicia en la lógica de las necesidades, contribuye a difuminar las garantías jurídicas respecto de los menores, privándolos de su condición de sujetos de derecho (1988, p. 57).

Sostiene Cillero que la separación entre justicia y asistencia, requiere complementar la acción judicial con la ejecución de políticas sociales, sin embargo, la nueva normativa pretendía unificar de manera definitiva la legislación de menores que se encontraban en “situación irregular”, pretendiendo superar de manera definitiva la separación de las distintas materias relativas a menores en leyes dispersas. Esta confusión se advertía -y se advierte- por ejemplo, al internar a menores abandonados por sus padres, en recintos en los que estaban internos menores que habían cometido actos delictivos (Cillero, 1994, pp. 110-112).

Por su parte, las Casas de Menores, que, como se dijo, de acuerdo a la nueva Ley tenían la función de recibir a los menores y observarlos, de manera de clasificarlos de acuerdo a las características de cada uno, y luego, darles el destino que tendrían, ya sea para internarlos en un establecimiento o ubicarlos en la casa de alguna familia o adoptar las medidas de protección, tenía una eficacia relativa, toda vez que en la práctica era difícil mantener una separación absoluta entre los menores, que habían cometido delito y aquellos que requerían de una medida de protección en la medida que compartían un mismo recinto. Esto se veía agravado por la sobrepoblación y escasez de vacantes en estos recintos (Cillero, 1994, p. 113).

Del mismo modo, el CONAME adoleció de una serie de problemas presupuestarios y de coordinación con otras instituciones privadas, por lo que en el año 1979 fue reemplazo por el Servicio Nacional de Menores (SENAME), tal como se analizará.

La Unidad Popular y las “40 medidas del Presidente Allende”

La Unidad Popular tuvo varios eslóganes de campaña que resaltaban la importancia del niño: “En el gobierno de la Unidad Popular los únicos privilegiados serán los niños”, y también “El niño nace para ser feliz”. Esto se tradujo en que 6 de las “40 primeras medidas”⁷ que anunció el Presidente Allende al inicio de su gobierno, se referían a los niños y se plasmaron en varias políticas aplicadas durante los tres años de gestión del gobierno.

Se aspiraba a un reconocimiento efectivo a los derechos del niño divulgados en la declaración, pero que requería ahora la adopción de medidas concretas. Así, en un Congreso convocado por la Unión de Mujeres con ocasión de conmemorarse diez años de la Declaración de los derechos del niño, en junio de 1969, en las conclusiones advertía que uno de cada ocho niños chilenos se encontraba en situación irregular (Rojas, 2010, p. 624). Se requería entonces que el niño contara con un bienestar material, pero también, con un sistema más justo. No se trataba sólo de mejorar la salud y la alimentación, sino también de crear un ambiente feliz para los niños más necesitados.

El gobierno de la Unidad Popular exaltaba sus políticas hacia la infancia, como la del medio litro de leche, la expansión de la educación preescolar, las campañas de vacunación y la ampliación de los derechos maternos (Rojas, 2010, p. 624). En especial, la campaña del medio litro de leche a los niños menores de 15 años, destacaba en la prensa y en la agenda política. Si bien las campañas de distribución de leche comenzaron en 1924 a partir del establecimiento de distintas leyes sociales, la cantidad de leche que se distribuía comenzó a aumentar en la década del 50. Sin embargo, los niveles de distribución aumentaron considerablemente en el gobierno de Allende. De conformidad a la investigación de Jorge Rojas, durante el sexenio de Carlos Ibañez se distribuyeron dos millones de litros de leche en polvo al año, con Jorge Alessandri, se aumentó a 7 u 8 millones, mientras que, con Eduardo Frei Montalva, a

⁷ En el documento “40 primeras medidas”, se hacen las siguientes referencias a la infancia: “13.- El niño nace para ser feliz.- Daremos matrícula completamente gratuita, libros, cuadernos y útiles escolares sin costo, para todos los niños de la enseñanza básica; 14.- Mejor alimentación para el niño.- Daremos desayuno a todos los alumnos de la enseñanza básica y almuerzo a aquellos cuyos padres no se lo puedan proporcionar; 15.- Leche para todos los niños de Chile.- Aseguraremos medio litro de leche diaria, como ración a todos los niños de Chile; 16.- Consultorio materno-infantil en su población.- Instalaremos consultorios materno-infantiles en todas las poblaciones; 17.- Verdaderas vacaciones para todos los estudiantes.- Se invitará al palacio presidencial de Viña del Mar a los mejores alumnos de la enseñanza básica, seleccionados de todo el país [...]; 29.- Educación física.- fomentaremos la educación física y crearemos campos deportivos en las escuelas y todas las poblaciones. Toda escuela y toda población tendrá su cancha” (Rojas, 2010, p. 624).

trece millones. En 1971, sin embargo, ascendió a 48 millones de litros de leche al año, la misma cifra que alcanzó al año siguiente (Rojas, 2010, pp.635-636). Si bien algunos partidos que integraban la Unidad Popular cuestionaban el asistencialismo de las medidas que adoptaba el gobierno, como la entrega de medio litro de leche, el semanario "El Siglo" aclaraba que no se trataba de una dádiva paternalista, sino más bien de la distribución de derecho que costeaban todos los chilenos (Rojas, 2010, p. 624).

Del mismo modo, la preocupación del presidente Allende por los riesgos de la infancia vulnerable que se expresaba en ese tipo de campañas, también se manifestaba en la cercanía que mantenía el presidente hacia los niños, manteniendo reuniones con niños de distintos estratos sociales, e incluso al final de su gobierno, a inicios de 1973, en una concentración realizada en el Estadio Nacional se le vio entrar rodeado de niños que corrían al lado del convertible descapotable (Rojas, 2010, p. 625).

Así, varias campañas del gobierno de la Unidad Popular, tuvieron rostro infantil: la campaña presidencial con un niño en brazos y la consigna "Por tí, venceremos"; la campaña del cobre chileno, en el que un niño levantaba una bandera chilena; el aviso de las empresas textiles del área social, que utilizaba la figura de una niña con la frase: "Ellos son nuestra preocupación de hoy. En sus manos está el destino de la patria" (Rojas, 2010, p. 625).

Del mismo modo, con el objeto de provocar un cambio institucional en materia de infancia, cuyos problemas en parte se debían a la dispersión de funciones entre los distintos Ministerios, como señalamos en el apartado anterior, pero también de fortalecer unificar las políticas relativas a la condición de la mujer y de los ancianos, el gobierno de la Unidad Popular propuso la creación de un Ministerio de la familia. La iniciativa, cuyo primer texto fue presentado a fines de 1970, luego de una larga discusión, recién en octubre de 1972 fue aprobado el texto general. El nuevo Ministerio, absorbería las funciones de varias instituciones relacionadas con la familia y la infancia, como la Consejería de desarrollo Social, el Servicio de Asistencia, el Consejo Nacional de Menores, la Junta de Auxilio Escolar y Becas, la Junta Nacional de Jardines Infantiles y la Oficina de atención al niño en situación irregular. En definitiva, nunca se logró aprobar el proyecto, a pesar de que las indicaciones propuestas por la oposición fueron acogidas (Rojas, 2010, p. 651).

En definitiva, no hubo una gran transformación de las políticas de protección de menores respecto del modelo creado en 1920. Durante el gobierno de la Unidad Popular, si bien se manifestó un interés y preocupación por la infancia desvalida, y en los derechos de los niños, estos fueron utilizados con fines propagandísticos, sin adoptar medidas de fondo que redundaran en la protección de la infancia. En general, se ampliaron ciertas políticas que se iniciaron en los años 20 y en los 50, pero que no significaron un cambio significativo. El golpe de estado de 1973, puso fin a esta etapa y como veremos significó un quiebre en las políticas de la infancia.

2.5. La infancia en Chile desde la dictadura hasta nuestros días.

Desde el golpe de estado de 1973 hasta el regreso a la democracia en 1988, muchos niños se vieron afectados directa o indirectamente por la represión política que había en el país. Hubo niños y niñas que presenciaron la detención de sus padres y parientes, otros fueron trasladados con sus madres a centros de detención y tortura, donde fueron recluidos e incluso interrogados. También los informes Rettig y Valech registraron casos de niños ejecutados y desaparecidos. Del mismo modo, se registró la

situación de niños que nacieron en centros de tortura, entre ellos algunos concebidos como consecuencia de violaciones (Rojas, 2010, p. 678).

El informe Valech de 2004, por ejemplo, señala que el total de niños que fueron víctimas de detenciones y tortura en dictadura fue de 1080, entre ellos 766 tenía entre 16 y 18 años, 226 tenía entre 13 y 15 años y 88 tenía 12 años o menos. Cerca del 90% de las detenciones se produjo por sus propias actividades sociales y políticas; un 8% por la de sus padres y un porcentaje menos al 2% nació en cautiverio. El 2005 un nuevo informe adicionó el caso de 105 menores de edad, y cerca del 80% tenía menos de 12 años al momento de su detención (Rojas, 2010, p. 679).

Como se señaló en el apartado anterior, el año 1979 fue declarado el año internacional del niño y las agrupaciones de defensa de los derechos humanos denunciaban la situación de violencia en que vivían los niños en el exilio y la represión permanente a raíz de la persecución política. Con la presión de estas organizaciones y de la Iglesia Católica a través de la Vicaría de la Solidaridad, la nueva administración del régimen militar quiso mostrarse preocupada por los sectores más vulnerables y desprotegidos de la población. Así, instalado el liberalismo en 1975 y en el contexto de la reestructuración económica, se racionalizó y focalizó el gasto social, y realizó una fuerte campaña comunicacional, de manera de diferenciarse con las políticas implementadas por la Unidad Popular (Rojas, 2010, p. 707). Así desde el comienzo del gobierno, se difundieron las obras sociales que realizaban las cuatro ramas de las fuerzas armadas, a través de los centros de madres, la protección de los ancianos, niños limitados y la protección al menor (Rojas, 2010, p.707).

Así, en 1979 la entonces Ministra de Justicia Mónica Madariaga en la ceremonia inaugural del año internacional del niño anunciaba la creación de un nuevo Servicio Nacional del Menor (SENAME), que aspiraba a una transformación institucional en materia de atención de menores en situación irregular (Rojas, 2010, p. 679).

Como señala Alvarez (1994, p. 270), a finales de los 80, se implementaron una serie de reformas que afectaban no sólo al SENAME sino más bien, respondían a un cambio en la política social del país. La educación, trabajo, salud, previsión y otros sectores, se vieron afectados por la transformación en la estructura administrativa del Estado, transformación que obedecía a la necesidad de implementar un modelo neoliberal, “donde su expresión operativa fue el libre mercado y su actor principal el empresario privado” (Alvarez, 1994, p. 270). Ello, sumado al hecho de que el país se encontraba bajo la opresión de un régimen autoritario, donde la libertad y los derechos de las personas se veían mermados y, teniendo presente, que el poder legislativo se encontraba limitado y no tuvo independencia frente al régimen militar, al igual que el poder judicial, no hubo ningún impedimento para provocar tan profundas transformaciones en las políticas sociales.

Del mismo modo, sostiene Cillero que el nuevo sistema de atención, respondía más bien a un “modelo de Estado que se quiere construir, más que a una preocupación por la situación de la infancia; se busca una eficiencia administrativa y económica y se olvidan de algunas características propias del sistema de menores”, en especial, “la situación de los jóvenes inculpados de cometer crímenes o simples delitos”. Bajo esta lógica, el SENAME quedó, al menos en el plano legal, bajo la subordinación de la judicatura, aunque ésta no compartía los elementos ideológicos de la reforma, que por un lado buscaba la intervención de privados, pero por otro, mantenía una fuerte presencia del Estado (Cillero, 1994, p. 115).

El Decreto Ley 2.465 (D.O. 16.1.79) dispone que el SENAME es “un organismo dependiente del Ministerio de Justicia, encargado de ejecutar las acciones que sean necesarias para asistir o proteger

a los menores de que trata esta ley”⁸. Tal como señala Cillero (1994, p. 113), el Decreto Ley no recurre a algún concepto genérico para referirse a los menores a los que iba a estar abocado el servicio, sino más bien, enumera tres tipos de menores que serían en adelante los sujetos de atención del SENAME, a saber: los que carezcan de tuición, o que su ejercicio constituya un peligro para su desarrollo normal integral; los que presenten desajustes conductuales, y los que están en conflicto con la justicia. Como estos conceptos eran poco precisos, se recurrió a definiciones en el Reglamento. En efecto, al referirse al primer grupo de niños, que carecen de tuición, surgía la necesidad de determinar cuándo el ejercicio -de su tuición- “constituye un peligro para su desarrollo normal integral”. Para precisarlo, el Reglamento señala que el Servicio atenderá a los menores: a) Que no tengan persona natural alguna a quien exigir la obligación de tuición; b) que hayan sido abandonados por sus padres en algún establecimiento de protección o en otro lugar, circunstancia que será apreciada por el Tribunal de Menores; c) que las personas obligadas a su tuición estén afectadas por algunas de las circunstancias previstas en los números 1 al 6 de la Ley 16.618. También el Reglamento define “desajustes conductuales” como la “dificultad o incapacidad de adaptarse o integrarse al medio ambiente social”. El término “conflicto con la justicia”, se acotó en el Reglamento, en el sentido de considerar a aquellos que “encontrándose inculcados de hechos constitutivos de crimen simple, delito o falta, fueren remitidos por los Tribunales de Menores a objeto de aplicarles alguna medida de protección o enmienda”.

Esta situación se vio agudizada por el trámite del discernimiento, por cuanto, los Tribunales de Menores se veían obligados a ingresar directamente a los menores inculcados a los recintos de Gendarmería, ya que los COD o las Casas de Menores, no otorgaban garantías de seguridad, ni eran aptos para cumplir con la función pública de custodia de inculcados en un proceso penal, toda vez que eran administrados por privados (Cillero, 1994, p. 115).

La creación del SENAME buscaba resolver problemas de funcionamiento del CONAME, que tenía escasa capacidad operativa y una limitada acción de coordinación entre los distintos ministerios, implementando un sistema de intervención, pero impregnado del espíritu neoliberal (Rojas, 2010, p. 708). En efecto, el nuevo SENAME no concentraba todas las funciones de protección de la infancia en riesgo, sino que se dispuso que sus funciones fueran realizadas por instituciones privadas (Rojas, 2010, p. 708).

Bajo el espíritu de esta nueva ideología, al crear el SENAME se disolvieron dos organismos: el CONAME y la Fundación del Niño Chileno. Parte de las funciones del primero se traspasaron a un Comité consultivo nacional y regional. Las funciones de la Fundación del niño chileno en cambio, se integraron como funciones del SENAME. Dicha fundación en 1975 otorgaba asistencia a más de 2000 niños en situación irregular (Rojas, 2010, p. 708).

Del mismo modo, el SENAME absorbió los establecimientos de la Fundación del niño chileno y los Centros que habían estado bajo la administración del Servicio Nacional de Salud y de Gendarmería. Sin embargo, entre 1981 y 1982, los 40 centros que habían quedado bajo la administración del SENAME, se traspasaron a instituciones privadas, entre ellas los centros de prevención y protección, y de diagnóstico y de rehabilitación conductual, que al principio contaron con fondos elevados y luego de la crisis económica, se fueron estancando y depreciando (Rojas, 2010, p. 708). En efecto, luego de la Ley orgánica del SENAME se instauró gracias al Decreto con fuerza de Ley 1385 de 1980, una política de subvenciones basadas en la atención de “niño-día” y una fuerte participación del sector privado a partir de un “Convenio de Atención” de las instituciones privadas del SENAME.

⁸ Artículo 1, DL 2465.

La nueva política de subvenciones se encontraba bajo el alero del principio de la subsidiariedad del Estado, de tal manera de traspasar la atención directa de los menores al sector privado, y para ello, se debía implementar un mecanismo que motivara a estos últimos a hacerse cargo de los niños. De esta forma, el SENAME debía pagar a aquellas instituciones que quisieran brindar este tipo de prestación, fijándose una cuota de Unidades tributarias Reajustables por cada niño que atendiera diariamente. Paralelamente a lo anterior, y siempre con el objeto de motivar al sector privado a intervenir en el sistema se incrementaron sustancialmente los recursos en esta área, en un 160% (Alvarez, 1994, p. 273). Con ello el Estado dejaba de administrar una serie de instituciones por sí mismo, y los particulares asumían esta función por medio de subvenciones del Estado. Señala Cillero que, en esta nueva política, el punto más conflictivo fue -y lo sigue siendo- la administración privada de lugares de privación de libertad de menores (1994, p. 115).

Del mismo modo, el sistema contemplaba la realización de convenios con las instituciones colaboradoras, de manera que estas instituciones podían acceder al financiamiento del SENAME mediante la firma de un convenio que definiera los derechos y deberes a los que se comprometían las partes. Tal como señala Alvarez, en la práctica, y con el objeto de traspasar los centros a la administración privada, el SENAME aceptó que muchas instituciones firmaran convenios -el 45% aproximadamente-, privilegiando la atención de menores que presentaban menos problemas, por ejemplo, con retraso pedagógico y sin problemas de conducta. Ello trajo como consecuencia que se postergaría la asistencia de los niños que presentarían un daño mayor, marginándolos del sistema (Alvarez, 1994, p. 274).

Por su parte, las funciones del SENAME se reducirían, teniendo en adelante sólo un papel normativo y fiscalizador de la atención brindada a los menores por las instituciones colaboradoras (Alvarez, 1994, p. 274). Para ello se incorporó un sistema de información computacional a la labor del SENAME, para lo cual se estableció un flujo de información en que el Servicio pagaba las subvenciones, sólo una vez que las instituciones entregaban la información de los menores atendidos que se les solicitaba. Con ello se logró mantener una base de datos actualizada sobre el número y características de los niños atendidos, así como de las instituciones colaboradoras (Alvarez, 1994, p. 275).

La crisis de los 80 y los resultados de las reformas implementadas

Desde fines de 1981 comenzó a desarrollarse en Chile una gran crisis económica, que trajo como consecuencia altas tasas de desempleo, reducción de los salarios reales y contracción del gasto fiscal. Según cifras divulgadas por la revista Solidaridad, la cesantía había aumentado de 10,4% en 1980, a un 18,4% en el primer tercio de 1982, aunque se estima que la cifra real era de 22,8% (Rojas, 2010, p. 711). Los planes de empleo de emergencia implementados por el gobierno tenían un escaso impacto en las finanzas familiares, ya que no eran suficientes para sobrevivir, y con el objeto de paliar la disminución de ingresos, las personas recurrían al trabajo informal, incluido el de niños y niñas. Esta crisis reactivó la crítica social y política al gobierno, provocando un ciclo de movilizaciones callejeras y luego, a partir de mayo de 1983, protestas nacionales, que tuvieron como respuesta una fuerte represión por parte de la autoridad. La situación que afectaba al país también repercutió en la administración del estado, advirtiéndose una serie de deficiencias del sistema de protección de menores.

Si bien es cierto las reformas implementadas aseguraban la transparencia en el traspaso de los recursos, por cuanto la Ley establecía de manera objetiva la entrega de subvenciones y en un principio -año 1981- existió un importante aumento en las subvenciones, como señalamos con anterioridad, lo que significó un incentivo para que varias instituciones quisieran asumir la atención de menores, al año siguiente la entrega de subvenciones sufrió una merma significativa.

En efecto, debido a la crisis en la economía, en que el producto interno bruto se redujo un 14,3% y el desempleo aumentó al 23%, se adoptó la medida de rebajar en un 5% las subvenciones. En julio del mismo año se suspendió la reajustabilidad automática de las mismas y en 1989, se entregaba un 135% menos de lo que se entregaba en 1981 a las instituciones por cada niño atendido. Así, mientras en el año 1981, se entregaban \$443.074 anuales por menor atendido en una de las instituciones colaboradoras, n el año 1989 se entregaban \$166.908 anuales por menor. En consecuencia, el sistema perdió el principal atractivo que tenía el sector privado para participar en la atención de niños, por lo que muchas nuevas instituciones dejaron de formar parte de él (Alvarez, 1994, p. 276).

Esto también dificultó el papel fiscalizador del SENAME, toda vez que, debido a la escasez de recursos, el Servicio no podía exigir el cumplimiento de procedimientos y normas a las instituciones colaboradoras, además que se hizo difícil caducar convenios a las instituciones por mal funcionamiento, ya que no había otras instituciones que quisieran hacerse cargo de la protección de Menores (Alvarez, 1994, p. 277).

Así, a un año de la puesta en práctica se produjeron fracturas en el sistema, por cuanto el pilar fundamental de éste, el sistema de subvenciones, fue modificado y mutilado (Alvarez, 1994, p. 277).

Otras de las deficiencias del sistema que destaca Jorge Alvarez Chuart fue el crecimiento inorgánico de la cobertura asistencial y problemas de focalización de los recursos. Como se señaló entre los años 1979 y 1989 hubo un aumento de cobertura asistencial de un 55%, que en su mayoría eran Centros de tipo internados, ya que el régimen de subvenciones privilegia la creación y administración de este tipo de centros. Debido a la mayor cantidad de Centros de tipo internado, muchos niños que requerían centros diurnos de carácter preventivo, eran atendidos en internados, que son más costosos para el estado (4 veces más para cada plaza por internado), produciéndose en consecuencia una desviación de recursos. Como destaca Alvarez, entre 1983 y 1989 un 40% de los niños internos no debían estarlo, lo que provocaba un desarraigo con su familia y entorno social, mantenerse en un ambiente que no era adecuado para su formación, a más de un mal uso de recursos por parte del Estado (1994, p. 278).

Otras de las deficiencias del sistema, quizás la más grave, fue la internación de niños en recintos carcelarios. En efecto, y tal como se señaló, con la creación de los Centros de Observación y Diagnóstico (COD) y los centros de rehabilitación conductual (CERECO), más el traspaso de los centros existentes a manos del SENAME, se pensó en erradicar los menores de las cárceles, lo que no se produjo, de tal modo que en 1989 eran más de 8.000 menores ingresados anualmente a recintos carcelarios, sobrepasando el manejo técnico de las instituciones colaboradoras a cargo (Alvarez, 1994, p. 278).

La escasez de recursos, sumado a la sobrepoblación de niños en instituciones colaboradoras, trajo como consecuencia una serie de dramáticos acontecimientos, tales como fugas masivas, incendios y muerte de niños que significó el cierre de algunos establecimientos, y la necesidad de derivar a los niños a recintos carcelarios. En el año 1984, esta realidad fue representada por los jueces de Menores de la región Metropolitana, por medio de oficio del 10 de septiembre de 1984 a la Corte Suprema, donde se denunciaba que los jueces tenían un alto grado de dificultad para incorporar oportunamente a los menores al sistema asistencial, por cuanto el sistema a más de determinar un número de menores que serían objeto de atención, precisaba requisitos de edad, coeficiente intelectual, escolaridad y otros, de manera que en la práctica los menores que necesitaban mayor atención, quedaban en mayor riesgo. Proponían que el Servicio retomaran la administración de Casas de Menores y Centros de rehabilitación Conductual” (Alvarez, 1994, p. 279). Si bien el SENAME tenía dentro de sus facultades de conformidad a Ley Orgánica N° 2465, no contaba con los recursos ni la dotación de personal suficientes para cumplir con esta función (Alvarez, 1994, p. 280).

Todo esto se tradujo en la deficiencia en la atención de menores, toda vez que estos permanecían en él por largo tiempo, que en su mayoría egresaban del sistema sin una solución a su problema, y que, en consecuencia, la mayoría de los menores reingresaban al sistema en breve tiempo. En efecto, la permanencia de los niños no disminuyó entre la creación del SENAME y el año 1989, por el contrario, hubo un leve aumento en el número de niños que permanecía 5 años y más en el sistema (Alvarez, 1994, p. 280). En cuanto al egreso de los menores del SENAME, se observa en el mismo período de tiempo que el porcentaje de niños que egresó del sistema por solución del problema que originó su ingreso, aumentó de un 24,1% a un 29,5%, sin embargo, este porcentaje era muy bajo, frente al número de niños y jóvenes que egresaban por otras causas, que en 1988 era de un 70,5%, el resto, en cambio, egresaba por la interrupción del tratamiento, determinación del tribunal y en un porcentaje bastante alto -cerca del 20%- por fuga (Alvarez, 1994, p. 281). Finalmente, como se señaló, había un alto porcentaje de niños que reingresaban al sistema: se observaba que, en 1985, reingresaba al sistema un 26,6% de los menores, y en 1988 un 28,3%, lo que significaba alrededor de 3 mil millones anuales para el Estado en 1992, por un tratamiento que tenía muy poca efectividad (Alvarez, 1994, p. 282).

Como señala Pilotti durante la década de los 80, varios Estados se vieron afectados por una de las crisis económicas más graves del siglo. Debido a ello, los Estados se vieron en la necesidad de adoptar medidas de emergencia para paliar la deuda externa, que a su vez acarrearán consecuencias, tales como la reducción del empleo y de los ingresos y, en consecuencia, hubo un aumento de precios de los productos básicos y una reducción del gasto público en servicios básicos como la salud, la educación y los temas sanitarios. Como resultado de este proceso, aumentó el porcentaje de pobres en relación al total de la población de un 41% en 1980 a un 44% en 1989 (Pilotti, 1994, p. 15). Los menores ingresos percibidos por las familias pobres, junto a la disminución de subsidios y prestaciones por parte del Estado, tuvieron un impacto negativo en la condición de vida de los niños latinoamericanos, surgiendo nuevos problemas, tales como niños en situación de calle, drogadicción, conductas antisociales, trabajo infantil, tráfico y venta de niños, prostitución, infancia afectada por conflictos armados, entre otros. Así, la preocupación por la infancia comienza a alejarse del tradicional enfoque asistencial y caritativo, para constituir un problema social, con connotaciones políticas (Pilotti, 1994, p. 16).

En este contexto, se instalaron en América Latina políticas tendientes al establecimiento de un Estado de Bienestar Social que Pilotti define como "la articulación de modos de intervención y de regulación social -políticas sociales- en el mundo capitalista", adoptando distintos modelos según la particularidad de cada país (1994, p. 24). En particular en América Latina, el establecimiento del Estado de Bienestar se genera en un contexto de capitalismo tardío, que se caracterizó por poseer un modelo de desarrollo económico "concentrador y excluyente" que deja fuera a un conjunto de la población, marginada por la pobreza que, a su vez, exige "respuestas del estado para hacer frente a la expansión de la miseria" (Pilotti, 1994, p. 24). Señal Pilotti que ello trajo como consecuencia la creación de una compleja red asistencial destinada al auxilio de los más necesitados, pero a la que recurrían sectores insertos en el "mercado formal", pero que, por sus bajos salarios, se encontraban entre los "grupos de riesgo". Así, los programas asistenciales, destinados, en un principio, a combatir la miseria, se sobrecargaron, debiendo afrontar las carencias de más de un tercio de la población. En Chile la creación del SENAME se insertó dentro de las políticas sociales que impuso el gobierno militar y que respondían a los postulados ideológicos del nuevo régimen. Así, se traspasó la atención de menores al sector privado, de manera de reducir al máximo la injerencia del estado en este ámbito. Sin embargo, al poco andar se advirtió la ineficacia de un sistema que privilegiaba la atención de aquellos menores con menos problemas, pero que postergaba e institucionalizaba la marginación de los menores más necesitados. A ello se sumó, el régimen de subvenciones, que como se señaló se fue mermando con el tiempo, y que

privilegiaba el internado de niños y jóvenes, con prolongada permanencia, a pesar de que muchos de los niños no lo requerían, generando una serie de problemas anexos como, el desarraigo de sus familias.

Como señala Cillero la reforma no había apuntado a los centros neurálgicos del problema y habían agregado una nueva tensión al sistema, cuál era la coordinación entre el Poder Judicial, el SENAME y las instituciones colaboradoras, lo que se debió a la necesidad de aplicar un modelo ideológico determinado y no tuvo en consideración los intereses y derechos de la infancia (1994, p. 116).

Regreso a la democracia e infancia en Chile.

El fin de la dictadura da inicio a un proceso de reconstrucción de la democracia en que el nuevo conglomerado -Concertación de partidos por la Democracia- anunciaban como uno de sus misiones fundamentales el respeto y promoción de los derechos humanos. En este contexto se agregó la oración final al inciso segundo del artículo 5° de la Constitución Política de la República, que señala: “es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como los tratados ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”. Ley 18.825, de 17 de agosto de 1989. Gracias a esta Ley de reforma constitucional, se modificaron varios artículos de la Constitución Política, con el objeto de perfeccionar ciertas instituciones “a fin de que la vida política del país se desenvuelva en el futuro con tranquilidad ciudadana, con lealtad a las normas básica y con criterios concretos de respeto a los derechos de las personas”⁹.

Paralelamente a ello, el 20 de noviembre de 1989 la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobaba la Convención sobre Derechos del Niño y, al interior del Estado de Chile, el 10 de julio de 1990 el congreso aprobó el texto que fue ratificado el 13 de agosto del mismo año por el Presidente Patricio Aylwin.

De esta manera en 1992 se formuló un Plan Nacional a favor de la Infancia, en el que se definieron 10 áreas de acción: desarrollo infantil y educación inicial; educación básica; salud-materno-infantil; nutrición; consumo de drogas; maltrato, abandono y abuso sexual; discapacidad; conflicto con la justicia; agua y saneamiento básico y problemas ambientales (Rojas, 2010, p. 715). Tal como destaca Jorge Rojas, el trabajo infantil fue incorporado de manera tardía en 1996, a pesar de la rápida suscripción por parte del Estado de la Convención, no se adecuaron las políticas públicas en torno a ella. Solo a nivel local se advierten algunas iniciativas en la década de los 90 como las Oficinas de la Infancia que se crearon en algunas Municipalidades para luego constituirse la Comisión de Infancia en la Asociación Chilena de Municipalidades. Del mismo modo, el SENAME apoyó esta acción por medio de los centros de Protección Integral de Niños y Adolescentes (CPI), que luego se transformaron en las oficinas de protección de derechos (OPD). El 2003, se registraban 27 OPD, de las cuales un tercio estaba en Santiago (Rojas, 2010, p. 715). En el ámbito local se crearon también las Juntas de vecinos Infantiles, Consejos locales del niño, y se reorientó la labor de algunas ONG, tales como la sección chilena de defensa del Niño Internacional (DNI-Chile), la Fundación de Protección a la Infancia Dañada por Estados de Emergencia (PIDEE), la Vicaría de la Solidaridad, desaparecida en 1992, se transformó en la nueva Vicaría de la Pastoral Social del Arzobispado, el Servicio de Paz y Justicia (SERPAJ) y la Fundación programa de Menores, que en 1998 pasó a denominarse Fundación de Apoyo a la Niñez y sus derechos (ANIDE) (Rojas, 2010, p. 716).

⁹ Historia de la Ley n° 18.825. Reforma de la Constitución Política de la república. Disponible en <https://www.bcn.cl>.

Del mismo modo, y en la época de discusión de la Convención de derechos del Niño, se creó una agrupación de ONG, el Grupo de Apoyo a la Convención sobre derechos del Niño (GAN), que colaboró con el gobierno para presentar un primer balance de los realizado por el Plan Nacional de Acción a favor de la infancia, aunque con el tiempo dichas organizaciones quisieron mantener su autonomía respecto del gobierno y fue disminuyendo el aporte de estas instituciones a las acciones de gobierno (Rojas, 2010, p. 717).

En este contexto, en el año 1993, el Comité de derechos del Niño emitió el primer documentos que contenía el examen de los informes presentados por el Estado de Chile de conformidad al artículo 44 de la Convención sobre derechos del niño¹⁰. Allí se advertía la necesidad de que Chile adecuara su legislación a la Convención sobre derechos del niño, de manera que las políticas del estado se enfocaran en mejorar la calidad de vida de los niños y jóvenes, en especial, los que pertenecían a los grupos más desfavorecidos. Señala el documento, que en Chile persistía importantes diferencias geográficas a nivel regional y comunal en los indicadores de mortalidad infantil y rendimiento escolar, entre otros, que contrastaban con los indicadores promedio a nivel nacional. Ello exigía un refuerzo en los programas sociales que contribuyeran a una mayor igualdad de oportunidades, discriminado positivamente hacia los grupos menos favorecidos. Asimismo, el Comité señaló que los problemas relativos a la situación de la infancia, ya no estaban relacionados con la cobertura de los servicios básico, sino más bien con su calidad, a lo que se suman otros problemas que estaban ocultos como el mal trato infantil, el abandono y el abuso de menores, el embarazo adolescente, la drogadicción y el alcoholismo, la situación de los menores con discapacidad, el medio ambiente, entre otros.

Del mismo modo, exhortaba al Estado de Chile a trabajar en conjunto con las ONG, organizaciones comunitarias, iglesias, universidades y otras, por cuanto estas instituciones tenían la experiencia y capacidad para abordar los asuntos de la infancia. Se recomienda que el Estado adapte su trabajo para complementar y apoyar los esfuerzos de la sociedad civil y de la familia en los asuntos de la infancia. En definitiva, el Comité reafirma la necesidad de que en Chile el niño sea considerado como sujeto de derechos, y que es un deber de la sociedad democrática, el cuidado, protección y promoción de la infancia, tomando en consideración que los niños son los más vulnerables a la reproducción de la pobreza, pero también que representan la posibilidad de un futuro mejor desde el punto de vista social y económico.

Finalmente, si bien el Comité reconocía los esfuerzos que el estado había realizado al aumentar el gasto social en un 50% respecto del presupuesto heredado del régimen militar, lo que había impactado en las políticas sociales, reconoce como desafío central para el estado de Chile la necesidad de superar vacíos, contradicciones e inadecuaciones de la legislación nacional y la practica judicial vigente. Así recomendaba al Estado enfrentar la necesaria coordinación y desarrollo institucional en el ámbito de las políticas publica dirigidas hacia la infancia, y la apertura y el perfeccionamiento de espacios institucionales que posibiliten una acción conjunta entre el Estado y la sociedad Civil. Advertía la dispersión con la que actuaban los servicios públicos, donde observaba la coexistencia de un elevado número de instituciones que trabajaban a favor del menor pero que dependían de distintos ministerios o sectores, con diferentes niveles de desagregación territorial.

Del mismo modo, el Comité mostró su preocupación por los niños en riesgo social, en especial aquellos en situación de carencia, abandono o cuya tuición se encuentra alterada, en que el deber del Estado era de asegurar su protección y pleno desarrollo. Cuestionó, sin embargo, el régimen de internado de los sistemas asistenciales dirigidos a proteger y a asistir a los niños en circunstancias especialmente

¹⁰ Disponible en <http://unicef.cl/web/informes-comite/>

difíciles o en situación irregular como, asimismo, observó la carencia de programas que apunten a tratar problemas específicos tales como la drogadicción, el alcoholismo, el maltrato y los niños de la calle.

Así, el Comité exhortó al Estado a priorizar la siguientes áreas en los próximos años:

- a) ampliación de la cobertura de atención preescolar de 0 a 6 años, particularmente para los niños de familias pobres, a través de alternativas no convencionales que privilegien la participación familiar y comunitaria;

- b) programas de prevención y atención al maltrato infantil, desde una perspectiva integral, que incorpore dimensiones de la salud, de la psicología, de la educación y del derecho;

- c) resolución del problema de los menores de 18 años privados de libertad, ampliando las políticas de prevención del conflicto con la ley y profundizando la capacitación laboral para este grupo, con el propósito de desinternar a todos aquellos que no presentan graves problemas de compromiso delictual;

- d) desarrollar programas que tiendan a la protección de los niños de la calle y de los que trabajan, para promover su reinserción familiar y comunitaria;

- e) dar cumplimiento a las metas fijadas para el decenio, incluidas en el Plan de Acción en Favor de la Infancia.

Desde la ratificación de la Convención sobre los derechos del niño, se advertían cambios significativos en la sociedad chilena y en los niños. En el informe de la UNICEF denominado “Situación de los Niños y Niñas en Chile. A 15 años de la Ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño. 1990-2005”, se advertía que desde el año 1990 la pobreza total y la pobreza infantil de redujeron a la mitad en Chile¹¹, aun cuando no se había acortado la brecha entre los más ricos y los más pobres, lo que afecta directamente a los niños, ya que proporcionalmente son más niños los que viven en los hogares de menores ingresos.

La situación económica creó un contexto favorable para el mejoramiento de las condiciones de vida, y entre 1990 y 2004 el PIB crecía a razón de un 5,9% anual. Del mismo modo, hubo una transición demográfica, de tal manera que entre 1970 y 2003, los niños pasaron de ser la mitad de la población, a constituir menos de un tercio de la población (UNICEF, 2005, p. 4).

Sin embargo, y a pesar de que se advertía una disminución de la pobreza, los niños y adolescentes en Chile seguían siendo los más afectados por ella. En efecto, el año 1990 la pobreza total de la población alcanzaba el 38,6%, la pobreza en los menores de 18 alcanzaba el 50,7%, la indigencia total de la población era de un 12,9% y la indigencia en menores de 18 años, alcanzaba el 19,1%. Estas cifras se habían transformado sustancialmente en 2003, aunque los niños seguían siendo los más afectados. Así, el 2003 la pobreza total era de un 18,8%, la pobreza en menores de 18 años era de un 26,9%, la indigencia total era de un 4,7% y la indigencia en menores de 18 era de un 7,3% (UNICEF, 2005, p. 5). A ellos se sumaban otros factores, que aumentaban el riesgo de que los niños vivieran en condiciones de pobreza, tales como el hecho de que la pobreza y la indigencia son mayores entre los hogares cuya jefa de familia es una mujer. Ello es aún más relevante tomando en consideración que en 1990 el 45% de los hogares

¹¹ Disponible en www.unicef.cl/archivos_documento/138/unicef.pdf

tenía una mujer jefa de hogar, mientras que en 2003 era el 61% de los hogares en esta condición (UNICEF, 2005, p. 5).

Del mismo modo, se advertía que la distribución del ingreso no era equitativa, toda vez que desde 1990 dicha distribución prácticamente no había sufrido transformaciones, ubicando a Chile entre los 10 países más inequitativos del planeta. Para abordar esta situación los gobiernos desde el regreso a la democracia, incrementaron el gasto social desde un 12,6% del PIB en 1990 a un 14,7% del PIB en 2003 (UNICEF, 2005, p. 7).

Paralelamente a ello, la nueva política social que se inspira en la Convención sobre derechos del Niño, tiende a disminuir el rol tutelar y de control del Estado y favorecer la responsabilidad de las familias y de la comunidad, por lo que a partir de los 90, como señalamos, comienza una fuerte crítica a sistema legal e institucional contenido en las leyes de menores, que no diferenciaba entre los niños víctimas, excluidos o infractores a la ley penal. Esto, que fue advertido por el Comité de derechos del niño, se abordó en base a estrategias administrativas, de tal manera que a partir de dicha década comienza a disminuir la internación de niños en dichos centros, a raíz de su situación económica, y a la ampliación de servicios de apoyo a la familia, hasta que entró en vigencia la nueva justicia de familia y la ley de responsabilidad penal adolescente, como veremos a continuación.

Transformaciones legales en Chile, luego de la ratificación de la Convención sobre los derechos del niño. Período entre 1990 hasta nuestros días

Luego de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del niño, y gracias a las recomendaciones realizadas por el Comité de Derechos del Niño, en Chile se han producido una serie de transformaciones en el ámbito legal, que demuestran la importancia de estos instrumentos y el impacto en las políticas públicas, que es de interés revisar a continuación:

En materia penal, se endureció la legislación en materia de abusos sexuales contra menores, aumentando la penalidad de ciertos delitos, estableciendo ciertos tipos penales y facilitando los procedimientos, por ejemplo, a través de la Ley 19.617 de julio de 1999 y la Ley 19.927 de 5 de enero de 2004. La Ley 19.617, definió ciertos delitos sexuales, y fijó en 12 años la edad límite de consentimiento sexual, común para niños y niñas. Poco después se modificó la edad mínima de los contrayentes en el matrimonio civil en 16 años. Del mismo modo, se despenalizaron las relaciones sexuales entre personas del mismo sexo, pero sólo tratándose de los mayores de 18 años, ya que el artículo 365 del Código Penal, sigue penalizando el acceso carnal a un menor de 18 años, entre personas del mismo sexo, aun cuando no medien las circunstancias de los delitos de violación y estupro. En consecuencia y tal como señala Rojas, nuestro Código penal mantiene dos criterios de edad en materia de consentimiento sexual: a partir de los 14 para relaciones heterosexuales y a partir de los 18 para el caso de las relaciones homosexuales (Rojas, 2010, p. 720).

A lo anterior, se debe considerar que, a partir del año 1987, se crean centros de atención de víctimas de delitos sexuales a cargo de la Policía de Investigaciones. Así, en la región Metropolitana se crea el Centro de Asistencia a Víctimas de Atentados Sexuales (CAVAS), dependiente del Instituto de Criminología de la institución, con el objeto de en principio recibir la denuncia de los niños víctimas de delitos sexuales, luego se ampliaron sus funciones ejerciendo paralelamente labores terapéuticas, pericias psicológicas, dentro de las que destacan las relativas a la credibilidad del testimonio. Una vez que se implementa la reforma procesal penal en Chile, se aumenta la planta de peritos y se crean centros en otras regiones del país. En la actualidad existen además las denominadas Brigadas Investigadoras de

Delitos sexuales (BRISEXME), encargadas de la investigación especializada de este tipo de delitos (PDI, 2016, pp. 9-15).

Del mismo modo el año 2017 se dictó la Ley 21.013 que tipifica el delito de maltrato y aumenta la protección de personas en situación especial. Esta Ley introduce modificaciones a diversos cuerpos legales, entre otros, al Código Penal, a la Ley 20.066 que Establece la Ley de Violencia Intrafamiliar y al Decreto ley N° 645, de 1925, sobre registro general de Condena. En lo concerniente a las modificaciones al Código penal, aumenta en un grado las penas en contra de las personas que cometan el delito de lesiones cuando la víctima sea menor de edad, y tipifica el delito de maltrato a menores de 18 años de edad, adultos mayores y personas en situación de discapacidad.¹²

En el ámbito de la igualdad entre los niños en el año 1998 se dictó la Ley de filiación única. Si bien es cierto Chile había ratificado varios tratados internacionales que prohibían la discriminación de los hijos, tales como la Declaración Universal de los Derechos del Hombre (1948), el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (1966), el Pacto Internacional de los derechos Económicos Sociales y Culturales (1969), la Convención Americana sobre derechos Humanos (1969) y la misma Convención sobre Derechos del Niño, recién en 1998 se dicta la Ley 19585, que termina con la diferenciación entre hijos legítimos e ilegítimos que como señalamos, regía en Chile desde la época de la Colonia.

En efecto, en las recomendaciones al primer informe de Comité de derechos del Niño de 1994, se advirtió que la diferenciación de los niños en legítimos e ilegítimos según el estado civil de sus padres, era discriminatoria y contraria a la Convención de derechos del niño. Del mismo modo, la Ley promueve el derecho a la identidad y de responsabilidad de los padres, al introducir mecanismos más eficaces de investigación de paternidad. Si bien, esta modificación contribuyó a un efectivo reconocimiento a los principios de trato igualitario a los hijos, el derecho a la identidad y del interés superior del niño consagrados en la Convención, al mismo tiempo, y desde el punto de vista cultural, contribuyó a que Chile se convirtiera en una sociedad más igualitaria y democrática, y sienta la base de otros procesos que también contribuyen a la igualdad, como las transformaciones en la legislación laboral, en la salud y en la educación (UNICEF, 2005, p. 24). A pesar de estos avances, la Ley siguió distinguiendo entre hijos de filiación matrimonial y no matrimonial, lo que constituye una discriminación contraria a la Convención sobre derechos del niño.

En lo relativo al derecho de los niños a la convivencia familiar, desde la década del 90 se comienzan a hacer esfuerzos para erradicar la violencia al interior de la familia. El año 1994 se aprueba la ley 19.325 que sanciona la violencia intrafamiliar. De acuerdo a los antecedentes que se recopilaron a partir de la discusión de la Ley, en 1994 el 63% de los niños y niñas sufría algún tipo de violencia física causada por sus padres o parientes (UNICEF, 2005, p. 25). Del mismo modo, el año 1998, se modificó la norma que establecía la facultad del padre para castigar a los hijos, que regía en Chile desde 1928 (Rojas, 2010, pp. 722 y 723). Según la nueva redacción de la Ley 19.585, los padres tienen “la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal”. Establecía además que de producirse dicho deterioro o se temiere fundadamente que ocurra, el juez podía decretar medidas de resguardo del hijo, además de las sanciones que correspondieren (artículo 234 del Código Civil). Sin embargo, a fines de 2007 el Comité de derechos del niño, manifestó nuevamente su preocupación por la ambigüedad con que el derecho de corrección se mantenía en nuestra legislación y recomendó modificar

¹² Ley 21.013, disponible en <https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=1103697>

el referido artículo 234 del Código Civil, lo que ocurrió en agosto del año 2008, con la sanción de la Ley 20.286¹³.

Sin perjuicio de la discusión que suscitó la ambigüedad de la expresión de “maltrato psicológico” (Rojas, 2010, p. 723), ya en el año 2000, se podía hacer un balance positivo de la implementación de esta ley, toda vez que la cifra de maltrato infantil había disminuido al 53,9%, pero, además se advirtió la disminución de la violencia física grave, que pasó de un 34,3% en 1994, a un 25,4% en 2004 (UNICEF, 2005, p. 25).

En lo relativo al trabajo infantil, en los años noventa también se realizaron esfuerzos primero por regular formas de trabajo infantil que no estaban cubiertas por el Código del trabajo, o que lo estaban, pero parcialmente, para luego, gracias a los convenios con la OIT, para erradicarlo. Se distinguió así, entre el trabajo infantil -menores de 15 años-, que fue prohibido, y el trabajo adolescente -mayores de 15 y menores de 18- que quedó limitado a la realización de ciertas labores y a la autorización de los padres. El 2007, se les exigió además a los mayores de 15 y menores de 18, cumplir con la escolaridad básica, y adicionalmente, se definieron ciertas actividades peligrosas o riesgosas, de las que fueron excluidos los menores de 18 años.

Sin embargo, el trabajo infantil es una realidad que afecta principalmente a los niños pertenecientes a las familias más pobres, por cuanto genera recursos para dichos hogares, pero al mismo tiempo, dificulta la plena satisfacción del derecho a la educación, lo que se advierte por los altos niveles de deserción escolar e impacta en el aprendizaje, por el poco tiempo dedicado al estudio, por lo que, para la UNICEF, el trabajo infantil es causa de la pobreza (UNICEF, 2005, p. 19). De acuerdo a una encuesta realizada por la OIT y el Ministerio del Trabajo en 2003 había en Chile aproximadamente 238.000 niños entre 5 y 17 años trabajando, lo que representaba un 6,6% de la población nacional de ese grupo etario. Según la misma encuesta, aunque la mayoría de los niños y niñas trabajadores se encuentran estudiando -83%-, los que trabajan y estudian dedican en promedio 23 horas semanales al trabajo, lo que constituye evidentemente un obstáculo para satisfacer el derecho a la educación de estos niños (UNICEF, 2005, p. 19).

En cuanto al derecho de los niños a una protección legal y judicial, se advertía en 2005 que las familias más pobres tendían a judicializar los problemas sociales, lo que impactaba en el alto índice de internación judicial que, en la práctica, como ya señalamos, significaba separar a los niños y niñas de sus familias debido a los problemas asociados a la pobreza. Así, a partir de 1990 se produce una fuerte crítica al sistema, que como a señalamos, tenía deficiencias de fondo y no consideraba a los niños como sujetos de derechos, de manera que distintos sectores clamaban por disminuir el rol tutelar del estado, y favorecer la responsabilidad de la familia y de la comunidad. Ello trajo como consecuencia, una disminución progresiva de internación de niños y niñas pobres y la ampliación de servicios de apoyo en el medio familiar, que se intentará reforzar el 2005 con la Ley de Subvenciones de las Instituciones Acreditadas por el Servicio Nacional de Menores, la nueva justicia de familia que entró en vigencia en octubre de

¹³ Artículo 234 (bis): Los padres tendrán la facultad de corregir a los hijos, cuidando que ello no menoscabe su salud ni su desarrollo personal. Esta facultad excluye toda forma de maltrato físico y psicológico y deberá, en todo caso, ejercerse en conformidad a la ley y a la convención sobre los derechos del niño.

Si se produjese tal menoscabo o se temiese fundadamente que ocurra, el juez, a petición de cualquier persona o de oficio, podrá decretar una o más de las medidas cautelares especiales del artículo 71 de la ley n° 19.968 [sobre tribunales de familia], con sujeción al procedimiento previsto en el párrafo primero del título IV de la misma ley. Ley 20.286 de 28 de agosto de 2008. Disponible en www.bcn.cl

2005, y posteriormente la Ley de responsabilidad penal adolescente, que se estaba tramitando en el Congreso ese mismo año (UNICEF, 2005, p. 23).

Finalmente, y en cuanto al derecho de los niños y niñas a la protección legal y judicial, la Ley de responsabilidad Penal Adolescente venía a dar respuesta al sistema tutelar implementado en Chile en la década del 80, al cual nos referimos detenidamente en el apartado anterior. El proyecto que ingresó al Congreso en 2002 fue objeto de duras críticas por cuanto eliminaba el trámite del discernimiento y establecía como edad para aplicar el principio de la irresponsabilidad penal a 14 años, ya que anteriormente era de 16. Finalmente, la Ley 20.084, fue promulgada a fines de 2005, para que entrara en vigencia en junio de 2007. La ley establece que los menores de 14 años quedarán sometidos a la Ley de Menores aún vigente y que los adolescentes entre 14 y 18 años son considerados responsables ante la ley penal, teniendo derecho a defensa gratuita (Rojas, 2010, p. 721). Asimismo, establece que, en caso de condena, las penas son más moderadas, aplicando una escala de sanciones que establece la ley, y establece la privación de libertad sólo en los casos más graves, en régimen cerrado o semicerrado, en Centros especiales, donde los adolescentes deben recibir educación y rehabilitación contra las drogas y el alcohol (Rojas, 2010, p. 721). Los que no son reclusos pueden ser objeto de otras medidas, como la libertad asistida, reparación del daño causado a la víctima, servicio a la comunidad, multas y amonestaciones.

A pesar de las recomendaciones del Comité de derechos del niño, en cuanto a que el Estado de Chile debía armonizar el sistema de Justicia de Menores y en particular la nueva legislación con la Convención, y que la privación de libertad fuera una medida impuesta como último recurso, en el año 2007 la Ley 20.191, amplía el plazo de detención de adolescentes de 12 a 24 horas, y impone la obligación de aplicar la pena de internación en régimen cerrado en los delitos más graves (Rojas, 2010, p. 722).

A pesar de la entrada en vigencia de la Ley de responsabilidad Penal adolescente y a los esfuerzos del Estado por aumentar los recursos del SENAME, la situación de los niños niñas y adolescentes que se encuentran en Centros Residenciales en Chile bajo el control de este organismo, está lejos de mejorar. El año 2018 el Comité de derechos del Niño emitió un informe¹⁴ en el que se constataba la violación grave y sistemática de los derechos enunciados por la Convención. Consideró como violaciones graves de los derechos del niño:

1. Violación de su obligación de respetar los derechos de los NNA durante su estadía en las residencias de administración directa del Estado, que ha resultado en una revictimización de los NNA por parte del personal;

2. Violación de su obligación de proteger por no proveer la protección y el cuidado adecuado a NNA que entran en el sistema de protección residencial por haber sido víctimas de vulneraciones de derechos, ni los cuidados necesarios para la recuperación y rehabilitación física y psicológica de los NNA;

3. Violación de su obligación de hacer cumplir los derechos de los NNA por la inexistencia de medidas efectivas y oportunas para poner fin a las violaciones de derechos, tanto en su familia de origen como en las residencias de administración privada.

Además, consideró que eran violaciones sistemáticas a los derechos de los niños niñas y adolescentes, las siguientes:

¹⁴ <http://decs.pjud.cl/comite-de-los-derechos-del-nino-de-las-naciones-unidas-presenta-informe-sobre-resultados-del-procedimiento-de-investigacion/>

1. La falta de una ley integral de protección de la niñez basada en una perspectiva de derechos humanos;
2. La existencia y uso extendido y continuado de medidas judiciales que fallan en su propósito de protección y recuperación;
3. El mantenimiento de un cuadro administrativo del SENAME no adecuado en recursos humanos y financieros;
4. La incapacidad y/o voluntad de tomar medidas eficaces y oportunas a pesar de que la situación del sistema de protección residencial es conocida a través de informes oficiales de los poderes ejecutivo, judicial y legislativo.

A partir de ese diagnóstico el Comité realizó una serie de recomendaciones al Estado de Chile, con el objeto de abandonar la visión tutelar de la infancia, y que su intervención sea de carácter subsidiaria. Asimismo, advirtió una excesiva judicialización del sistema y una insuficiencia de los recursos humanos, técnicos y financieros del mismo.

Finalmente, puso énfasis en la necesidad de reparación a las víctimas de cualquier forma de abandono, explotación o abuso, tortura u otra forma de tratos crueles e inhumanos o degradantes, en especial, respecto de aquellas víctimas de violaciones de derechos consagrados en la Convención ya sea por la acción u omisión de los poderes Ejecutivo, Legislativo y Judicial, como a través de las acciones u omisiones de funcionarios del SENAME y trabajadores de los OCAS.

A partir de estos informes se envió un proyecto de reestructuración del SENAME, que tiene por objeto suprimir dicho servicio y reemplazarlo por dos servicios dependientes de distintos Ministerios. En 2018, se envió proyecto de ley al Congreso que busca la creación de un Servicio Nacional para la Protección de la infancia y la adolescencia, dependiente del Ministerio de Desarrollo Social y un Servicio de Reinserción Juvenil dependiente del Ministerio de Justicia. Sin embargo, hay propuestas en este sentido desde el año 2012 y no se han advertido cambios significativos en la materia, sino más bien cambios cosméticos. Ello es especialmente preocupante toda vez que el Instituto Nacional de Derechos Humanos (INDH) reveló en informe de enero de 2018, tras un estudio aplicado al interior de 171 Centros del SENAME, que 23 niños declararon haber sido víctimas de abuso sexual, a lo que sumaba la violencia institucionalizada y entre pares. Se constató en dicho documento que en su mayoría (78%) los abusos fueron realizados por otro menor, y en un 8,6% de los casos por un adulto que trabajaba en el Centro. De los menores abusados el 86% correspondía a niñas que declararon haber sufrido tocaciones en sus partes íntimas o insinuaciones de carácter sexual.¹⁵ Del mismo modo, a mediados del año 2018, el Servicio confirmaba la muerte de 11 niños durante el primer semestre de ese año, que se encontraban dentro del área de protección del Servicio, ya sea en programas ambulatorios o en residencias en organismos colaboradores. Además, 5 niños fallecieron mientras se encontraban cumpliendo medidas de libertad impuestas por Tribunales de Justicia.

Como se advierte de lo relatado en los apartados anteriores, en la década del noventa no existía un sistema integrado de justicia de familia e infancia, sino competencias separadas en distintos Tribunales. Así, subsistía paralelamente la competencia de los juzgados de menores y la de los juzgados civiles y, en materia penal, compartían competencia los juzgados de menores y los juzgados del crimen. Era necesario entonces, modernizar la justicia de familia, adecuando distintas normativas, entre ellas la Ley de Matrimonio Civil, Filiación y de Violencia Intrafamiliar. Para ello se requería aumentar

¹⁵ Disponible en www.indh.cl//destacados-2/mision-de-observacion-sename-2017/

considerablemente el número de jueces y funcionarios, pero también financiar la construcción y mantención de nuevas instalaciones (Casas et al, 2018, p. 3). Así se invirtieron 58 mil 500 millones de pesos, creándose 60 nuevos tribunales especializados en familia, 258 cargos de jueces de familia (Casas et al, 2018, p. 3). Del mismo modo, se estableció un procedimiento oral y desformalizado, que permitía simplificar la tramitación de casusas y obtener rápidamente la resolución del conflicto, pretendiendo producir un efecto similar al del nuevo proceso penal, que había entrado en vigencia en el 2000 en algunas regiones y gradualmente en otras, hasta el año 2005.

Desde la entrada en vigencia de la ley, se advirtieron problemas serios en su implementación. En efecto, tal como señala Casas et al., en un estudio exploratorio realizado en 2018, la Ley se implementó en un breve periodo de tiempo -13 meses- ya que la Ley, promulgada el 30 de agosto de 2004, establecía un período de vacancia legal, y entraba a regir a partir de octubre de 2005. A diferencia de la reforma procesal penal, se optó por una puesta en marcha simultánea en todo el país de la Ley que crea Tribunales de familia, aunque la dotación de personal fue gradual, comenzando a funcionar con prácticamente la mitad de los jueces que requería el sistema (Casas et al, 2018, p. 7). Al problema de la falta de personal, se sumaba que el equipo técnico encargado de la implementación en todo el país era tan sólo de 7 personas, que no contaba con personal de apoyo en regiones y que debía coordinarse regionalmente con las Secretaría Ministeriales regionales y con el poder judicial a través de su Corporación Administrativa. Todo lo relativo a la capacitación de jueces y funcionarios, diseño de programa y software computacional, difusión de la reforma en todo Chile, la compra arriendo y remodelación de las instalaciones para los nuevos tribunales, realización de estudios técnicos, el diseño de la licitación del sistema de mediación entre otros, quedaba a cargo de este exiguo grupo de personas, lo que a todas luces era insuficiente para implementar una reforma de esa envergadura Casas et al, 2018, p. 7). Así se suscitaban dificultades en la capacitación de funcionarios, ya que se estableció un sistema de adjudicación de cursos de perfeccionamiento que la Academia Judicial encargó a distintas instituciones, apreciándose diferencias sustanciales en la orientación de estos cursos, generándose un alto grado de incertidumbre entre jueces y funcionarios que llevó a la Corte Suprema a dictar un Auto acordado antes de la entrada en vigencia de la Ley¹⁶. A ello se sumaba que, de acuerdo al artículo 6 transitorio de la Ley, los antiguos jueces de menores podían optar al cargo de jueces de familia en el plazo de 30 días de entrada en vigencia de la nueva Ley, sin embargo, no quedaban sometidos a la obligación de realizar ningún curso de actualización de la nueva Ley, ni examen de conocimientos ni acreditación de antecedentes a diferencia de los nuevos jueces que debían aprobar el curso habilitante de la Academia judicial (Casas et al, 2018, p. 9).

De este modo, la puesta en marcha de los nuevos tribunales de familia fue, por decir lo menos, dificultosa. A los problemas de diseño e implementación señalados con anterioridad, se sumaron problemas de funcionamiento que dicen relación con falta de transparencia, ya que las audiencias son reservadas, existe una dificultad de acceso a las carpetas judiciales e incluso a la agenda del tribunal.

A ello se suman problemas de gestión y de carga de trabajo, que en muchos casos excede la capacidad de los nuevos tribunales, generándose demoras en la citación a audiencias, sobre todo al inicio de su implementación, y aunque en la actualidad los tiempos se han acortado, son muy superiores a los previstos originalmente (Casas et al, 2018, p. 9). Los errores en la estimación de carga del trabajo, sumados a los problemas de programación, gestión y realización de audiencias, el inadecuado uso de las soluciones cooperativas como la conciliación y la mediación, además de la respuesta tardía de las autoridades, propagó rápidamente la noticia de que el sistema había colapsado a meses de su

¹⁶ Auto acordado sobre funcionamiento de los Tribunales de Familia. Acta 104=2005. 30 de septiembre de 2005.

implementación, generando un descontento por parte de los funcionarios, jueces y usuarios del sistema que con el tiempo fue disminuyendo, pero que hasta la actualidad posee deficiencias. Sin perjuicio de ello, y no obstante que la justicia de familia requiere de algunos ajustes para evitar que se produzcan los problemas de funcionamiento señalado, la creación de estos tribunales constituye un avance en la protección de los derechos del niño, por cuanto la nueva justicia de familia recoge los principios rectores enunciados en la Convención sobre derechos del niño. Del mismo modo, la justicia de familia tiene un enfoque interdisciplinario, toda vez que los tribunales cuentan con consejeros técnicos especializados en asuntos de la infancia, lo que contribuye a encontrar soluciones colaborativas y en la que se considere al niño como un sujeto de derechos.

A pesar de ello, subsisten problemas de interpretación respecto de ciertos principios de carácter abstracto e indeterminados, como señala Isaac Ravetllat (2015, pp.903 y sgtes.) al referirse al principio del interés superior del niño. En efecto, en el año 2012 la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) consideró que la Corte Suprema de nuestro país había incurrido en falta o abuso, ya que no había considerado el interés superior de las niñas al resolver sobre la tuición de las hijas del matrimonio Lopez y Atala, principio que precisamente había servido de argumentación a la Corte Suprema, pero en un sentido diverso. En efecto, y tal como se destaca en el caso “Atala Riffo y niñas vs. Chile” de 24 de febrero de 2012, en el considerando 109, la CIDH constató que la interpretación del principio no puede basarse en especulaciones, presunciones, estereotipos o consideraciones generalizadas sobre las características personales de los padres o del concepto tradicional de familia. Agrega, en conclusión, en el considerando 110 que, “al ser, en abstracto, el “interés superior del niño” un fin legítimo, la sola referencia al mismo sin probar, en concreto, los riesgos o daños que podrían conllevar la orientación sexual de la madre para las niñas, no puede servir de medida idónea para la restricción de un derecho protegido como el de poder ejercer todos los derechos humanos sin discriminación alguna por la orientación sexual de la persona. El interés superior del niño no puede ser utilizado para amparar la discriminación en contra de la madre o el padre por la orientación sexual de cualquiera”¹⁷. A estos problemas de interpretación nos referiremos en el apartado siguiente.

En lo relativo a los niños víctimas y testigos en Chile, en el año 2006, según el Informe Final que la UNICEF, en conjunto con el Instituto de Investigación en Ciencias Sociales de la Universidad Diego Portales, denominado “Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, en el marco de la reforma procesal penal”, se determinó que, en promedio, los niños víctimas de estos delitos llegan a declarar entre 6 a 8 veces ante distintos actores del proceso. Entre las recomendaciones que se formularon en dicho informe para evitar la doble victimización de niños víctimas de delitos en el proceso penal, estaba la de “optimizar las diligencias que realizan las Policías, para evitar duplicación de procedimientos y disminuir tiempos de atención. En particular, se sugiere avanzar hacia la posibilidad de registrar auditiva y audiovisualmente la declaración que realiza el niño/a y adolescente en la Fiscalía o en las Policías”.

Asimismo, en el año 2007 el Comité de Derechos del Niño emitió una serie de recomendaciones al Estado de Chile exhortándolo a que “...por medio de disposiciones jurídicas y normativas, garantice que todos los niños víctimas o testigos de delitos, por ejemplo los niños que hayan sido víctimas de maltrato, violencia doméstica, explotación sexual y económica, secuestro y tráfico, y los niños que hayan sido testigos de esos delitos, reciban la protección prevista por la Convención y tome debidamente en cuenta las Directrices de las Naciones Unidas sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños

¹⁷ CIDH, “Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile”, 24 de febrero de 2012, disponible en : http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_239_esp.pdf

víctimas y testigos de delitos (anexas a la resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social, de 22 de julio de 2005)”¹⁸.

Tomando en consideración estos estudios y recomendaciones, al dictarse la Ley 20.253, el 14 de mayo del año 2008, que se denominó “agenda corta anti delincuencia” se incorporó el artículo 191 (bis) sobre la “Anticipación de la prueba de menores de edad”¹⁹. Así se establecía un mecanismo que por un lado permitía la declaración de los niños en un ambiente protegido y que, por otro lado, no vulneraba los derechos del imputado, como el derecho a defensa y a controvertir las pruebas aportadas por el ente persecutor. Sin embargo, a poco andar, se vio la ineficacia de esta norma, por la interpretación de los distintos intervinientes del sistema.

En efecto, a menos de un año de la dictación de dicha norma, el Fiscal Nacional del Ministerio Público emitió un Instructivo por medio de Oficio 160/2009, de 30 de marzo del año 2009, en el que exhortaba a los Fiscales a “...evaluar la conveniencia de hacer uso de la declaración anticipada de acuerdo a las particularidades del caso concreto y principalmente tomando en consideración los demás antecedentes recabados en la investigación pues resulta innegable que en términos de convicción y en base a la inmediación que rige en el nuevo sistema, lo óptimo es la recepción de la prueba ante el tribunal que dictará la sentencia.”

A esto, se le suma el hecho de que sólo se aplica la prueba anticipada de menores en casos de los delitos contemplados en el Libro Segundo, Título VII, párrafos 5 y 6 del Código Penal, esto es, violación, violación impropia, estupro, abuso sexual agravado, abuso sexual propio e impropio, producción de material pornográfico, favorecimiento a la prostitución infantil, trata de personas y obtención de servicios sexuales de menores de edad. Sin embargo, hay delitos que pueden ser tan traumáticos para un niño víctima o testigo como los mencionados. Piénsese en delitos de lesiones graves en casos de Violencia Intrafamiliar donde el niño es víctima o testigo, o de un parricidio cometido por uno de los padres del menor en contra del otro, donde el niño es el único testigo. No se entiende, entonces, la discriminación, sobre todo pensando en que lo que se pretende es que el niño pueda prestar su declaración, sin que por ese sólo hecho resulte nuevamente dañado por un sistema que no respeta su fragilidad.

De esta forma, el año 2014 se envió al congreso un proyecto de Ley que buscaba evitar la victimización secundaria de los niños que intervenían en el proceso penal en calidad de víctimas y

¹⁸ CRC/C/CHL/CO/3 23 de abril de 2007.

¹⁹ Artículo 191 (bis) Código penal: El fiscal podrá solicitar que se reciba la declaración anticipada de los menores de 18 años que fueren víctimas de alguno de los delitos contemplados en el Libro Segundo, Título VII, párrafos 5 y 6 del Código Penal. En dichos casos, el juez, considerando las circunstancias personales y emocionales del menor de edad, podrá, acogiendo la solicitud de prueba anticipada, proceder a interrogarlo, debiendo los intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio.

Con todo, si se modificaren las circunstancias que motivaron la recepción de prueba anticipada, la misma deberá rendirse en el juicio oral.

La declaración deberá realizarse en una sala acondicionada, con los implementos adecuados a la edad y etapa evolutiva del menor de edad.

En los casos previstos en este artículo, el juez deberá citar a todos aquellos que tuvieren derecho a asistir al juicio oral.

testigos de ciertos delitos, ley 21.057 que fue sancionada el 20 de enero del año 2018, y que se analizará con detención en el tercer capítulo de la presente tesis.

Cómo es posible advertir, si bien en Chile han habido avances en lo relativo a la promoción y protección de los derechos del niño, distintos informes de entidades nacionales e internacionales constatan la violación grave de las obligaciones del Estado de Chile, obligaciones que emanan de un instrumento de derechos humanos - la Convención sobre derechos del niño- y sin embargo, subsisten deficiencias que dicen relación con la falta de coordinación de las distintas instituciones que se ocupan de los temas de la infancia, pero también debido a la errónea interpretación de principios que conforman la base del nuevo paradigma de la infancia.

3. Consideraciones finales.

Según lo analizado en el presente capítulo, el reconocimiento de derechos específicos a los niños ha sido un proceso lento, por distintos motivos, entre los cuales destacan circunstancias socio culturales. En efecto, los derechos de los niños -al igual que los derechos de otras minorías- surgieron como una consecuencia de la evolución histórica, que da cuenta de la transformación en el concepto de infancia y de la importancia de esta etapa en el desarrollo de los seres humanos.

Como se analizó, durante muchos siglos el niño fue considerado como un proyecto de adulto, y la infancia una etapa por la que se debía atravesar rápidamente. El padre, tenía amplias facultades sobre sus hijos, lo que se extendió durante toda la antigüedad. Sólo a partir del siglo IV se prohíben ciertas prácticas, como el infanticidio o la posibilidad del padre de disponer de la vida de sus hijos, con el objeto de paliar la alta tasa de mortalidad infantil. No había entonces un sentimiento de apego hacia el niño ni menos una consideración hacia sus derechos.

Durante toda esta época -siglo IV al siglo XIII-, se advierte un sentimiento ambivalente ante el niño. Por un lado, la percepción de que el niño es un ser egoísta, codicioso, que no es de fiar -como lo declara en sus Confesiones, San Agustín- y, desde un punto de vista jerárquico, era considerado lo más bajo de la escala social y ni siquiera se le consideraba como ser humano. Al mismo tiempo, y gracias a la influencia de la Iglesia católica, que tenía como modelo la imagen de Cristo niño, es representado en obras de arte y de la literatura como un ser puro, inocente y libre de pecado, un ejemplo a seguir.

Recién en el siglo XIV, el niño es considerado como individuo, con su propia personalidad, y se produce lo que los historiadores denominan el descubrimiento de la infancia.

Esta consideración hacia el niño, se advierte en el siglo XVII en el pensamiento de Locke y, luego, en el siglo XVIII, en el pensamiento de Rousseau. En especial éste último, llama la atención sobre la necesidad de desarrollar en el niño todas sus cualidades -particularmente, el amor y la piedad- para que se convierta en un ser sociable y logre su felicidad como ser moral.

En el siglo XIX el niño -en especial, el varón-, será considerado como el heredero, el continuador de la familia. Sin embargo, los exponentes del liberalismo moderno -y luego, las teorías voluntaristas- no reconocen en el niño las cualidades necesarias para ejercer los derechos por sí mismos, surgiendo una tendencia paternalista hacia la infancia, propia del proteccionismo tradicional, como se desarrollará a continuación.

En esta época surgen distintas instituciones de control hacia los niños, en especial de aquellos que vagaban en las ciudades, producto del proceso de industrialización. Si bien estas instituciones -y movimientos, como el movimiento "salvadores del niño", ya analizado- tenía por objeto proteger a los

niños que por distintas razones habían sido abandonados o eran infractores de ley, provocaron la instauración de políticas públicas que trajeron como consecuencia la vulneración de garantías básicas reconocidas a todo individuo.

En el siglo XX surge la conciencia en cuanto a reconocer en el niño derechos específicos que se le habían negado por su propia condición.

Del mismo modo, en Chile se advierte la misma concepción hacia el niño y hacia la infancia que existía en Europa, ya que durante la época colonial se aplicaron las normas y costumbres españolas, mezcladas con las costumbres indígenas. En cuanto a la infancia, la época de la República, fue una continuación de la época colonial, en la esfera institucional, social y cultural. Ambas épocas se vieron marcadas por la alta tasa de mortalidad infantil, lo que provocó la implementación de políticas sanitarias a mediados del siglo XIX. En esta época se advierte un nuevo sentimiento hacia la infancia, gracias a la influencia europea, y se produce un debate sobre el castigo que los niños recibían por parte de sus padres y en el sistema educacional.

A comienzos del siglo XX hay una mayor preocupación por la infancia, en especial por la presencia de los niños en la calle y como respuesta a ello, el Estado implementó la Ley de protección a la infancia desvalida y, luego, primera Ley de menores surgiendo el concepto de “menor en situación irregular”, provocando transformaciones institucionales y legales, en el ámbito penal y civil, que subsisten en Chile, hasta fines del siglo XX -y algunas hasta nuestros días.

El regreso a la democracia y la entrada en vigor de la Convención sobre derechos del niño, que Chile ratificó en 1990, provocan que el Estado se enfoque en mejorar la calidad de vida de los niños, pero también quedan de manifiesto las distintas deficiencias del sistema y problemas que estaban ocultos como el maltrato infantil, el abandono y abuso de menores, el embarazo adolescente, la drogadicción y el alcoholismo, como también la situación de los niños con discapacidad y el medio ambiente, entre otros.

Actualmente, y si bien Chile ha avanzado en una serie de asuntos que afectan a los niños a través de políticas públicas y modificaciones legislativas, se advierten aun problemas estructurales que provocan la vulneración de los derechos del niño. En efecto, si bien Chile luego de la ratificación de la Convención sobre derechos del niño, transformó la justicia de familia, incorporando principios como el interés superior del niño y el derecho del niño a ser oído en los asuntos de su interés, en nuestro Código civil el niño sigue siendo un incapaz absoluto hasta cierta edad, impidiéndole ejercer derechos por sí mismo, lo que no se condice con la nueva concepción del niño como titular de derechos. Del mismo modo, se mantienen instituciones que han demostrado ser incapaces de proteger a los niños más vulnerables y que surgieron en base a principios que están obsoletos, frente a la Convención sobre derechos del niño, como el SENAME. Si bien este órgano ha sido objeto de transformaciones, ellas no han significado una mejora significativa en el tratamiento de los niños, que denuncian vulneración de sus derechos más elementales en las instituciones vinculadas a dicho Servicio.

En lo relativo a los niños víctimas y testigos de delitos distintos informes del Comité de derechos del niño y de otros organismos internacionales han advertido la necesidad de proteger a niños que intervienen en el proceso penal en calidad de víctimas y testigos de delitos, para evitar que sufran victimización secundaria, por lo que, en enero del año 2018, se dictó la Ley 21.051, de entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a los menores de edad, víctimas de delitos sexuales. Este tipo de normas, sin embargo, provocan tensiones en el proceso penal, toda vez que la adopción de medidas especiales de protección respecto de los niños víctimas y testigos, podría vulnerar el derecho a defensa de los imputados y por otro lado pueden poner en peligro la eficacia de la persecución penal. Por ello,

en el capítulo II se analizarán las medidas que se adoptan en distintos sistemas para evitar la victimización secundaria de los niños víctimas y testigos de delitos, pero que a su vez no significan un menoscabo de los derechos del imputado. En el capítulo III, se analizará de qué manera es posible compatibilizar los derechos de los niños víctimas y testigos de delitos en Chile con los derechos del imputado.

CAPÍTULO II. DERECHOS DE LOS NIÑOS EN LA CONVENCIÓN SOBRE DERECHOS DEL NIÑO, Y EN ESPECIAL DERECHOS Y GARANTÍAS DE LOS NIÑOS VÍCTIMAS DE DELITOS EN EL DERECHO INTERNACIONAL

1. Derechos de los niños y la Convención sobre Derechos del niño

1.1. Derechos humanos y derechos de los niños

Norberto Bobbio, señala que en los últimos años -refiriéndose a la década de los ochenta y principios de los noventa-, se ha manifestado un proceso de especificación de los derechos humanos, consistente en un paso gradual hacia una ulterior determinación de los sujetos titulares de derechos. Lo asimila al proceso por el que atravesó la idea de libertad, al principio abstracta, para luego determinar libertades concretas y particulares, como la de conciencia, de opinión, de prensa, de reunión y de asociación. Agrega que así, respecto al abstracto sujeto hombre, que había encontrado una primera especificación en "ciudadano" -en el sentido que al ciudadano le corresponderían ciertos derechos posteriores, respecto al hombre en general- para luego responder a ulteriores especificaciones a la pregunta ¿qué hombre, qué ciudadano? (Bobbio, 1991, p. 110).

Señala Bobbio que esta especificación se ha producido bien respecto del género, bien respecto a distintas fases de la vida. En el caso de esta última, destaca como se han ido diferenciando los derechos de la infancia, lo que se advierte de los instrumentos internacionales celebrados con el fin de reconocer derechos específicos. Pero concluye que, a medida que las pretensiones aumentan, su satisfacción resulta siempre más difícil.

Utilizando la misma terminología que propone Bobbio, Peces-Barba desarrolla este concepto señalando que este proceso de especificación se produce en relación con los titulares de los derechos, pero también en el contenido de los mismos, y con una conexión indudable con su consideración como concepto histórico, es decir, "inserto en una cultura política y jurídica moderna" (Peces-barba, 1993, p. 154). Agrega que, en este proceso de especificación de los derechos fundamentales, los niños requieren una protección especial, pero no vinculada al valor de la igualdad -como ocurre en el caso de los derechos de la mujer- sino al valor de la solidaridad o de la fraternidad, ante la debilidad, inferioridad física, intelectual o social, que supone el tránsito por esta etapa, hasta alcanzar el grado de madurez suficiente (Peces-barba, 1993, p. 155).

Como se analizó en el capítulo anterior, este reconocimiento de derechos específicos para los niños ha sido un proceso lento, por distintos motivos, entre los que destacan circunstancias socio culturales, pero también relativos a la fundamentación de los derechos humanos.

En cuanto a las circunstancias socioculturales, como se analizó en el capítulo anterior, durante muchos siglos el niño fue considerado como un proyecto de adulto, y la infancia una etapa por la que se debía atravesar rápidamente. Los asuntos relativos a los niños quedaban reservados a la esfera familiar y sólo cuando ésta fallaba, el Estado podía intervenir. Sin embargo, cuando se produjo el proceso de industrialización durante el siglo XIX, las familias migraron a las ciudades y el Estado debió hacerse cargo de la situación de los niños que vagaban o delinquían, lo que significó la instauración de sistemas de represión y control -tanto en Europa como en América Latina-, que vulneraban los derechos más elementales de los niños. En el siglo XX recién surge la necesidad de reconocer derechos específicos a los niños y como se analizará en el presente capítulo, actualmente es titular indiscutido de derechos humanos, de acuerdo a lo establecido en la Convención sobre derechos del niño, pero también, a la jurisprudencia de distintos tribunales, nacionales e internacionales.

En cuanto a la fundamentación de los derechos humanos, como destaca Liborio Hierro (1991, p: 225), los derechos humanos en sus inicios tuvieron como presupuesto la autonomía o soberanía individual del hombre como ser racional y plenamente autónomo, excluyendo ciertos colectivos, como las mujeres, los niños y los trabajadores.

Autores como Kant y Mill -ya analizados en el capítulo precedente-, no consideran al niño como titulares de derechos. Kant, señala que los niños no pueden ser considerados personas con libertad moral y Mill excluye a los niños y a los jóvenes de la libertad civil o social, por cuanto, para él, no poseen ni razón ni experiencia suficiente para ejercer su voluntad, justificando la acción paternalista del Estado.

Posteriormente Hart, en su obra *¿Hay derechos naturales?*, en 1965, cuestiona el uso forzado de la expresión derechos subjetivos tratándose de los niños y de los animales. Del mismo modo, MacCormick, en 1976 sostiene la dificultad que entraña para las teorías de la voluntad, atribuir derechos a los niños, postulando que las teorías del interés permiten incluir a los niños, niñas y adolescentes como titulares directos de derechos humanos (Villavicencio, 2008, p. 43).

Estas circunstancias -socio culturales, por un lado, y de fundamentación de los derechos humanos, por otro- justificaron la adopción de modelos de intervención estatal, como se adelantó en el primer capítulo.

Campoy (2000) plantea que desde el siglo XVII hasta nuestros días ha imperado el modelo proteccionista tanto en la forma de tratar al niño, como en las políticas que el Estado ha implementado para abordar los derechos del niño. Pero distingue el proteccionismo que denomina tradicional, de Locke, en el que se han de proteger ciertos aspectos básicos de la vida del niño que se estimen necesarios para su desarrollo, y que la voluntad del niño no ha de ser considerada jurídicamente. En efecto, conforme a este modelo, el niño es considerado un ser indefenso, imperfecto e incapaz de ejercer derechos por sí mismos (Campoy, (2000, p. 279). Campoy destaca que el proteccionismo tradicional se caracteriza por lo siguiente:

a. Su vinculación con el liberalismo clásico. En efecto, si bien Locke será el que inspirará este modelo, Kant y Mill son sus principales exponentes. Sus planteamientos, excluirán al niño de la libertad que le atribuían al "hombre", por cuanto no considerarán al niño como persona con una libertad moral con la que puedan desenvolverse de manera autónoma. Ello justificará para Mill, la intervención paternalista, ya sea actuando en contra de la voluntad de la persona, ya sea actuando sin tomarla en consideración (Campoy, 2000, p. 370).

b. La negación del niño como titular de derechos morales. Como se ha señalado, Hart siguiendo los planteamientos de Mill, se refiere expresamente a la impropiedad de hablar de derechos morales de los niños. Ello debido a que para este autor tener un derecho es tener una voluntad jurídicamente protegida. Por otro lado, por cuanto niega la vinculación entre deberes morales y derechos morales, es decir que en el pensamiento de Hart si bien los niños y los animales son destinatarios de deberes morales, no lo son de derechos morales (Campoy, 2000, p. 379).²⁰

²⁰ "Es importante para toda la lógica de los derechos que, mientras se descubre a la persona que ha de beneficiarse con el cumplimiento de un deber considerando lo que sucederá si no se cumple el deber, a la persona que tiene un derecho (a quien se *debe* el cumplimiento) se la descubre examinando la transacción o situación antecedente o las relaciones de las partes donde surgió el 'deber'. estas consideraciones debieran inclinarnos a no extender a los animales y los niños, a quienes debemos tratar bien, la noción de un derecho al buen trato, porque la situación moral puede describirse de manera sencilla y adecuada afirmando que es malo maltratar animales o niños, o que no debemos tratarlos mal, o bien, en el sentido generalizado que del 'deber' tiene el filósofo, que tenemos el deber de no tratarlos mal. si el uso común sanciona el que hablemos de los derechos de los animales o los niños, hace un uso ocioso de la expresión 'un derecho', que confundirá la situación con otras situaciones morales diferentes donde

c. La negación del niño como titular de derechos humanos. Campoy también incluye en el proteccionismo tradicional, el pensamiento de algunos autores que niegan que el niño pueda ser titular de derechos fundamentales. Así, Luis Prieto Sanchís, en su obra "Los derechos fundamentales y el menor de edad" sostiene que no se puede hablar de derechos humanos de los niños debido a la vinculación entre el surgimiento de los derechos humanos y las concepciones liberales ya expuestas. De conformidad a ellas, el presupuesto para ser titular de derechos fundamentales en el liberalismo clásico, era la autonomía individual, que implica libertad e igualdad jurídicas, pero también suponen independencia, es decir, no depender de otro para su propia existencia o conservación. Señala Prieto Sanchís que, al niño, históricamente se le ha tratado como cosa, como objeto, y no como sujeto de derechos, digno de protección y tutela paternal, pero inmaduro para el ejercicio de auténticos derechos. Concluye que no parece razonable postular la atribución de derechos fundamentales a todos los menores por cuanto, el ejercicio de los derechos humanos no siempre tiene las mismas consecuencias ni siempre genera la misma responsabilidad para sus titulares, y los menores se encuentran en distintas condiciones de madurez, dependiendo de su edad. Por ello, reconoce la impropiedad de hablar de los niños como sujetos titulares de derechos humanos, sin perjuicio de la real y efectiva protección al niño en algunos ámbitos como los derechos de prestación (Campoy, 2000, pp. 283-285).

d. La importancia de los deberes, y la negación del niño como titular de derechos correlativos. En este sentido Onora O'Neill, en su obra "*Children's rights and children's lives*", al igual que Hart, niega que el niño sea titular de derechos, por cuanto, si bien hay deberes respecto de los niños, no siempre tiene sentido hablar de derechos correlativos para ellos (Campoy, 2000, pp. 386-388).

e. El niño como titular de derechos en las teorías de la voluntad y las teorías del interés. A partir de la doctrina de Hart, que niega la existencia de derechos morales de los niños, Neil MacCormick consideró que las teorías de voluntad debían ser rechazadas debiendo, por tanto, aceptar que las teorías del interés eran más adecuadas para justificar la existencia de derechos de los niños, por cuanto éstas no dependían de la voluntad del titular, sino de la existencia de un interés relacionado con los niños que sea merecedor de protección jurídica (Campoy, 2000, p. 391). Sin embargo, la teoría del interés de MacCormick -que será fundamento de la postura de Liborio Hierro- también es paternalista en cuanto excluye al niño del ejercicio de la libertad, sin embargo, la forma de entender dicho paternalismo es distinto. En efecto, las teorías del interés parten del presupuesto que los niños tienen derechos y que las acciones que se relacionan con ellos han de procurar dar adecuado cumplimiento a esos derechos y, por otro lado, si bien el niño no tiene la suficiente madurez para comprender o ejercer sus derechos, sí la tendrá en el futuro, como adulto. Campoy lo denomina paternalismo *a posteriori* (Campoy, 2000, p. 396).

El proteccionismo renovado, para Campoy, es aquel movimiento en el que se debate sobre la capacidad jurídica de obrar de los niños y la posibilidad de ejercer por sí mismos los derechos de los que es titular. El proteccionismo renovado, comparte los postulados del proteccionismo tradicional, pero a diferencia de éste, el proteccionismo renovado, sostiene que se debe atender a la voluntad del menor, en la medida de lo posible y con los controles pertinentes. Sitúa dentro de los exponentes del proteccionismo renovado a Liborio Hierro, quien partiendo de las premisas conceptuales de MacCormick, de conformidad a las cuales tener un derecho implica tener una necesidad que es necesario satisfacer de forma incondicional y que, en todo caso, se puede exigir su cumplimiento. Pero a su vez, y basándose en el liberalismo clásico, Hierro considera que, si bien la libertad es un bien básico para el hombre, y principal

la expresión 'un derecho' tiene una fuerza específica y no puede ser sustituida por las otras expresiones morales que he mencionado". Hart, H.L.a., "¿existen derechos naturales?", en *Filosofía Política*, Fondo de cultura económica, México d. F., 1974, p. 92 (traducción de e. L. suárez).

necesidad que hay que satisfacer, cuestiona el tratamiento diferenciado respecto de los niños (Campoy, 2000, p. 400).

A diferencia del proteccionismo tradicional, Hierro sostiene que esa libertad no se puede limitar a los adultos, sino que es posible reconocerla en cualquier persona, independiente de su edad. Por lo anterior, para Hierro no es posible considerar al niño como un incapaz, vinculando esa incapacidad a un límite de edad arbitrariamente fijado, sino que es necesario atender al proceso evolutivo que tiene toda persona desde su nacimiento. Para Hierro, la solución sería sustituir la dicotomía clásica entre minoría y mayoría, por un sistema de tramos –como lo ha sugerido Diez-Picasso- que tome en consideración el desarrollo evolutivo de las facultades del niño, pero partiendo de la capacidad de obrar genérica, determinando en cada tramo, los actos que el niño no puede ejercer por sí mismo y requiere de una intervención paternalista (Hierro et al, 2017, p. 27).

En definitiva, de conformidad al proteccionismo, el mejor interés del niño el niño como incapaz, no podrá saber cuál es su auténtico interés, por cuanto actúa sin la suficiente razón y experiencia, lo que podía traer consecuencias perjudiciales para él. Por ello, se debe confiar en los adultos –principalmente los padres, aunque también un tercero o el propio Estado- para determinar su interés y se actuase de acuerdo a ello. Es esta la postura que adoptará la Convención sobre derechos del niño, como se analizará a continuación.

Frente al modelo proteccionista, surge el modelo liberacionista del tratamiento debido a los niños. El surgimiento de este modelo se puede situar entre los años sesenta y setenta del siglo XX, fundamentalmente en las sociedades anglosajonas –inglesa y norteamericana- y tiene su antecedente en el pensamiento de Rousseau, que fue desarrollado en el primer capítulo de la presente tesis.

De conformidad al modelo liberacionista - Holt (1971), Berger (1973), A. S. Neill (1973, 1974, 1976), Ollendorff (1973), Portman y Weingartner (1973), Farson (1974)- el niño es considerado un ser con cualidades y capacidades que puede por sí mismo proteger su interés superior, si se le garantizan los mecanismos adecuados. Considera que el niño debe ser liberado de las estructuras sociales y jurídicas tradicionales a las que está sometido, de manera que se le reconozcan los mismos derechos que se le han reconocido a los adultos, con la misma capacidad de ejercicio.

El modelo liberacionista considera que el niño, al igual que otros colectivos –como los negros y las mujeres- eran considerados naturalmente inferiores y, por tanto, incapaces de compartir la titularidad de los derechos con los varones blancos. Para este modelo, es necesario liberar al niño y permitirle la toma de decisiones autónomas (Gonzalez, 2011, p. 344). En el modelo liberacionista se habrá de considerar al niño como un ser mucho más capaz de lo que siempre se ha creído y, en fin, será el propio niño el propio juez a la hora de reconocer su mejor interés, por lo que deberá otorgársele capacidad de ejercicio. De este modo, el modelo liberacionista es contrario a las teorías proteccionistas, en especial aquellas que defienden el paternalismo jurídico.

Como se adelantó, la Convención sobre derechos del niño, adopta una postura intermedia entre el proteccionismo tradicional y el liberacionismo, por cuanto si bien reconoce que el niño requiere de una protección especial para que se pueda desarrollar en todos los aspectos, a su vez le confiere la calidad de titular de derechos, que puede ejercer por sí mismo. Así queda plasmado en una serie de artículos como el artículo 2 y en especial, los artículos 3.1 y 12. Como se analizará más adelante, la Convención al recoger como principio rector, el del interés superior del niño para la toma de decisiones que le afecten, justifica la adopción de medidas que redunden en la consecución del mejor interés para el niño, debiendo ser una consideración primordial.

Pero, sobre todo, el artículo 12, será la consagración del niño como sujeto pleno de derechos.

En este sentido Baratta señala que el futuro de la democracia -parafraseando a Bobbio- está vinculado al reconocimiento de los derechos del niño, como ciudadano en el sentido pleno de la palabra.

Sostiene que, realizando una interpretación sistemática y dinámica de la Convención, el niño, en cualquier fase de su desarrollo tiene una ciudadanía plena, que es compatible con la debida consideración de su diferencia con respecto a los adultos y, en consecuencia, a su identidad como niño.

Agrega que, gracias a la Convención sobre derechos del niño, éste goza no sólo de manera plena sino de manera privilegiada, de todos los derechos fundamentales respecto de los adultos, ya que la Convención reconoce al niño "todos los derechos cuyo ejercicio constituye la condición para el ejercicio de los derechos políticos y de participación".

Del mismo modo, y de manera específica y privilegiada, en su concepto, se le reconocen al niño, los derechos civiles y de libertad, los económicos, sociales, culturales, procesales, y los derechos comunicativos de libertad (Baratta, 1998, p. 14). Estas ventajas, según Baratta, compensarían las disminuciones que afectan al niño a raíz de su identidad y su especial posición en el contexto de los derechos políticos clásicos.

De esta manera para Baratta, esto trae como consecuencia interpretar el artículo 12 de la Convención, dándole una mayor extensión y un nuevo y fundamental significado al derecho del niño a ser escuchado, ampliando el concepto de libertad y el de dignidad de la persona, y su desarrollo humano. El autor concluye que éste es el futuro de la democracia e implica un cambio de paradigma "que puede llevar desde la infancia de la democracia hacia una sociedad humana y madura" (Baratta, 1998, p. 17).

En los apartados siguientes se analizará cómo se configuran en la Convención estos principios, y en especial, de qué manera debe el niño intervenir en los asuntos que le afectan como sujeto de derechos, y luego, se analizará de qué manera el niño debe intervenir en los procedimientos, para que esa intervención no signifique un menoscabo de sus derechos.

1.2. Características de la Convención de Derechos del niño.

Como se ha señalado, la CDN es el tratado internacional que ha tenido la más amplia adhesión por parte de los Estados y ha cristalizado normas, que hasta el momento de la firma sólo existían en declaraciones internacionales, que no poseían el carácter de vinculante para los Estados²¹. Por ello, es importante reconocer una serie de características que posee la Convención como tratado, pero también de qué manera este tratado refuerza la idea de infancia, entrega directrices al respecto e impone límites a los Estados para que los derechos de los niños consagrados en ella tengan una amplia protección.

Se destaca como primera característica, que la Convención tiene la virtud de contener en un solo instrumento, todos los derechos del niño, además de 3 protocolos facultativos- de participación del niño en conflictos armados, venta de niños, prostitución infantil, la prostitución infantil y la utilización de niños en la pornografía y el tercero, aprobado por resolución 66/138 de 2011, sobre proceso de comunicaciones. Como señala Carmona, esto se debe a que la Convención tiene un innegable carácter y vocación

²¹ Si bien antes de la firma de la CDN distintos instrumentos internacionales reconocían derechos a los niños como el Pacto de Derecho Civiles y Políticos (artículo 24), el Pacto de Derechos Económicos sociales y culturales (artículos 10 y 12), la Convención Americana de DDHH (artículos 19 y 27), la Convención Europea de DDHH (artículos 5 y 6), y el cuarto Convenio de Ginebra, hasta la firma de la Convención sobre derechos del niño no había un tratamiento sistemático y completo de sus derechos.

universal, lo que se advierte en el ámbito subjetivo de su aplicación -todos los niños-, en su contenido material -todos los derechos del niño- y en el alcance de los sujetos obligados -todos los Estados miembros de la comunidad, esto, a su vez, demuestra el carácter holístico de la Convención (Carmona, 2011, p. 62).

Sin embargo, se ha señalado que la rápida y masiva adhesión que ha tenido la Convención se debe a que el texto ofrece preceptos redactados en forma más o menos amplia y en algunos casos ambigua lo que, como se señaló, es característico de las resoluciones adoptadas por consenso. Este tipo de cláusulas, tienen la virtud de adaptarse fácilmente a las distintas legislaciones y realidades sociales y culturales, sin embargo, algunas de sus normas parecen ser más bien programáticas. Muestra de ello, el artículo 2 número 2 sobre la no discriminación, señala que: “los Estados partes adoptarán todas las medidas apropiadas”, sin señalar cuáles son esas medidas, y el artículo 3, que recoge el principio del interés superior del niño, que como se analizará en los capítulos siguientes, ha tenido múltiples aplicaciones e interpretaciones.

Si consideramos, además, que el mecanismo de control de la aplicación de la Convención, se realiza a partir de informes emitidos por el Comité de derechos del niño, que no son vinculantes para los Estados, ya que sólo puede emitir recomendaciones, se explica en parte, la amplia adhesión que ha tenido el instrumento. A todo lo anterior, debemos agregar que el texto de la Convención admite la formulación de reservas, con tal que ellas no sean incompatibles con el objeto y fin del tratado, de conformidad al artículo 51 número 2, fórmula que promueve la incorporación de varios Estados, pero que es de difícil interpretación, ya que lleva a cuestionarse qué reservas tendrían este carácter. A la fecha 69 Estados han formulado reservas y declaraciones interpretativas a la Convención, lo que de alguna manera podría vulnerar la integridad del tratado, o al menos su homogénea aplicación.

Asimismo, como segunda característica, debemos advertir que la Convención es un instrumento de carácter vinculante, ya que no solamente declara derechos, sino además impone obligaciones a los Estados y, en consecuencia, se le aplican las normas de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. El principio fundamental en lo relativo a la aplicación de los tratados y su obligatoriedad, se encuentra contemplado en el artículo 26 de la Convención de Viena de 1969, según el cual “todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe”. Esta norma *Pacta Sunt Servanda* que es consuetudinaria, es la base fundamental de todo el derecho de los tratados. Por su parte, el principio de la buena fe es una verdadera institución que regula el conjunto de relaciones internacionales y que adquiere una especial relevancia en el derecho de los tratados. Según el profesor Rioseco, la buena fe se puede definir como aquella que exige positivamente fidelidad y lealtad a los compromisos contraídos y que excluye toda argucia destinada a frustrar el objeto y fin del tratado.

A ello, debemos agregar que el artículo 26 establece una relación estrecha entre ambos principios, lo que implica el deber de las partes de tomar todas las medidas necesarias para el cumplimiento del tratado. Otro principio fundamental en esta materia se encuentra contenido en el artículo 27 de la Convención de Viena, es un corolario de los principios señalados y consiste en la prohibición de invocar disposiciones de orden interno como justificación del incumplimiento de los tratados. Establece el artículo 27: “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado.” Agrega, “que esa norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46”-que se refiere al consentimiento del Estado en obligarse, que haya sido dado en violación manifiesta de una disposición de su derecho interno para celebrar tratados y que afecta a una norma de importancia fundamental de su derecho interno, que constituya una causal de nulidad-.

En definitiva, en el plano internacional, es el tratado el que predomina sobre lo establecido en el orden jurídico interno, y si un Estado no cumple, habrá cometido un ilícito que compromete su responsabilidad internacional. En consecuencia, una interpretación sistemática de las normas de la Convención

de Viena, ha hecho concluir a la jurisprudencia internacional que una vez ratificado el tratado, el Estado debe hacer todo lo que está a su alcance para cumplir el tratado, incluso modificando su legislación interna, en caso de que ella no se adecue a lo dispuesto en el tratado, más aún si el tratado contiene normas sobre derechos humanos. Así lo constató la Corte Interamericana de derechos humanos, en el fallo contra Chile, sobre la exhibición de la película “La última tentación de cristo”, el 5 de febrero de 2001, expresando en el considerando 87: “es una norma consuetudinaria la que establece que cuando un Estado ha ratificado un tratado de derechos humanos, debe introducir en su derecho interno, las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas”.²²

En este mismo sentido, el Comité de Derechos del niño ha señalado en el considerando 7 de la Observación general número 5, que “los Estados, cuando ratifican la Convención, asumen la obligación no sólo de aplicarla dentro de su jurisdicción, sino también de contribuir, mediante la cooperación internacional, a que se aplique en todo el mundo en virtud del Derecho internacional.”²³

Sin perjuicio de ello, es de advertir que existe discusión sobre la aplicación directa que tendrían algunas de las disposiciones de la Convención sobre Derechos del niño, ya que muchas de ellas tienen una redacción confusa e indeterminada, por cuanto fueron obtenidas gracias al consenso. Si bien es cierto, algunas de ellas, como los derechos contenidos en los artículos 7, 13, 16 y 20, reconocen directamente derechos en favor de los niños y pueden ser aplicadas directamente, otras en cambio, como el artículo 2 número 2, el mismo artículo 3, artículo 11, artículo 14, emanan obligaciones genéricas para los Estados, por lo que la discusión se centra en si se trata de normas auto ejecutables –self executive- o no autoejecutables –non self executive-.

Señala Aldunate, que la distinción entre normas auto ejecutables y no autoejecutables, nace en el derecho norteamericano y ha sido recibida por parte de nuestra doctrina nacional y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional (2010, p. 201). De conformidad a ello, hay ciertas disposiciones de un tratado internacional que requieren de un acto normativo interno para ser aplicadas por un órgano jurisdiccional, con el objeto de que dicho acto normativo les dé contenido a las obligaciones contenidas en el Tratado. Este tipo de cláusulas, son las denominadas no auto ejecutables o *non self executive*, frente a otro tipo de cláusulas, autoejecutables o *self executive*, que no requieren de un acto de derecho interno, por cuanto tienen un contenido y precisión necesarias para ser aplicadas directamente (Aldunate, 2010, p: 201-202).

Por su parte, señala Nuñez, que la auto ejecutividad de los instrumentos internacionales suscritos por Chile y vigentes debe analizarse tomando en consideración dos consideraciones: (a) si el tratado es lo suficientemente preciso como para exigir su ejecución por una tribunal de la República o por un órgano de la Administración, la disposición en cuestión es autoejecutable; b) si el contenido no es lo suficientemente preciso, es necesario entonces la dictación de una norma interna que desarrolle su contenido y permita darle eficacia en el ámbito interno (Nuñez, 2009, p. 64).

A su vez, señala Ravetllat que la interpretación de las normas de la Convención sobre derecho del niño ha generado controversia, entre otros Estados, en Francia y en Alemania. En efecto, de acuerdo con el artículo 55 de la Constitución francesa, los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes y los reglamentos, y para que una norma de derecho internacional sea directamente aplicable en un tribunal francés, el texto debe ser claro preciso y suficientemente incondicional. Así con fecha 10 de marzo y 2 de junio de 1993, en sentencia de la primera sala civil de la *Cour de Cassation*, a pesar de reconocer el valor supra legislativo de la Convención de derechos del niño, consideraron que no era directamente aplicable en el derecho interno francés, basándose en el artículo 4 de la Convención, en

²² Disponible en www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_73_esp.pdf.

²³ CRC/GC/2003/5, de 27 de noviembre de 2003 Disponible en https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC5_sp.doc

cuanto es el Estado el que debe adoptar las medidas administrativas, legislativas de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos por la Convención. Esta decisión generó amplia discusión y críticas de la doctrina, de manera que, en 1997, el Consejo de Estado francés, reconoció la aplicación directa del artículo 3.1 que establece que el interés superior del niño debe prevalecer frente a cualquier decisión que le afecte (Ravetllat, 2015a, p. 82).

En todo caso, como se analizará más adelante, una serie de organismos internacionales, en especial el Comité de derechos del niño, han determinado el sentido y alcance de las normas de la Convención, precisando su contenido y en especial, las obligaciones de los Estados que emanan de la Convención.

Una tercera característica – y teniendo presente las dificultades de interpretación que generan estos tipos de normas o cláusulas del tratado cuyo contenido no es suficientemente preciso o entregan una amplia discrecionalidad al Estado para su ejecución-, es que la Convención sobre Derechos del niño, es un tratado de derechos humanos, y como tal, la interpretación de sus cláusulas debe ser realizada, como señala Cançado-Trindade, de un modo finalista (conforme con su objeto y propósito), evolutivo y efectivo (2001, pp. 17-61). Así lo ha señalado la Corte Interamericana en el caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni vs. Nicaragua, 31 de agosto de 2001, párrafo 146, en el sentido de que los “términos de un tratado internacional de derechos humanos tienen sentido autónomo, por lo que no pueden ser equiparados al sentido que se les atribuye en el derecho interno. Además, los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos cuya interpretación tiene que adecuarse a la evolución de los tiempos y, en particular, a las condiciones de vida actuales”. En todo caso, la interpretación de las normas de la Convención sobre derechos del niño será materia que se abordará más adelante.

Asimismo, Bidart Campos se ha referido a la “maximización del derecho internacional de los derechos humanos”, en cuanto los tratados de derechos humanos conllevan derechos implícitos y aspiran al mejoramiento continuo de los derechos que ellos contienen. Lo denomina “derecho mínimo” y muestra de ello son los artículos 5 número 2 del Pacto internacional de Derechos civiles y políticos y artículo 5 número 2 del Pacto de Derechos económicos sociales y culturales. En este sentido el primer artículo al que se hizo alusión, señala que “no podrá admitirse restricción o menos cabo de ninguno de los derechos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado parte en virtud de sus leyes, convenciones o reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado”.

Del mismo modo, el artículo 29 del Pacto de San José de Costa Rica, establece: ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de: a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella; b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados; c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza (Bidart, 1991, pp. 428-429).

Señala Aldunate, que estas reglas hacen presente la idea de una interpretación teleológica, que asegure el máximo de protección de los derechos consagrados a nivel convencional. Según el autor ello ha contribuido al carácter universal de los derechos humanos al que aspiran las convenciones de este tipo y permiten la interpretación uniforme del derecho internacional de los derechos humanos en la que existen múltiples instrumentos de protección de manera que se aplique la norma más favorable al afectado (Aldunate, 2008, pp. 128-129).

En este sentido se ha pronunciado el Comité de derechos del niño, que ha llamado a los Estados a respetar los derechos o a proteger situaciones no expresamente reguladas por el tratado, pero derivadas implícitamente de sus postulados. Así, destaca Carmona, que es posible advertir el carácter dinámico y progresivo en la interpretación del contenido de la Convención en lo relativo a los castigos corporales. En efecto, en la Observación general número 8²⁴, el Comité señala que, si bien en los trabajos preparatorios de la Convención no se planteó ningún debate sobre los castigos corporales “la Convención, al igual que todos los instrumentos de derechos humanos deben considerarse un instrumento vivo, cuya interpretación evoluciona con el tiempo”²⁵. Siguiendo a Carmona, una interpretación así realizada, en ningún caso sobrepasa los límites acordados por los Estados redactores de la convención, sino más bien constituyen el desarrollo progresivo de estas normas, dentro de los límites de la propia Convención (2011, p. 70).

La cuarta característica de la CDN, que ha reconocido la doctrina es que se constata el proceso de positivación de los derechos humanos reconocidos al niño, que viene a incorporarse a otros instrumentos de derechos humanos que tienen un alcance más general, tales como la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de derechos económicos y sociales y el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos, de tal manera que la CDN viene a complementar estos instrumentos, pero de modo de centrarse en las particulares necesidades y derechos del niño como persona diferente al adulto (Carmona, 2011, p. 53).

Asimismo, señala Cillero que la CDN es un ejemplo de especificación de los derechos del niño” para particulares circunstancias de vida de la infancia/adolescencia”. También es fuente de derechos propios y de un conjunto de principios que regulan la protección de los derechos y deberes recíprocos de los niños en su relación con los adultos (Cillero, 1998, p. 4).

En el mismo sentido Dávila y Naya sostienen que la CDN logra una expansión de la concepción de la infancia, basada en los derechos humanos y entrega modelos de políticas proteccionistas, tal como analizamos en el acápite anterior (Dávila, 2006, p.83).

Una quinta característica y tal como destaca Ravetllat es que la CDN ofrece una imagen global de la infancia y adolescencia muy distinta a las declaraciones anteriores. En efecto, las declaraciones anteriores regulaban la “infancia en situación de riesgo”, en cambio, la CDN está dirigida hacia “la infancia entendida ahora como un grupo social universal, estableciendo los derechos que le asisten en los diferentes ámbitos de la vida” (Ravetllat, 2015a, p. 83). En este mismo sentido, García Mendez, sostiene que a partir de la CDN se establece una nueva condición de la infancia en su conjunto y no sólo para el menor abandonado-delincuente (García Mendez, 1997, p 7).

Del mismo modo, la doctrina agrega una sexta característica de la CDN es que reconoce al niño como sujeto pleno de derechos. Señala Ravetllat que gracias a la CDN el niño deja de ser un individuo indefenso, para ser considerado como un ser humano destinatario de sus propios derechos (2015, p. 83). Dávila y Naya agregan, que una de las principales novedades de la CDN “es la apertura a los derechos de autonomía”, de tal manera que da lugar a una concepción diferente de los derechos del niño, un cambio de paradigma, pasando a ser sujeto de derechos (2006, p.87). De esta manera señala Ravetllat, la CDN reconoce la “personalidad integral del niño”, esto es, se le considera como un individuo, miembro de una familia y de una comunidad “con derechos y responsabilidades adaptados a la etapa de su desarrollo” (2015a, p.83).

²⁴ CRC/CGC/8, 21 de agosto de 2006. Disonible en www2.ohchr.org/english/bodies/crc/GC8_sp.doc

²⁵ CRC/CGC/8, 21 de agosto de 2006, considerando N° 20.

En este sentido, cabe destacar que el cambio de concepción hacia la infancia se advierte incluso en las formas en que los instrumentos internacionales se refieren al niño. En efecto, mientras que la Declaración de 1924 se refería al niño delincuente, deficiente, huérfano o abandonado, la declaración de 1948 habla de desadaptado o inadaptado y la declaración de 1959 habla de niño física o mentalmente impedido o que sufra algún impedimento social. La CDN, en cambio, abordará de una manera integral los derechos del niño, tanto de aquel que se encuentra en situación vulnerable como el que no se encuentra en dicha situación.

Tal como señala Ravetllat, previo a la CDN, el niño tan sólo era considerado como un “objeto-pasivo- de protección”, es decir, se intervenía sólo en caso de que fuera necesario, cuando ocurría algo negativo –delincuencia, abandono, situación de orfandad- y, por tanto, se le atribuían “derechos de supervivencia” (2015a, pp. 84-85).

En este sentido la CDN reconoce al niño la titularidad de “derechos civiles y políticos” (Ravetllat, 2015a, p. 84). Si bien previo a la CDN se le reconocía al niño derecho al nombre y a la nacionalidad, en la Declaración de 1959, la CDN reconoce al niño como titular de una amplia gama de derechos civiles y políticos consagrados en los artículos 12 al 16, tales como el derecho a ser escuchado, la libertad de expresión, la libertad de pensamiento, la libertad de conciencia y de religión, la libertad de asociación y el derecho a la intimidad. Los derechos sociales en cambio, a la educación, al trabajo y protección, fueron los primeros en reconocérseles a los niños en las declaraciones anteriores, tal como se señaló en acápite anterior.

Una séptima característica, es la consagración en el artículo 3 de la CDN del principio del interés superior del niño. A pesar de que la doctrina discute sobre el valor que tendría este principio en el orden internacional -norma dispositiva o norma de *ius cogens*, tal como analizaremos a continuación- es indudable la importancia que tiene este principio para considerar al niño como sujeto pleno de derechos, o como señala Ravetllat, “destinatarios de sus propios derechos” (2015b, p. 911), pero a su vez es el más controvertido. Debido a ello el Comité de derechos del niño, en observación número 14, de 29 de mayo de 2013 señala que este principio, derecho y norma de procedimiento, es un concepto dinámico y que debe evaluarse adecuadamente en cada contexto.

Una octava característica, y tal como destaca Ravetllat, es que la CDN realiza un verdadero reparto de responsabilidades en el cuidado del niño, entregándole esta tutela, en primer lugar a los padres y, subsidiariamente, al Estado (2015a, p. 88). Así lo señala expresamente el artículo 18 número 1 de la CDN: “Incumbirá a los padres, o en su caso a los representantes legales, la responsabilidad primordial de la crianza y del desarrollo del niño”, y por su parte, el artículo 5 señala: “Los Estados respetarán las responsabilidades, los derechos y deberes de los padres.”²⁶ Así, y tal como se señaló con anterioridad el Estado debe abandonar el rol paternalista y asumir más bien un rol secundario, pero, como señala Ravetllat, ineludible en la protección de los derechos del niño (2015a, p. 88). Sin embargo, como destaca Carmona, la Convención no precisa las obligaciones que corresponden a los padres, tutores o responsables legales del niño, y a pesar de que se refiere a ellos en varios artículos -artículos 5; 9.4; 14.2; 18; 19.2; 27.3 y 4, y de manera general en el preámbulo- lo hace de manera vaga e imprecisa, quedando sujetos, en consecuencia, a lo que determine su legislación interna (2011, p. 75).

²⁶ Convención sobre derechos del niño. Disponible en: www.leychile.cl/navegar?idNorma=15824

Sin embargo, en la Observación general número 5, el Comité es claro en señalar que si bien los Estados asumen las obligaciones convencionales que emanan de la Convención, no obstante “en la aplicación de ésta, es decir, en la labor de traducir en la realidad los derechos humanos de los niños, tienen que participar todos los sectores de la sociedad.”²⁷

Finalmente, como novena característica, debemos mencionar que la Convención cuenta con un novedoso mecanismo de supervisión y control: el Comité de Derechos del Niño. Según los artículos 43 y siguientes de la CDN, el Comité es un organismo de carácter permanente encargado de examinar los procesos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados parte en la Convención, ante el cual los Estados parte deben emitir informes sobre las medidas adoptadas para dar efecto a los derechos reconocidos por la Convención. Si bien es cierto el Comité sólo puede emitir recomendaciones a los Estados sobre los asuntos concernientes a la niñez, que no son vinculantes para los Estados, al menos en Chile dichas recomendaciones han dado lugar a una serie de transformaciones legislativas en las últimas décadas, tal como se señaló en el Capítulo anterior, lo que demuestra la efectividad de este mecanismo.

Finalmente, la CDN implica una profunda transformación en el paradigma de la infancia por lo que en los apartados siguientes se analizará los principios rectores o guía que informan los derechos de los niños.

1.3. Concepto de niño en la Convención sobre derechos del niño.

El primer artículo, la Convención sobre derechos del niño se refiere al concepto de niño como “todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado la mayoría de edad”. A pesar de la relativa claridad con que la Convención define niño, no fue un tema del todo pacífico durante las discusiones del grupo de trabajo, tanto en lo que respecta al inicio de la niñez, como en lo que respecta a su fin. En efecto, en lo que respecta al comienzo de la niñez, las distintas legislaciones reconocen el comienzo de la vida en distintos momentos: la concepción, a partir de cierto tiempo en el útero o a partir del nacimiento. Determinar el comienzo de la niñez, entonces, es un asunto que tendría consecuencias para temas tan controvertidos como el aborto, como la obligación de asistencia y cuidado que tiene el Estado respecto del niño (Maravall, 2017, p. 36).

Agrega Carmona Luque, que la dificultad de precisar el concepto de niño viene dada, por un lado, de la necesidad de conciliar distintas tradiciones jurídicas, como de establecer criterios comunes respecto de un concepto dotado de muy diverso contenido y distintamente calificado, tanto en el orden jurídico, cuanto en el ámbito cultural, ideológico, religioso y filosófico de los Estados parte (Carmona, 2011, p. 160). Así la autora advierte de los trabajos preparatorios, dos posturas tradicionales a la hora de precisar este concepto: aquellos que veían al niño como un ser a proteger y aquellos que lo reconocían como un sujeto o titular de derechos propios (2011, p. 161). La autora cita a modo de ejemplo, la propuesta de la delegación de Senegal, que planteó la fórmula “Proyecto de Convención sobre la protección del niño”, mientras que las delegaciones de Holanda, Noruega y Argentina manifestaron su inclinación por mantener el nombre inicial “Proyecto de Convención sobre los derechos del niño”, triunfando esta última postura en el texto definitivo. Ello evidencia la evolución que se logró en el ámbito convencional internacional (Carmona, 2011, p. 162).

Tal como se desarrolló en el capítulo anterior, ya en la Declaración de 1959 se reconocía al niño como titular o sujeto de derechos, por lo que cualquier postura contraria ello, hubiera sido un retroceso.

²⁷ CRC/GC/2003/5, de 27 de noviembre de 2003 Disponible en https://www2.ohchr.org/english/bodies/crc/docs/GC5_sp.doc

Sin embargo, la postura paternalista de algunas delegaciones era evidente, como la de Francia, cuyo delegado al referirse al concepto de niño, señaló: *"Once the term 'child' has been defined, the draft text should state clearly that it is in the best interest of the child, who is unable to express his own wishes, to be represented by his father and his mother"*²⁸ (Carmona, 2011, p. 162). Finalmente, prevaleció la postura según la cual el niño es un ser que merece una protección especial, pero además a quien se reconoce como un sujeto detentador de derechos propios. En este sentido se pronunció la UNICEF y la delegación de Portugal: *"il fallait considérer l'enfant sous un double point de vue: comme un être à protéger et comme le détenteur de certains droits"*²⁹ (Carmona, 2011, p. 162)

En cuanto al límite inferior de edad de un niño en la CDN y como destaca Carmona Luque (2011, p. 167), la Convención no hace ninguna referencia al niño antes de su nacimiento, a diferencia del párrafo 9 del preámbulo que señala "Teniendo presente que como se indica en la Declaración de derechos del niño, el niño por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después de su nacimiento".

Según advierte Carmona, uno de los primeros asuntos a los que debió abocarse el grupo de trabajo encargado la redacción de la Convención fue si el término niño utilizado en el proyecto incluía o no a éste antes de su nacimiento. Algunos consideraban que debían reproducirse los términos de la Declaración de 1959 *"before as well as after birth"*³⁰ y otros, en cambio, se opusieron a ello. El primer grupo argumentaba que muchas de sus legislaciones contenían disposiciones jurídicas que protegían al niño antes de su nacimiento y el hecho de incluir dentro de la fórmula establecida en el Preámbulo, no impedía la regulación del aborto, por cuanto varios Estados lo permitían bajo determinados supuestos. El segundo grupo, en cambio, consideraba que el preámbulo debía mantenerse neutral respecto del aborto, debiendo establecerse una definición de niño en el artículo, sin que nada pudiese prejuzgarla (Carmona, 2011, p. 169).

El asunto se planteó nuevamente en la discusión del artículo 1 partiendo del proyecto polaco en el que se mencionaba al niño sin recurrir a ninguna definición. Ante ello, el Grupo de trabajo presentó una nueva versión revisada del texto en la que el niño se definía a efectos del límite inferior de edad a partir de su nacimiento: *"According to the present convention a child is every human being from the moment of this birth to the age of 18 years unless, under the law of his state he has attained his age of majority earlier"*³¹.

Por su parte, cabe hacer presente que todas las delegaciones estaban de acuerdo en reconocer la necesidad de adoptar algún tipo de protección y asistencia al niño antes de su nacimiento. Algunas delegaciones, en cambio, sostuvieron la postura contraria por cuanto consideraban que el niño antes de nacer no era persona (Carmona, 2011, p. 171).

En lo relativo al aborto, se advirtió que la convención sólo lograría ser ampliamente ratificada si no se adoptaba ninguna postura determinada. La delegación norteamericana sostuvo que cualquier intento de institucionalizar un punto de vista a este respecto sería inaceptable para los Estados que tuvieran una postura distinta. Por ello propusieron que la Convención se formulara de tal manera que los que estuvieran a favor y los que estuvieran en contra del aborto, pudieran encontrar en el futuro tratado, un

²⁸ "Una vez que se ha definido el término 'niño', el proyecto de texto debe indicar claramente que es en el mejor interés del niño, que es incapaz de expresar sus propios deseos, que debe estar representado por su padre y su madre"

²⁹ "El niño debe ser considerado en una perspectiva dual: como un ser protegido y como poseedor de ciertos derechos".

³⁰ "Antes, así como después del parto".

³¹ "De acuerdo con la presente Convención un niño es cada ser humano en el momento de este nacimiento a la edad de 18 años a menos que, de conformidad a la ley de su estado haya alcanzado la mayoría de edad antes".

apoyo legal a sus respectivas posturas (Carmona, 2011, p. 171). Finalmente, se adoptó la definición de niño del artículo 1 de la Convención, pero se mantuvo el párrafo 9 del preámbulo, lo que demuestra para Carmona Luque, el ambiente contradictorio en el que se adoptó la Convención, por tanto, llega a la conclusión que “incluir o no al *nasciturus* en el ámbito subjetivo de la Convención, resta, por tanto, una decisión de cada Estado Parte de ella” (2011, p. 180).

En cuanto al límite superior de edad del niño, tampoco estuvo exenta de discusión, ya que se consideraba el límite de 18 años demasiado amplio, alegando para ello diversos motivos. Desde la Asamblea General de las Naciones Unidas, se había señalado la edad de 15 años, que era la edad que utilizaba como referente la Proclamación del Año Internacional del niño de 1979. Del mismo modo, se planteó que en distintas legislaciones la edad de 15 o de 14 años, era la edad en la que finalizaba la escolaridad obligatoria y de acceso de niñas al matrimonio. La delegación de Nepal propuso rebajar la edad a 16 años, por cuanto muchos Estados no estaban en condiciones de asumir todas las obligaciones emanadas de la Convención respecto de niños hasta los 18 años. Otros en cambio, estaban por suprimir la referencia a una edad, y sustituirlo por el concepto de “mayoría”. Finalmente se optó por una regla general, que considera como niño al menor de 18 años, y excepciones o casos particulares, respecto de aquellas legislaciones internas o la propia convención que establezca un límite de edad distinto a ese (Carmona, 2011, pp. 181 y 182).

A pesar de que fue esta fórmula la que primó en el artículo 1 de la Convención, es de advertir que los distintos articulados de la convención utilizan fórmulas diversas a ella, dando mayor o menor discrecionalidad al Estado respecto de la materia que se trata.

Así, el artículo 37 letra a) prohíbe la pena capital y la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años, restringiendo expresamente la facultad del Estado de establecer un límite de edad diferente. Otras normas, en cambio, dan distintas alternativas como destaca Carmona (2011, p. 183). El artículo 38, la prohíbe la participación de niños menores de 15 años en conflictos armados.

Otra fórmula utilizada es la del artículo 12.1, relativo al derecho del niño a expresar su opinión libremente, “en función de la edad y madurez del niño”. En otras ocasiones la Convención, entrega amplias atribuciones al Estado para determinar la edad “mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir leyes penales”, de conformidad al artículo 40.3 a). En otros casos, la Convención toma en cuenta lo establecido en otras disposiciones contenidas en instrumentos internacionales, como al referirse a la edad mínima para trabajar de conformidad al artículo 32 de la Convención. Finalmente, también es posible encontrar fórmulas en que se omite expresamente hacer una referencia a la edad, como el artículo 5, relativo a la dirección y orientación de los padres “en consonancia con la evolución de sus facultades”, y el artículo 19 respecto de las medidas de protección a los malos tratos, “mientras el niño se encuentre bajo la custodia de sus padres, de un representante legal o de cualquier otra persona que lo tenga a su cargo”.

Esta flexibilidad se explica según Carmona por las dificultades políticas, jurídicas, culturales u otras, dado el contexto en que se discutió y su vocación universal, pero además por la coherencia jurídica con la realidad que se pretende regular. En efecto, sostiene Carmona, que el establecimiento de una edad determinada o única para la definición de niño no garantizaría atender de manera objetiva a la evolución natural del niño y de sus facultades (Carmona, 2011, p. 184).

Sobre el status de sujeto de derechos del niño

El Comité de derechos del niño en sus múltiples Observaciones Generales no ha dudado en designar al niño como “sujeto de derechos” al interpretar la Convención, y ha instado para que este reconocimiento también se realice en la esfera de los Estados, y así lo señaló por ejemplo en el Día del debate general dedicado a la primera infancia, en que instó a los Estados parte a adoptar las medidas necesarias para velar por el concepto de niño como titular de derechos, en todos los ámbitos de sus existencia: en el hogar, en la escuela, en la guardería y en la comunidad. Como señala Carmona, la Convención ha desarrollado de manera progresiva el concepto de niño en el derecho internacional, proclamando este concepto con alcance universal y definitivo, y lo que es más importante, reconociendo al niño como titular de derechos propios. En este sentido la Convención cristaliza este proceso la definición de niño como sujeto de derechos en el marco internacional, de manera de precisar su alcance para posteriormente, lograr el desarrollo y evolución. En este proceso ha tenido una importante labor el Comité de Derechos del niño, que no sólo ha contribuido a la ratificación de la Convención por los Estados partes, sino que además ha interpretado y precisado ciertos términos dándole una interpretación progresiva como señalamos con anterioridad (Carmona, 2011, p. 256).

Pero esta noción del niño como sujeto de derechos se fundamenta en la misma Convención, y como señala Zermatten de la lectura de distintos artículos que se encuentran vinculados entre sí (2003, p. 5). De esta manera, es fundamental para entender este concepto los principios contenidos en el artículo número 2, relativo a la no discriminación, el principio contenido en el artículo 3.1 relativo al interés superior del niño, principio contenido en el artículo 6, relativo al derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo y el principio contenido en el artículo 12, relativo al derecho del niño a ser oído en asuntos de su interés que, como analizaremos a continuación, son principios rectores o guía de la Convención sobre derechos del niño.

1.4. Principios rectores de la Convención sobre derechos del niño.

Denominamos principios rectores de la Convención, aquellos a la luz de los cuales debe ser interpretada la Convención sobre Derechos del niño. Como señaló en Informe presentado ante la Asamblea General en el Quincuagésimo séptimo periodo de sesiones ³², y lo ha venido haciendo desde entonces, el Comité de derechos del niño ha definido 4 principios generales: la no discriminación (artículo 2), el interés superior del niño (artículo 3), el derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo (artículo 6 y el respeto a la opinión del niño (artículo 12). Respecto de estos principios el Comité los considera como principios primordiales de la Convención, que deben tenerse en cuenta respecto en relación con cada uno de los derechos que se enuncian. En la práctica ello significa que los Estados partes deberán adecuar su legislación, políticas y programas que afecten a los niños, a estos principios.

Del mismo modo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha reconocido estos cuatro principios como principios rectores de la Convención de Derechos del niño, que de acuerdo con lo señalado por Nogueira (2017, p. 419), deben inspirar en forma transversal y deben implementarse en todo sistema de protección integral de los niños. Al referirse a estos principios la Corte Interamericana, señala que ellos deben “*primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos, en los términos de los artículos 1.1, 2 y 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración Americana.*”³³ A continuación, se determinará el contenido y alcance de estos principios en la Convención.

³² Suplemento No. 41 (A/57/41). Disponible en [https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=A%2F57%2F41\(SUPP\)&Lang=zh](https://tbinternet.ohchr.org/_layouts/15/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=A%2F57%2F41(SUPP)&Lang=zh)

³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, párrafo 68.

1.4.1. Principio de la no discriminación

Señala Anne F. Bayefsky (1990, p. 2), que la igualdad o no discriminación, es una de las normas declaradas con mayor frecuencia en el derecho internacional de los derechos humanos, a pesar de que su formulación en diversas fuentes del derecho internacional no se ha realizado de manera única ni unificada. En efecto, diversos instrumentos internacionales que contienen derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, en materia de empleo y remuneración y educación, tortura, raza sexo e infancia se han abocado de forma continua al desarrollo progresivo de derecho a la igualdad.

Como primera aproximación podemos señalar, siguiendo la opinión separada del Juez R.E. Piza Escalante, en Opinión consultiva de 19 de enero de 1984, de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que los conceptos de igualdad y no discriminación son dos caras de una misma institución: la igualdad es la cara positiva de la no discriminación, la discriminación es la cara negativa de la igualdad (Bayefsky, 1990, p. 3).

En este contexto, la Convención sobre derechos del niño, al recoger este principio, lo hace con el siguiente tenor:

1. "Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a 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 físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales".
2. "Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares".

Señala Bayefsky que la igualdad o no discriminación contenida en el artículo 2 de la Convención sobre derechos del niño es una igualdad subordinada, toda vez que prohíbe la discriminación únicamente en el contexto de los derechos y libertades contenidas en dicho instrumento. Frente a los instrumentos que consagran este tipo de igualdad la Corte Europea de Derechos humanos en el Caso "*Relating to Certain Aspects of the Law on the Use of Language in Education in Belgium*" (Fondo), sugiere que la cláusula subordinada de no discriminación debe interpretarse en conjunto con cada uno de los derechos y libertades reconocidos por la Convención como si formase parte integral de todos y cada uno de los artículos que establecen derechos y libertades. Por tanto, a pesar de que este tipo de cláusulas no tiene existencia independiente, complementa las demás disposiciones normativas (Bayefsky, 1990, p. 3).

En contraposición a esta igualdad subordinada está la denominada igualdad autónoma o auto sustentada, como la que contempla el artículo 26 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos³⁴, en la que la igualdad ante la ley y la igual protección ante la ley están garantizadas en si mismas y no meramente

³⁴ Res. A.G. 220(XXI), 21 ONU, GAOR. Supp. (Nº 16) 52. Doc. ONU A 63(6) (1966). Artículo 26 Pacto de Derechos Civiles y Políticos: "Todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley. A este respecto, la ley prohibirá toda discriminación y garantizará a todas las personas protección igual y efectiva contra cualquier discriminación por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social".

en el contexto de una amenaza hacia otro derecho o libertad sustantivo reconocido por el Pacto (Bayefsky, 1990, p. 3).

Para Carmona en cambio, la fórmula utilizada por la Convención es amplia y abierta, en tanto le permite garantizar de manera generosa la aplicación al niño frente a eventuales causas de discriminación en la actualidad y las que pudieran presentarse en el futuro, superando así la fórmula contenida en el Pacto de derechos civiles y políticos. De esta manera, la Convención demuestra su carácter de instrumento de codificación y de desarrollo progresivo del derecho internacional de los derechos humanos en relación al niño y da al principio de no discriminación un carácter universal (Carmona, 2011, p. 83).

Agrega que los términos utilizados por el texto, en cuanto se refiere a “todos los niños –“cada niño sujeto a su jurisdicción”-, cuando se refiere a todos los derechos enunciados en la Convención –“respetaran los derechos enunciados en la presente Convención”- y respecto a una amplia relación de motivos establecidos en un listado de carácter no exhaustivo, como se desprende de la cláusula final –“o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”- permiten una continua y permanente apertura a cualquier circunstancia que pudiera ser discriminatoria hacia los derechos del niño contenidos en la Convención. Y agrega que el párrafo 2 del mismo artículo amplía aún más la protección al niño, en cuanto a los asuntos concernientes no solo al niño, sino a sus pares, tutores o familiares, que provoquen un efecto discriminatorio hacia el niño (Carmona 2011, p. 83).

En relación con el sujeto amparado por el artículo 2 de la Convención, el texto es claro en señalar a cada niño sujeto a la jurisdicción de los Estados Parte como destinatario de las normas relativas a la no discriminación de los niños. Tal como destaca Carmona, durante los trabajos preparatorios de la Convención hubo un amplio debate respecto de los términos que se debían utilizar en este artículo de manera de delimitar el ámbito de aplicación de esta disposición.

Del enunciado general del proyecto polaco (“todos los niños sin ninguna excepción”), se propuso una más concreta (“todos los niños en sus territorios”), seguida de una más amplia que se adoptó en la primera lectura (“cada niño en su territorio o sujeto a su jurisdicción”), para terminar con la fórmula definitiva (“cada niño sujeto a su jurisdicción”).

Para la delegación del Reino Unido, por ejemplo, la redacción podía influir en las normas internas sobre migración y nacionalidad. La propuesta de Estados Unidos incluía limitar su aplicación a los niños “legalmente” establecidos en sus territorios. Finalmente triunfó la redacción del artículo 2.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, que se refiere “a los individuos que se encuentren en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción”, ya que ofrecía garantías más amplias en cuanto a la competencia personal de los Estados Parte. Finalmente, Finlandia propuso suprimir la expresión “territorio”, como lo hacía el Convenio Europeo de Derechos Humanos, para regular la situación de los niños que se encuentran en un territorio, pero no sometidos a su jurisdicción, como ocurre con los hijos de diplomáticos (Carmona, 2011, p. 85).

De este modo, el Comité de Derechos del niño ha realizado una interpretación amplia a la fórmula “su jurisdicción” utilizada por el referido artículo 2 de la Convención. En efecto, en las observaciones finales al segundo informe de Liechtenstein, consideró que dicho Estado tenía el deber de vigilancia respecto de los niños con necesidades especiales en materia de educación, salud y administración de justicia que, debido a lo reducido de su territorio, debían ser enviados a instituciones especiales en el extranjero. Lo mismo, cuando el Comité se ha referido a los niños de refugiados o solicitantes de asilo, como en las observaciones finales al segundo informe periódico de Lituania, demandando medidas urgentes respecto de las condiciones de esos niños y sus familias y el acceso a los servicios de bienestar social (Carmona, 2011, p. 86).

En este mismo sentido la Corte Interamericana de Derecho Humanos, ha aplicado este principio en el *Caso de los niños de la Calle* (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala), donde señala que las medidas que contempla el artículo 19 de la Convención Americana incluyen, entre otros, los derechos “a la no discriminación”³⁵. Pero tal como destaca Nogueira (2017, pp. 424 y 425) la Corte Interamericana ha ido un paso más allá al establecer una forma de discriminación positiva respecto de los niños, de manera de garantizar una efectiva igualdad ante la ley. En efecto en opinión consultiva OC-21/14, ha señalado:

“Las niñas y niños ejercen por sí mismos sus derechos de manera progresiva, a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal. Por tal motivo, entonces, dispone que las pertinentes medidas de protección a favor de las niñas o niños sean especiales o más específicas que las que se decretan para el resto de las personas, es decir, los adultos. Téngase presente a este respecto, que la Corte ha señalado que las niñas y niños gozan de los mismos derechos que los adultos y, además, poseen derechos adicionales y que, por tanto, el artículo 19 ‘debe entenderse como un derecho adicional, complementario, que el tratado establece para seres que por su desarrollo físico y emocional necesitan de protección especial’. En tal orden de ideas, la Convención y la Declaración consagran un trato preferente a las niñas o niños en razón precisamente de su peculiar vulnerabilidad y, de esa forma, procuran proporcionarles el instrumento adecuado para que se logre la efectiva igualdad ante la ley de que gozan los adultos por su condición de tales”³⁶.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha hecho una interpretación extensiva, en caso de ser necesario determinar la edad de una persona, posible menor de edad, en el caso *Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*, de agosto de 2014, donde ha precisado que el Estado, a través de sus autoridades deberá realizar las acciones pertinentes para acreditar fehacientemente la minoría de edad, y en caso de que ello no sea posible “se debe otorgar al individuo el beneficio de la duda, de manera que, en la hipótesis de que se trate de un menor, se le trate como tal.”³⁷

Cabe hacer presente que la CDN introduce algunos elementos nuevos, que fueron omitidos en los Pactos anteriores, como lo relativo al origen étnico, los impedimentos físicos y cualquier otra condición del niño, sus padres o representantes legales. Asimismo, destaca Carmona lo novedoso que resulta la redacción del párrafo 2 del artículo 2, que permite proteger al niño frente a situaciones de hecho que tradicionalmente le podrían afectar negativamente o que son consecuencias de nuevas causas de discriminación, como la discriminación de los niños con VIH/SIDA o la incidencia de daños ambientales en la salud del niño (Carmona, 2011, pp. 89-90).

A pesar de lo amplio de la disposición es innegable que en la actualidad hay una serie de situaciones exponen al niño a situación de discriminación que han sido advertidas por el Comité de Derechos del niño en sus Observaciones a los Estados, tales como la extrema pobreza o situaciones de marginalidad en la que viven niños y niñas, la situación de las niñas, los niños que forman parte de comunidades indígenas, los discapacitados, nacidos fuera del matrimonio, no nacionales, inmigrantes, desplazados, refugiados, los niños que trabajan o viven en la calle, donde les pide cuenta de las medidas concretas adoptadas para su erradicación (Carmona, 2011, p. 92).

³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “*Niños de la Calle*” (*Villagrán Morales y otros*) Vs. *Guatemala*, de 19 de noviembre de 1999, párrafo 196.

³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, párrafo 66.

³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela*, de 27 de agosto de 2014, párrafo 173.

1.4.2. Principio del interés superior del niño

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

Este principio que no es nuevo en el derecho público y privado, es el que ha suscitado mayor interés, pero también mayor debate en cuanto a sus límites y alcances. Si bien es cierto que, la fórmula del interés superior del niño, fue un principio utilizado en el derecho de familia, por diversas legislaciones, como señala Cillero, gracias a la incorporación de este principio al artículo 3.1 de la Convención, adquiere un nuevo significado, como principio rector-guía, y su interpretación deberá realizarse en conjunto con las demás disposiciones de la Convención (1998, p. 2). Una interpretación aislada de los demás principios rectores de la Convención, puede dar lugar a arbitrariedades y, como dice Cillero, a la vulneración de los derechos que la propia convención reconoce (1998, p 2).

En cuanto al nacimiento de este principio, como señalamos en el capítulo anterior, surge en el derecho de familia de varios Estados europeos en el siglo XIX, y diversos instrumentos internacionales durante el siglo XX, directa o indirectamente se sustentan en este principio (Ravetllat y Pinochet, 2015b, p. 908).

Desde una perspectiva internacional, como destaca Torrecuadrada, antes de la entrada en vigencia de la Convención sobre derechos del niño, se advierte una evolución del principio, que dice relación con dos aspectos: uno, la incorporación del principio en tratados internacionales relativos al derecho de familia, donde nació y se desarrolló este principio; y dos, en algunos instrumentos internacionales no vinculantes, que se referían al interés superior del niño de una manera más amplia (2016, p. 133).

Dentro del primer grupo -tratados internacionales en materia de familia- encontramos el Convenio de la Haya relativo a la protección del niño y la cooperación internacional en materia de adopción internacional de 1965, que hace expresa alusión a este principio en el artículo 1, también la Convención sobre el consentimiento para contraer matrimonio, la edad mínima para contraer matrimonio y los registros de matrimonio de 23 de diciembre de 1964 y la Convención sobre eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer de 18 de diciembre de 1979. Dentro de este primer grupo de tratados, Ravetllat (2015b, p. 909) destaca el Convenio de la Haya sobre competencia de las autoridades y la ley aplicable en materia de protección de menores de 5 de octubre de 1961, que establece en el artículo 4 que: “Si las autoridades del Estado del que el menor es nacional consideran que el interés de éste lo exige, podrán adoptar, según la ley interna, medidas para proteger a la persona o bienes del menor”³⁸. Del mismo modo en lo relativo al secuestro internacional de menores, el preámbulo del Convenio de la Haya, sobre aspectos civiles de la sustracción de menores, de 25 de octubre de 1980, señala en su primer párrafo que “el interés del menor es de una importancia primordial para toda cuestión relativa a su guarda.”³⁹

³⁸ Disponible en: <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj9y9Wb8qLiAh-VXILkGHfsQATgQFjAAegQIBRAB&url=https%3A%2F%2Fwww.hcch.net%2Fes%2Finstruments%2Fconventions%2Ffull-text%2F%3Fcid%3D39&usg=AOvVaw0qnoYbOdYtwHkzNyfCVsSn>

³⁹ Disponible en: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwj_r8DvhaPiAhV3Er-kGHV6fCpoQFjAAegQIABAB&url=https%3A%2F%2Fwww.hcch.net%2Fes%2Finstruments%2Fconventions%2Ffull-text%2F%3Fcid%3D24&usg=AOvVaw1eVN0fh4vmGNYptqe4oVLO

Respecto de los instrumentos internacionales que recogen el principio a modo de recomendación, la declaración de Ginebra de septiembre de 1924, cuando en el preámbulo afirma que “*l’humanité doit donner à l’enfant ce qu’elle a de meilleur*”⁴⁰, aunque como destaca Ravetllat, algunos autores creen ver la manifestación del interés superior del niño en el principio III de la referida declaración (2015b, p. 908). Más tarde la Declaración sobre los derechos del niño de 1959, en el párrafo 2º del principio séptimo declara “El interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación: dicha responsabilidad incumbe, en primer término, a sus padres”⁴¹.

Del mismo modo, y dentro de este segundo grupo de instrumentos que no tienen el carácter de vinculantes, se destaca en materia de Administración de Justicia y niños en conflicto con la ley penal, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) de 28 de noviembre de 1985, la Reglas de las Naciones Unidas para la protección de Menores privados de libertad de 14 de diciembre de 1990 y las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) de 14 de diciembre de 1990, que reconocen en la formulación de sus cláusulas, el interés de niños, niñas y adolescentes.

No obstante, es indudable que fue la CDN la que contribuyó a la cristalización de este principio en el orden internacional, en todas las medidas concernientes a los niños y ya no sólo limitado a asuntos de familia. En su labor codificadora, la Convención debía reconocer y determinar el principio del interés superior del niño como criterio rector pero, además, en opinión de Carmona, realizar aportaciones para su desarrollo progresivo.

Pero a su vez, debía dotar a este principio de un significado y alcance que armonizara su interpretación con el principio que se aplicaba en el ámbito interno de varios de los Estados contratantes (Carmona, 2011, p. 104). De allí, los términos amplios que utiliza la Convención, “en todas las medidas concernientes a los niños”, lo que ha llevado a Philip Alston a calificar este principio como una “norma paraguas”, en la medida que establece las pautas a seguir en todas las medidas concernientes a los niños, no existiendo ningún artículo ni ningún derecho reconocido en la convención respecto a los que este principio no sea aplicable (Carmona, 2011, p. 104).

Desde una mirada crítica, Jorge Del Picó, ha resaltado el carácter extremadamente abierto y carente de determinación legal que presenta este principio. Ello se debe, a juicio del autor, a la ausencia de uniformidad tanto respecto de los sujetos a los que debe aplicarse, como de las circunstancias sociales que lo condicionan o determinan (Del Picó, 2010, p. 134). Asimismo, Ravetllat se refiere al interés superior del niño como una cláusula abstracta, que deja su interpretación al buen hacer y juicio de la persona, institución u organización encargada de su aplicación (Ravetllat y Pinochet, 2015b, p. 915). Algunos autores ven en la aplicación de este principio el riesgo de que “sea empleado sin rigor alguno, como una fórmula vacía de contenido propio” (Paredes, 2013, p. 156), de manera que, cualquier medida se adopte en pos de este principio, pero sin una fundamentación real, o bien que sea utilizado con un “contenido semántico propio ... pero, que éste, sin embargo, resulte injustificable desde el punto de vista normativo” (Paredes, 2013, p. 156). Asimismo, autores como Freedman, ven en la aplicación del principio un verdadero “caballo de Troya”, en cuanto, le otorgan al Estado y a sus organismos, “un gran

⁴⁰ “La Humanidad debe dar al niño lo mejor de sí misma”.

⁴¹ Disponible en https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=15&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKFwjdgJm0h6PiAhXYDrkGHYbTAVoQFjAOegQIABAC&url=http%3A%2F%2Fwww.cedocmuseodelamemoria.cl%2Fwp-content%2Fuploads%2F2011%2F12%2FDECLARACION_DERECHOS_DEL_NINO.pdf&usg=AOvVaw3IvGi-qZOND-sDxIJ3kScZE

ámbito de discrecionalidad, prácticas tutelares, cuyas consecuencias jurídicas son la restricción de la autonomía personal y el resto de los derechos de los niños” (Freedman, 2005, p. 2)

Del mismo modo, la Corte Suprema de Chile se ha referido a este principio como un concepto jurídico indeterminado y de contornos imprecisos. Así, en causa sobre cuidado personal de una niña, en el año 2013 señaló:

Sexto: que, por otra parte en estas materias debe considerarse, como principio rector de interpretación y de decisión, el del interés superior del niño, concepto que aunque jurídicamente indeterminado y de contornos imprecisos, aparece delimitado por las circunstancias de cada caso en particular, y en la especie, por aquello que resulte ser lo más aconsejable para asegurar la protección de los derechos fundamentales de la menor y posibilitar la satisfacción de todos los requerimientos de una vida normal, orientados al equilibrio y sano desarrollo de su personalidad en un ambiente de afecto, de contención y de formación integral”.⁴²

Debido a la formulación genérica utilizada por la Convención para referirse a este principio y al riesgo que conlleva una interpretación arbitraria, que podría llevar a vulnerar los principios que la propia convención consagra, el Comité de Derechos del Niño, ha contribuido a precisar este principio en la Observación general número 14, del año 2013, que se refiere al “Derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial”. En ella enfatiza que el principio del interés superior del niño debe ser considerado en su triple dimensión: primero, como un derecho sustantivo, e impone una obligación directa para los Estados que consiste en su aplicación directa ante los Tribunales de justicia; segundo, como un principio jurídico fundamental; y tercero, como una norma de procedimiento, en cuanto a que en los procesos en los que se afecte directamente a un niño o grupo de niños, deberá siempre considerarse las implicancias de esa decisión para él o los niños involucrados.

Como una primera aproximación, el interés superior del niño ha sido definido como la plena satisfacción de los derechos de los niños (Cillero, 1999, p. 8), pero para entender esta noción es importante hacer algunas consideraciones que contribuirán a una debida interpretación de este principio, tomando en consideración el desarrollo que ha tenido en la doctrina, en la práctica del Comité de Derechos del niño y en la jurisprudencia:

1) El principio del interés superior del niño se erige, de un modo general, en el artículo 3.1 de la Convención, pero de un modo particular, en otras disposiciones. En efecto, se refieren a este principio: artículo 9, párrafos 1 y 3, en relación a la separación del niño de sus padres (“el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, excepto cuando ... tal separación es necesaria en el interés superior del niño”; “derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contactos directo con ambos ... salvo si ello es contrario al interés superior del niño”); artículo 18, párrafo 1, respecto a las responsabilidades de los padres (“ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño... Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”); artículo 20, párrafo 1, respecto a niños privados del entorno familiar (“los niños cuyo superior interés exija que no permanezcan en ese medio [familiar], tendrán derecho a la protección y asistencia especiales del Estado”); artículo 21, sobre la adopción (“Los Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción cuidarán de que el interés superior del niño sea consideración primordial”); artículo 37, c), respecto a los niños en situación de privación de libertad (“... todo niño privado de libertad estará separado de los adultos a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño”); y artículo 40, párrafo 2, b) iii), relativo a niños con conflicto con la justicia (“todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido

⁴² Corte Suprema, Rol 6.349/2013. Disponible en : <http://decs.pjud.cl/articulo-el-interes-superior-del-nino-nina-y-adolescente-y-su-aplicacion-en-la-jurisprudencia-de-las-segunda-y-cuarta-sala-de-la-corte-suprema/>

esas leyes, se le garantizará ...que la causa sea dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor adecuado, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño...”). Esto demuestra el carácter de “norma paragua”, como señala Alston, en el sentido que el interés superior del niño informa todos los aspectos que inciden en la vida del niño, como se analizará a continuación.

2) Se mencionan como características del principio: su carácter de esencial, interdependiente del conjunto de derechos proclamados en la Convención, exclusivo del niño, no absoluto, indeterminado y dinámico.

En cuanto al carácter de esencial del principio, se advierte de la redacción del artículo 3.1 que se refiere a “todas las medidas concernientes a los niños”, y luego, al referirse a él, el artículo 3.1 señala que “será una consideración primordial”.

En cuanto al carácter de interdependiente del principio, viene dado por el hecho de que su aplicación e interpretación no puede realizarse de manera aislada, sino en interrelación con los demás principios rectores, y otros derechos consagrados en la Convención. Así lo ha señalado el Comité de Derechos del niño en la Observación general número 14, determinando en los considerandos 41 a 45 de la Convención de qué manera se relaciona este principio con la no discriminación, con el derecho a la vida, la supervivencia y desarrollo y con el derecho del niño a ser escuchado.⁴³ Del mismo modo, en las recomendaciones que ha dado el Comité de los derechos del niño a los Estados partes, se puede advertir la necesidad de interpretar las normas de la Convención de conformidad a este interrelación.

A modo de ejemplo, se puede citar la recomendación del Comité de derechos del niño a los Estados Salvador y Sudan, desde sus inicios respecto de las edades mínimas para contraer matrimonio, acceder a empleo, realizar el servicio militar o declarar ante Tribunales.⁴⁴

Por su parte, que sea un principio exclusivo del niño, se refiere a se predica únicamente en relación al niño y como señala Carmona (2011, p. 107), adquiere una entidad propia en el marco del Derecho internacional de los derechos Humanos. Ello se debe, según la autora, al contexto en el que se desarrolló este principio, a fines de la segunda guerra mundial, ya que los estragos que provocó la guerra afectaban de manera directa a los niños y se advertía que ellos eran uno de los colectivos más vulnerables y así quedó plasmado en la Declaración de los derechos del niño del 59 y luego en el preámbulo de la Convención que, en su párrafo 9º, señala: “Teniendo presente que, como se indica en la Declaración de los derechos del niño, el niño, por su falta de madurez física y mental, necesita protección y cuidados especiales, incluso la debida protección legal, tanto antes como después del nacimiento” .

En cuanto al carácter no absoluto del principio, ello se advierte de el mismo texto de la Convención, al señalar que el interés superior del niño será “una consideración primordial”. Como desarrollaremos más adelante, en la identificación del interés superior del niño, es posible advertir la existencia de otros intereses de terceros o del propio niño, que obligue a una ponderación entre ellos, y el interés superior del niño será uno de los que se deberá tomar en consideración (Carmona, 2011, p. 109).

⁴³ CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013.

⁴⁴ Disponible en https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=1&ved=2ahUKEwjG7939u6jiAh-VlIrkGHdDDAkQQFjAAegQIARAC&url=http%3A%2F%2Fdocstore.ohchr.org%2FSelfServices%2FFiles-Handler.ashx%3Fenc%3D6QkG1d%252FFPRiCAqhKb7yhsgD04RZjpan-febvvdWj1%252FA4%252BZjIKZK%252FF1aIH5tQZRWtRRYTAanS%252BcVdX%252BRKRBRmqjPNRJU2S1hfXWWgY4dGhtc%253D&usg=AOvVaw1H5DEPvhhG7LHcaRg_z-H8

En cuanto al carácter de ser un concepto jurídicamente indeterminado, existe consenso en la doctrina de que no es posible dar una definición concreta y única aplicable a todos los casos del principio, debido a la heterogeneidad de sus titulares, ya que puede referirse a un solo niño o a un colectivo más o menos amplio, pero además porque todos los niños tienen necesidades diferentes en función de las características que a cada uno lo rodean, por ejemplo un niño huérfano, discapacitado, refugiado, soldado o víctima de un conflicto armado, indígena, víctima de abusos sexuales o escolares, hijos de padres separados (Torrecuadrada, 2016, pp. 140-141). Asimismo, los niños poseen una madurez distinta de acuerdo a su edad, ante lo cual requieren respuestas variadas. Por ello, no existe una fórmula única para resolver los asuntos concernientes a los niños, sino que es necesario resolverlos *in concreto*. Señala Torrecuadrada, más que el concepto mismo de interés superior del niño es necesario determinar la finalidad que persigue y los criterios que han de guiar al órgano encargado de su aplicación (2016, p. 141).

Agrega Carmona, que el interés superior del niño tiene este carácter indeterminado, debido a que se configura como un principio general, un criterio de interpretación que informan todas las disposiciones del tratado, y cualquier acción referente al niño. Sin embargo, agrega, la Convención ofrece pautas o claves necesarias para su determinación en cada caso concreto (Carmona, 2011, p. 110).

En este mismo sentido se ha pronunciado el Comité de Derechos del Niño en la Observación general número 14, en que señala que la evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse en cada caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños o los niños en general. “Esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño o los niños de que se trate, como la edad, el sexo, el grado de madurez, la experiencia, la pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, el entorno con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores”.⁴⁵

Agrega el Comité una lista de elementos que deben tomarse en consideración y que deben orientar la toma de decisiones respecto de las esferas específicas que afectan a los niños, de manera de “garantizar el disfrute pleno y efectivo de los derechos reconocidos en la convención y su desarrollo holístico”.⁴⁶ Estos elementos son: la opinión del niño, la identidad del niño, la preservación del entorno familiar y mantenimiento de las relaciones, el cuidado la protección y la seguridad del niño, la situación de vulnerabilidad del niño, el derecho a la salud y el derecho del niño a la educación.⁴⁷

Por último, que el principio del interés superior del niño tenga un carácter dinámico, por cuanto abarca distintos temas alusivos a los niños, que se encuentran en constante evolución. Así lo establece la Observación general número 14⁴⁸ y la interpretación que ha hecho la jurisprudencia del presente principio que será desarrollada más adelante. Por último, esta es la interpretación que la Corte Interamericana de derechos humanos denomina interpretación evolutiva de los instrumentos internacionales de protección, que describe en la Opinión consultiva número 16 de la siguiente manera:

[t]al interpretación evolutiva es consecuente con las reglas generales de interpretación de los tratados consagradas en la Convención de Viena de 1969. Tanto esta Corte [...] como la Corte Europea [...], han señalado que los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya

⁴⁵ CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013. Considerando 48.

⁴⁶ CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013. Considerando 51.

⁴⁷ CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013. Considerandos 53-79.

⁴⁸ CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013. Considerando 11.

interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales”⁴⁹

3) La Convención utiliza la expresión “en todas las medidas”, que como señala Cardona Llorens (2014, pp. 5-6), es una expresión mucho más amplia que “decisión”, y como señala el Comité de derechos del niño en la Observación general número 14, incluye cualquier acto, conducta, propuesta, servicio, procedimiento o cualquier otra medida que concierna al niño. Agrega que la expresión incluye, las medidas legislativas, las decisiones políticas, las medidas administrativas, etc. Por último señala la referida Observación general número 14, que el término “medida” no exige una acción, sino también una omisión, como ocurre cuando las autoridades administrativas deciden no actuar frente una determinada situación.⁵⁰

Del mismo modo, la expresión “concernientes a los niños”, debe interpretarse de manera amplia, como señala Ravetllat, ya sea se trate de un niño, de un grupo de niños o de los niños en general, y a otros actos que repercutan en la infancia y la adolescencia, considerada de manera individual o colectiva (2015b, p. 912). Por último, al referirse a “los niños”, señala el Comité en la Observación general número 14, que el interés superior se concibe en la Convención como un interés colectivo, pero también como un derecho individual. Para Ravetllat, esta es la demostración de que el precepto pretende ofrecer una imagen global de la infancia, como infancia y no centrarse en casos particulares (2015b, p. 912).

4) Sujetos a los que este principio impone obligaciones. La misma norma enumera los sujetos que resultan obligados por el principio, esto es, “las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos”, sin embargo, como advierte Ravetllat, guarda silencio respecto de los progenitores y de los guardadores del niño, lo que resulta al menos curioso, teniendo presente que -tal como señalamos en las características de la CDN- la Convención establece un verdadero reparto de funciones respecto de la tutela del niño, entregando al Estado sólo un rol subsidiario.

Sin embargo, esto se explica por la forma en la que fue adoptada la Convención. En efecto, señala Ravetllat que en el grupo de trabajo que se encargó de la elaboración del proyecto de Convención había dos posturas: aquellos partidarios de introducir una mención expresa respecto de las personas encargadas de la guarda del niño, como los progenitores o guardadores en general; y aquellos que, por el contrario, sostenían que no era necesaria su inclusión. Finalmente, se optó por la segunda de las posturas liderada por Estados Unidos, aunque con posterioridad se eliminó de la redacción la referencia de que el principio sería aplicable únicamente a las “medidas oficiales”.

En la Observación general número 14, el Comité ha aclarado que si bien el artículo 3 párrafo 1 de la Convención no se menciona explícitamente a los padres, el interés superior del niño será “su preocupación fundamental”, de conformidad a lo establecido en el artículo 18, párrafo 1⁵¹. Una interpretación que concilie ambos preceptos nos lleva a la conclusión de que los padres también están obligados por esta norma, aunque como destaca Ravetllat los roles parentales no suponen una facultad absoluta, sino que se encuentran limitados por este mismo principio (2015b, p. 914). Una interpretación contraria nos haría volver a la época en que los niños eran considerados como propiedad de sus padres y estos tenían amplias facultades respecto de los niños, a los que se les consideraba seres imperfectos, con carencias y deficiencias, incapaces de regirse por sí mismos, tal como se desarrolló latamente en el primer capítulo de la presente tesis.

⁴⁹ Opinión Consultiva OC-16/99, de 01.10. 1999, Serie A, n. 16, párr. 114.

⁵⁰ CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013. Considerando 17.

⁵¹ CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013.

En este sentido, se ha pronunciado la CIDH en Opinión consultiva número 14, realizando una interpretación que concilia este principio y la norma contenida en el artículo 19 de la Convención Americana, señalando:

En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar⁵².

Y en Opinión consultiva número 21 ha señalado:

[L]a familia a la que toda niña y niño tiene derecho es, principalmente, a su familia biológica, incluyendo a los familiares más cercanos, la cual debe brindar la protección a la niña y al niño y, a su vez, debe ser objeto primordial de medidas de protección por parte del Estado⁵³.

5) El interés superior del niño será “una consideración primordial”. Como señala Ravetllat (2015b, p. 914), el borrador inicial del proyecto propuesto por Polonia, contenía la expresión “la consideración primordial” (*the paramount consideration*), ante lo cual se alzaron voces a favor y en contra de esta redacción. Se esgrimía que, con esta redacción hacia que la Convención fuera compatible con otros instrumentos internacionales, como la Convención para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños con particular referencia a la adopción y colocación en hogares de guarda en los planos nacional e internacional (Carmona, 2011, p. 109).

Ante esto, los representantes de los Estados que se oponían a esta redacción, liderados por Estados Unidos, entendían que dichos instrumentos eran de aplicación más restringida, respecto de los cuales debía predominar el interés del menor por encima de cualquier otra alegación o interés existente (Ravetllat y Pinochet, 2015b, pp. 914 y 915). Finalmente primó la postura norteamericana que es más flexible en atención a que el interés superior del niño no tiene un carácter absoluto, y como señala Carmona, a veces puede verse enfrentado a intereses de terceros que pudieran prevalecer, o incluso intereses de otro niño, que obligase a una adecuada ponderación (2011, p. 109).

Señala Carmona el caso que contempla el artículo 9, párrafo 1, sobre separación del niño de sus padres en casos de maltrato o descuido por parte de los padres o cuando vivan separados y deba decidirse el lugar de su residencia (2011, p. 109). Por último, el calificativo de “primordial”, impone la obligación de determinar ante cualquier circunstancia, y en su caso, hacer primar el interés superior del niño, por cuanto pueden coexistir coetáneamente distintos intereses respecto del niño, pero se debe determinar en cada caso, cual de esos posibles intereses es el principal, el más importante para el niño (Carmona, 2011, p. 110).

⁵² Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-17/02, de 28 de agosto de 2002, párrafo 66.

⁵³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-21/14, de 19 de agosto de 2014.

Interpretación y aplicación del interés superior del niño en la Corte Interamericana de Derechos humanos.

La Corte Interamericana de derechos Humanos ha realizado una importante labor en precisar el sentido y alcance de los términos de la Convención sobre Derechos del niño, pero también en la aplicación del principio del interés superior del niño a casos concretos. Con el objeto de realizar una interpretación que conciliara los principios contenidos en la Convención sobre derechos del niño y en los demás instrumentos internacionales de derechos humanos, emitió el 28 de agosto de 2002, la Opinión consultiva OC-17/2002, solicitada por la Comisión de Derechos Humanos denominada "Condición jurídica y derechos humanos de los niños". Allí señala expresamente que el interés superior de niño es un principio regulador de la normativa de los derechos del niño y que se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias del niño, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención.⁵⁴

Asimismo, en numerosos pronunciamientos ha desarrollado este principio, señalando que este principio no puede interpretarse de manera aislada, sino más bien formando parte del complejo entramado de normas que promueven y garantizan los derechos humanos y se ha ido desarrollando, paulatinamente, en la práctica de los distintos operadores del sistema, los tribunales nacionales e internacionales de justicia.

Del mismo modo, en el caso denominado *Niños de la Calle* (Villagrán Morales y otros vs. Guatemala), señaló en el considerando 191:

A la luz del artículo 19 de la Convención Americana la Corte debe constatar la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los "niños de la calle", los hacen víctimas 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 a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida⁵⁵.

En el año 2003, en el caso Bulacio, señaló expresamente que el principio del interés superior del niño, se funda "en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades"⁵⁶.

Reiteró esta interpretación en el Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú, Sentencia de 8 de julio de 2004:

⁵⁴ CIDH. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 de 28 de agosto de 2002. Serie A N° 17, par. 59, p. 61.

⁵⁵ Corte I.D.H.: Caso de los "Niños de la Calle" (Villagrán Morales y otros) vs. Guatemala. Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C No 63, par. 141, p. 49.

⁵⁶ Corte I.D.H.: Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003. Serie C N° 100, par. 134, p. 55.

En esta materia, cuando se trata de la protección de los derechos del niño y de la adopción de medidas para lograr dicha protección, rige el principio del interés superior del niño, que se funda “en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades” (citando la opinión consultiva número 17)⁵⁷.

Del mismo modo la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha constatado que la Convención sobre derechos del niño reconoce cuatro principios rectores, tal como se señaló con anterioridad, pero agrega que dichos principios deben interpretarse a la luz de otros instrumentos internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos y la Declaración Americana. A este respecto señala en la Opinión consultiva número 21:

El principio de no discriminación, el principio del interés superior de la niña o del niño, el principio de respeto al derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo, y el principio de respeto a la opinión de la niña o del niño en todo procedimiento que lo afecte, de modo que se garantice su participación, los cuales deben primar por sobre cualquier consideración de la nacionalidad o el estatus migratorio, a fin de asegurar la plena vigencia de sus derechos, en los términos de los artículos 1.1, 2 y 19 de la Convención Americana y VII de la Declaración Americana⁵⁸.

La Corte también ha señalado que el interés superior del niño debe prevalecer en el entendido que constituye la satisfacción de todos los derechos de los niños, que obliga a los Estados y que irradia efectos respecto de los demás derechos que consagra la Convención sobre derechos del niño, constatando el carácter de interdependiente del principio como destacamos con anterioridad. Así en el caso *Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana* señaló:

La prevalencia del interés superior del niño debe ser entendida como la necesidad de satisfacción de todos los derechos de los menores, que obliga al Estado e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención cuando el caso se refiera a menores de edad.”⁵⁹

En lo relativo a la interrelación entre los principios del interés superior del niño y el principio de la autonomía progresiva y el derecho de los niños a ser oídos, la CIDH se pronunció en el caso “*Atala Riffo vs. Chile*”, en el que señaló:

[L]os niños y las niñas ejercen sus derechos de manera progresiva a medida que desarrollan un mayor nivel de autonomía personal [...]. En consecuencia, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo o en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor de edad y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor de edad, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. Asimismo, la Corte considera que las niñas y los niños deben ser informados de su derecho a ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean. Al respecto, en casos en que se presenten conflictos de intereses entre la madre y el padre, es necesario que el Estado garantice, en lo posible, que los intereses del menor de edad sean representados por alguien ajeno a dicho conflicto”⁶⁰.

⁵⁷ Corte I.D.H.: Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004. Serie C No 110, par. 163, p. 61.

⁵⁸ Corte I.D.H.: OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, párrafo 68.

⁵⁹ Corte I.D.H.: Caso *Niñas Yean y Bosico Vs. República Dominicana*, de 8 de septiembre de 2005, párrafo 134.

⁶⁰ Corte I.D.H.: Caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, de 24 de febrero de 2012, párrafo 68.

En este sentido, Cristian del Piano Lira, señala:

[L]a incorporación del niño como sujeto de derechos a partir de la entrada en vigor de la CDN, y su recogimiento por parte del sistema interamericano de derechos humanos, ha supuesto una verdadera revolución en la mirada que los Estados deben tener en la protección de sus derechos fundamentales, cuyo contenido y alcances tiene una dosis de progresividad notable, reforzando el rol de la Comisión y de la Corte en la consecución del objetivo primordial de los Estados de asegurar un adecuado rol de los futuros adultos en la sociedad a la que pertenecen.” (2012, p. 24)

De todo lo señalado podemos concluir que, si bien el interés superior del niño es un principio indeterminado, ello no significa que su interpretación queda al arbitrio de la autoridad. En efecto, existen criterios claros para su identificación, los que se desprenden de la Convención sobre derechos del niño, de la Observación general número 14 y de la interpretación que ha realizado la doctrina y jurisprudencia sobre este principio esencial en el derecho de los niños. En todo caso, será un asunto a determinar *in concreto*, caso a caso, de la manera que dicha interpretación concilie el principio con todos los derechos consagrados en la Convención.

1.4.3. Derecho a la vida, a la supervivencia y al desarrollo

1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida.
2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.

Como se analizará más adelante es un principio que se ha sido elevado a la categoría de norma de *ius cogens*, por el Comité de Derechos Humanos y constituye lo que se ha denominado “núcleo duro” de los derechos humanos, esto es, aquellos que no pueden ser objeto de derogación en ninguna circunstancia (Carmona, 2011, p. 115).

El derecho a la vida es declarado por la convención como un derecho inherente al niño, términos que emplea el artículo 6 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, aunque llama la atención la redacción del artículo 6 de la Convención que parece obligar solo al estado, mientras que en otros instrumentos internacionales se hace referencia a “toda persona” o a “todos”.

A pesar de la importancia anotada, este derecho no estaba previsto en el proyecto presentado por Polonia, ni tampoco se incorporó luego de su revisión, un año después. Sólo después que las delegaciones hicieron presente esta omisión ante el Grupo de trabajo, fue incorporado al convenio (Carmona, 2011, p. 119). La situación del niño antes del nacimiento se había discutido latamente al precisar la definición de niño, y habiendo concluido el debate, el Grupo de Trabajo manifestó su intención de no volver sobre el tema, por lo que, en lo que respecta a este derecho, el Grupo de trabajo se abocó a definir y delimitar los conceptos de supervivencia y de desarrollo.

En cuanto a la cuestión de determinar desde cuando se entiende que el niño tiene derecho a la vida, como señalamos, la Convención no adopta una posición clara en relación al momento inicial de la vida del niño. Por un lado, se mantuvo la fórmula de la Declaración de 1959, en cuanto a que el niño requiere protección y cuidados antes de su nacimiento, de conformidad al párrafo 9 del preámbulo, pero al definir niño en el artículo 1, se refiere a todo “ser humano menor de 18 años”.

Del mismo modo, en la Convención también es posible encontrar una disposición que se refieren a la protección del niño antes de su nacimiento. En efecto el artículo 24, bajo el enunciado “1. Los Estados Partes reconocen el derecho del niño al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para

el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud”, agrega en el número 2., que los Estados asegurarán la plena aplicación de este derecho y adoptarán las medidas apropiadas para, letra “d) Asegurar atención sanitaria prenatal y postnatal apropiada a las madres”. Para Carmona, este será un derecho fundamental para interpretar los otros dos derechos que consagra el artículo 6 y que se interrelacionan con el derecho a la vida: el derecho a la supervivencia y al desarrollo (Carmona, 2011, p. 121).

Por último, otra manifestación del derecho a la vida del niño es la prohibición de aplicar la pena de muerte a menores de 18 años, contenida en el artículo 37 letra a)⁶¹. La discrecionalidad que ofrece el artículo 1 a las legislaciones nacionales para determinar la mayoría de edad, se ve limitada, en el artículo 37, al menos en lo relativo a la pena de muerte, ya que de conformidad a este artículo no es posible su imposición a menores de 18 años. Carmona (2011, p. 123) lamenta que no se haya incorporado a la Convención la prohibición de la pena de muerte respecto de mujeres embarazadas o madres que hayan dado a luz recientemente, sin embargo, la formulación del artículo 37 es más amplia e incluye a niños y niñas menores de 18 años, por lo que no era necesario incluir dicha prohibición, contenida, por lo demás, en el Pacto Internacional de Derechos civiles y Políticos de 1966 y en la Convención Americana de Derechos Humanos de 1969.

En cuanto a la supervivencia y desarrollo del niño, en el Grupo de trabajo se discutió el alcance de estos términos, para lo cual la Organización mundial de la salud, señaló que la supervivencia engloba cuestiones como la vigilancia del crecimiento, la rehidratación oral, la lucha contra las enfermedades, el amamantamiento materno, la vacunación, el esparcimiento de los nacimientos, la alimentación y la educación de mujeres (Carmona, 2011, p. 124).

Del mismo modo, debemos señalar que el Comité de derechos del niño ha interpretado este principio en la Observación general número 4, en la que desarrolla las ideas de "salud y desarrollo" en un sentido más amplio que el estrictamente derivado de las disposiciones del artículo 6, como la alta tasa de suicidios, abuso, descuido, violencia y explotación⁶².

Por su parte, en la Observación General número 6, individualiza las causas que podrían poner en peligro la vida de los niños, tales como en el párrafo 23, en el que señala como riesgos que afecta a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño “la trata dirigida a la explotación sexual o de otra índole o la participación en actividades delictivas de las que puede resultar perjuicio para el menor o, en casos extremos, la muerte.” Luego en el párrafo 28 se refiere al “reclutamiento de menores en las fuerzas armadas y su participación en las hostilidades”, y en el párrafo 52, la trata de niños, como circunstancias que ponen gravemente en riesgo este derecho.⁶³

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha aplicado este principio, en el Caso Gelman Vs. Uruguay, en el que señaló que el derecho a la vida no sólo se afecta cuando se pone término a la vida de una persona, o cuando se afecta su integridad física o psíquica de una persona, sino cuando se pone en riesgo la supervivencia o desarrollo del niño, lo que ocurrió por la separación de la niña María Macarena Gelman de sus padres biológicos, “pues la familia tiene un rol esencial en su desarrollo”⁶⁴.

⁶¹ Artículo 37. Los Estados Partes velarán por que:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. no se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;

⁶² CRC/GC/2003/4 , de 21 de julio de 2003

⁶³ CRC/GC/2005/6, de 1 de septiembre de 2005.

⁶⁴ Corte I. D. H.: Gelman Vs. Uruguay, de 24 de febrero de 2011, párrafo 130.

En cuanto a las obligaciones que este principio entraña para el Estado, en el Caso “Instituto de Reeduación del Menor” vs. Paraguay, señaló que las obligaciones del Estado “abarcan aspectos económicos, sociales y culturales que forman parte principalmente del derecho a la vida y del derecho a la integridad personal de niños”⁶⁵. Pero, además, en la Opinión consultiva número 17, se pronuncia respecto de las obligaciones que tienen el estado, en cuanto a adoptar medidas necesarias para que los niños tengan una vida digna, como parte integrante del derecho a la vida:

En cuanto a las condiciones de cuidado de los niños, el derecho a la vida que se consagra en el artículo 4 de la Convención Americana, no sólo comporta las prohibiciones que en ese precepto se establecen, sino la obligación de proveer de medidas necesarias para que la vida revista condiciones digna”⁶⁶.

Del mismo modo, la Corte Interamericana se ha pronunciado sobre la obligación del Estado respecto de la vida de los niños privados de libertad, en el caso *Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela*, en el que ha señalado que de conformidad al artículo 19 de la Convención Americana el Estado:

[P]or una parte, debe asumir su posición especial de garante con mayor cuidado y responsabilidad, y debe tomar medidas especiales orientadas en el principio del interés superior del niño. Por otra, la protección de la vida del niño requiere que el Estado se preocupe particularmente de las circunstancias de la vida que llevará mientras se mantenga privado de libertad, puesto que ese derecho no se ha extinguido ni restringido por su situación de detención o prisión”⁶⁷.

De este modo, se configura este principio como un derecho de los niños consagrado en la Convención, pero que impone amplias obligaciones al estado no sólo para asegurar la vida del niño y su desarrollo y supervivencia, sino también para asegurar niveles de vida adecuados, y proteger al niño de los riesgos que pudieran poner en peligro su vida y su desarrollo, como los señalados.

1.4.4. Derecho del niño a expresar su opinión y a que sea tomada en cuenta en todos los asuntos que les afecten y a ser escuchado en todo procedimiento

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

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

El Comité de derechos del niño ha identificado en el artículo 12, uno de los principios fundamentales de la Convención, en cuanto exige una transformación del enfoque tradicional, -paternalista-asistencial- en el que los niños tienen un papel de receptores pasivos del cuidado protector de los adultos (Lansdown, 2005, p. 20). En efecto, en esta nueva concepción del niño, es considerado como un individuo independiente, poseedor de sus propias opiniones, las que, de acuerdo a su edad y madurez, deberán ser tomadas en cuenta (Carmona, 2011, p.126).

A pesar de lo trascendente que es este derecho, no se encontraba contemplado en el proyecto original presentado por la delegación de Polonia, aunque en una revisión posterior fue incorporado, pero

⁶⁵ Corte I.D.H.: Instituto de Reeduación del Menor Vs. Paraguay, de 2 de septiembre de 2004, párrafo 149.

⁶⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, OC-17/02, de 28 de agosto de 2002, párrafo 80.

⁶⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Hermanos Landaeta Mejías y otros Vs. Venezuela*, de 27 de agosto de 2014, párrafo 182.

con un tenor diferente. El numeral 2. fue incorporado por la delegación de Estados Unidos, con ocasión de la redacción del artículo 3.1. sobre el interés superior del niño, de manera que viniera a complementar dicho principio.

Como es posible advertir de la lectura del artículo 12, este artículo consagra derechos e impone obligaciones a los Estados en un doble ámbito: primero, se garantiza el derecho del niño a expresar su opinión libremente en los asuntos que le afecten, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez del niño; y segundo, como corolario del anterior, el derecho del niño a ser escuchado en todo procedimiento que le afecte. Como señala Carmona, el primer párrafo establece la idea general, mientras que el segundo, contiene la manifestación más concreta de su aplicación, la necesidad de escuchar al niño en todo procedimiento que le afecte (2011, p. 126). A ello se suma, el desarrollo y concreción en otras disposiciones de la Convención como detallaremos a continuación.

El derecho reconocido en el artículo 12 dice relación con la libre expresión por parte del niño de su opinión en todos los asuntos que le conciernan y la obligación de prestarle atención. Eso sí el ejercicio de este derecho se encuentra limitado o condicionado a ciertas circunstancias que dicen relación con la capacidad del niño para ejercerlo, la obligatoriedad o no de su ejercicio y la consideración que los terceros presten a ella.

Si bien es cierto, la Convención recoge el derecho a la libre expresión en el artículo 13⁶⁸, ambos artículos se encuentran íntimamente relacionados entre sí, pero coexisten de manera autónoma y, por lo mismo, deben ser interpretados entendiendo que el artículo 13 reconoce la libertad de expresión de manera general, mientras que el artículo 12 lo hace en relación a los asuntos que afectan al niño, haciendo hincapié en el derecho a ser escuchado y que se tomen en cuenta sus opiniones (Hodgkin y Newell 2007, p. 151). De esta manera la libertad de expresión contenida en el artículo 13, puede ser restringida únicamente en el caso que la ley lo prevea y sea necesario para respetar otros derechos o para proteger la seguridad nacional o el orden público o la salud o la moral. El artículo 12 en cambio, beneficia directamente al niño que es capaz de formarse su propia opinión y su derecho a que dicha opinión sea tomada debidamente en cuenta, cuando afecta a asuntos de su interés.

A continuación, se precisa el derecho a la libre expresión en el sentido que se refiere a todos los asuntos que afectan al niño e impone la obligación de tener debidamente en cuenta sus opiniones, cuya observancia queda condicionada a la edad y a la madurez del titular de dicho derecho (Carmona, 2011, p. 129). En este mismo sentido, la Observación general número 12, que precisa además que estas disposiciones imponen la obligación a los Estados de introducir un marco jurídico y establecer los mecanismos de participación activa del niño en las medidas que lo afecten y en la adopción de decisiones y de tener debidamente en cuenta esas opiniones una vez expresadas, circunstancias que no exige el artículo 13⁶⁹. De esta manera, señala Carmona, mientras la libertad de expresión se reconoce a todo niño capaz de formarse su propio juicio, la obligación de tener en cuenta su opinión queda estrechamente vinculada a la edad y madurez del niño, lo que dice relación con la “evolución de las capacidades del niño”, que contempla el artículo 5 de la Convención (2011, p. 129).

⁶⁸ 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 públicas.

⁶⁹ CRC/C/GC/12 de 20 de junio de 2009.

Como señala Lansdown, mientras el artículo 12 establece la posibilidad de que el niño exprese libremente su opinión y que esa opinión sea debidamente tomada en cuenta, el artículo 5⁷⁰ destaca el papel de los padres y otras personas encargadas de su cuidado para que impartan dirección y orientación al niño, de modo que sea capaz de ejercer sus derechos de acuerdo a la evolución de sus facultades.

De esta manera, los adultos delegan la responsabilidad de tomar decisiones en los niños, a medida que estos desarrollan las competencias y la voluntad de asumir dicha responsabilidad (Lansdown, 2005, p. 20). Para Carmona, ello no significa que las responsabilidades, derechos y obligaciones de los padres o de las personas que se encuentran a su cuidado sean restringidas o minusvaloradas por la Convención, sino que dice relación con la nueva concepción del niño como sujeto activo y partícipe de sus relaciones sociales y en la esfera privada. Ello se desprende de la relación de los artículos 5, 6, 14.2 y 18 de la Convención (2011, p. 131).

En cuanto a la obligación de escuchar al niño en todo procedimiento, se refiere a cualquier procedimiento que le afecte, esto es, judicial, administrativo, disciplinario, etc., en que los intereses del niño se vean afectados, tal como lo señala la Observación general número 12. Si bien en el acápite siguiente se analizarán el derecho del niño a expresar su opinión en los procedimientos judiciales, debemos señalar que este artículo se relaciona, además, con el artículo 9.2 que se refiere al procedimiento entablado en relación a la separación del niño de sus padres, donde todas las partes interesadas tendrán derecho a participar en él y a expresar su opinión. Aunque no menciona al niño, es evidente que está en el espíritu de la Convención incluirlo, de acuerdo a la edad y madurez que establece el artículo 12 (Carmona, 2011, p. 132).

Del mismo modo, se refieren a este derecho, los procedimientos relativos a malos tratos, abuso o explotación del niño, contenidos en los artículos 9 y 19 de la Convención; la adopción, contenida en el artículo 21; la obtención del estatuto de refugiado, del artículo 22 de la Convención; procedimientos laborales del artículo 32; y la jurisdicción penal de menores de los artículos 37 y 40 (Carmona, 2011, pp. 132-133).

Cabe señalar que, para ponderar debidamente este derecho, es necesario tener en consideración el elemento edad y madurez del niño para que sus opiniones sean debidamente tomadas en cuenta. En efecto, la convención partiendo de la base que el niño puede expresarse en la medida que sea capaz de formarse su propio juicio, para que sus opiniones sean tomadas en cuenta, es necesario tomar en consideración dos elementos: el objetivo, la edad, y el subjetivo, la madurez. Como advierte Carmona, la edad no es un requisito determinante ni estanco, sino más bien debe considerarse en relación a la madurez del niño en cada caso (2011, p. 134). Así lo expresa el Comité de derechos del niño, que señala en el párrafo 29 de la Observación general número 12 que los niveles de comprensión de los niños no van ligados de manera uniforme a su edad biológica. Agrega que la información, la experiencia, el entorno, las expectativas sociales y culturales y el nivel de apoyo contribuyen al desarrollo de la capacidad del niño para formarse una opinión, por ello, las opiniones del niño deben evaluarse caso a caso.⁷¹

Pero, en el párrafo 20, aclara que los Estados no pueden partir de la premisa de que un niño es incapaz de expresar sus propias opiniones, sino por el contrario los Estados deben dar por supuesto que el niño tiene capacidad para formarse sus propias opiniones y reconocer que tiene derecho a expresarlas,

⁷⁰ Artículo 5: Los Estados Partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada o de la comunidad, según establezca la costumbre local, de los tutores u otras personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

⁷¹ CRC/C/GC/12 de 20 de junio de 2009.

y no corresponde al niño probar dicha capacidad. Ello implica reconocer y respetar formas no verbales de comunicación como el juego, la expresión corporal y facial, el dibujo y la pintura, mediante los cuales los niños se expresan a muy temprana edad.

Por su parte, este artículo debe ser interpretado en consonancia con el artículo 5 de la Convención. En efecto, Cillero (1999) señala que si bien múltiples autores -y como hemos señalado, el Comité de Derechos del niño y la jurisprudencia de distintos tribunales internacionales- sostienen que la Convención reconoce al niño como sujeto de derechos, el ordenamiento jurídico no le reconoce autonomía plena por factores de hecho, como su madurez, o jurídicas, como ser dependiente de sus padres. Sin embargo, agrega que el artículo 5º de la Convención permite resolver esta cuestión, al disponer que el niño puede ejercer sus derechos en la medida de la “evolución de sus facultades”, y que los padres y demás responsables, les corresponde “impartir orientación y dirección apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos” en la Convención.

De este modo, al Estado, le corresponde “respetar las responsabilidades, los derechos y deberes de los padres” o de quien corresponda, consagrando el principio de no injerencia arbitraria (Cillero, 1999). Esto que el autor denomina “autonomía progresiva” del niño, implica que el niño tiene derecho a desarrollar progresivamente el ejercicio de sus derechos y que los deberes de los padres respecto del niño no son ilimitados, sino que orientados a un fin: el ejercicio autónomo y progresivo de sus derechos, y que sólo en casos calificados, pueden ser asumidos por el Estado -como en el caso de los artículos 9 y 20 de la Convención). Entonces el Estado y la familia tienen el rol de proteger y apoyar el desarrollo del niño, para que éste adquiera plena autonomía en el ejercicio de sus derechos. Agrega que la distinción entre niños y adolescentes contemplada en la mayoría de las legislaciones de Latinoamérica, permite la precisión de conceptos y la reducción de la discrecionalidad en la aplicación, por ejemplo, de la responsabilidad adolescente ante la ley penal o el reconocimiento de sus derechos de expresión y participación (Cillero, 1999).

Para el Comité de derechos del niño, el derecho del niño a expresar su opinión y a ser oído impone la obligación de los Estados de garantizar su observancia respecto de todos los niños, y por tanto, de los que tienen discapacidades o que pertenecen a minorías, niños indígenas o migrantes y otros niños que no hablen el idioma mayoritario. Y finalmente, el Comité establece que los Estados deben ser conscientes de las posibles consecuencias negativas de una práctica desconsiderada de este derecho, especialmente en casos de niños muy pequeños o víctimas de delitos, abusos sexuales, violencia u otras formas de maltrato, de manera que el Estado también tiene la obligación “de adoptar las medidas necesarias para garantizar que se ejerza el derecho a ser escuchado, asegurando la plena protección del niño”⁷². Nos referiremos con mayor detención a las garantías que debe adoptar el Estado en los procesos judiciales en el acápite siguiente.

En cuanto a los asuntos sobre los que debe considerarse la opinión del niño, el texto convencional se refiere a todos los asuntos que sean de su interés. Sobre este punto, la Observación general número 12 se detiene a analizar los trabajos preparatorios del grupo de trabajo que redactó el texto de la Convención, que rechazó la propuesta de enumerar esos asuntos, ya que limitaba la consideración de las opiniones de un niño o de un grupo de niños, y se decidió esta fórmula genérica que incluye todos los asuntos que le afecten⁷³. Del mismo modo, señala Carmona, esta formulación recuerda la redacción del artículo 3.1 que se refiere a atender el interés superior del niño en “todas las medidas concernientes a los niños”. Señala que mientras el principio del interés superior del niño es una noción pasiva, que generalmente definirá y juzgará un adulto, el derecho del niño a ser oído tiene una esencia dinámica, en la que subyace la autonomía del niño (Carmona, 2011, p. 136).

⁷² CRC/C/GC/12 de 20 de junio de 2009. Considerando 20 y 21.

⁷³ CRC/C/GC/12 de 20 de junio de 2009.

Finalmente, Baratta sostiene que la Convención introdujo una gran innovación al consagrar este principio, relacionado con el 13.1 – libertad de expresión-, que reconoce al niño, el derecho, “en primer lugar a formarse juicio propio, en segundo lugar, a expresar su opinión y, en tercer lugar, a ser escuchado” (Baratta, 1998, p. 11). Agrega que nunca habían sido reconocido de manera explícita, “la autonomía y la subjetividad del niño y el peso que su opinión puede y debe tener en las decisiones de los adultos”. Agrega que este principio encuentra su expresión en otras normas de la Convención, como el artículo 13.1 que reconoce la libertad de expresión; el artículo 14.1 que reconoce la libertad de pensamiento conciencia y religión del niño; y el artículo 9.2 que reconoce el derecho a todas las partes interesadas de participar en el proceso de separación de un niño de sus padres (1998, p. 11).

Para contrabalancear este principio, la Convención provee de dos baterías de normas: una, la que les permite a los adultos interpretar de modo objetivo y definitivo el interés superior del niño – que se manifiesta en los artículos 9.1; 18.1; 21; 40.2, b), número III-, o al bienestar social, espiritual y moral -de conformidad a los artículos 17.1, e) y 40.4-. La segunda batería de normas que para Baratta harían un contrapeso al principio consagrado en el artículo 12, es el condicionamiento de los derechos del niño al respeto de los derechos y libertades de otros -de conformidad a los artículos 10.2; 13.2, a) y 14.3-, pero también a la interpretación dada por los adultos a cláusulas generales o conceptos indeterminados, como la seguridad, la salud y la moral pública -tal como se desprenden de los artículos 10.2; 13.2, b); 14.3 y 15.2 de la Convención- (Baratta, 1998, p. 11).

De ello se desprende que en la Convención existen contrapesos y límites externos al derecho del niño a formarse su propio juicio, a expresar su opinión y a ser escuchado. Pero agrega el autor que de la redacción del artículo 12 se desprenden límites internos de los 3 derechos reconocidos en dicho artículo.

El primer límite interno se desprende de la articulación de los tres derechos en el artículo 12, ya que la extensión de los tres derechos va disminuyendo, ya que mientras la libertad de formarse su propio juicio no tiene ningún límite de contenido, el derecho a expresar su propia opinión en cambio, se extiende solamente a las situaciones que pueden afectar al niño, y su opinión será debidamente tomada en cuenta en función de su edad y madurez. Sostiene Baratta que, si este principio lo interpretamos de manera aislada del conjunto de normas que contempla la Convención y sin considerar una interpretación garantista de la misma, caeríamos en el error del paternalismo. Esto es, escuchar al niño, pero sin tomarlo en cuenta, porque no tenemos nada que aprender de él, porque es muy pequeño o porque es poco maduro. Aún más restringido le parece el derecho del niño de ser escuchado, por cuanto no se refiere a todo lo que el niño pueda opinar acerca de las decisiones que los adultos tomar por él, sino solamente a las decisiones que los adultos toman a nivel institucional y en la medida que afecte al niño.

El segundo límite interno, es el bajo grado de intensidad de los derechos previstos en el artículo 12. En efecto, señala Baratta que los derechos contenidos en el artículo 12 son derechos “débiles” que se caracterizan por la falta de simetría entre las obligaciones del Estado y las pretensiones de los titulares. El derecho de hacerse su propio juicio, señala, está configurado como un deber de prestación, toda vez que impone al Estado, el deber de garantizar al niño las condiciones para formarse su propio juicio. El derecho a que se tengan en cuenta sus opiniones, está formulado de un modo genérico, sin que se determine quién tiene esta obligación, si los adultos o los funcionarios. Finalmente, el derecho a ser escuchado -que es el único que está configurado como derecho exclusivo del niño- reenvía a la legislación nacional, la cuestión de determinar cómo será escuchado el niño, sin que sea vinculante, y es por ello, que la convención utiliza la expresión “oportunidad” y no “derecho” (Baratta, 1998, p. 12).

El tercer límite que destaca Baratta es “la conexión funcional de los derechos establecidos en el artículo 12 con la estructura de la democracia y del Estado y con la posición del niño en esta estructura” (1998, p. 12). En efecto, señala el autor que no hay ninguna relación explícita entre los derechos de los

niños y el funcionamiento del sistema democrático, muy por el contrario, las opiniones del niño están limitadas y restringidas a las situaciones y procedimientos que afectan sus intereses. La única norma de la Convención que según Baratta, relaciona de manera explícita el ejercicio de derechos del niño en función del principio de la democracia, es la contenida en el artículo 15.2, al referirse a la libertad de asociación, pero no lo hace para indicar la función democrática de la libertad del niño, sino para limitarla.

Fundamenta su tesis en el tercer párrafo del preámbulo se refiere a “un concepto más amplio de libertad” que a su vez relaciona con dos principios básicos, “el de la ‘dignidad de la persona’ y el desarrollo humano, expresado con la fórmula del ‘progreso social’” (Baratta, 1998, p. 14).

Sostiene que este amplio concepto de libertad comprende tanto su uso público como privado, de tal manera que se llegaría a la siguiente interpretación del artículo 12: el derecho del niño de hacerse un juicio propio y de expresarse conlleva el deber simétrico de los adultos (de todos, no solamente de los que tienen alguna responsabilidad con el niño) a escucharlo”. Sostiene que para ello se debe superar la interpretación de acuerdo a la letra del artículo, dándole una extensión amplia al concepto de “los asuntos que afectan al niño”. De esa manera se logra una relación de simetría entre el derecho del niño y el deber de los adultos (Baratta, 1998, p. 14).

En su razonamiento, Baratta propone ir un paso más allá señalando que el derecho a ser escuchado tiene la misma extensión que el derecho a expresarse, de manera de interpretar la expresión “procedimiento administrativo” con el contenido más amplio posible, abarcando todas las intervenciones del niño, con cualquier individuo; pero además interpretando la frase “oportunidad de ser escuchado, ya sea directamente o por medio de un representante” como una especificación integrando niños y funcionarios, pero también niños y adultos. Este derecho del niño a expresar su “experiencia” a otros niños y adultos, significa en concreto el deber de los adultos de aprender de los niños, y medir desde la perspectiva del niño la validez de las propias opiniones del adulto, de manera de orientarlas o modificarlas (Baratta, 1998, p. 15).

Señala que desde hace mucho tiempo Alice Miller ha puesto en evidencia los graves inconvenientes que sufren los niños al ser manipulados o reprimidos por adultos, que le impiden disfrutar de su capacidad natural de aprender a partir de su propia experiencia, a resolver sus conflictos y elaborar sus angustias. Estos patrones de violencia en la que crece el niño, luego son reproducidos de adulto, como violencia hacia la sociedad. Para el autor, al interpretar el artículo 12 de la Convención de acuerdo a este nuevo paradigma, se le da al niño un mayor protagonismo, desde etapas muy tempranas de su vida. Ese es, para el autor, el futuro de la democracia.

Aplicación del principio por la Corte Interamericana de derechos humanos.

Como en los principios anteriores, debemos señalar que la CIDH ha hecho un desarrollo progresivo de este derecho en numerosos casos, donde, al igual que en los casos anteriores relaciones las disposiciones de la Convención americana de derechos Humanos con la Convención sobre derechos del niño, como formando parte del mismo entramado.

Así en el caso *Furlán y Familiares vs. Argentina*, aplicando el artículo 12 de la Convención sobre derechos del niño, señaló que dicho artículo no sólo establece el derecho de cada niño de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le conciernen, sino que abarca también el derecho que su opinión se tenga debidamente en cuenta. Agrega:

No basta con escuchar al niño, las opiniones del niño tienen que tomarse en consideración seriamente a partir de que el niño sea capaz de formarse un juicio propio lo que requiere que las

opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso por caso. No sobra recalcar que estos estándares son igualmente aplicables a las niñas y niños con discapacidad”⁷⁴.

Del mismo modo en el caso *Atala Riffo vs. Chile* la CIDH señaló que “las niñas y los niños deben ser informados de su derecho de ser escuchados directamente o por medio de un representante, si así lo desean.”⁷⁵

Asimismo en el caso *Rosendo Cantú y otra vs. México*, la CIDH al referirse a obligación de los Estados en casos de niños que hayan sido víctimas de delitos, señaló dentro de ellas la obligación de: [A]segurar especialmente en casos en los cuales niños o niñas hayan sido víctimas de delitos como abusos sexuales u otras formas de maltrato, su derecho a ser escuchados se ejerza garantizando su plena protección, vigilando que el personal esté capacitado para atenderlos y que las salas de entrevistas representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado, y iii) procurar que los niños y niñas no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar, en la medida de lo posible, la revictimización o un impacto traumático en el niño”⁷⁶.

Por último, en lo relativo al derecho a escuchar al niño en un ambiente adecuado, la CIDH, se pronunció en el caso *Familia Pacheco Tineo vs. Bolivia*:

[E]l derecho de los niños de gozar de la oportunidad de ser escuchados en todo procedimiento judicial o administrativo que los afecte, y su derecho a que los Estados logren que el niño que intente obtener el estatuto de refugiado, o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables, reciba la protección y asistencia necesaria para salvaguardar sus derechos”⁷⁷.

De esta manera la Corte ha interpretado de manera sistemática las normas internacionales que dicen relación con la libertad de expresión del niño y que su opinión sea debidamente en cuenta, pero también ha hecho hincapié en la necesidad de escuchar al niño en un ambiente adecuado, de manera que su intervención no genere un daño mayor en niños que se encuentran afectados por otras circunstancias. A ello nos referiremos en los acápite siguientes.

1.5. Sobre las fuentes del Derecho internacional, las normas de *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes*. Hacia la determinación de núcleo duro o irreductible de los derechos del niño.

Como señala Diez de Velasco (1991, p. 67), la soberanía del Estado trae consigo dos rasgos formales más característicos del derecho internacional contemporáneo: su voluntarismo y su relativismo. En efecto, el derecho internacional es eminentemente voluntarista, en el sentido de que las normas en el derecho internacional resultan obligatorias en la medida que hayan sido aceptadas por los destinatarios de las mismas, y ello no sólo en cuanto a su creación jurídica, sino además en lo relativo a su aplicación. De esta característica del derecho internacional contemporáneo, se desprende el principio del relativismo en el derecho internacional, en el sentido de que los Estados, en principio, sólo resultarán obligados por

⁷⁴ CIDH. *Furlán y Familiares Vs. Argentina*, de 31 de agosto de 2012, párrafo 230.

⁷⁵ CIDH. *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, de 24 de febrero de 2012, párrafo 68.

⁷⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Rosendo Cantú y otra Vs. México*, de 31 de agosto de 2010, párrafo 201.

⁷⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*, de 25 de noviembre de 2013, párrafo 219.

normas que han consentido libremente y en general, no resultaran obligados por reglas que no han consentido (Remiro, 2000, p. 40). Así mientras mayor sea el número de Estados que ratifican un tratado, mayor será la obligatoriedad de éste. Sin embargo, y como manifestación de su soberanía el Estado mantiene la posibilidad de oponerse a la formación de una costumbre, formular reservas a los tratados o incluso derogar normas dispositivas generales, mediante acuerdos particulares.

Por su parte, Carrillo Salcedo, señala que junto al principio clásico de la soberanía del Estado, ha surgido otro, principio constitucional del orden internacional contemporáneo: el de los derechos humanos, innovación que introdujo la Carta de las Naciones Unidas, con la proclamación de la noción de dignidad de todo ser humano y la afirmación del respeto universal de los derechos humanos, de conformidad al artículo 55.c de la Carta⁷⁸, sumado a la obligación de los Estados de adoptar medidas en cooperación con la organización, para la realización de este propósito, de conformidad al artículo 56 de la Carta⁷⁹ (Carrillo, 1995, p. 15).

En esta dinámica, las Organizaciones internacionales han contribuido a imponer límites a la discrecionalidad de los Estados, en especial gracias a la codificación y desarrollo progresivo del derecho internacional mediante la adopción de Tratados multilaterales de contenido normativo, que contribuyen a la determinación y precisión de las normas consuetudinarias, haciendo progresar el derecho internacional (Diez de Velasco, 1991, p. 67).

De este modo, como señala Carrillo Salcedo, este tipo de tratados tienen la virtud de atenuar: la dimensión contractualista de los tratados, en la medida en que la regulación convencional desborda la reciprocidad de derechos y deberes entre los Estados parte, ya que estos buscan la consecución de un interés común más que la satisfacción de intereses particulares (Carrillo, 1995, p. 101).

Ello ha contribuido a erosionar y relativizar el principio de la soberanía del Estado, aunque en modo alguno ha sido desplazado o eliminado (Carrillo, 1995, p. 100).

Agrega Carrillo Salcedo (1995, p. 102), que los derechos humanos han puesto de manifiesto que las obligaciones no derivan exclusivamente de la voluntad de los Estados, sino también de principios generales del derecho, y así lo ha puesto de manifiesto la Corte Internacional de Justicia, en la opinión consultiva sobre las reservas a la Convención sobre prevención y sanción del genocidio de 1951, donde expresó que dicha convención contiene: "principios reconocidos por las naciones civilizadas, obligatorios para todos los Estados incluso al margen de todo vínculo convencional."⁸⁰ En este mismo sentido se ha manifestado en numerosas sentencias, como la relativa al *Estrecho de Corfú*, de 9 de abril de 1949; la sentencia relativa al asunto *Barcelona Traction*, de 5 de febrero de 1970; la Opinión consultiva sobre consecuencias jurídicas para los Estados de la continuada presencia de África del Sur en Namibia, de 21 de junio de 1971; y la sentencia sobre asunto de las *Actividades militares y paramilitares en y contra de Nicaragua*, de 27 de junio de 1986.

De esta manera, como señala Carrillo Salcedo, la Corte Internacional de Justicia, sin ignorar el papel del consentimiento del Estado en la elaboración de normas internacionales, ha ido elaborando una

⁷⁸ Artículo 55. Con el propósito de crear las condiciones de estabilidad y bienestar necesarias para las relaciones pacíficas y amistosas entre las naciones, basadas en el respeto al principio de la igualdad de derechos y al de la libre determinación de los pueblos, la Organización promoverá:

c. el respeto universal a los derechos humanos y a las libertades fundamentales de todos, sin hacer distinción por motivos de raza, sexo, idioma o religión, y la efectividad de tales derechos y libertades.

⁷⁹ Artículo 56. Todos los Miembros se comprometen a tomar medidas conjunta o separadamente, en cooperación con la Organización, para la realización de los propósitos consignados en el Artículo 55.

⁸⁰ CIJ Recueil, 1951, pp. 23-24.

concepción de principios generales del derecho, que constituyen principios constitucionales del derecho internacional contemporáneo, y los derechos humanos ha sido terreno fértil para ello, pues difícilmente puede encontrarse otra materia en la que se demuestre de manera tan clara “la manifestación de un consenso general de los Estados” (Carrillo, 1995, p. 103). Estos principios generales del derecho no sólo constan en tratados internacionales, sino también en otros instrumentos tales como, las declaraciones de Asamblea General, en la Carta de las Naciones Unidas y la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el ámbito universal.

Por su parte, en el ámbito regional, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha constatado la existencia de estos principios generales del derecho y le ha dado valor a un instrumento no convencional, como la Declaración Americana de los derechos y deberes del hombre, en opinión consultiva de 14 de julio de 1989, OC-10/89, denominada “Interpretación de la declaración americana de los derechos y deberes del hombre en el marco del artículo 64 de la convención americana sobre derechos humanos”. Allí constató en el párrafo 43 que:

[L]a Declaración contiene y define aquellos derechos humanos esenciales a los que la Carta se refiere materia de derechos humanos, de manera que no se puede interpretar y aplicar la Carta de la Organización en materia de derechos humanos sin integrar las normas pertinentes de ella con las correspondientes disposiciones de la Declaración, como resulta de la práctica seguida por los órganos de la OEA.

Y concluye en el párrafo 47: “La circunstancia de que la Declaración no sea un tratado no lleva, entonces, a la conclusión de que carezca de efectos jurídicos, ni a la de que la Corte esté imposibilitada para interpretarla en el marco de lo precedentemente expuesto”⁸¹.

De lo anterior, surge la noción o postura doctrinal según la cual existe un “núcleo duro” de derechos fundamentales que son absolutos e inderogables, que estaría compuesto por un conjunto de principios que tienen vigencia incluso al margen de todo vínculo convencional (Carrillo, 1995, p. 106). Este “núcleo duro” de los derechos fundamentales, concretamente estarían contenidos no sólo en la Carta de las Naciones Unidas, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Declaración Americana de Derechos y deberes del hombre, sino además en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos -artículo 4.2-, la Convención Europea de Derechos Humanos -artículo 15.2- y la Convención Americana de Derechos Humanos -artículo 27.2-, y los derechos que comprenderían este núcleo duro, sería el derecho a la vida, el derecho a no sufrir torturas ni penas o tratos crueles, inhumanos o degradantes, la prohibición de la esclavitud y la servidumbre y el principio de legalidad en materia penal (Carmona, 2011, pp. 259-260).

La fundamentación para establecer un núcleo duro de derechos fundamentales, como señala Carrillo, es una aspiración ética, ciertas leyes de la humanidad y exigencias de conciencia pública, como señalan los preámbulos de las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907 relativas a leyes de Guerra y que, progresivamente, han ido entrando en la doctrina y en la jurisprudencia internacionales, en nociones tales como normas de *ius cogens* o de obligaciones *erga omnes* (1995, p. 106).

Poco a poco, la jurisprudencia internacional fue incorporando estas nociones como ocurrió con la opinión individual del juez Schücking, en la sentencia de la Corte Permanente de Justicia Internacional relativa al asunto Oscar Chinn, del año 1934, en la que sostuvo la existencia de normas de *ius cogens* “de tal modo que todo acto efectuado en contravención con una obligación imperativa es nulo de pleno derecho” (Carrillo, 1995, p. 107).

⁸¹ OC-10/89 de 14 de julio de 1989.

Posteriormente la Corte Internacional de Justicia, tuvo la oportunidad de referirse a ciertas consideraciones de humanidad contenidas en las Convenciones de la Haya de 1899 y 1907, en la sentencia de 9 de abril de 1949, relativa al asunto del estrecho de Corfú, señalando la existencia de “ciertos principios generales bien reconocidos, tales como elementales consideraciones de humanidad, más absolutos en tiempos de paz que en tiempos de guerra.”⁸²

Del mismo modo, cabe hacer presente el extraordinario desarrollo que han tenido las normas de las Carta de las Naciones Unidas, gracias a las Declaraciones de las Asamblea General, como gracias a convenios internacionales, junto al también extraordinario desarrollo normativo del Derecho internacional humanitario, en las Convenciones de Ginebra de 1949 y Protocolos adicionales de 1977 (Carrillo, 1995, p. 107). Así como señala Carrillo (1995, p. 107), existe una aceptación general de la noción jurídica de la dignidad intrínseca de todo ser humano, que ha quedado de manifiesto en la Jurisprudencia internacional, en Convenciones e instrumentos internacionales que se refieren a ella, y que constituiría la principal fundamentación de los derechos humanos.

a. Hacia una definición de las normas de *ius cogens*.

Señala Antonio Remiro Brotóns, que la idea de *ius cogens* -que surge del *ius preceptivum*, al que se refería Francisco de Suárez en el siglo XVII- dejó el terreno doctrinal para adentrarse en la práctica de los Estados y en los procesos de codificación y desarrollo progresivo del Derecho internacional (2000, p. 22).

El primer instrumento codificador de las normas de *ius cogens* es la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados del año 1969 que en el artículo 53, señala:

Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario – “*aucune dérogation n'est permise*”, según el texto francés- y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.

Del concepto acuñado por la Convención de Viena, se desprenden una serie de características de las normas imperativas de derecho internacional general, o normas de *ius cogens*, que nos permitirán dilucidar si, las normas de la Convención sobre derechos del niño, se encuentra dentro del exclusivo grupo de normas en el derecho internacional a las que se les ha conferido esta categoría. Sin embargo, uno de los primeros problemas que se advierten del concepto señalado es su falta de precisión, lo que se debe probablemente a las dificultades para lograr acuerdo en su redacción, entre quienes preferían que la Convención enumerara las normas de esta categoría y quienes se oponían a ello por temor a la petrificación de una materia esencialmente dinámica (Remiro, 2000, p. 24). Finalmente se optó por la definición en comento de la cual se desprenden una serie de característica según analizaremos a continuación:

1º Las normas de *ius cogens* son normas imperativas.

Señala Virally que norma imperativa no es sinónimo de norma obligatoria. En efecto, todas las normas en el derecho internacional son, en principio, obligatorias, pues su incumplimiento constituiría un acto ilícito con todas las consecuencias que se derivan de él en el derecho internacional. Sin embargo, en el derecho internacional los Estados contraen obligaciones recíprocas de manera que otro, que también resulta obligado, puede exigir su cumplimiento.

⁸² C.I.J. Recueil 1949.

Dentro de estas prerrogativas que les otorga el derecho internacional a los Estados -y que provienen del principio de la soberanía del Estado y de la autonomía de la voluntad de las partes-, ellos pueden renunciar a exigir el cumplimiento de una obligación o incluso elegir aplicar otras normas, en las que consten obligaciones distintas. Como en el derecho internacional los sujetos que crean obligaciones, ya sea por medio de un tratado o por medio de una costumbre, son los mismos que resultan obligados por ellas, los Estados pueden derogarlo en la medida que todos los obligados estén de acuerdo en dejar dichas obligaciones sin efecto. Sin embargo, tratándose del *ius cogens*, ello no es posible, por cuanto los Estados no pueden renunciar a la obligatoriedad de este tipo de normas. En este sentido, señala Virally, el *ius cogens* posee un carácter prohibitivo, ya que inhabilita cualquier derogación de sus disposiciones (Virally, 1997, pp. 168-169).

En este sentido, *el ius cogens* tiene un carácter excepcional, por cuanto constituye un límite a la autonomía de la voluntad de los Estados, esto es, a su libertad contractual, que en el derecho internacional clásico era absoluta, por cuanto constituye uno de los atributos esenciales de la soberanía de los Estados.

La existencia de este tipo de normas en el derecho internacional se ha justificado en la circunstancia de que protegen los derechos más elementales, los valores de la comunidad internacional en su conjunto, como ocurre con las normas relativas a los derechos humanos, o de una importancia tal, que su no aplicación expondría a la humanidad a un grave peligro, como la norma que prohíbe la amenaza o el uso de la fuerza en las relaciones internacionales (Virally, 1997, pp. 170-171).

2° Las normas de *ius cogens* son normas de derecho internacional general.

Para Virally, cuando la Comisión de Derecho Internacional propuso definir estas normas como normas de derecho internacional general, quiso recalcar su carácter universal. El carácter de universal de las normas de *ius cogens*, dice relación con la importancia que tienen este tipo de normas para la sociedad internacional en su conjunto. Esto reafirma la concepción de una sociedad internacional universal, dotada de valores propios que puede invocar un interés general, que debe prevalecer por sobre los intereses individuales. Por ello como destaca Virally, tratándose de este tipo de normas un Estado no puede sustraerse de su aplicación por cuanto quedaría al margen de la sociedad internacional, y en consecuencia se aplica a todos los Estados sin excepción (Virally, 1997, p. 175).

3° Las normas de *ius cogens* no son inmutables.

La Comisión de Derecho Internacional debió precisar que una norma de *ius cogens* puede modificarse por otra norma de igual categoría o naturaleza. En efecto, se consideró que, así como la sociedad internacional evoluciona en función de circunstancias socio históricas y de las concepciones políticas, éticas, filosóficas e ideológicas, del mismo modo, las normas de *ius cogens* evolucionan y se integran al sistema de fuentes del orden jurídico imperante en un momento determinado.

Surge la cuestión de determinar entonces, a partir de qué fuentes del derecho internacional puede surgir o modificarse una norma de *ius cogens*, asunto que no resulta nada sencillo, por cuanto la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados guarda silencio al respecto. En principio, y de acuerdo a lo ya señalado, sólo pueden surgir a partir de aquellas fuentes a partir de las que puede nacer el derecho internacional general (Virally, 1997, p. 176). La única fuente que indiscutiblemente es capaz de generar derecho internacional general es la costumbre internacional, y así lo ha reconocido uniformemente la doctrina. La única manera de abstraerse a la obligatoriedad de la costumbre será oponerse a ella en el período de formación de la misma, esto es, cuando la norma aún no ha asumido el carácter de obligatoria

respecto de dicho Estado, como lo señaló la Corte Internacional de Justicia en el caso de las *Pesqueras anglo-noruegas*.⁸³

En cuanto al derecho convencional, no hay consenso en la doctrina en cuanto a reconocer si un tratado multilateral tendría o no la cualidad de ser fuente de derecho internacional general.

Julio Barberis sostiene, al referirse a las fuentes del *ius cogens*, que se encuentra generalmente admitido que las normas de *ius cogens* pueden provenir de normas consuetudinarias o de principios generales del derecho. En cambio, se discute si las normas de *ius cogens* pueden ser creadas por la voluntad de los tratados. Para el autor, es necesario distinguir entre la creación de una norma de *ius cogens* y la codificación, en una convención, de una norma consuetudinaria o de un principio general con carácter imperativo. Valores tales como, la dignidad de la persona humana, las consideraciones de humanidad, el respeto a la vida, son reconocidos por todas las naciones civilizadas, como normas imperativas, ya sea que hayan tenido su origen en una como costumbre, o en un principio generales del derecho. Este proceso de reconocimiento de los valores y la conciencia de la necesidad de proteger dichos valores (*opinio iuris*), no se produce en la conclusión de los tratados.

En general, cuando este proceso se manifiesta en un tratado, lo hace respecto de una norma que se ha formado, de tal manera que los Estados intervienen para recibir dicha norma en un texto convencional, a fin de darle un enunciado más preciso. Es enfático al señalar que la formación del *ius cogens* está estrechamente vinculada a consideraciones axiológicas, que el Estado no puede controlar o al menos, en cuyo proceso el Estado no puede intervenir. Por otra parte, señala que los valores a los que hace referencia nos son creados por la sola voluntad de los individuos, sino que tiene una existencia objetiva. Por ello, llega a la conclusión de que un tratado no puede crear una norma de *ius cogens*.

En el caso hipotético, para el autor, de que existiera una norma de este tipo en un tratado en el que todos los Estados del mundo fueran parte, se estaría frente a lo que denomina *ius cogens convencional* (Barberis, 1970, p. 44).

Es correcto señalar que el proceso de reconocimiento de ciertos valores esenciales para la sociedad internacional, así como la conciencia sobre la necesidad de proteger dichos valores son el fundamento de las normas de *ius cogens*, sin embargo, ello no obsta a que dichos valores se puedan generar a partir de una norma convencional. Sin ir más lejos, el artículo 38 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados reconoce la posibilidad de que un tratado dé origen a una costumbre, esto es, lo que Jimenez de Aréchaga denomina el efecto constitutivo o generador de un tratado. Del mismo modo, este efecto ha sido reconocido expresamente por la Corte Internacional de justicia en el caso de la Plataforma continental del Mar del Norte, donde exigió 2 condiciones: que la norma convencional que origina el proceso tenga un carácter normativo, es decir, debe ser una norma general válida para un número indeterminado de situaciones de hecho idénticas o análogas, o a lo menos debe poseer la capacidad necesaria para constituirse en una norma general; y que la práctica posterior sea general, constante y uniforme, en el mismo sentido de la disposición convencional invocada.

⁸³ Disponible en: <https://www.icj-cij.org/en/case/5>

De ello se desprende que el consenso de los Estados manifestado en un tratado multilateral puede generar normas de derecho internacional general, sin embargo, se deberá analizar en cada caso, si dichas normas tienen el carácter de imperativo que poseen las normas de *ius cogens*.

Por último, se debe mencionar que, en la actualidad, al menos hay dos tratados que poseen la universalidad a la que se refiere Barberis; uno es la Carta de las Naciones Unidas y otra, es la Convención sobre los Derechos del niño, que no sólo han sido ratificados por prácticamente todos los Estados de la comunidad internacional, sino que además han dado origen a normas imperativas de derecho internacional general. Gómez Robledo, menciona que el artículo 2.4 de la Carta de las Naciones Unidas tendría este carácter, por cuanto restringe la norma consuetudinaria de la legítima defensa, para dar paso a un sistema de seguridad colectiva, en el que se puede imponen sanciones al agresor y prevenir una nueva agresión en caso de ataque armado (Gómez, 2003, p. 84).

En lo que respecta a la Convención sobre derechos del niño, y como se analizará a continuación, existen varias normas que poseen este carácter. Por último, la Comisión de Derecho Internacional, ha señalado que:

el carácter cogente de estas normas no se hace derivar de la forma que adopte la regla general de Derecho internacional en la que se manifieste, esto es, de su proceso de formación, sino de la naturaleza de la materia, o sea, de su objeto (Carmona, 2011, p. 388).

Lo anterior confirma que es indiferente el origen o fuente de la norma, con tal que cumpla las características anotadas.

4º Las normas de *ius cogens* anulan toda norma derogatoria.

Probablemente por la excepcionalidad de este tipo de normas y por la naturaleza de los valores que protege la Comisión de derecho internacional impuso a aquellos tratados que vulneren normas de *ius cogens*, la sanción más grave que en derecho existe para un acto jurídico: la nulidad. En efecto, la nulidad no sólo deja sin efecto el acto viciado, sino que, además, suprime todos los efectos de derecho que dicho acto hubiera podido producir (Virally, 1997, p. 177). La gravedad de la sanción dice relación con la importancia que revisten estas normas para la sociedad internacional, de tal manera que los Estados se ven imposibilitados de eludir su aplicación, ya que, si intentan hacerlo, sus actos carecerán de efectos jurídicos (Virally, 1997, p. 178).

Señala Carmona, que las normas de *ius cogens* han constituido un particular régimen de tutela colectiva y de responsabilidad del Estado por violaciones de estas normas, aunque no se ha desarrollado plenamente en el derecho internacional contemporáneo (Carmona, 2011, p. 378).

Si bien estas normas han sido resistidas por algunos, responden a la necesaria complementariedad entre voluntad del Estado y obligatoriedad extrínseca. Como señalamos anteriormente, la existencia de las normas de *ius cogens*, permite de alguna manera desplazar el principio de soberanía del Estado, en pos de intereses y valores colectivos, esenciales para la comunidad en su conjunto, generando obligaciones para todos quienes la componen y, por tanto, obligaciones *erga omnes*.

Para precisar cuáles son las normas de *ius cogens*, la Corte Internacional de Justicia en la sentencia de 5 de febrero de 1970, en el caso *Barcelona Traction*, aporta elementos que nos permiten identificar este tipo de normas. En dicha oportunidad señaló:

[E]stas obligaciones resultan, por ejemplo, del Derecho internacional contemporáneo de la puesta fuera de la ley de los actos de agresión y del genocidio, así como los principios y reglas

relativas a los derechos fundamentales de la persona humana, comprendiendo en ellos la protección contra la práctica de la esclavitud y la discriminación racial⁸⁴.

Por su parte, señala Pastor Ridruejo (1992, p. 67), la doctrina -en especial Carrillo Salcedo- también ha contribuido a precisar qué normas tienen el carácter de *ius cogens* por responder a un mínimo jurídico esencial que la comunidad internacional precisa para su supervivencia, como la existencia de los derechos fundamentales de la persona humana, el derecho de los pueblos a su libre determinación, la prohibición del recurso a la fuerza o a la amenaza de la fuerza en las relaciones internacionales y la obligación pacífica de las controversias, la igualdad de status jurídico de los Estados y el principio de no intervención en los asuntos jurídicos de los Estados.

De estos principios, destaca Carrillo Salcedo, los derechos de la persona humana responden al proceso de humanización que ha vivido el derecho internacional contemporáneo y, en especial, a la estructura esencialmente abierta y dinámica de las normas imperativas que ha permitido, a partir de la práctica de los Estados, la jurisprudencia internacional y la codificación, el desarrollo progresivo del Derecho internacional (Pastor, 1992, p. 67). Pero como se señaló, las normas de *ius cogens* son esencialmente dinámicas, por lo que nada obsta para que surjan nuevas normas de imperativas de derechos internacional general, con las características señaladas.

b. *Ius cogens* y los derechos del niño.

Hemos señalado que los derechos del niño forman parte del derecho internacional de los derechos humanos y, en consecuencia, todo niño goza de ciertos derechos inherentes por su condición, y gozan de la protección que este grupo de normas le dispensa. Pero, además, como sostiene Carmona Luque, en la Convención sobre derechos del niño, es posible encontrar una norma imperativa de derecho internacional general, consistente en la obligada invocación y ponderación específica de los derechos del niño ante cualquier situación en la que éste pudiera verse implicado (Carmona, 2011, p. 390).

Uno de los primeros criterios identificadores de estas normas de *ius cogens* en la CDN, según Carmona Luque, sería la atención al sufrimiento de las víctimas, clave en la determinación de la universalidad y generalidad de las normas de *ius cogens*, y que en el caso de los niños se ha destacado cuando ellos son víctimas de tratos inhumanos o degradantes, como la tortura o la esclavitud. En efecto, agrega que la atención al sufrimiento de las víctimas, al igual que la generalidad de las normas de *ius cogens* en el ámbito de los derechos humanos, imponen obligaciones negativas, respecto de las prácticas que suponen un serio daño a las personas que las padecen (Carmona, 2012, p. 529). Así, prácticas tales como la esclavitud, la tortura o los tratos crueles o degradantes, la discriminación o el genocidio, no encuentran ninguna justificación por razones culturales, económicas o sociales y no cabe ninguna duda sobre el carácter de imperativo de este tipo de su prohibición y constituye un elemento universal de identificación (Carmona, 2012, p. 529).

En lo que se refiere a los derechos del niño, se advierte claramente este criterio identificador, en especial, en los trabajos del Comité de derechos del niño sobre la violencia ejercida sobre niños. La condición particular del niño, y su especial vulnerabilidad, sumado a este criterio -sufrimiento de las víctimas- permitirá delimitar mejor aquellas situaciones de violencia respecto de niños, que podían constituir normas de *ius cogens*.

Siguiendo con esta argumentación, Carmona sostiene que no ofrece ninguna duda que la prohibición de la pena de muerte en menores de 18 años como norma de *ius cogens*. La evolución que ha tenido esta prohibición en los distintos ordenamientos internos, en instrumentos del derecho

⁸⁴ CIJ, Recueil, 1970, p. 31.

internacional humanitario como el Convenio de Ginebra relativo a la protección debida a las personas civiles en tiempo de guerra de 12 de agosto de 1949⁸⁵ y sus protocolos adicionales, y otros instrumentos internacionales, tales como el Pacto Internacional de derechos Civiles y políticos⁸⁶, las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores Adoptadas por la Asamblea General o “Reglas de Beijing”⁸⁷ y en la Convención Americana de derechos ⁸⁸ refuerzan esta idea.

Del mismo modo, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, tuvo la oportunidad de expresar su opinión sobre este asunto con motivo de su decisión sobre el Asunto Terry Roach and Jay Pinkerton, Caso 9213 (Estados Unidos), 22 de septiembre de 1987. En esta oportunidad, el Gobierno estadounidense, sostuvo que no era parte de la Convención Americana de Derechos y que ésta no constituía derecho consuetudinario, puesto que “[l]a mayoría de edad para efectos de la imposición de la pena de muerte no es una práctica uniforme de los Estados”.

A su vez, señaló que la Comisión sólo podía analizar el caso a la luz de lo señalado en la Declaración Americana. Sin embargo, la Comisión Interamericana consideró que “los Estados miembros de la O.E.A. reconocen una norma de *ius cogens* que prohíbe la ejecución de niños menores de edad. Tal norma es aceptada por todos los Estados del Sistema Interamericano, incluyendo los Estados Unidos” (Núñez, 2001, PP. 226-228).

Sin embargo, y tal como destaca Núñez, en la oportunidad la Comisión Interamericana, aceptó el argumento de Estados Unidos en orden a que no existe una norma consuetudinaria en el derecho internacional que establezca la edad de dieciocho años como edad mínima para la imposición de la pena de muerte. Sin embargo, hizo notar que:

[D]icha norma está emergiendo, en vista del número creciente de países que han ratificado la Convención Americana y el Pacto Internacional de derechos Civiles y Políticos de las Naciones Unidas, y que debido a ello han modificado su legislación interna para conformarla a dichos instrumentos (Núñez, 2001, p. 227).

Cabe hacer presente que, en el año 2005, la Corte Suprema norteamericana en el caso *Roper v. Simmons* declaró que es inconstitucional aplicar la pena de muerte en niños (Ragués i Vallès, 2009, p. 4), viniendo a confirmar la universalidad de esta norma, toda vez que es aplicada al interior de los Estados incluso por aquellos que no han ratificado los instrumentos internacionales que contienen esta prohibición.

Con posterioridad, la Convención sobre derechos del niño, como instrumento universal, codifica en el artículo 37 (a) la norma ya existente en el derecho internacional, cristalizándola y transformándola en una norma imperativa de derecho universal (Carmona, 2012, p. 531). Cabe aquí recordar que cuando un tratado multilateral recoge una norma que tuvo su origen en una costumbre de un carácter general, pero que hasta entonces se encontraba en vías de formación *-in status nascendi-* dicho tratado tiene un efecto cristizador respecto de esa costumbre. La norma así cristalizada obliga en el plano consuetudinario a todos los Estados que no se hayan opuesto expresamente a la misma y en el plano convencional a todos los Estados partes en el tratado. De esta manera, gracias a este efecto, se facilita la identificación de los elementos de la costumbre *-práctica y opinio iuris-* acelera su formación, perfila

⁸⁵ Artículo 12. En ningún caso podrá dictarse sentencia de muerte contra una persona protegida cuya edad sea de menos de dieciocho años.

⁸⁶ Artículo 6.5

⁸⁷ “Los delitos cometidos por menores no se sancionarán en ningún caso con la pena capital”

⁸⁸ Artículo 4. Derecho a la vida.

5. “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”.

su contenido y ámbito de aplicación, y contribuye a unificar las prácticas divergentes (Remiro, 2000, pp. 340-341).

Así lo declaró la Corte Internacional de Justicia en el asunto de la Plataforma Continental del Mar del Norte (1969). De esta manera, la Convención sobre derechos del niño, al recoger esta costumbre que prohíbe la imposición de la pena de muerte en menores de dieciocho años, que se encontraba en vías de formación, la consolida, confirmando y fortaleciendo dicha norma, sin que se pueda luego, discutir su obligatoriedad. Finalmente, cabe recordar las recomendaciones del Comité de Derechos Humanos, que en el 103º periodo de sesiones, 17 de octubre a 4 de noviembre de 2011, CCPR/C/IRN/CO/3, en el documento denominado “Examen de los informes presentados por los Estados partes en virtud del artículo 40 del Pacto”, donde recomendó al estado de Irán: “El Estado parte debe poner fin inmediatamente a la ejecución de menores y, además, modificar el proyecto de ley de investigación de delitos cometidos por menores, así como el proyecto de Código penal islámico, con el fin de abolir la pena de muerte para las personas que hubieran cometido un delito cuando eran menores de 18 años. Debe también conmutar todas las condenas a muerte dictadas contra delincuentes que hubieran cometido un delito cuando eran menores de 18 años”.

En este mismo sentido el Comité de Derechos del Niño, en el considerando número 36 del documento denominado “Observaciones finales sobre los informes periódicos tercero y cuarto combinados de la República Islámica del Irán”⁸⁹, insta encarecidamente al Estado parte a que, como prioridad absoluta:

- a) Ponga fin a la ejecución de niños y personas que cometieron un delito cuando eran menores de 18 años;
- b) Adopte medidas legislativas para abolir la pena de muerte para las personas que hayan cometido un delito con arreglo al *hudud* o al *qisas* cuando eran menores de 18 años, prevista actualmente en el Código Penal Islámico, sin dejar ningún margen discrecional a los tribunales;
- c) Conmute todas las condenas a muerte existentes contra personas que cometieron los delitos cuando eran menores de 18 años”.

Todo lo anterior, vendría a confirmar el carácter cogente que tendría la prohibición de imponer la pena de muerte en niños, para el derecho internacional.

En segundo lugar, destaca Carmona, que también tendrían el carácter de normas de *ius cogens*, ciertas prácticas calificadas como formas contemporáneas de esclavitud, tales como el matrimonio precoz y forzado de personas menores de edad; el tráfico, venta o trata de niños para cualquier fin; las designadas “peores formas de trabajo infantil”; la participación de menores de 18 años en conflictos armados; las prácticas tradicionales nocivas para la salud y el desarrollo del niño –tales como la mutilación genital femenina, la alimentación forzosa u otras–, etc. (Carmona, 2011, p. 393). En estos casos, y gracias a la labor que ha realizado por los órganos especializados de las Naciones Unidas y el Comité de Derechos del Niño, nos demuestran que existe un consenso generalizado en cuanto a condenar dichas prácticas, de manera que su prohibición constituiría normas de *ius cogens*.

En tercer lugar, en cuanto a la prohibición de la tortura, tratos crueles, inhumanos y degradantes, también existe reconocimiento doctrinal y jurisprudencial – basándose en la interpretación de instrumentos internacionales- en cuanto a que constituyen normas de *ius cogens*. Como destaca Aguilar (2006, pp. 117-154) la Convención contra la Tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes de 1984, y la Convención Interamericana para prevenir y sancionar la tortura de 1985 son dos instrumentos claves en esta materia, ya que definen la tortura, pero además de ellos emana no solamente la prohibición de la tortura sino además la obligación del Estado de prevenir, investigar y

⁸⁹ CRC/C/IRN/CO/3-4, de 14 de marzo de 2016.

perseguir estos actos, los que tendrían naturaleza de *erga omnes* y pertenecerían al *ius cogens* internacional. Agrega que no sólo la doctrina sino, además, diversos órganos e instituciones internacionales se han pronunciado reiteradamente sobre el carácter de *ius cogens* de la norma que prohíbe la tortura.

En este sentido, la decisión del Tribunal Penal Internacional para la ex Yugoslavia en el caso Furundzija, configura la prohibición de la tortura como una obligación *erga omnes* cuya vulneración otorga a cualquier otro miembro de la comunidad internacional derecho a solicitar su cesación. Siguiendo con este razonamiento, el Tribunal señala que:

[L]a prohibición de la tortura se ha convertido en uno de los principios básicos de la comunidad internacional alcanzando la categoría de *ius cogens*, lo que la dota de un rango jerárquico superior, no pudiendo ser derogada por tratados o costumbres internacionales⁹⁰.

Del mismo modo, se han pronunciado sobre el carácter de *ius cogens* de la prohibición de la tortura, la CIDH en el caso Tibi vs. Ecuador del año 2006, el mismo Tribunal, en el año 2005, en el caso Fermín Ramírez vs. Guatemala. Por su parte, la Corte Europea de Derechos Humanos, reconoce el carácter de norma de *ius cogens* de la norma que prohíbe la tortura en el caso Al-Adsani vs. The United Kingdom, en sentencia de 21 de noviembre de 2001. Del mismo modo, distintos Tribunales nacionales han reconocido este carácter, como los tribunales norteamericanos, los tribunales españoles, incluido el Tribunal constitucional español y la Cámara de los Lores, en numerosas sentencias han ratificado que la prohibición de la tortura constituye una norma de *ius cogens*.

Pero haciendo una interpretación extensiva de este tipo de normas, Carmona también incluye dentro de las normas de *ius cogens* la prohibición de la violencia en contra de niños, en especial la prohibición de los castigos corporales del niño. Sostiene que el derecho de toda persona al respeto de su dignidad, de su integridad física y a gozar de igual protección ante la ley proclamado en los tratados internacionales y en especial, en la Convención sobre derechos del niño, sumado a la interpretación del Comité de derechos del niño en la Observación general número 8, al definir castigos corporales como “todo castigo en el que se utilice la fuerza física y que tenga por objeto causar cierto grado de dolor o malestar, aunque sea leve” y lo ha considerado siempre denigrante; añade a ello que “hay otras formas de castigo no físicas pero igualmente crueles y degradantes y, en ese sentido, incompatibles con la Convención” (Carmona, 2011, p. 395).

Del mismo modo, el Comité de derechos del niño ha vinculado o identificado estas prácticas con la tortura o con actos crueles, inhumanos o degradantes y otros órganos de vigilancia de tratados de derechos humanos han seguido el mismo camino, tales como el Comité de Derechos Humanos, el Comité de Derechos Económicos, sociales y culturales, el Comité contra la tortura y el Comité Europeo de Derechos sociales. En el mismo sentido, en instancias jurisdiccionales el Tribunal Europeo de Derechos humanos, la Corte Interamericana de derechos Humanos y la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.

Así, el Comité de Derechos Humanos, en su Observación general 20, que reemplaza la Observación general número 7, prohibición de la tortura y los tratos o penas crueles (artículo 7) de 10 de marzo de 1992, afirma:

Es más, a juicio del Comité, la prohibición debe hacerse extensiva a los castigos corporales, incluidos los castigos excesivos impuestos por la comisión de un delito o como medida educativa o disciplinaria. A este respecto, conviene subrayar que el artículo 7 protege, en particular, a los

⁹⁰ Tribunal Penal Internacional para la Ex Yugoslavia, Caso N° IT-96-21-T, Sentencia del 16 de noviembre de 1998.

niños, a los alumnos y a los pacientes de los establecimientos de enseñanza y las instituciones médicas⁹¹.

Del mismo modo, en la resolución adoptada en abril del 2000, la Comisión de Derechos Humanos de la ONU recuerda que “el castigo corporal, incluido el de los niños, puede ser equivalente a un trato cruel, inhumano o degradante, e incluso a un acto de tortura”⁹².

Finalmente, como recuerda Nogueira (2017, pp.427-428) la Corte IDH en el Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complexo do Tatuapé” da FEBEM respecto de Brasil, ha determinado que acerca de menores privados de libertad: “están estrictamente prohibidas todas las medidas disciplinarias que constituyan un trato cruel, inhumano o degradante, incluidos los castigos corporales, la reclusión en aislamiento, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental del menor.”⁹³

Para Carmona, todas estas aportaciones demuestran que, en el derecho internacional, existe un rechazo de la violencia contra los niños y concluye que la prohibición de los castigos corporales sobre los niños se encuentra inserto en la acción más amplia y general que prohíbe la violencia respecto de los niños y en vías de convertirse en una norma de *ius cogens*.

En efecto, si bien la prohibición de los castigos corporales podría estar inserta dentro de las normas que prohíben la tortura y los tratos o penas crueles inhumanos y degradantes, aun no constituye una norma general, menos aún una norma de *ius cogens*. En efecto, la Convención sobre derechos del niño, en los artículos 19 y 24.3 solo ha hecho una somera referencia a los malos tratos, entregando a los Estados las facultades para adoptar las medidas para evitarlos, en consecuencia, dándole discrecionalidad al Estado para que califique qué son malos tratos y cómo evitarlos. Si bien el desarrollo posterior de la doctrina y de la jurisprudencia, así como, las resoluciones de organismos internacionales aludidas, hacen referencia a la conexión entre los castigos corporales y la tortura o tratos crueles, inhumanos o degradantes, no es suficiente para convertirse en una norma de *ius cogens*, aunque gracias al dinamismo de este tipo de normas y el desarrollo progresivo del derecho internacional podrían convertir la prohibición de los castigos corporales en normas imperativas.

Del mismo modo, Carmona considera que el derecho a la identidad civil del niño no constituye una norma de *ius cogens*, ya que la consagración en la Convención sobre derechos del niño impone la obligación del Estado de constituir o procurar algún tipo de registro que permita el establecimiento de la identidad del niño o de facilitar los medios necesarios para proceder a su identificación cuando la inexistencia de tales registros no lo hubiera permitido con anterioridad (Carmona, 2011, p. 398). Temas tan actuales como la identidad de género, no estuvieron presente en las discusiones del Grupo de trabajo de la Convención sobre derechos del niño, sin embargo, hoy es innegable que es necesario avanzar hacia el desarrollo progresivo de este derecho. En ese sentido se ha pronunciado el Comité de los derechos del niño en las Observaciones generales número 14 y 16, en el sentido de que este derecho debe interpretarse como formando parte de la libertad y la identidad, como asimismo, en base a los principios de autonomía progresiva y el interés superior del niño. En este sentido se ha pronunciado la Corte Interamericana de derechos humanos en Opinión consultiva número 24, del año 2017.

⁹¹ CCPR observacion general 20, de 10 de marzo de 1992.

⁹² Resolución 2000/43 de la Comisión de Derechos Humanos de la ONU, de abril de 2000.

⁹³ Corte Interamericana de Derechos Humanos, Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complexo do Tatuapé” da FEBEM respecto de Brasil, de 30 de noviembre de 2005, párrafo 13.

Finalmente, en cuanto a los principios rectores de la Convención sobre derechos del niño, estos es, el principio de no discriminación, el interés superior del niño, el derecho a la vida y la obligada escucha del niño en todos los asuntos en los que su interés se vea afectado, -principios a los que se hizo referencia latamente en este apartado-, es evidente que ellos conforman el núcleo duro de los derechos del niño, constituyendo normas de *ius cogens*, y obligaciones *erga omnes*, en el sentido señalado. En efecto, la proclamación y aceptación universal de la Convención sobre derechos del niño, unido a la jurisprudencia analizada, a los pronunciamientos de distintos órganos internacionales de derechos humanos, y tribunales internos, y al desarrollo progresivo de estos principios que ha hecho el Comité de derechos del niño, permiten llegar a esta conclusión, sin perjuicio de que como hemos señalado, las normas de *ius cogens* tienen un concepto abierto y un contenido cambiante, de manera que nada obsta para que dichos principios se sigan precisando y concretando en distintos aspectos de la vida del niño.

Sin embargo, es necesario hacer referencia a dos cuestiones que innegablemente debilitan la postura según la cual la Convención sobre derechos del niño contiene normas de *ius cogens*: una, la ausencia de cláusula de inderogabilidad en situaciones de excepción y otra, la posibilidad de formular reservas a la Convención.

En cuanto a la ausencia de cláusula de inderogabilidad de la Convención en situaciones de excepción, es un tema de obligada referencia toda vez que cómo señalamos se ha definido las normas de *ius cogens* como aquellas que no admiten derogación -aunque como advertimos en la traducción al español, se lee "que no admiten acuerdo en contrario". En efecto, algunos tratados de derechos humanos como el Pacto Internacional de derechos civiles y políticos, la Convención Europea de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos contienen cláusulas de inderogabilidad, aunque existe otros, tratados de derechos humanos que no lo hacen, lo que obedece a distintas razones, según el caso, la naturaleza de los derechos proclamados, su carácter programático, a la dependencia de los recursos de los Estados para hacerlos eficaces o simplemente a la debilidad de las fórmulas empleadas en su otorgamiento, o, en el otro extremo, aquellos que sostienen la imposibilidad de derogar el tratado, cualquiera que sea la circunstancia (Carmona, 2011, pp. 286-287).

Reforzando esta idea, es necesario tener presente que el *pacta sunt servanda*, principio que rige en todo tipo de tratados, y la obligación de cumplir los tratados de buena fe, impide dejar sin efecto los tratados por circunstancias no expresadas en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados. Si, además, consideramos que la Convención sobre derechos del niño contiene derechos que distintos organismos internacionales, jurisprudencia de tribunales internacionales y tribunales internos y la doctrina está conteste en cuanto a que constituyen normas imperativas de derecho internacional general, debemos llegar a la conclusión que dichos derechos son inderogables sea cual sea la situación en la que se encuentren los Estados.

Es más, el establecimiento de cláusulas de inderogabilidad de ciertos derechos en situaciones excepcionales, pueden ser contraproducentes para el estado actual de los derechos humanos toda vez que una interpretación a *contrario sensu*, podría llevar a la conclusión que los demás derechos que no gozan de cláusulas expresas de inderogabilidad en situaciones de excepción podrían ser suspendidos o derogados bajo esas circunstancias, lo que parece insostenible.

En efecto, el niño como persona, posee no sólo los derechos consagrados en la Convención del niño, sino todos los derechos humanos contenidos en distintos instrumentos internacionales, lo que fue consagrado en el artículo 38 de la Convención de Derechos del niño, que se refiere a la situación del niño en conflictos armados, en el sentido de que los Estados se encuentran obligados a respetar en dichas situaciones las normas que emanan del Derecho internacional humanitario. De ello se desprende que, si bien en ciertas circunstancias los derechos enunciados en la Convención ceden parcialmente frente a

determinadas circunstancias, nunca se puede negar a los niños una protección mínima de ciertos derechos considerados esenciales, o que forman parte del núcleo duro de los derechos del niño.

Así, la doctrina ha considerado que la Convención sobre derechos del niño, debido a su universal aceptación y al constituir un tratado representativo de los derechos del niño, debe ser observado en toda circunstancia. En efecto, Informe del Relator Especial Leandro Despouy sobre los derechos humanos y los Estados de excepción, de 23 de junio de 1997⁹⁴ señala expresamente:

La entrada en vigor de la Convención sobre los Derechos del Niño, que no contiene referencia alguna al derecho de suspensión, se inscribe en esta perspectiva. El carácter intangible de las normas que confieren al niño "el derecho a una protección especial" o aquellas que se refieren "al interés superior del niño" se ve a su vez reforzado por una pluralidad de normas internacionales que le otorgan ese carácter. Este mismo criterio debe aplicarse con respecto a la prohibición de aplicar la pena de muerte a los menores de 18 años que, además de estar prevista expresamente en la Convención, debe ser interpretada como una norma de derecho internacional consuetudinario.

Como señala Carmona, si bien la necesaria atención a las necesidades de protección del niño ante situaciones de excepción debe pesar en las decisiones que adoptan los poderes públicos, no resulta factible ni procedente el mantenimiento absoluto de todos los derechos del niño proclamados en el texto convencional. Sin embargo, si es posible mantener el contenido mínimo de tales derechos, que impidan vaciarlos de contenido y que fluctuarán en atención de distintos criterios, tales como la naturaleza de tales derechos -siendo algunos inderogables por cuanto constituyen normas de *ius cogens*-; la no dependencia de su mantenimiento respecto de la situación de excepción; o la imposibilidad de su satisfactorio cumplimiento (Carmona, 2011, pp. 295-296).

Agrega que, en cuanto a las normas imperativas proclamadas en otros tratados de derechos humanos -que constituyen el núcleo duro de dichos derechos- deben ser atendidas y observadas, en especial si se encuentran reproducidas expresamente en el texto de la Convención sobre derechos del niño, pero además dichas normas deben ser interpretadas desde una óptica de especial protección al niño, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, dándole un contenido específico a las mismas (2011, p. 296). Dentro del núcleo duro de derechos del niño, que no pueden ser derogados bajo ninguna circunstancia, Carmona considera el derecho a la vida o integridad de las personas, lo que ocurre, por ejemplo, con la desaparición forzada de personas menores de edad; la prohibición de la tortura y tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes; las formas contemporáneas de esclavitud; y la pena de muerte en menores de 18 años, incluyendo las garantías procesales específicas en la administración de la justicia juvenil (Carmona, 2011, p. 296).

En segundo término, en lo relativo a las reservas recordemos que la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados -artículos 19 al 24- admite las reservas en los tratados con tal que no se encuentren prohibidas en el propio tratado y que no atenten en contra del objeto y fin del tratado, fórmula que repite el artículo 51.2 de la Convención sobre derechos del niño, al proclamar que "no se aceptará ninguna reserva incompatible con el objeto y fin de la presente Convención".

Sin embargo, determinar a qué se refiere la expresión - incompatible con el objeto y fin del tratado- no ha sido un asunto sencillo, y deja al arbitrio de los Estados tanto la formulación de reservas como sus objeciones. La necesidad de que un gran número de Estados se incorpore a los tratados multilaterales, y en especial, aquellos que codifican derechos humanos, ha permitido que se admitan este tipo de cláusulas que, de una u otra manera, sacrifican la integridad del tratado en pos de una mayor adhesión.

⁹⁴ E/CN.4/Sub.2/1997/19, de 23 de junio de 1997.

Como señala Carrillo Salcedo, la estructura predominantemente descentralizada y escasamente institucionalizada de la comunidad internacional tiene sus consecuencias, de tal manera que la soberanía de los Estados trae consigo innegables limitaciones a la acción del derecho (Carrillo, 1995, p. 71).

A ello se debe agregar, que el régimen de reservas establecido en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados es favorable a los Estados reservantes ya que las objeciones deben ser expresas y por escrito y, además, deben formularse dentro del plazo que establece la Convención, de lo contrario se entienden aceptadas, quedando, el Estado que acepta, vinculado por la reserva en sus relaciones con el Estado reservante. A ello debemos agregar que la Convención establece como elemento de interpretación de acuerdo al contexto, de conformidad al artículo 31.2.b), todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado, lo que la doctrina ha interpretado que se incluye dentro de este elemento a las reservas formuladas por los Estados.

De manera que, al contener la Convención sobre derechos del niño la cláusula según la cual se encuentran prohibidas las reservas que sean incompatibles con el objeto y fin del tratado, es necesario, como señala Benavides (2007, p. 167-204), aplicar el criterio de compatibilidad con el objeto y fin del tratado, para lo cual es necesario establecer el objeto y fin del tratado y qué normas de ese tratado, se relacionan directamente con él. La Corte Internacional de justicia se pronunció sobre este punto el año 1951, en la Opinión consultiva sobre las reservas a la Convención sobre sanción y prevención del genocidio⁹⁵, de acuerdo a la cual será fundamental si el tratado establece un órgano que supervise la formulación de reservas o si quien realiza el examen de incompatibilidad son los propios Estados parte del tratado.

Si no existe un órgano a tal efecto, la Opinión consultiva de 1951 señala que el examen de compatibilidad deberán hacerlo los Estados Parte del tratado, objetando la reserva en caso de ser contraria al objeto y fin del tratado dentro de los doce meses siguientes a su formulación si el Estado es parte del tratado en esa época o dentro de los doce meses siguientes a la fecha en que el Estado ratificó el tratado, si al momento de formularse la reserva no era parte. Por su parte, hay casos de tratados que prevén la existencia de un órgano encargado de supervisar la formulación de reservas, como ocurre en la Convención Interamericana de Derechos Humanos, que instaura la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la Convención Europea de Derechos Humanos que establece el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y el Pacto de Derechos Civiles y Políticos, cuya función la ejerce la Comisión de Derechos Humanos, aunque en la generalidad de los casos, su decisión no es vinculante.

En este contexto, la Observación General número 24 del Comité de Derechos Humanos denominada "Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto"⁹⁶, trata de precisar, entre otras cosas, a qué se refiere la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, respecto de la incompatibilidad de las reservas que atentan contra el objeto y fin del tratado, respecto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Aclara el Comité que el Pacto no prohíbe las reservas, ni tampoco enumera las reservas permitidas, pero también señala que si bien el Pacto no prohíbe reservas, ello no significa que se permitan todas ellas (párrafo 6). Señala que las disposiciones del Pacto que tienen el carácter de derecho consuetudinario, no pueden ser objeto de reservas y, en consecuencia, un Estado no puede reservarse el derecho de practicar la esclavitud, de torturar, de someter a personas a tratos o castigos crueles, inhumanos o

⁹⁵ Corte Internacional de Justicia, Reports 1951.

⁹⁶ U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 187 (1994).

degradantes, de privar arbitrariamente a las personas de la vida, de detener y encarcelar arbitrariamente a las personas, de denegar la libertad de pensamiento, conciencia y religión, de presumir que una persona es culpable hasta que demuestre su inocencia, de ejecutar a mujeres embarazadas o a niños, de permitir el fomento del odio nacional, racial o religioso, de denegar a las personas en edad núbil el derecho a contraer matrimonio o el de denegar a las minorías el derecho a gozar de su propia cultura, profesar su propia religión o utilizar su propio idioma. Y, aunque las reservas a cláusulas concretas del artículo 14 puedan ser aceptables, no lo sería una reserva general al derecho a un juicio con las debidas garantías (párrafo 8).

Por su parte, la Observación general, en el párrafo 18 se refiere a quien debe decidir si una determinada reserva es incompatible con el objeto y fin del tratado, señalando que es el Comité quien debe realizar esa labor, dado el carácter especial de los tratados de derechos humanos. Pero señala que, si el Comité declara una reserva inaceptable, el Pacto será aplicable para esa parte, pero sin tomar en cuenta la reserva.

Finalmente, en el párrafo 19 el Comité enumera los tipos de reservas que se pueden formular a este tipo de tratados, de tal manera que los Estados partes y quienes formulen reservan tengan claridad respecto de cuáles son las obligaciones de derechos humanos que han asumido. Por tanto, señala que dichas reservas no deben tener un carácter general, sino que deben referirse a una disposición concreta del Pacto e indicar en términos precisos su ámbito en relación con él.

Además, señala que los Estados al formular reservas deben tener en cuenta las consecuencias de dichas reservas respecto de la integridad del Pacto como, asimismo, no pueden formular tantas reservas que en la práctica signifique que asumen un número reducido de obligaciones de derechos humanos y no el Pacto propiamente tal. Tampoco los Estados por medio de reservas deberían circunscribir de manera sistemática obligaciones asumidas tan sólo a las que existan en normas menos estrictas de su ordenamiento interno. Del mismo modo, no estarían permitidas las reservas que eliminen el significado autónomo de las obligaciones del Pacto decidiendo que son idénticas o que deben aceptarse en la medida que sean idénticas a las existentes en su derecho interno. Finalmente, los Estados no deben determinar mediante reservas que el sentido de una disposición del Pacto es igual al dado por un órgano de una organización internacional, en virtud de un tratado.

Como advierte Benavides (2007, p. 167-204), si bien es cierto esta observación fue criticada por Gran Bretaña, Francia y Estados Unidos, que presentaron observaciones en contrario, fue aplicada en el caso *Kennedy vs. Trinidad y Tobago*. Este último Estado ratificó el Pacto el 21 de diciembre de 1978, reconociendo la competencia del Comité para conocer de recursos individuales, pero formula reserva al primer protocolo, ya que era contrario a su legislación que admitía la pena de muerte, en el sentido que el Comité de Derechos Humanos no tendrá competencia para recibir y examinar comunicaciones referidas a un condenado a muerte, respecto de su detención, proceso, condena, pena y su ejecución, así como de cualquier asunto conexo.

El Comité al pronunciarse sobre esta cuestión, señaló que el Protocolo no regulaba el tema de las reservas, por lo que debía regirse por lo contemplado en la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados y, por tanto, debía considerar si la reserva era incompatible o no con el objeto y fin del tratado. Agregó el Comité que de conformidad a la Observación general número 24, no son admisibles las reservas que tienen por objeto procurar un medio para el no cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Pacto, y que el objeto y fin del Protocolo Facultativo consistía en darle competencia al Comité para controlar el cumplimiento de las obligaciones contraídas por el Pacto. Continúa en el sentido que la reserva formulada por el estado de Trinidad y Tobago persigue excluir dicha competencia a fin de reducir las obligaciones contraídas, y llega a la conclusión que el efecto de la reserva formulada por

dicho estado constituye una violación al artículo 26 del Pacto, referido a la prohibición de discriminación, ya que, a sólo un grupo de personas, los condenados a muerte, se les ha sustraído del derecho de un recurso individual. En este caso, el Comité llegó a la determinación que aplicando al Observación general número 24 una reserva inadmisibles conduce a la total vinculación al tratado como si la reserva no hubiere sido formulada. El voto de minoría, sin embargo, no estuvo de acuerdo con esta solución toda vez que dicha solución no se adaptaría al derecho internacional contemporáneo, en especial, cuando la inadmisibilidad de una reserva le impide a un estado ser parte de un tratado (Benavides, 2007, 167-204).

Respecto de la Convención de derechos del niño el número y alcance de las reservas y declaraciones interpretativas formuladas por los Estados debilitan la universalidad casi absoluta lograda respecto de su ratificación, y facultad para formular objeciones ha sido escasamente utilizada, e incongruente frente a la causal que disponen para objetar, lo que confirma que dicha institución sigue siendo utilizada para fines de la propia conveniencia de los Estados, normalmente de índole político. Por ello un amplio sector de la doctrina e instancias internacionales -como el Comité de Derechos Humanos, en Observación general recién citada; Carrillo Salcedo, 1995, p. 73- defiende la posición de que órganos imparciales de interpretación y control de los tratados de derechos humanos sean los encargados de realizar el examen de compatibilidad señalado. En el caso de la Convención sobre derechos del niño, es el Comité de derechos del niño, en su función de intérprete de la Convención sobre derechos del niño, quien debe velar por la integridad de la Convención, sin embargo, sus opiniones sólo tiene el carácter de una recomendación no vinculante para los Estados miembros, por lo que, en general, ha tratado de disuadir a aquellos Estados que formulan reservas que consideran incompatibles con el objeto y fin del tratado, de modo que las retiren, lo que en algunos casos ha ocurrido.

En este sentido resulta ilustrativo de una reserva general a la Convención sobre derechos del niño, la formulada por Arabia Saudí - "Todos los artículos en conflicto con las disposiciones del Derecho Islámico"- que fue objetada por Alemania, Austria, Dinamarca, Finlandia, Holanda, Irlanda, Noruega, Portugal y Suecia. Por su parte en el periodo de sesiones 26º (8 de enero de 2001 al 26 de enero de 2001) y 41º (entre el 9 de enero de 2006 al 27 de enero de 2006), el Comité de derechos del niño mostró su preocupación por el carácter amplio e impreciso de la reserva general formulada, que podía ser contraria a muchas disposiciones de la Convención, y por su incompatibilidad con el objeto y propósito de la Convención, así como de la aplicación general de la Convención, y recomendó el retiro de la reserva.

En el segundo informe, hizo referencia al derecho religioso y al derecho interno, ya que la reserva permite que los Tribunales, los funcionarios u otros altos cargos rechacen muchas disposiciones de la Convención, suscitando gran inquietud, en cuanto a la conformidad de esta reserva con la finalidad y el propósito de la Convención. Invocando el artículo 51.2, el Comité reitera su recomendación de retirar la reserva o circunscribirla a la Declaración de Viena y Plan de Acción de la Conferencia Mundial de derechos Humanos de 1993 (Carmona, 2011, p. 316). Se hace presente que dicho Estado también formuló reserva a la Convención sobre eliminación de todas de discriminación contra la mujer el año 2009, y en todos los tratados de derechos humanos que ha ratificado -al igual que los Estados Islámicos- siendo objeto de sendas observaciones por parte de los órganos de control respectivos.

En definitiva, el Comité de Derechos del niño sólo ha realizado una labor disuasiva de las reservas formuladas por los Estados -58 reservas y declaraciones interpretativas, y 22 objeciones, al 09 de junio de 2019-, actitud que es insuficiente para resguardar la integridad del tratado, que como se dijo contiene normas de la más alta jerarquía en el Derecho internacional, debilitando su obligatoriedad y sobre todo, vulnerando el principio de proporcionalidad entre las obligaciones que asumen los Estados.

En adelante, será fundamental la práctica de los Estados y el desarrollo progresivo de las disposiciones de la Convención que ha realizado el Comité de Derechos del niño y tribunales internacionales, para el logro de los derechos contenidos en la Convención sobre derechos del niño y en especial, su

carácter holístico, en el sentido de la interrelación entre los principios y derechos de distinta naturaleza y alcance, para una efectiva implementación de la misma (Carmona, 2011, p. 399).

2. Justicia en asuntos concernientes a menores víctimas y testigos de delitos:

El presente apartado tiene por objeto determinar de qué manera y bajo qué sistemas de salvaguarda deben participar los niños en los procesos judiciales, teniendo en cuenta que son seres especialmente vulnerables que requieren una protección especial. Pero al mismo tiempo, los niños deben ejercer sus derechos en consonancia con lo establecido en la misma Convención de derechos del niño, de modo que ello nos hace preguntarnos de qué manera debe intervenir un niño en un proceso judicial, ejerciendo sus derechos, sin que con ello se vean afectados otros derechos como la integridad física y psíquica del niño. Ello nos conduce necesariamente a interpretar de manera sistemática los instrumentos internacionales en la materia, de modo de que dicha interpretación permita al niño disfrutar los derechos reconocidos por la Convención.

2.1. La intervención del niño en los procesos judiciales, de conformidad a la Convención sobre derechos del niño.

Como una primera aproximación debemos señalar que la Convención sobre derechos del niño se refiere de manera genérica a la posibilidad del niño a intervenir -expresar su opinión- en todo procedimiento en el que se discutan asuntos que le afecten, pero también tiene derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte (artículo 12 de la Convención).

Así, es fundamental la interpretación de este artículo, que como señalamos contiene uno de los principios rectores o guía de la Convención para determinar de qué manera el niño debe intervenir en los procesos judiciales. A ello debemos agregar que, en especial, el principio del interés superior del niño y el derecho del niño a expresar su opinión y a ser oído en los asuntos de su interés cobran especial relevancia en esta materia, ya que no sólo es importante escuchar al niño, sino que es necesario saberlo escuchar, y esto implica, escucharlo en un ambiente adecuado, escucharlo en distintas instancias del proceso, mantenerlo informado y hacerlo partícipe del proceso en el que interviene.

Por ello el Comité de Derechos del Niño ha debido interpretar las normas contenidas en los artículos 12 y 3.1, de tal manera que, al escuchar al niño, no se vulneren otros derechos que consagra la Convención. Por lo anterior, se analizará la interpretación que el Comité de Derechos del niño ha realizado de estos derechos en la Observación general número 12 del año 2009, sobre el derecho del niño a ser escuchado y en la Observación general número 14 del año 2013 sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

El Comité de Derechos del Niño interpretó el artículo 12 en la Observación General número 12⁹⁷, que es posible dividir en cinco apartados: en la primera parte, realiza un análisis jurídico del artículo 12, luego determina las medidas que garantizan la observancia de este derecho y finalmente las obligaciones de los Estados parte. En una segunda parte, la Observación general se desarrolla el derecho a ser escuchado y sus vínculos con otras disposiciones de la Convención. En la tercera parte, se analiza la observancia del derecho a ser escuchado en diferentes ámbitos o situaciones. En la cuarta parte, las condiciones básicas para la observancia del derecho del niño a ser escuchado. Y, finalmente en la quinta parte, las conclusiones.

⁹⁷ CRC/C/GC/12, 20 de julio de 2009.

a. El niño como sujeto de derecho y los derechos de participación.

Como se señaló con anterioridad, el niño se erige en la Convención como un sujeto de derechos, pudiendo ejercerlos progresivamente en la medida que sus competencias se desarrollan, lo que les permite ser partícipes de las decisiones que le afectan. Así, el principio de la autonomía progresiva de los niños y su derecho de participación es recogido por la Observación general 12. En efecto, este instrumento, reitera la concepción que se encontraba bien asentada en la doctrina y en la introducción advierte que, si bien el niño carece de plena autonomía respecto de los adultos, es sujeto de derechos. Señala que el derecho del niño a expresar su opinión y a que ésta sea tomada en cuenta, constituye uno de los valores fundamentales de la Convención -como señalamos, principio rector-guía-, junto al derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y desarrollo y la consideración primordial del interés superior del niño.

Señala que, a partir de este derecho, en los últimos años se han desarrollado los derechos de participación, evolucionando de tal manera que permiten la intervención del niño en procesos permanentes, en los que niños y adultos pueden dialogar e intercambiar información. Sin embargo, reconoce que, en la mayoría de las sociedades, la observancia del derecho del niño a expresar su opinión, se ve obstaculizada por prácticas y actitudes inveteradas y barreras políticas y económicas, por lo que es necesario entender qué implica el artículo 12 y cómo aplicarlo plenamente a los niños. Señala que los procesos de participación, en el que es fundamental el derecho del niño a ser escuchado, no debe ser un acto momentáneo sino un punto de partida para el intercambio de pareceres entre niños y adultos sobre la elaboración de políticas, programas y medidas en todos los contextos pertenecientes a la vida del niño (párrafos 1-13).

En efecto, señala Carmona que la doctrina ha identificado en la Convención dos grupos de normas referidas al derecho de participación del niño: el primer grupo, relativo a las formas y condiciones de participación del niño, contenida en los artículos 12 -derechos a ser oído y a que su opinión sea tomada en cuenta-, 13 -libre expresión-, 14 -libertad de pensamiento-, 15 -libertad de asociación y de reunión- 31 -derecho a participar en actividades culturales y de recreación- y 40 -derechos de los niños que han infringido leyes penales- de la Convención. El segundo grupo de normas, referidos a los requisitos para esa participación, estaría conformado por los derechos contenidos en el artículo 5, relativo al ejercicio de los derechos del niño de conformidad a su autonomía progresiva, el artículo 12.2 que contiene el derecho del niño a ser escuchado en todo procedimiento, el artículo 17 relativo al derecho a la información en los medios de comunicación, y el artículo 18 relativo a las obligaciones de los padres a la crianza y el desarrollo del niño (Carmona 2011, p. 127).

Así en la primera parte de la Observación general 12, el comité desarrolla estas ideas en el sentido que la Convención establece el derecho de cada niño a expresar libremente su opinión, y los Estados partes, tienen la obligación jurídica de reconocer ese derecho y garantizar su observancia, de tal manera que su sistema judicial, debe garantizar directamente ese derecho o adoptar y revisar leyes para que el niño pueda disfrutarlo plenamente.

Agrega la Observación general 12, que el niño tiene derecho a no ejercer el derecho a expresar su opinión, ya que no es una obligación, pero el Estado debe asegurarse que el niño reciba toda la información y asesoramientos necesarios para tomar las decisiones que favorezca su interés superior (párrafo 16).

En efecto, como señala Jaime Couso, tras la facultad de los niños de ejercer sus derechos autónomamente de manera progresiva, se encuentra una garantía muy importante: la de evitar que, en nombre de este derecho, el niño sea privado de intervenir en la configuración de su vida. Pero agrega que dicha garantía va asociada a la facultad de renunciar a ejercerla. Esta facultad, señala, se encuentra inmersa "en todo ordenamiento constitucional respetuoso de la autonomía individual" (Couso, 2006, p. 151).

Señala Couso que la facultad de renunciar a sus derechos forma parte de la facultad del titular de derechos fundamentales de decidir cuándo y cómo ejercer sus derechos, y en especial, en casos de colisión de derechos, la facultad de decidir entre sus derechos en tensión de manera de salvaguardar otros intereses que considera más importantes. Esta garantía, concluye “se traduce en conferirles -a los niños- progresivamente cada vez un mayor protagonismo en la definición de sus vidas conforme a sus preferencias” (Couso, 2006, p. 151).

Si bien, como señala Couso, no siempre el titular tiene la facultad de renunciar a un derecho que le ha sido conferido – como en los casos de medidas paternalistas- la Observación general 12 reconoce expresamente la facultad del niño de renunciar a su derecho a ser oído, con la condición de que el niño reciba toda la información para adoptar las decisiones que favorezcan su interés. Y luego agrega que cuando el artículo 12 señala que el niño tiene “el derecho de expresar su opinión libremente”, significa que el niño puede expresar sus derechos sin presiones y escoger si ejercer o no su derecho a ser escuchado. Así se protege al niño de ser objeto de influencias o presiones indebidas, pero además se protege el derecho del niño a expresar su opinión y no la de los demás (párrafo 22).

Asimismo, la Observación general 12, en el párrafo 24 señala que el proceso de escuchar a un niño puede ser difícil e incluso, puede causar efectos traumáticos en él. Por ello, precisa que los responsables de escuchar al niño, lo mantengan informado respecto de los asuntos, las opciones y las posibles decisiones que puedan adoptarse y sus consecuencias. Señala que el derecho a información del niño es fundamental para que él exprese su opinión y para que las decisiones que el niño tenga claridad respecto de las decisiones que se tomen (párrafo 25).

Pero, de conformidad a la Observación general número 12, también es necesario tener en cuenta “las opiniones del niño en función de la edad y madurez del niño”. Así, al tenor del artículo 12 no basta escuchar al niño, sino que sus opiniones deben ser tomadas en consideración seriamente desde que el niño sea capaz de formarse su propio juicio (párrafo 28). Pero, la edad del niño no puede determinar la trascendencia de las opiniones que exprese, ya que los niveles de comprensión no van ligados de manera uniforme a la edad biológica del niño, sino que requiere de un examen caso a caso (párrafo 29).

En este sentido, señala Lansdown (2005, p. 51), que si bien la evolución de las facultades del niño -o autonomía progresiva- es una noción evolutiva, en el sentido que se deben cumplir los derechos del niño hasta el máximo del desarrollo de sus facultades, además es una noción participativa y emancipadora, también es una noción protectora de los niños, contra las experiencias que van más allá de sus facultades. En efecto, la Convención reconoce que la infancia es un período que requiere de una protección especial, debido a la relativa inexperiencia e inmadurez de los niños. Por ello de un modo general el artículo 19 insta a los Estados parte a adoptar todas las medidas apropiadas-legislativas, administrativas, sociales y educativas- “para proteger al niño en contra de todo perjuicio, abuso físico o mental, descuido trato negligente, malos tratos, explotación, incluido el abuso sexual.” Del mismo modo, los artículos 37 y 40 protegen a los niños infractores, y este último exige que se fije una edad mínima de responsabilidad penal.

Del mismo modo, el artículo 32 exige que se fije una edad mínima para trabajar y el artículo 38 establece que los niños menores de 15 años no deben participar en hostilidades. Por ello señala que uno de los mayores desafíos que plantea la Convención es, por una parte, equilibrar el derecho del niño a recibir protección adecuada y apropiada y, por otra, su derecho a participar en las decisiones y acciones que pueden afrontar por sí mismos, asumiendo las responsabilidades que derivan de ello. Esto implica no solamente considerar que los niños necesitan una protección especial, sino que además tienen observaciones útiles que aportar sobre su propio bienestar, soluciones válidas para superar sus problemas y un papel activo en la implementación de dichas soluciones. Como se analizará a continuación, este equilibrio será fundamental para escuchar al niño en el proceso en el que intervenga.

b. Relación entre el derecho a ser escuchado y la determinación del interés superior del niño.

La Observación general 12 se refiere a la relación entre ambos principios ya que como se desarrolló anteriormente, la Convención debe ser interpretada de manera sistemática, de modo de considerar las normas contenidas en ella no de manera aislada, sino formando parte de un entramado de derechos, principios y garantías en favor del niño.

Por su parte, la Observación general 14 señala que el artículo 3.1 y el artículo 12 tienen funciones complementarias, pues mientras el primero tiene como objeto hacer realidad el interés superior del niño, el segundo establece la metodología para escuchar las opiniones del niño y su inclusión en todos los asuntos que le afecten. Agrega que el artículo 3 párrafo 1 no puede interpretarse adecuadamente si no se cumplen los requisitos del artículo 12. Asimismo, señala que el artículo 3.1 refuerza la funcionalidad del artículo 12, ya que “facilita el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten su vida” (párrafo 43).

A este respecto, señala Carmona que mientras el interés del niño es una noción pasiva, en el sentido que normalmente es definida y juzgada por un adulto, que ponderará los distintos intereses implicados en cada caso, el derecho del niño a ser oído es esencialmente dinámico, en la que el niño tendría mayor autonomía, lo que se desprende no sólo de los artículos en comento, sino además de la Observación general número 12 (2011, p. 136).

Por su parte, Cardona Llorens, sostiene que la lectura conjunta del principio contenido en el artículo 12 y el principio contenido en el artículo 3.1 supone una nueva perspectiva, del niño como sujeto de derechos, y una dinámica democrática de las relaciones entre el niño y los adultos. Pero agrega que el interés superior del niño es un concepto dinámico que abarca temas en constante evolución, por lo que la Observación general número 14 se limita a proporcionar el marco para evaluar y determinar el interés superior del niño, es decir, el marco general en el que se deben desenvolver los Estados para que se respete el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (Cardona, 2014).

Sin embargo, la dificultad que plantea la determinación del interés superior del niño dice relación no sólo con el aspecto dinámico que plantea Cardona sino, además, por que como señala Rivero, es un concepto jurídico indeterminado, por tanto, de límites imprecisos, que es necesario aplicar a situaciones concretas, caso a caso, recurriendo a juicios de valor o de experiencia, según el tipo o naturaleza del concepto indeterminado (Rivero, 2007, p. 267). Agrega que la dificultad de elección o decisión de este tipo de conceptos es el ámbito de apreciación que la norma ha dado a un concepto indeterminado. Quien esté llamado a aplicar una norma de esta naturaleza deberá moverse y decidir el interés del menor dentro de una gama de opciones razonables, entre las cuales deberá concentrar “el juicio de experiencia o de valor referido a los hechos y circunstancias concretas de la realidad enjuiciada” (Rivero, 2007, p. 269).

Rivero destaca otra dificultad específica en los conceptos indeterminados. Señala que cuando se trata de conceptos determinados basta la constatación del dato vinculado al concepto para la aplicación de este y la producción del efecto jurídico, como ocurre, por ejemplo, con la determinación de la mayoría de edad, en la que basta la constatación de la fecha de nacimiento para determinar con precisión esta circunstancia, que generará determinados efectos jurídicos.

Sin embargo, en los conceptos indeterminados, la persona u órgano que aplique dicho concepto tendrá una doble labor: precisar el significado y contenido del mismo, esto es, qué es o en qué consiste el interés del niño, y después comprobar en qué situación y circunstancias concretas, se da lo que más conviene a un niño determinado. Por ello, señala, los conceptos indeterminados poseen un *plus* axiológico, de mayor complejidad, que los conceptos determinados. Agrega que ese *plus* axiológico resulta

más complejo aún, cuando la norma es de tipo cualitativa, cultural y con una fuerte carga personalista, humana, como cuando después de la separación, los padres no se ponen de acuerdo sobre la educación del niño. En este caso la interpretación de la norma y su aplicación requiere más que en otros casos, una especial ponderación de su sentido y valoración de las circunstancias concurrentes para determinar en qué medida aquel concepto se corresponde con los valores o realidades que la norma ha pretendido acotar y de las opciones de que se dispone, con las respectivas consecuencias, para elegir la más razonable al caso en particular (Rivero, 2007, pp. 269-270).

Por su parte, plantea Lansdown que la obligación de dedicar una consideración primordial al interés superior del niño, refleja la idea de que la niñez es un período de relativa vulnerabilidad, que pone límites a la capacidad del niño para participar en ciertas actividades, pero también permite la adopción de medidas necesarias para su protección (Lansdown, 2005, p. 51). Por ello como se señaló con anterioridad, es fundamental equilibrar los derechos de participación del niño, con los derechos protectores.

En este sentido, el Comité de Derechos del niño establece en la Observación general número 14 que el principio del interés superior del niño constituye una garantía procesal, por cuanto “siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, a un grupo de niños en concreto o a un grupo de niños en general, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de las decisión en el niño o los niños interesados.”⁹⁸ Agrega que la evaluación y determinación del interés superior del niño requiere de garantías procesales y exige a la autoridad justificar en las decisiones que se ha tenido en cuenta este derecho, y así expresar que se ha considerado que atiende al interés superior del niño, en qué criterios se ha basado la decisión y cómo se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones, ya sea que se trate de cuestiones normativas o de casos concretos. Así el comité entiende que es deber del Estado establecer procesos oficiales, con garantías estrictas, que tengan por objeto evaluar y determinar el interés superior del niño en las decisiones que le afectan, pero también evaluar los resultados. Agrega que los procesos deberán ser transparentes y objetivos para todas las decisiones de los legisladores, jueces o autoridades administrativas, en especial, en las esferas que afecten directamente a él o a los niños.

Del mismo modo, en el párrafo 27 de la Observación general número 14 el Comité especifica a quienes obliga este principio de conformidad a los establecido por la Convención, y señala que cuando la Convención se refiere a los tribunales, alude a todos los procedimientos judiciales, a cualquier instancia, ya sea se encuentren integrados por jueces profesionales o personas que no lo sean y todas las actuaciones relacionadas con los niños sin restricción. Precisa, en el párrafo 28 que, en materia penal, el principio del interés superior del niño se aplica a los niños en conflicto con la ley penal, pero también a los niños en contacto con ella, esto es, víctimas y testigos, así como a los niños afectados por la situación de sus padres que esté en conflicto con la ley.⁹⁹

De lo anteriormente dicho se desprende que, para interpretar correctamente el derecho del niño a ser oído, es menester no desatender el principio del interés superior del niño, en el sentido que su intervención en el proceso no puede ser perjudicial para la integridad física o psicológica del niño. Ello obligará al órgano jurisdiccional a ponderar, por un lado, el derecho del niño a ser oído y que el interés superior del niño sea una consideración primordial frente a las garantías del debido proceso que se reconocen al imputado, como se analizará en el capítulo siguiente.

c. Los estándares jurisdiccionales que supone el derecho del niño a ser escuchado en los procesos judiciales.

⁹⁸ CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013. Párrafo 6 c).

⁹⁹ CRC/C/GC/14, de 29 de mayo de 2013. Párrafo 28.

En el párrafo 32 de la Observación general número 12, el Comité se refiere al derecho del niño a ser escuchado en todo proceso judicial o administrativo que le afecte. Señala que esta disposición es aplicable a todos los procesos judiciales que afecten al niño, sin limitaciones, que tengan que ver, por ejemplo, con la separación de sus padres, custodia, cuidado, y adopción, niños en conflicto con la ley, niños víctima de violencia física y psicológica, abusos sexuales y otros delitos, entre otros que señala, ya sea que hayan sido iniciados por el niño o por otras personas.

Señala en el párrafo 34 que no es posible “escuchar eficazmente a un niño cuando el entorno sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad”, por lo que es importante que los procedimientos en los que intervienen niños sean accesibles y apropiados para ellos. Asimismo, se debe asegurar la entrega de información al niño, pero que ella se adapte al niño, y prestar apoyo adecuado para la defensa de los intereses propios, como, asimismo, “la debida capacitación del personal, el diseño de salas del tribunal, la vestimenta de los jueces y abogados y la disponibilidad de pantallas de protección visual y salas de espera separadas”.

Agrega en el párrafo 35 que una vez que el niño haya decidido expresar su opinión -puesto que es un derecho y no una obligación como se señaló- se debe decidir cómo se le escuchará, si directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, aunque debe asegurar que, en lo posible, siempre se le brinde al niño la oportunidad de ser escuchado directamente, en todo procedimiento. Hace hincapié en el párrafo 36 que si el niño es escuchado por un representante – su padre o madre- abogado, trabajador social, por ejemplo- es importante que éste sepa transmitir correctamente las opiniones e intereses del niño al responsable de adoptar las decisiones, y no los intereses de otras personas (párrafo 37).

Finalmente, el Comité se refiere a la expresión “en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”, señalando que esta expresión no puede interpretarse en términos tales que la legislación restrinja o impida el disfrute de este derecho fundamental, de tal manera que alienta a los Estados a que cumplan con las normas básicas de imparcialidad de los procedimientos, como el derecho a defensa y el derecho a acceder al expediente propio (párrafo 38).

La doctrina ha identificado en el artículo 12, importantes estándares y exigencias para las decisiones jurisdiccionales.

La primera exigencia es que el niño sea escuchado, y para ello se reconoce el derecho del niño a expresar libremente su opinión, estar debidamente informado para formarse esa opinión y, como se señaló anteriormente, también consagra la facultad de renunciar a este derecho. En el apartado siguiente se analizarán las garantías para asegurar este primer estándar.

En segundo lugar, se exige que el Tribunal tome debidamente en cuenta la opinión del niño. Como señala Couso¹⁰⁰ (2006), esto impone al Tribunal conferir un “especial peso” a la opinión del niño, pero también a las preferencias expresadas por él. Agrega Couso que esto no debe entenderse como que el tribunal está obligado a resolver el asunto como el niño quiere, sino que a la hora de ponderar distintos principios en tensión y sopesar las distintas alternativas, la opinión del niño debería tener mayor peso. Es decir, si antes de escuchar al niño hay varias alternativas, pero ninguna preferible a otra, teniendo en cuenta el interés superior del niño, la balanza debería inclinarse hacia la alternativa que el niño prefiere. Lo mismo si antes de escuchar al niño, una de las alternativas parece un poco mejor que las demás, pero el niño escoge otra alternativa, también la balanza debería inclinarse a favor de la decisión del niño. Pero

¹⁰⁰ Se hace presente que Couso desarrolla el tema de los estándares y exigencia del artículo 12 para los tribunales de familia, pero el artículo 12 es claro en el sentido que este derecho se consagra al niño en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, y no lo limita a los asuntos de familia.

si una de las alternativas parece al tribunal muy desventajosa para el interés superior del niño, y el niño se decide por ella, es posible que esa alternativa no alcance el peso suficiente para inclinar la balanza a su favor. Advierte el autor que la aplicación del “estándar del mayor peso”, deberá tenerse en cuenta la edad y madurez del niño, por mandato del mismo artículo 12. Entonces señala, el mayor peso variará de acuerdo con la edad y madurez del niño (Couso, 2006, p. 155).

Si bien, el mecanismo propuesto por Couso parece lógico y fácil de implementar está supeditado a cuál es, para el tribunal, el interés superior del niño, en ese caso en particular, lo que podría frustrar el derecho del niño a expresar su opinión y que ésta sea tomada debidamente en cuenta. Por ello es importante interpretar este artículo en consonancia con el artículo 3.1 como se analizó con anterioridad. Del mismo modo, si bien la edad del niño es un elemento objetivo que el tribunal deberá tener en cuenta, la madurez, en cambio, es algo más difícil de precisar.

Por ello, la Observación general 12 señala que la edad no puede determinar por sí sólo la trascendencia de las opiniones del niño, por ello las opiniones del niño deben evaluarse mediante un examen caso a caso (párrafo 29). En cuanto a la madurez señala, hace referencia “a la capacidad de comprender y evaluar las consecuencias de un asunto determinado”, lo que también deberá determinarse caso a caso, considerando, que en el contexto del artículo 12 implica la capacidad del niño para expresar sus opiniones “de forma razonable e independiente”. Por último, señala que también deben considerarse las consecuencias del asunto en el niño, ya que mientras mayores sean los efectos en la vida del niño más importante será la correcta evaluación de la madurez de ese niño (párrafo 30).

La redacción de este último párrafo resulta compleja toda vez que las decisiones que afectan la vida del niño, quedan condicionadas a la evaluación subjetiva -nuevamente de un adulto-, de tal manera que este puede argüir la falta de madurez del niño para adoptar una decisión paternalista. Por ello es importante interpretar estas nociones -edad y madurez- recurriendo a la evolución de las capacidades del niño, o también denominada autonomía progresiva, contenida en el artículo 5.

Otro estándar que deben tener en consideración los tribunales en aplicación de este derecho es la que les exige fundamentar las sentencias en la opinión del niño. Señala Couso que si el artículo 12 exige “tomar debidamente en cuenta la opinión del niño” y si consideramos que esto supone conferir un peso especial dicha opinión, el tribunal en su sentencia deberá dar cuenta de la forma en que la opinión del niño fue considerada. Señala Couso que esta garantía está vinculada con el derecho de defensa de los niños, de tal manera que el niño podría impugnar la resolución en caso de que el tribunal no la haya tenido debidamente en cuenta (Couso, 2006, p 156).

Este estándar, es perfectamente aplicable a los tribunales de justicia -sea de Garantía o Tribunales orales en lo penal- en el caso de los niños víctimas y testigos de delitos. En efecto, del tenor del artículo 12 se desprende que debe aplicarse a todos los niños que en distintas materias -familia, civiles, penales, administrativas- y en distintas calidades -víctimas, testigos, infractores penales- intervienen en un proceso. En efecto, como se señaló con anterioridad, el artículo 12 de la Convención determina el derecho del niño a expresar su opinión y que ésta sea tomada debidamente en cuenta, por lo que si un niño interviene en cualquier acto del proceso penal en calidad de víctima o testigo, su opinión también debe ser tenida debidamente en cuenta, y por tanto, el tribunal deberá en su resolución, exponer las razones que la motivaron y de qué manera dicha opinión se tomó en consideración, confiriéndole un especial peso -en palabras de Couso.

Esto es de suma trascendencia, ya que la intervención de un niño en calidad de víctima o testigo, puede ser traumática para él, y cualquier decisión que se adopte en el proceso, que afecte la vida del niño, debe sopesarse en base a los principios rectores o guía de la Convención ya analizados. En consecuencia, en caso que un niño deba intervenir en un proceso en calidad de víctima o testigo, el tribunal

deberá tener en cuenta el especial peso de su opinión, teniendo en consideración el interés superior del niño, y fundamentar su decisión en base a ello.

El último estándar que emana del principio contenido en el artículo 12, consiste en que el niño tiene derecho a participar en la construcción de su propio caso desde que se inicia hasta la sentencia (Couso, 2006, p. 156). Couso, se refiere a que el principio contenido en el artículo 12 no se interpreta correctamente si se consulta la opinión una o dos veces en el proceso, sobre su preferencia respecto de opciones cerradas, por cuanto el proceso se compone de una serie de definiciones que van abriendo o cerrando caminos, que inciden en la decisión impuesta en la sentencia y que afectarán al niño de un modo determinante. Agrega que algunas de estas actuaciones son previas a la demanda o denuncia que da origen al proceso judicial. Señala que el derecho del niño a participar en las decisiones que afectaran su vida se extiende a todas estas actuaciones previas.

Al igual que en el caso anterior, este estándar es perfectamente aplicable a los niños que intervienen o intervendrán en un proceso en calidad de víctimas o testigos. Es evidente que el niño no tiene los conocimientos necesarios para participar en la construcción de un caso penal, pero si tiene derecho a participar en las decisiones que se adoptan, en especial, si esas decisiones afectarán su vida, como su intervención o no en audiencias, exámenes o entrevistas, o la duración y cantidad de las audiencias, exámenes o entrevistas en las que debe participar, opinión que normalmente no se tiene en cuenta, por cuanto se tiende a privilegiar intereses o fines ajenos al niño, como el resultado del juicio. Un actuar respetuoso de los derechos contenidos en la Convención, debe respetar la opinión del niño respecto de dichas actuaciones.

d. Garantías para la observancia del derecho del niño a ser escuchado según la Observación general número 12 y 14.

Como se señaló con anterioridad las Observaciones generales del Comité de derechos del niño, son importantes medios de interpretación, que luego el Comité hace exigible a los Estados. Así, tanto la Observación general número 12 como la número 14 se refieren a las garantías que se deben observar en los procedimientos en los que intervengan niños.

En los párrafos 40 y siguientes, de la Observación general 12 se refiere a las medidas para garantizar la observancia del derecho del niño a ser escuchado. La Observación contempla 5 medidas para garantizar que el niño sea escuchado.

La primera, la preparación, consiste en que los responsables de escuchar al niño deben asegurarse que esté informado sobre su derecho a expresar su opinión en todo procedimiento que le afecte, en especial en aquellos en los que se adopten decisiones, también sobre los efectos que tendrán en el resultado las opiniones que exprese. Además, el niño debe optar entre comunicar su opinión directamente o hacerlo por medio de un representante, para lo cual, el responsable de adoptar decisiones deberá informar al niño debidamente, respecto de dónde y cuándo se le escuchará, quienes participarán y tendrá que tener en cuenta su opinión (párrafo 41). De la lectura de este párrafo, se desprende que, si un niño interviene en un proceso en calidad de víctima o testigo, en principio, sobre el juez pesa la obligación de preparar al niño y mantenerlo siempre informado sobre las consecuencias de ser escuchado, ya que es él el responsable de escuchar al niño y de adoptar decisiones. Sin embargo, debemos tener presente que, en estos casos, el niño también declarará en instancias previas a la judicialización del asunto, ya sea ante la policía o el fiscal del Ministerio Público y ante otros funcionarios, todos los cuales deberán tener presente esta preparación por la que deberá pasar el niño antes de expresar su opinión.

La segunda, la audiencia, consiste en el contexto en el que es escuchado un niño, esto es, el lugar y las personas idóneas para que el niño ejerza su derecho. Señala el párrafo 42, que este contexto "debe

ser propicio e inspirar confianza” en el niño, de manera que él pueda estar seguro que el adulto responsable de la audiencia está dispuesto a escucharlo y a tomar en cuenta lo que el niño ha querido comunicar. La persona encargada de escuchar al niño, puede ser una persona que intervenga en los asuntos que afectan al niño, como un maestro, trabajador social o cuidador, también un encargado de adoptar decisiones, como un director administrador o juez, o un especialista, por ejemplo, psicólogo o médico.

Agrega el párrafo 43 que la experiencia indica que es mejor una conversación, y que es preferible que el niño sea escuchado en condiciones de confidencialidad y no en una audiencia pública. Esto último es de suma importancia en casos en que el niño ha sido víctima o testigo de un delito violento, como la violación o abusos, ya que en esos casos el niño sufre un trauma que provoca en él múltiples sentimientos, de vergüenza, dolor, culpa, miedo y como se analizará en el capítulo siguiente, el relato puede significar para él rememorar el instante traumático, por lo que una audiencia pública puede generar en él un nuevo trauma, lo que se conoce en criminología como doble victimización o victimización secundaria.

La tercera garantía que contempla la Observación general, en el párrafo 44, para escuchar al niño, es la evaluación de la capacidad del niño. Como señalamos, el artículo 12 establece el derecho del niño a expresar su opinión, pero que éstas deberán tomarse en cuenta “en función de la edad y madurez del niño”, por lo que la Observación general señala que habrá de evaluarse la capacidad del niño para formarse un juicio propio “de manera razonable e independiente”, caso en el cual el encargado de adoptar decisiones deberá tener en cuenta las opiniones del niño como factor destacado en la resolución del asunto. Agrega que deberán establecerse “buenas prácticas para evaluar la capacidad del niño.” Esta es quizás la garantía que genera más problemas en la práctica, toda vez que evaluar si un niño se ha formado un juicio propio de manera razonable e independiente, no sólo dice relación con el grado de desarrollo y madurez del niño que varía por distintos factores como la edad y las experiencias del niño, sino porque además dichos aspectos se deben ponderar adecuadamente, pues de lo contrario podría dar lugar a arbitrariedades por parte de los individuos encargados de adoptar decisiones que afecten al niño. Esta garantía se desarrollará con mayor detención en los apartados siguientes.

La cuarta garantía que consagra la Observación general, es la comunicación de los resultados al niño, esto es, que el encargado de adoptar decisiones deberá informar al niño del resultado del proceso y de qué forma se tuvieron en consideración sus opiniones. De esta manera se garantiza que las opiniones del niño no se escuchan solamente como una mera formalidad, y dará lugar a que el niño pueda insistir mostrarse de acuerdo o no, y presentar una apelación o denuncia (párrafo 44).

La quinta y última garantía, consiste en la queja, recursos o desagravio, esto es, la posibilidad de que el niño pueda acceder a un recurso cuando se haya pasado por alto o violado su derecho a ser escuchado, o a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones. Para ello, de acuerdo a la Observación general los niños deberán contar con una defensor o persona que ejerza sus funciones, de manera que el niño pueda expresar sus quejas (párrafo 45). Del mismo modo, en los procedimientos judiciales o administrativos, el niño debe tener acceso a procedimientos de apelación o denuncia, en caso de que se vulnere su derecho a ser oído o a que su opinión sea tomada en cuenta (párrafo 47).

Pero como señalamos con anterioridad, es fundamental interpretar el principio contenido en el artículo 12 -derecho del niño a expresar su opinión y que sea tenida en cuenta- con el contenido en el artículo 3.1, esto es, el derecho a que el interés superior del niño sea una consideración primordial. Teniendo ello presente, la Observación general número 14, enumera 8 garantías -párrafos 85 a 99- que se deben adoptar en los procesos en los que intervenga un niño, para resguardar que el interés superior del niño sea una consideración primordial:

a) El derecho del niño a expresar su propia opinión. La observación distingue, si se trata de un niño en particular o de un grupo de niños. En el primer caso, esta garantía se debe ejercer libremente, en la

medida que el niño desee expresar su opinión, y se realiza mediante un representante que debe transmitir con precisión las opiniones del niño. Si la opinión del niño entra en conflicto con la de su representante, debe existir un mecanismo para que el niño pueda recurrir a la autoridad y ésta determine otra forma de representación. En el caso de que se trate de un grupo de niños, la Observación establece que las instituciones públicas deberán encontrar maneras de conocer la opinión de una muestra representativa de niños. Menciona como ejemplos las audiencias de niños, los parlamentos de niños, las organizaciones dirigidas a los niños, las asociaciones de infancia etc.

b) La determinación de los hechos. Los hechos y la información pertinente para un determinado caso deben obtener mediante profesionales perfectamente capacitados, que puedan evaluar el interés superior del niño. Para ello se puede mantener entrevistas con personas cercanas al niño, con personas que están en contacto con él y testigos de determinados incidentes.

c) Percepción del tiempo. Señala la observación que los niños y los adultos no tienen la misma percepción del tiempo, y que cuando los procesos de toma de decisiones demoran mucho tiempo, ello produce efectos adversos en la evolución de los niños. Por ello, conviene dar prioridad a los procedimientos o procesos relacionados con los niños o que les afectan.

d) Los profesionales cualificados. La Observación también pone énfasis en la necesidad de que los niños sean evaluados por profesionales especializados en cuestiones relativas al desarrollo del niño y del adolescente. Y agrega que la evaluación oficial debe hacerse en un ambiente agradable y seguro, con profesionales capacitados, que hayan trabajado con niños y examinen la información de manera objetiva. En lo posible, recomienda que la evaluación del interés superior del niño participe un equipo multidisciplinario de profesionales.

e) La representación letrada. Del mismo modo, cuando a un niño se someta a un procedimiento judicial o administrativo que conlleve la determinación del interés superior del niño, éste deberá disponer de representación letrada además de un curador o representante de su opinión, cuando pueda haber un conflicto entre las partes de la decisión.

f) La argumentación jurídica. Asimismo, el Comité impone la obligación de motivar, justificar y explicar, cualquier decisión sobre el niño. Exige el Comité que en la decisión que se adopte se expresen las circunstancias de hecho referentes al niño, los elementos que se consideraron pertinentes para la evaluación de su interés superior, el contenido de los elementos en ese caso concreto y la manera en que se han ponderado para determinar su interés superior. Si la opinión difiere de la del niño, deberá expresarse además con claridad, porqué se adoptó. Si en la decisión, y de manera excepcional, no se atiende al interés del niño, deberá indicarse los motivos que demuestren que el interés superior fue una consideración primordial, a pesar de su resultado, aclarando que no basta con indicar que hay otros elementos que prevalecieron, frente al interés superior del niño, sino que se deben detallar todas las consideraciones relacionadas con el caso y explicar los motivos por lo que tuvieron más peso en ese caso en particular.

g) Los mecanismos para examinar o revisar las decisiones. Los Estados deben considerar mecanismos para recurrir o revisar las decisiones concernientes a los niños cuando alguna parezca no ajustarse al procedimiento de evaluación y determinación del interés superior del niño. Estos mecanismos deben darse a conocer al niño de manera que tenga acceso directo a ellos o por medio de sus representantes. Cabe hacer presente que el Comité hace especial alusión a la revisión de procedimientos en los cuales se han vulnerado garantías procesales, los hechos no son exactos, no se ha evaluado adecuadamente el interés superior del niño o se ha concedido demasiada importancia a consideraciones contrapuestas.

h) La evaluación del impacto en los derechos del niño. La adopción de cualquier medida también debe seguir el procedimiento que garantice que el interés superior del niño sea una consideración primordial.

En consecuencia, se debe evaluar las repercusiones que tenga en los derechos del niño la implementación de cualquier política, legislación, reglamentación, presupuesto u otra decisión administrativa que afecte a los niños y debería complementarse con el seguimiento y evaluación permanentes del impacto de las medidas en los derechos del niño.

e. El derecho del niño víctima y testigo, a ser escuchado y a que su opinión sea tenida en cuenta.

En la tercera parte de la Observación general número 12, se refiere a las obligaciones específicas de los Estados respecto de los procedimientos judiciales (párrafos 48 y siguientes), donde primeramente se refiere a las obligaciones generales de los Estados, luego respecto de las obligaciones en los procedimientos judiciales y administrativos. En dicho apartado, la Observación general 12 se refiere escuetamente al derecho de los niños víctimas o testigos en los párrafos 62, 63 y 64, donde hace referencia a la resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social, denominada Directrices en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos, a la que nos referiremos más adelante. En particular señala, que debe hacerse todo lo posible para que “se consulte” a los niños víctimas o testigos de un delito “sobre los asuntos pertinentes respecto de su participación en el caso y para que pueda expresar libremente y a su manera sus opiniones y preocupaciones en cuanto a su participación en el proceso judicial” (párrafo 63). Por último consagra el derecho del niño víctima o testigo de ser informado sobre la disponibilidad de servicios médicos, psicológicos y sociales, el papel del niño víctima o testigo, la forma en que se le interrogará, los mecanismos de apoyo en caso de que el niño haga una denuncia o participe de la investigación y en el proceso judicial, las fechas y lugares específicos de las visitas, la disponibilidad de medidas de protección, la posibilidad de recibir reparación y de apelar a las resoluciones. (párrafo 64).

De ello se desprende entonces que el niño debe ser consultado sobre si desea intervenir o no en el proceso y de qué manera como, asimismo, se le debe consultar su opinión respecto a su participación en el proceso. Como se señaló con anterioridad, el Comité parte de la base de que el derecho a ser escuchado no puede ser impuesto al niño y, por tanto, él puede renunciar a participar en el proceso judicial, y ello no debería ser un obstáculo ni para el avance del proceso ni para los resultados de éste. Esto es, se vulnera tanto los derechos de un niño que no es escuchado, como de aquel que es escuchado en contra de su voluntad. Asimismo, se desprende que el niño debe participar como un interviniente más del proceso penal, siendo informado de todas las actuaciones y de sus derechos en él. Lamentablemente, estas directrices – que, en los términos de la Observación, son obligatorias para el Estado- no han sido consideradas en nuestro proceso penal, donde el niño es instrumentalizado para fines del proceso penal, como se analizará en el capítulo siguiente.

2.2 Resolución 2005/20 de 22 de julio del año 2005 del Consejo Económico y Social, “Directrices sobre justicia en asuntos concernientes a niños víctimas y testigos de delitos”

La Resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social -órgano permanente de las Naciones Unidas-, constituyó un avance significativo en el reconocimiento de derechos específicos de los niños que intervienen en procesos en calidad de víctimas o testigos.

Reconociendo, que los niños que son víctimas y testigos de delitos son especialmente vulnerables y requieren protección especial, asistencia y apoyo apropiados para su edad, nivel de madurez y necesidades especiales a fin de evitar que su participación en el proceso de justicia penal les cause perjuicios y traumas adicionales, la Resolución 2005/20 de 22 de julio del año 2005 del Consejo Económico y Social, aprobó las Directrices sobre justicia en asuntos concernientes a niños víctimas y testigos de delitos (en adelante, las Directrices), como parte integrante de las Reglas de las Naciones Unidas en la esfera de prevención del delito y justicia penal, elaborados a partir de la década del 50.

Entre ellos, cabe hacer especial referencia a la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985. En ese instrumento se declaran una serie de principios aplicables a las víctimas¹⁰¹ de delitos: primero, el acceso a la justicia y trato justo, en el sentido que las víctimas deben ser tratadas con compasión y respeto a su dignidad, debiendo tener derecho al acceso a la justicia y a una pronta reparación del daño que hayan sufrido; segundo, resarcimiento por parte de los delincuentes o terceros responsables del delito; tercero, indemnización, por parte del delincuente o terceros, y cuando sea insuficiente, por parte del Estado; y cuarto, asistencia material, médica, psicológica y social que sea necesaria.

Pero además de las normas que protegen a los niños víctimas y testigos de delitos, reconoce que se deben salvaguardar al mismo tiempo, los derechos de los acusados.

Las Directrices recogen los principios que se encuentran consagrados en instrumentos internacionales tales como la Convención sobre derechos del niño, protocolo facultativo relativo a la Venta de niños prostitución infantil y la utilización de niños en pornografía, del año 2000, pero a su vez, recoge los trabajos del Comité de derechos del niño y con el afán de garantizar la justicia para niños víctimas y testigos de delitos.

En primer término, las Directrices sientan principios de carácter general aplicables a niños víctimas y testigos de delitos: primero, la dignidad, en el sentido de que "todo niño es una persona única y valiosa"; segundo, la no discriminación, en el sentido de dar a los niños y a toda persona un trato justo y equitativo; tercero, el interés superior del niño, reiterando que debe ser una consideración primordial en todos los asuntos relativos a los niños, y que incluye además el derecho a la protección contra toda forma de sufrimiento, abuso o descuido físico, psicológico, mental y emocional; y derecho a un desarrollo armonioso, para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social; y, cuarto, el derecho a la participación, y a expresar libremente sus creencias opiniones y pareceres sobre cualquier asunto, y contribuir a aquellas decisiones que le afecten, incluidas aquellas que se adoptan en un proceso judicial, y que de acuerdo a su madurez y evolución, dichas opiniones sean tomadas en consideración.

En segundo lugar, las Directrices establecen garantías particulares, para evitar que el niño que participe en un proceso en calidad de víctima o testigo, sufra perjuicios o traumas adicionales. Estas garantías fueron divididas en tres grupos de medidas: aquellas que aseguran el derecho de participación del niño; aquellas destinadas a protegerlo, y aquellas medidas tendientes a la reparación de niños víctimas o testigos de delitos.

En cuanto al primer grupo de medidas, las Directrices recogen el derecho de participación de los niños que han sido víctimas o testigos de un delito, reconociendo expresamente el derecho del niño a ser oído y a expresar sus opiniones y preocupaciones -considerando 21-, pero además indicando que la edad no puede ser un obstáculo para que el niño ejerza su derecho a participar en un proceso. Para ello dispone que todo niño debe ser tratado como testigo capaz y que su testimonio no se considerará carente de validez o de credibilidad en razón de su edad -considerando 18.

Con el objeto de que el niño pueda ejercer su derecho de participación, dispone el derecho del niño a ser informado, debidamente y con prontitud sobre la disponibilidad de servicios médicos, psicológicos, sociales y otros, así como de la posibilidad de acceder a ellos. Asimismo, los niños o las

¹⁰¹ La declaración 40/34, entiende por "víctimas" las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, inclusive lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional, pérdida financiera o menoscabo sustancial de los derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder.

personas a su cuidado, deberán ser informados sobre el momento y la manera de prestar declaración, como de las fechas y lugares específicos de las visitas y otros sucesos importantes, sobre las medidas de protección a las que tiene acceso, sobre los mecanismos para revisar las decisiones que afecten a niños víctimas y testigos de delitos, y de todos los derechos que se les reconocen a los niños en distintos instrumentos internacionales.

Pero además, en el considerando 20, las Directrices recogen el derecho del niño a ser informado sobre la evolución y sustanciación de la causa que le concierna, como la detención o no del acusado y las oportunidades para obtener reparación por parte del delincuente o del Estado. Como ya advertimos, para garantizar el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta, es fundamental informar al niño sobre todos los aspectos que dicen relación con su participación en el proceso. De esta manera se resguarda que el niño pueda ejercer su derecho a manifestar su opinión en los asuntos que le afectan y que esta opinión sea tenida debidamente en cuenta. Así lo establece expresamente el considerando 21 en el sentido de que los profesionales deberán asegurarse de que el niño víctima o testigo de un delito deben hacer todo lo posible para que el niño pueda expresar sus opiniones y preocupaciones en cuanto a su participación en el proceso “Prestando la debida consideración a las opiniones y preocupaciones del niño y, si no les es posible atenderlas, explicando al niño las causas”.

En cuanto al segundo grupo de medidas, en atención a que el niño es un ser especialmente vulnerable, señala que requiere de una protección especial. Así en el considerando 13, al referirse al derecho del niño a tener un trato digno y comprensivo, establece que para evitar al niño mayores sufrimientos, las entrevistas, exámenes y otros tipos de investigación deben ser realizados por profesionales capacitados y en un ambiente adecuado a las necesidades especiales del niño, teniendo en cuenta sus facultades evolutivas (considerando 14).

También las directrices se refieren a la protección del niño en contra de la discriminación - considerandos 15 a 18-, para lo cual dispone que el proceso de justicia y los servicios de apoyo a los niños y a sus familias, deberán tener en cuenta la edad, deseos y nivel de comprensión del niño, su sexo, orientación sexual, todas las circunstancias étnicas o culturales, situación socioeconómica del niño y la condición de migrante o refugiado del niño, como sus necesidades especiales.

Del mismo modo, las Directrices establecen que deberá protegerse la intimidad del niño víctima o testigo “como asunto de suma importancia”, de tal manera de mantener la confidencialidad y restringiendo la divulgación de la información que permita identificar al niño como víctima o testigo, pudiendo adoptar medidas para proteger al niño de una aparición excesiva en público.

Además también con el objeto de proteger al niño las Directrices consagran el derecho a asistencia por parte de profesionales idóneos –entendiendo por tales a defensores, personal diplomático y consular, magistrados y personal judicial, por mencionar algunos- durante todo el procedimiento – detención, instrucción y enjuiciamiento- con el fin de garantizar el interés superior del niño y su dignidad.

Asimismo, en el párrafo relativo al derecho a ser protegido de sufrimientos durante el proceso de justicia -párrafos 29 a 31- impone a los profesionales una serie de deberes y medidas que deben adoptar respecto de los niños víctimas y testigos de delitos. En cuanto a los derechos consagrados en este párrafo, se puede dividir en 2 grupos de garantías: uno, relativo al trato que los profesionales deben tener hacia el niño, y dos, las garantías específicas que los profesionales deberán adoptar para protegerlo.

En cuanto al primer grupo, relativo al trato de los profesionales hacia el niño, se señala que ellos deberán prestarles apoyo durante todo el proceso, incluso acompañándolo cuando sea necesario, proporcionarle certidumbre sobre el proceso en cuanto al desarrollo de las audiencias y en cuanto a sus resultados. Además se debe garantizar que el juicio se realice tan pronto sea posible “sin demoras que

redundan en el interés superior del niño”, y utilizar salas de entrevistas concebidas para ellos, haciendo recesos si es necesario, en horas que sean apropiadas para edad y madurez del niño, y otras medidas que faciliten el testimonio del niño.

En cuanto al segundo grupo de garantías específicas, se establece que los profesionales deberán aplicar medidas como, limitar el número de entrevistas y “todo contacto innecesario con el proceso de justicia, por ejemplo utilizando grabaciones en video”; evitar que el niño sea interrogado por el presunto autor del delito, para lo cual se debe procurar que los niños sean entrevistados sin ser vistos por el presunto autor del delito, en “salas de espera separadas y sala de entrevistas privadas”; finalmente, se debe asegurar que las entrevistas o interrogatorios a los niños víctimas y testigos de delitos se adapte a su edad y madurez y que sea supervisado por magistrados, utilizando para ello, el apoyo de especialistas en psicología.

Por último, dentro de este segundo grupo de medidas que garantizan la protección del niño víctima o testigo, las Directrices establecen el derecho a la seguridad del niño -considerandos 32 a 34- y derecho de adopción de medidas preventivas especiales -considerandos 38 y 39. En cuanto al derecho a la seguridad del niño, señala que deberán adoptarse medidas para proteger al niño que pueda estar en peligro antes, durante y después del proceso, para lo cual se deberá notificar de ese riesgo a las autoridades competentes. Estas medidas pueden consistir en evitar el contacto directo entre el niño víctima o testigos, con el o los presuntos autores del delito durante el proceso de justicia, la prisión preventiva del acusado e imponer medidas que prohíban todo contacto con el niño, protección policial o de otros órganos, o medidas para que no se revele el paradero del niño.

La adopción de medidas preventivas tiene por objeto evitar que el niño sea víctima nuevamente de algún delito, como en casos de malos tratos en el hogar, explotación sexual, malos tratos en instituciones o trata de niños. Para ello, los profesionales deberán elaborar y poner en práctica estrategias e intervenciones para evitarlo.

El tercer grupo de garantías particulares, es el derecho del niño víctima o testigo de un delito a obtener reparación, que incluya indemnización de los perjuicios causados, su reinserción y su recuperación. Señala el considerando 37 que la reparación puede incluir el resarcimiento de los daños por parte del delincuente, pero también de ayuda proveniente de programas de indemnización de las víctimas administrados por el Estado. Pero también se debe considerar dentro de la reparación el costo de la reinserción social y educacional del niño, tratamiento médico o psicológico y servicios jurídicos.

En definitiva, las Directrices establecen un conjunto de medidas que los Estados deben adoptar con el objeto de que el tránsito del niño por el sistema de justicia, en calidad de víctima o testigo no provoque daños en él. Sin embargo, es de advertir que estas Directrices no son vinculantes para los Estados, por cuanto constituyen lo que en doctrina se ha denominado *soft law*, es decir, recomendaciones que no comportan una obligación para los Estados.

No obstante ello, es de advertir que la Jurisprudencia internacional ha reconocido a este tipo de resoluciones como instrumentos que pueden servir de base para una costumbre internacional, que es una fuente principal en el Derecho internacional.

En efecto, la jurisprudencia internacional ha señalado que una resolución universal o cuasi universal reflejar la *opinio iuris*, elemento indispensable para la formación de la costumbre internacional. Así lo señaló la sentencia arbitral de 12 de enero de 1977 en el caso Texaco-Calasiatic contra el gobierno

de Libia, respecto de la Resolución 1803 (XVII)¹⁰² y la Corte Internacional de Justicia en el caso relativo a las actividades militares y paramilitares en Nicaragua y contra ella, respecto de la Resolución 2625 (XXV)¹⁰³, relativa a los principios de Derecho Internacional, concernientes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados de conformidad a la Carta de las Naciones Unidas. Gracias a estos pronunciamientos, la doctrina le ha otorgado a este tipo de instrumentos un lugar en el sistema de fuentes del Derecho internacional, la denominada Legislación internacional (Llanos, 2009, Tomo I, pp. 595 y sgtes.)

De esta manera, Directrices que emanan de un órgano principal de las Naciones Unidas -el Consejo Económico y Social- han servido de base para jurisprudencia interna e internacional, como asimismo, para la legislación de muchos Estados que han implementado estas y otras medidas de protección para niños víctimas y testigos de delitos como se analizará. En consecuencia, de la práctica de los Estados y de la jurisprudencia internacional se desprende que las Directrices han servido de base para la formación de un conjunto de normas relativas a la justicia adaptada a niños víctimas y testigos y respecto de las cuales no se discute su obligatoriedad.

2.3. Otros instrumentos internacionales concernientes a niños víctimas y testigos de delitos.

a. Las 100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad.

Las “100 reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad” o “Reglas de Brasilia” adoptadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, se refieren especialmente a la vulnerabilidad de ciertas víctimas del delito, que tienen la imposibilidad de “evitar o mitigar los daños y perjuicios derivados de la infracción penal o del contacto con el sistema de justicia o para afrontar los riesgos de sufrir una nueva victimización”. Destaca entre otros sujetos vulnerables: “las personas menores de edad, las víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar, las víctimas de delitos sexuales, los adultos mayores, así como los familiares de víctimas de muerte violenta.”

A continuación, dichas reglas nos indican que la vulnerabilidad de los niños víctimas de delitos, genera ciertas obligaciones para el estado y en especial, la de “mitigar los efectos negativos del delito (victimización primaria). Asimismo, se procurará que el daño sufrido por la víctima del delito no se vea incrementado como consecuencia de su contacto con el sistema de justicia (victimización secundaria)”. Y recomienda que “en los actos judiciales en los que participen menores, se debe tener en cuenta su edad y desarrollo integral”

Además, las referidas Reglas de Brasilia, recomiendan la adaptación de los procesos judiciales, de manera de permitir “la práctica anticipada de la prueba en que participe una persona en condición de vulnerabilidad, para evitar la reiteración de declaraciones.”

b. Ley Modelo sobre Justicia en asuntos concernientes a niños víctimas y testigos de delito.

Con el objeto de prestar asistencia a los Estados y dar aplicación a las Directrices, una serie de organismos internacionales que prestan apoyo a los Estados, Organizaciones no Gubernamentales y comunitarias, la Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito, en colaboración con la

¹⁰² Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1962, titulada “Soberanía permanente sobre los recursos naturales”.

¹⁰³ Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, que contiene la declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas.

UNICEF, y con el apoyo prestado por los gobiernos de Canadá y Suecia, elaboraron la "Ley Modelo sobre Justicia en asuntos concernientes a niños víctimas y testigos de delitos" -en adelante Ley modelo-, que fue dada a conocer el 2009. La Ley modelo tiene por finalidad colaborar con los Estados, de manera que estos cuenten con herramientas para adecuar su legislación a los principios contenidos en las Directrices sobre justicia concernientes a niños víctimas y testigos del delitos, de la Resolución 2005/20 del Consejo Económico y social y otros instrumentos internacionales como la Convención de Derechos del Niño, en asuntos relativos a niños víctimas y testigos de delitos.

La ley modelo consagra como principio rector el interés superior del niño, en el mismo sentido que los niños víctimas y testigos tienen derecho a "que su interés superior sea la consideración primordial", sin perjuicio de los derechos de los imputados (artículo 1).

A continuación establece los principios generales aplicables a los procedimientos en los que intervengan niños en calidad de víctimas o testigos: principio de no discriminación, principio de trato digno; la no injerencia en su vida privada; la protección de su intimidad; protección en los medios de comunicación; y el derecho a expresar su opinión, creencias y pareceres, y a participar en las decisiones que le afecten durante todo el proceso.

En las definiciones introduce los conceptos de victimización secundaria y victimización repetida, basándose en conceptos que había introducido la Resolución 2005/20. Así, se entiende por victimización secundaria "la victimización producida no como resultado directo del acto delictivo, sino por la respuesta de las instituciones y personas individuales en relación con la víctima"¹⁰⁴. En cambio, por victimización repetida, "la situación en que una persona sea víctima de más de un incidente delictivo a lo largo de un período determinado"¹⁰⁵.

A partir del capítulo III, la ley modelo se dedica al desarrollo de garantías específicas a niños víctimas y testigos durante el proceso de justicia. La primera parte, establece reglas generales, en la segunda parte, reglas aplicables durante la fase de investigación, luego las reglas aplicables durante la fase del juicio y finalmente las reglas aplicables en el período posterior al juicio. Entre las reglas generales aplicables -artículo 9 a 12-, desarrolla el derecho del niño a ser informado durante todo el proceso, el acceso de los niños a asistencia letrada gratuita, medidas de protección que deberán aplicarse al niño víctima o testigo durante todo el proceso, medidas especiales de asistencia para niños que declaren en juicio como que el lenguaje utilizado sea fácil de comprender para el niño e interprete en caso que el niño no conozca el idioma del Estado en el que se está sustanciando el proceso.

Sin entrar a detallar cada una de las garantías que contempla la Ley modelo, en adelante se desarrollaran las características de la Ley modelo:

1. Es un instrumento que tiene por objeto prestar asistencia a los Estados, de distintas tradiciones jurídicas -romanista y anglosajón-, en la elaboración de leyes procedimientos y prácticas relativas a intervención de niños víctimas y testigos de delitos en un proceso, como asimismo orientar a los profesionales que trabajen con niños víctimas y testigos de delitos, con el fin de garantizar el pleno respeto de los derechos de niños víctimas y testigos de delitos y promover la aplicación de la Convención sobre derechos del niño por las partes de dicha Convención. De esta manera, basándose en las normas contenidas en la Convención sobre derechos del niño, y en las Directrices de justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos (resolución 2005/20 del Consejo económico y social), se les entrega una herramienta a los Estados para que adecuen su legislación de manera de establecer un sistema integral y amplio de protección para niños víctimas y testigos, aunque no posee la obligatoriedad de una

¹⁰⁴ Capítulo I, letra h)

¹⁰⁵ Capítulo I, letra i)

Convención. Del mismo modo, la Ley modelo proporciona orientación a los profesionales deben dar asistencia a niños víctimas y testigos de delitos a lo largo de todo el proceso.

2. Acoge términos que desarrolló la Criminología relativos a la victimización secundaria y victimización repetida. En efecto, como analizaremos en el capítulo siguiente, la moderna criminología – en especial, la victimología- entre otras cosas, se ocupa de neutralizar los efectos de la victimización secundaria o doble victimización y los tratamientos y asistencias a las víctimas. Este instrumento recoge estas nociones que, como se señaló, ya habían sido incorporadas en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985. Asimismo, ambos conceptos se basan en definiciones contenidas en la recomendación Rec (2006) 8, del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los Estados miembros, sobre asistencia a víctimas de delito¹⁰⁶ y que se encuentran asentados en la jurisprudencia de tribunales internos e internacionales de Europa.

Con el fin de evitar la victimización secundaria, la Ley modelo contempla la necesidad de proteger al niño en todas la etapas anteriores y posteriores del juicio, por ello establece que el niño debe ser entrevistado por un investigador especialmente capacitado en el trato de niños, utilizando métodos adaptados a él y deberá en lo posible, evitar que se repita el interrogatorio durante el proceso de justicia (artículo 13). Con el mismo objeto establece que los exámenes médicos y la toma de muestras sólo se podrán realizar por autorización escrita judicial o de un oficial superior de policía o de un fiscal y únicamente en la medida que sean estrictamente necesarios, y en todo caso, deben hacerse en presencia de su padres tutor o personal de apoyo (artículo 14). Asimismo, con el fin de evitar la victimización secundaria, pero también la victimización repetida o riesgo de coacción, establece que desde el inicio de la investigación y durante todo el proceso de justicia, el niño víctima o testigo deberá recibir apoyo de un profesional cualificado, especialista en técnicas de comunicación con menores, que conozca y establezca una relación con el menor durante todo el proceso de justicia y que acompañe al niño a todo interrogatorio (artículos 16 y 25). También para evitar la victimización secundaria, la Ley modelo contempla la existencia de salas de espera adaptadas a la edad del niño en etapa de juicio, que lo protegen del contacto con el imputado, (artículo 24). Asimismo, se establece que los juzgados deben tener salas de audiencia adecuadas para niños, tales como asientos adecuados y asistencia de niños con discapacidad (artículo 26).

También, con el objeto de evitar la victimización secundaria, establece en el artículo 27 -relativo al interrogatorio por la parte contraria, en los países de tradición jurídica anglosajona- que teniendo en cuenta los derechos del acusado, el magistrado no permitirá que el niño víctima o testigo sea interrogado por el acusado, sino por el abogado defensor, y evitando que se formulen preguntas que puedan suponer intimidación, angustia o sufrimiento injustificado para el niño¹⁰⁷.

Se contempló especialmente esta regla en el caso de los Estados anglosajones debido a que en dicho sistema procesal el derecho de interrogar testigos de cargo o derecho de confrontación es prácticamente absoluto, y cuando el acusado se niega a contratar un representante legal y opta por la autodefensa, se podría dar la situación de que el acusado termine interrogando a un niño víctima o testigo del delito que se le acusa. Por ello varios Estados prohíben que un acusado que no tenga representación letrada pueda interrogar a un niño testigo, especialmente tratándose de delitos sexuales, como en el caso

¹⁰⁶ Adoptada por el Comité de Ministros el 14 de junio de 2006 en la 967ª reunión de Delegados de los Ministros.

¹⁰⁷ Artículo 27. *Interrogatorio por la parte contraria (opción para países de tradición jurídica anglosajona)*: Cuando proceda, y teniendo en cuenta los derechos del acusado el magistrado o juez competente no permitirá que el niño víctima o testigo sea sometido a interrogatorio por el acusado. Dicho interrogatorio podrá ser realizado por el abogado defensor bajo la supervisión del magistrado o juez competente, quien tendrá el deber de impedir que se formulen preguntas que puedan suponer intimidación, angustia o sufrimiento injustificado para el niño.

de Canadá¹⁰⁸, Nueva Zelandia¹⁰⁹ y el Reino Unido¹¹⁰. En algunos Estados existe la alternativa de que el juez nombre a un representante del acusado para que realice dicho interrogatorio, como en el caso de Australia¹¹¹. Así se evita el contacto directo con el acusado una posible intimidación, y por cierto la victimización secundaria del niño.

También para evitar la victimización secundaria, el artículo 28 contempla medidas para proteger la intimidad y bienestar de niños víctimas y testigos, estableciendo que el tribunal en cualquier momento puede ordenar, entre otras, la medida de suprimir de las actas el nombre, dirección y cualquier información que pueda servir para identificar al menor; asignar un seudónimo o número a un niño; adoptar medidas para ocultar los rasgos o descripción física del niño o su declaración tras una pantalla opaca, medios para alterar la voz, videoconferencia, mediante la grabación en video del interrogatorio o la utilización de un intermediario cualificado en casos que el niño tenga discapacidad visual o auditiva, del habla o de otro tipo; celebrando audiencias a puerta cerrada; ordenando que el acusado abandone la sala temporalmente, si el niño se niega a prestar declaración delante de él; permitiendo que las audiencias se hagan en días y horas apropiadas para edad y madurez del niño; o cualquier otra medida que tome en cuenta el interés superior del niño y los derechos del acusado.

3. Como principio rector, la Ley modelo recoge el principio del interés superior del niño, en el sentido que si bien deben resguardarse los derechos de los acusados, el interés superior del niño debe ser, en el proceso y fuera de él, la consideración primordial. Esto es un gran avance toda vez que como señalamos, la Convención sobre derechos del niño señala que este principio debe ser “una” de las consideraciones que se deben tomar en cuenta para decidir sobre los asuntos del niño, pudiendo, la persona encargada de adoptar las decisiones, privilegiar otros intereses. La Ley modelo en cambio, considera que el interés superior del niño será “la” consideración primordial en el proceso en que un niño intervenga en calidad de víctima o testigo, debiendo primar, sin menoscabar los derechos de los imputados.

4. Los principios generales de la Ley modelo, consagran la misma estructura anotada en la Resolución 2005/20, relativas a las garantías particulares aplicables a los niños víctimas y testigos, esto es, su derecho de participación (incluido el derecho de información), la protección especial del niño (incluida la confidencialidad y protección de la intimidad del niño y la formación de personal especializado). Si bien el derecho de reparación no se consagra como un derecho general, luego garantiza el derecho de resarcimiento e indemnización cuando se refiere a la información que se le debe prestar al niño durante todo el proceso, y especialmente, como una garantía en la etapa posterior al juicio.

5. Respecto de la declaración del niño, tal como lo habían establecido las Directrices, la Ley modelo consagra una verdadera presunción sobre la fiabilidad de la declaración del niño, asociado al derecho del niño a expresar su opinión y a la posibilidad de renunciar a ello (artículo 20). En efecto, y como se analizará en el tercer capítulo de la tesis, la cuestión de la fiabilidad es un asunto relacionado con el peso que el tribunal pueda atribuir a la declaración del menor y en consecuencia, a su valoración en el proceso. Lo importante es que la edad del niño no sea la única consideración para invalidar su testimonio. Por el contrario, y como se señaló anteriormente, el niño tiene derecho a ser oído y que su opinión sea tomada en consideración, por lo que malamente se puede negar la posibilidad de que el niño preste testimonio, solamente teniendo en consideración la edad, más aún si como señalamos la Observación general número 12 establece que el niño puede hacerse entender desde muy corta edad y no sólo a través de la palabra, sino a través de dibujos, por ejemplo. No obstante el tribunal deberá considerar la madurez del niño y las condiciones emocionales en la que se encuentra y por supuesto, la voluntad del niño, ya que si éste no

¹⁰⁸ Criminal Code, R.S.C. 1985, c. C-46, secc. 486.3, subsec. 1.

¹⁰⁹ Evidence Act 1908, secc. 23F(1) y Evidence Act 2006, secc. 95.

¹¹⁰ Criminal Justice Act 1988, secc. 34A.

¹¹¹ Western Australia Evidence of Children y Others (Amendment) Act 1992, secc. 8.

quiere declarar, podrá renunciar a su derecho. En este sentido los párrafos 4 y 5 del artículo 20 de la Ley modelo establecen dos importantes garantías al derecho de participación del niño en el proceso: una, que con independencia de que el niño declare o no, o que dicho testimonio se declare inadmisibile, el niño tendrá derecho a expresar su opinión con respecto a su participación en el proceso de justicia; y otra, que ningún niño debe ser obligado a declarar contra su voluntad o sin el conocimiento de sus padres.

Respecto de las pruebas de capacidad, a las que hace referencia el artículo 20, se desarrollan en el artículo 21 en el sentido que sólo se podrán realizar en la medida que el tribunal determina que hay razones imperiosas para ello, dejando constancia de dichas razones y tomando en cuenta el principio del interés superior del niño, para lo cual el tribunal podrá nombrar un experto que determine la capacidad del niño en audiencia en la que sólo podrán estar presentes el juez, el fiscal, el abogado defensor, el abogado del niño, la persona de apoyo, un taquígrafo, los padres del niño y cualquier otra persona necesaria para el bienestar del menor. Además contempla dos limitantes: no se prescribirá un examen psicológico o psiquiátrico para evaluar la capacidad del niño, salvo que existan razones imperiosas para ello, y que la prueba de capacidad no puede repetirse.

También con el objeto de garantizar el derecho de participación del niño, el artículo 22 los exime de prestar juramento, en caso que el niño no sea capaz de comprender las consecuencias de ello, pero además establece ningún niño será procesado por prestar falso testimonio.

En definitiva, la Ley modelo constituye un instrumento guía para que los Estados ajusten su legislación a los estándares internacionales de protección de niños víctimas y testigos de delitos, en todas las etapas de un proceso en el que tengan que intervenir. Sin embargo, como se señaló, no tiene el carácter de vinculante para ellos.

3. La justicia concerniente a niños víctimas y testigos en distintos sistemas jurídicos.

3.1. Sistema interamericano.

3.1.1. Opinión Consultiva 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sobre “Condición Jurídica y derechos humanos del niño” y Opinión consultiva 21 sobre Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

Como ya se analizó, la Convención sobre derechos del niño, se refiere en varios artículos a la intervención o participación del niño en asuntos de su interés, como los artículos 3.1 y 12. Del mismo modo, se refiere a la obligación de los Estados de adoptar las medidas necesarias para garantizar estos derechos, pero también para proteger al niño en contra de perjuicio o abuso físico o mental, o descuido y abandono, malos tratos, explotación, incluido el abuso sexual, como señalan los artículos 19 y 34 de la Convención. Sin embargo, y quizás debido a la amplia discrecionalidad que tienen los Estados para establecer garantías e incluso para interpretar los artículos de la Convención, desde hace varias décadas, distintos organismos internacionales se han preocupado por los efectos que puede producir en un niño su participación en los distintos procedimientos judiciales y administrativos contemplados por los Estados y en especial, la intervención del niño en un proceso penal en calidad de víctima o testigo.

Así, a pocos años de entrada en vigor de la Convención sobre derechos del niño, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), en virtud de lo dispuesto en el artículo 64.1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, emitió – a solicitud de la Comisión Interamericana de

derechos Humanos-, la Opinión Consultiva 17¹¹², que denominó “Condición Jurídica y Derechos Humanos del niño”. Se solicitaba a la CIDH que interpretara los artículos 8¹¹³ y 25¹¹⁴ de la Convención Americana de Derechos Humanos, en relación con el artículo 19¹¹⁵ de la misma Convención. Si bien, como analizaremos más adelante, los términos que utiliza la CIDH no son los más adecuados, esta opinión constituye un avance respecto de las medidas que los Estados deben adoptar en relación a la intervención de los niños en los procesos judiciales.

En efecto, en el párrafo 93 se refiere a la necesidad de salvaguardar a los niños tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a ellos, como por la situación en la que se encuentran, en razón de su inmadurez y vulnerabilidad. Debido a ello, los niños requieren medidas que garanticen el ejercicio pleno de sus derechos, en especial, en los procedimientos judiciales o administrativos. En el párrafo 95, señala que los derechos contenidos en los artículos 8 y 25 de la Convención se refieren a todas las personas por igual y que deben relacionarse con los derechos específicos que contiene el artículo 19, de manera que se reflejen en los procesos administrativos y judiciales en los que se discuta algún

¹¹² Opinión consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002.

¹¹³ Artículo 8. Garantías Judiciales.

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:

a) derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;

b) comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;

c) concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;

d) derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;

e) derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;

f) derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;

g) derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y

h) derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.

3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.

4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.

5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia.

¹¹⁴ Artículo 25. Protección Judicial.

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

2. Los Estados Partes se comprometen:

a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;

b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y

c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

¹¹⁵ Artículo 19. Derechos del Niño.

Todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

derecho de un niño. Agrega, en el párrafo 96 que es evidente que las condiciones en las que interviene un niño en un proceso, no son las mismas en que lo hace un adulto y ello justifica la adopción de medidas especiales para su protección, lo que le permitirá al niño el goce efectivo de sus derechos.

Recuerda en el párrafo 97, lo que señaló la Corte en la Opinión Consultiva acerca del Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal, cuando abordó este tema de un modo general. En dicha oportunidad señaló:

[p]ara alcanzar sus objetivos, el proceso debe reconocer y resolver los factores de desigualdad real de quienes son llevados ante la justicia. Es así como se atiende el principio de igualdad ante la ley y los y a la correlativa prohibición de discriminación. La presencia de condiciones de desigualdad real obliga a adoptar medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos y deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas¹¹⁶.

Por ello concluye el párrafo 98 que, si bien los derechos procesales y garantía correlativas son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños ello supone la adopción de medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías. Luego hace presente que el Comité de derechos humanos en la Observación General 13, relativa al artículo 14 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, en el párrafo 16, señala que: “Los menores deben disfrutar por lo menos de las mismas garantías y protección que se conceden a los adultos en el artículo 14”¹¹⁷ del Pacto, y por tanto, todas las personas tienen derecho a ser oídas por un tribunal competente, sea ordinario o especial.

En cuanto a la participación del niño en los procedimientos en que se discuten sus propios derechos y su decisión es relevante para su vida futura, en el párrafo 99 se refiere al artículo 12 de la Convención sobre derechos del niño, pero considera oportuno hacer algunas observaciones al respecto. Primero, señala que los niños, esto es, todas las personas menores de 18 años, tienen un grado de desarrollo físico e intelectual muy diverso, en la experiencia y en la información que poseen, por lo que debe matizarse en cuanto al alcance de la participación del niño en los procedimientos, para lograr una protección efectiva de su interés superior. Por lo tanto, “el aplicador del derecho”, sea en el ámbito administrativo o judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del niño y su interés superior para acordar la participación de éste, y al ponderar estos derechos, se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso. (párrafos 101-102).

Asimismo, en los párrafos 104 a 114, que se refieren a la imputabilidad, delincuencia y estado de riesgo, desarrolla la situación de los niños de cierta edad que han incurrido en conductas ilícitas, lo que justifica que el Estado pueda intervenir, pero donde cuestiona que se incluya dentro de esta hipótesis a niños que no han incurrido en una conducta penalmente típica, pero se encuentran en situación de riesgo o peligro. A continuación -párrafos 115 y siguientes- analiza cómo interpretar las normas del debido proceso y garantías judiciales cuando intervienen niños y, en consecuencia, las garantías de la existencia de un juez natural, doble instancia y recurso efectivo; principio de inocencia; principio contradictorio; y el principio de publicidad.

Finalmente, la Corte llega a la conclusión que el principio de igualdad recogido en el artículo 24 de la Convención Americana de Derechos Humanos, no impide adoptar medidas específicas en relación

¹¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos opinión consultiva oc-16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos. Párrafo 119.

¹¹⁷ Comité Derechos Humanos de las Naciones Unidas, Observación General 13, 21º período de sesiones (1984)

con los niños, en la medida que se orienten a la protección de sus derechos e intereses (número 3). Agrega en el numerando 7, que el respeto a la vida de los niños, abarca no sólo las prohibiciones contenidas 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 dignas. Continúa su razonamiento, en el sentido que la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente sus derechos, entre ellos, los económicos, sociales y culturales y en consecuencia los Estados parte, tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño (número 8). En el mismo sentido, pero amparándose en los artículos 19 y 17 de la Convención Americana, en relación con el artículo 1.1, señala que los Estados parte, tienen la obligación de tomar medidas positivas que aseguren la protección de los niños contra los malos tratos, ya sea provenientes de las autoridades públicas, de sus relaciones inter-individuales o de entes no estatales (número 9).

Se debe hacer presente que esta Opinión consultiva ha sido objeto de varias críticas.

Mary Beloff (2009, pp. 84 y siguientes), se refiere específicamente a esta Opinión consultiva, haciendo diversas críticas a este instrumento, sin embargo, se desarrollarán sólo las críticas relativas a la participación del niño en procesos judiciales y administrativos, ya que las otras -imputabilidad, delincuencia y estado de riesgo- exceden los fines de este trabajo.

Señala que la Opinión consultiva 17 tiene su antecedente en el caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala, también denominado caso *Niños de la Calle*, donde la Corte sostiene que los niños deben ser objeto de medidas especiales de protección, sin embargo, no señala cuáles, de manera que deja al arbitrio de los Estados la determinación de dichas medidas que pueden ser atentatorias o restrictivas de los derechos reconocidos por la Convención sobre derechos del niño. Critica la Opinión consultiva, ya que fue planteada por la Comisión de manera equívoca, a través de confusos planteamientos, y la Corte en vez de aclarar los temas sobre los que se pronunciaría, los reprodujo. En este mismo sentido, el voto disidente del juez Jackman que consideró que la solicitud de la Comisión no reunía los requisitos de admisibilidad establecidos en el artículo 64 de la Convención Americana.

En efecto, Gonzalo Candía Falcón (2018, pp. 57-80), considera que la opinión fue redactada en términos tan amplios que establece lineamientos generales para los Estados, requiriendo de ellos políticas públicas específicas. Señala que, si bien la Corte busca proteger los derechos de niños y niñas, es necesario que se haga a partir de los mecanismos que contempla la propia Convención.

Advierte el autor que, si bien la Corte Interamericana ha reafirmado en varias oportunidades el carácter subsidiario y coadyuvante del sistema interamericano de protección de derechos humanos, se advierte tensión entre las exigencias sustantivas del principio de subsidiariedad y el pronunciamiento de Opiniones consultivas con alcance general. Señala que, si bien es cierto existe acuerdo amplio en cuanto al reconocimiento de los derechos, por ejemplo, de niños y niñas, puede existir desacuerdo entre las políticas públicas que específicas que el Estado decida implementar para cumplir con dichos derechos, limitando así el margen de apreciación de los Estados (2018, p. 73). Señala que en el voto disidente del Juez Jackman, que estuvo por declarar inadmisibles las peticiones, dado el amplio tenor en que la consulta fue redactada, se advierte esta tensión. Pero además el juez Jackman, advierte que la Corte Interamericana es un órgano esencialmente judicial y, por tanto, debía abstenerse de emitir pronunciamientos que constituyeran pura "especulación académica", que debilitan el sistema establecido por la Convención. Para Candía, para el juez Jackman la Corte tiene un carácter eminentemente judicial, y por tanto debía estar abocada preferentemente a la resolución de un caso concreto, y la función consultiva de la Corte también debía ejercerse utilizando ese criterio y por tanto, debía referirse a casos particulares (2018, p. 74).

Pero, el principal cuestionamiento que hace Beloff, es que la Corte no profundiza en el uso indiscriminado e ilegal de la privación de libertad de niños en la región. A su juicio, indiscriminado, ya que afecta por igual a niños que se encuentran en situación tan diversas, extendiéndose tanto a víctimas como a autores de delitos. Pero también ilegal, por cuanto, si bien lo que se persigue es proteger a los niños, el internamiento, depósito o custodia, es contrario a las constituciones nacionales y a los tratados de derechos humanos (2009, p. 93). Además, la crítica por el uso de un lenguaje proteccionista, sin considerar al niño como sujeto de derechos, ya que establece que los Estados adoptan leyes que establecen un trato diferente para los niños con el objeto de protegerlos, pero no considera que en América latina esas leyes han vulnerado los principios de igualdad y no discriminación que consagra la Convención sobre derechos del niño (2009, p. 110).

Por su parte, señala que la Opinión consultiva hace alusión al interés superior del niño, pero no lo define ni lo interpreta. Señala que el párrafo relativo a los procedimientos administrativos o judiciales en los que participa el niño -específicamente el párrafo 95-, es el más confuso en cuanto, debilita la postura de que el niño tiene los mismos derechos de un adulto más derechos específicos.

Señala Beloff, que la Corte debió relacionar los artículos 8 y 25 de la Convención Americana con los principios 1.1 y 24, relativos a la no discriminación como lo había hecho en el párrafo 54 y 55 y debió haber señalado en este párrafo – el 95- qué supuestos constituían “justificaciones objetivas y razonables”. La Corte no indicó cuáles eran esas medidas, si no que se refiere a la aplicación de “medidas especiales de protección” del artículo 19 de la Convención Americana, “cuyo contenido, alcance y límites eran objeto central de la consulta” (Beloff, 2009, p. 125). De esto se desprende que Beloff critica que la Corte no se haya pronunciado sobre el margen de apreciación de los Estados para determinar las medidas específicas para asegurar que un niño que participa en un procedimiento judicial o administrativo, pueda ejercer sus derechos, de manera de que dichas medidas contribuyan a eliminar o a reducir los obstáculos o deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de sus propios intereses.

Sin embargo, para Beloff es aún más grave lo razonado por la Corte en el párrafo 101, en cuanto a lo amplio de su contenido que permitiría diferentes lecturas que, a la larga, lo debilitan. En efecto, cuando la Corte dice que “debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos”, deja en la ambigüedad qué es razonable para limitar la participación del niño en un proceso y cuál es el “matiz” que debe tener lugar para lograr el interés superior del niño. Y en el párrafo 102, tampoco se avanza sobre los principales problemas que afectan en la región, esto es, el derecho a defensa, y cómo la voz del niño debe ser oída y comprendida por quienes deben decidir el asunto que le afecta (Beloff, 2009, p. 127).

En el mismo sentido, se puede interpretar la Opinión de la Corte respecto de los niños que deben declarar en juicio porque son víctimas o testigos de delitos, ya que, si su intervención no está reglada de manera de establecer estas medidas de compensación específicas que le permitan al niño intervenir en igualdad de condiciones, dicha intervención puede perjudicar el proceso y generar un grave daño al niño que se ve expuesto a declarar en numerosas ocasiones y, luego, además, ante su agresor. Si se decide que el niño participe en el proceso, es necesario, establecer medidas específicas de protección que permitan que su intervención sea beneficiosa para los fines del proceso, pero también que su intervención no produzca daño o menoscabo.

En definitiva, la doctrina critica la Opinión consultiva 17, primero, porque excede el tenor de la consulta que realizó la Comisión pero, en segundo lugar, deja sin resolver el principal cuestionamiento que se le realizó, esto es, de qué manera debe intervenir un niño en un proceso, de tal modo de aplicar correctamente los principios de garantías judiciales y protección judicial que consagran la Convención Americana, con los de no discriminación e igualdad de la Convención sobre derechos del niño. Así, la Corte omitió pronunciarse sobre el principal objeto de la consulta, y sólo señaló que los niños deben ser

objeto de medidas especiales, dejando a la discrecionalidad de los Estados la determinación de dichas medidas, lo que es fundamental, ya que en América latina precisamente haciendo uso de esas atribuciones discrecionales, los Estados han vulnerado los derechos del niño consagrados en la Convención sobre derechos del niño. El mismo razonamiento se puede utilizar respecto de los niños víctimas y testigos de delitos que, si bien son objeto de medidas de protección en distintos Estados, algunas no son suficientes para evitar provocar victimización secundaria en un niño que interviene en un proceso.

A pesar de lo anterior, la Opinión constituye un avance en el desarrollo y determinación de los derechos del niño toda vez que constata que “los niños son titulares de derechos y no sólo objetos de protección” (considerando número 1 de la Opinión). Ello implica mirar al niño como un sujeto pleno de derechos específicos, que por su condición requiere de cierta protección, y no con la percepción que antiguamente se tenía del niño, esto es, como un ser inacabado o imperfecto que requiere que alguien más -sus padres, el Estado- ejerza los derechos por ellos, ya que no los tiene, a menos que alcance la mayoría de edad. Se avanza entonces desde un enfoque paternalista, a uno garantista de protección integral. Sin embargo, en voto concurrente el juez García Ramírez, sostiene que la Opinión consultiva no se afilia con ninguna de esas doctrinas, toda vez que para él tienen el mismo fundamento, esto es, que el niño posee condiciones específicas y que requiere de una protección especial.

Además, hay un avance en la utilización del principio del interés superior del niño, como criterio de interpretación, en el entendido que constituye “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” (considerando N° 2 de la Opinión). De esta manera eleva el principio del interés superior del niño a la categoría de principio rector- guía, imponiendo límites en la elaboración de normas y su aplicación en cualquier asunto que afecte la vida del niño.

Se avanza también al considerar que el principio de igualdad no obsta a la adopción de reglas y medidas específicas en favor de los niños, “los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales”, y que dicho trato debe “orientarse a la protección de derechos e intereses de los niños” (considerando número 3 de la Opinión). Así, como afirma el juez Cançado Trindade en su voto concurrente, el Estado tiene la obligación de adoptar medidas positivas de protección respecto de los niños cuando son objeto de malos tratos por parte de otros individuos, y dichas obligaciones de protección tienen el carácter de obligaciones *erga omnes* (párrafo 62). El fundamento de dicha protección según Cançado se encuentra en la propia Convención Americana sobre derechos humanos, en el artículo 1.1 en relación con el artículo 19 y 17 que destaca el rol preponderante de la familia. Así, continúa, el deber general de los Estados consagrado en la Convención Americana es el de:

(...) ser garantes del bien común de organizar el poder público para garantizar a todas las personas bajo sus respectivas jurisdicciones el libre y pleno ejercicio de los derechos convencionalmente protegidos, - obligación ésta exigible no sólo en relación con el poder estatal sino también en relación con "actuaciones de terceros particulares" (párrafo 65).

Del mismo modo, - y como señalamos en el apartado anterior- el juez Cançado señala que el reconocimiento de los derechos humanos constituye un imperativo del orden público internacional, por cuanto constituyen valores comunes y superiores, fundamentales e irreductibles. Así, los niños tienen derechos humanos, y en consecuencia son sujetos de derecho, dotados de personalidad jurídica internacional (párrafo 70).

También la Opinión constituye un avance respecto al rol que entrega a la familia y al constatar que “debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de la familia en función del interés de aquél” (opinión número 4 y 5). Constituye un avance por cuanto, como desarrollamos en el apartado anterior, hace algunas décadas

e incluso hoy, en algunos Estados, era habitual que los niños fueran internados en instituciones del Estado por distintos motivos, que iban desde la realización de actos delictivos hasta la pobreza y marginalidad. La Opinión consultiva, reafirma el rol de la familia en la crianza del niño, y el rol subsidiario del Estado. En este sentido también se advierte una inclinación hacia la doctrina garantista, de “protección integral”. En efecto, en el apartado 12 de la opinión, al referirse al debido proceso, señala:

(...) que la conducta que motive la intervención del Estado en los casos a los que se refiere el punto anterior debe hallarse descrita en la ley penal. Otros casos, como son los de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente, a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurrir en conductas típicas.

A pesar de lo anterior, la Opinión consultiva número 17 no constituye un avance en cuanto a determinar qué medidas positivas debe tomar el Estado para proteger a un niño y, en consecuencia, no impone límites a los Estados que, aplicando el principio del interés del niño -que no es interpretado ni precisado por la Opinión- pueden vulnerar otros derechos consagrados en la Convención sobre derechos del niño.

Finalmente, debemos hacer presente que en otras Opiniones consultivas, la Corte Interamericana se refiere a los niños víctimas, como la Opinión Consultiva OC-21/14 sobre Derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, Resolución de 19 de agosto de 2014. Esta Opinión se refiere a la situación de los niños que se encuentran separados de sus familias fuera de su país, lo que los hace especialmente vulnerables a la trata infantil, y la necesidad de que el Estado adopte e implemente políticas migratorias especiales en caso de los niños y niñas. Allí la Corte señala que:

[L]as niñas pueden ser aún más vulnerables a ser víctimas de trata, en especial para la explotación sexual y laboral. Por esta razón, resulta esencial que los Estados adopten todas aquellas medidas necesarias para prevenir y combatir la trata de personas, entre las que destacan todas aquellas medidas de investigación, protección para las víctimas y campañas de información y difusión¹¹⁸.

Pero la Corte IDH establece de una manera más específica las medidas preventivas de control de frontera que deben adoptar los Estados, para evitar la trata de seres humanos y las garantías para los niños que han sido víctimas de este delito:

[L]os Estados tienen la obligación de adoptar determinadas medidas de control de frontera con el objeto de prevenir, detectar y perseguir cualquier tipo de trata de seres humanos. Para ello, deben disponer de funcionarios especializados encargados de identificar a todas aquellas víctimas de la trata de seres humanos, prestando especial atención a las que sean mujeres, niñas o niños. A tal fin, resulta esencial que se tome la declaración de la víctima con el objeto de establecer su identidad y de determinar las causas que le obligaron a salir de su país de origen, tomando en cuenta que las víctimas o víctimas potenciales de trata de personas pueden ser refugiadas en caso de reunir los elementos para ello. Para asegurar un trato adecuado a las víctimas o víctimas potenciales de trata infantil, los Estados deben otorgar las debidas capacitaciones a los funcionarios que actúan en frontera, sobre todo en materia de trata infantil, con el objeto de poder brindar a la niña o al niño un asesoramiento eficaz y una asistencia integral¹¹⁹.

Del mismo modo, la Corte establece en el considerando 69 y 71 que, tomando en cuenta el interés superior del niño y, el derecho del niño a ser oído es deber del Estado adoptar medidas especiales, tanto

¹¹⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos, derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, de 19 de agosto de 2014, párrafo 91.

¹¹⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos, derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional, de 19 de agosto de 2014, párrafo 92.

respecto de la entrada, permanencia o expulsión de un niño en situación migratoria, como asimismo, la detención, expulsión o deportación de sus padres asociadas a la misma situación. También señala que es necesario tener en consideración los factores personales que afectan al niño en esta situación, como discapacidad, VIH/ SIDA, y las características particulares de su situación, tales como ser víctima el niño o niña de trata de personas, o de encontrarse separado de sus padres, por cuanto, pueden encontrarse en una situación de mayor vulnerabilidad y riesgo agravado de la vulneración de sus derechos.

En este contexto, en los considerandos 117 y 123 se refiere a las garantías mínimas que el Estado debe asegurar en caso de niños migrantes: i) derecho a que se le notifique la existencia de un proceso en su contra, para garantizar su derecho a defensa; ii) la existencia de personal capacitado para comunicarle al niño o niña, la situación que le afecta; iii) en el caso del niño o niña migrante que se encuentra separado de su familia, el derecho a ser oído bajo medidas de protección judicial; iv) que el proceso se desarrolle en un ambiente adecuado -no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado a la edad del niño o la niña- donde se sienta respecto y seguro al momento de expresar su opinión; v) que las decisiones que se adopten en el marco de un proceso migratorio que involucre niños o niñas estén debidamente motivadas o fundamentadas.

Si bien esta Opinión se enmarca en la declaración de los niños en un proceso migratorio, los principios que aplica la Corte Interamericana se adecuan a las garantías mínimas que cualquier niño deben tener en un proceso judicial en el que interviene.

A continuación, se desarrollará de qué manera la Corte ha incorporado estos principios o garantías en una serie de casos y en distintos contextos.

3.1.2. Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derecho Humanos.

En relación al niño como sujeto de derecho y merecedor de protección especial debido a su condición de vulnerabilidad, la Corte Interamericana se pronunció en el caso “niños de la calle”¹²⁰ al que se ha hecho referencia en varios apartados. Este caso es de mucha connotación por cuanto puso en evidencia la situación de muchos niños de diversos Estados de Latinoamérica, que eran víctimas de acciones al margen de la ley, ejecutadas por agentes del Estado, en contra de niños que vivían en la calle por diversos motivos -abandono, vagancia, uso de drogas, etc.-. Esta práctica, incluía amenazas, detenciones, tratos crueles, inhumanos y degradantes y homicidios para contrarrestar la delincuencia y vagancia juvenil. Los hechos investigados generaron un nivel tal de preocupación en la Comisión interamericana, que motivó una solicitud ante la Corte, para que se pronunciara sobre los derechos de los niños consagrados en la Convención sobre los derechos del niño, en relación a la Convención Americana de derechos humanos, que dio lugar a la Opinión consultiva número 17, ya desarrollada en el apartado anterior.

Como ya se señaló, la Corte destacó la gravedad que revestía este caso, en atención a que las víctimas eran niños en situación de riesgo, respecto de los cuales el Estado no sólo no había evitado que cayeran en esa situación, sino que además, había atentado en contra de su integridad física, psíquica, moral, y de su vida. En lo relativo a las medidas de protección que el Estado debe proveer a los niños, en consonancia con el artículo 19 de la Convención Americana, se refiere en el considerando 196, a:

[L]a no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación. Es claro para esta Corte

¹²⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, de 19 de noviembre de 1999.

que los actos perpetrados contra las víctimas en el presente caso, en los que se vieron involucrados agentes del Estado, contravienen estas previsiones.

Del mismo modo, la Corte se refiere al niño como titular de derechos en el caso *Atala Riffo Vs. Chile*¹²¹, como se analizó anteriormente. En lo relativo al derecho del niño a ser oído y que sus opiniones sean tomadas debidamente en cuenta, la Corte interpretó los artículos 19 y 8.1 de la Convención Americana, en concordancia con el artículo 12 de la Convención sobre derechos del niño. Así, en el considerando 198, señala que de conformidad al artículo 12, no se puede partir de la base que un niño sea incapaz de expresar sus opiniones, y que el niño no tenga un conocimiento exhaustivo de los hechos, no justifica que no pueda formarse un juicio propio sobre el asunto. Señala que el niño debe ejercer su derecho a ser oído sin presiones y puede escoger si ejercerlo o no. Del mismo modo, señaló la Corte que la capacidad del niño debe ser evaluada teniendo en cuenta sus opiniones o para comunicar al niño la influencia que han tenido sus opiniones en el resultado del proceso. En el considerando 200, reitera la Corte, que no basta con escuchar al niño, es necesario que sus opiniones sean tomadas debidamente en cuenta, seriamente, a partir de que el niño esté en condiciones de formarse su propio, lo que requiere que las opiniones del niño sean evaluadas mediante un examen caso a caso. Por último la Corte en el considerando 206, señala que el derecho contenido en el artículo 12, impone a la autoridad judicial, de ser pertinente, la obligación de argumentar específicamente porqué no va a tomar en cuenta la opinión del niño o niña.

Asimismo, la Corte se ha pronunciado sobre el deber de escuchar al niño en base a la evolución de sus facultades -autonomía progresiva- en el Caso *Furlan y Familiares Vs. Argentina*¹²² y en los procesos de asilo, en el Caso *Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia*¹²³.

En cuanto a la interpretación del principio del interés superior del niño, la Corte se ha referido a la prevalencia de este principio en el Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala¹²⁴. En efecto, en el considerando 184 señala que el principio del interés superior del niño debe ser entendido como la satisfacción de todos los derechos de los niños y obliga al Estado “e irradia efectos en la interpretación de todos los demás derechos de la Convención”. Agrega que el “Estado debe prestar especial atención a las necesidades y a los derechos de los niños, en atención a su condición particular de vulnerabilidad”. En este mismo sentido se refiere en el caso *Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*, como se señaló con anterioridad.

Del mismo modo, en el Caso *Veliz Franco y otros Vs. Guatemala*¹²⁵ la Corte se refiere a la necesidad de otorgar a los niños una protección especial, en atención a la vulnerabilidad propia de su condición de niños. Expresa, además la Corte que, dentro de este grupo vulnerable, las niñas son las más expuestas a sufrir actos de violencia. Así, en el considerando 133, la Corte señala

El artículo 19 de la Convención establece, como se ha dicho en otras oportunidades, el derecho de “[l]os niños y las niñas a [...] medidas especiales de protección [que] deben ser definidas

¹²¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de febrero de 2012.

¹²² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2012, párr. 230.

¹²³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013, párr. 223.

¹²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009.

¹²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 19 de mayo de 2014.

según las circunstancias particulares de cada caso concreto”¹²⁶. El Tribunal ha indicado, asimismo, que “[l]a adopción de [tales] medidas [...] corresponde tanto al Estado como a la familia, la comunidad y la sociedad a la que [el niño o la niña] pertenece”¹²⁷. Además, la Corte ha “reitera[do] que revisten especial gravedad los casos en los cuales las víctimas de violaciones a derechos humanos son niñas y niños”¹²⁸, quienes, “[e]n razón de su nivel de desarrollo y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado”¹²⁹. En ese sentido, “han de ceñirse [al criterio del interés superior del niño] las acciones del Estado y de la sociedad en lo que respecta a la protección de los niños y a la promoción y preservación de sus derechos”¹³⁰.

Y en el considerando 134, se refiere expresamente a la vulnerabilidad de las niñas y a la necesidad que el Estado adopte no sólo medidas de protección sino además medidas de prevención. Así, señala:

De lo anterior se colige que, conforme el marco normativo expuesto, en relación con la violencia contra la mujer, el deber de garantía adquiere especial intensidad en relación con niñas. Esto es así debido a que la vulnerabilidad consustancial a la niñez puede verse enmarcada y potenciada debido a la condición de ser mujer. En ese sentido, debe advertirse que las niñas son, como se ha aseverado, “particularmente vulnerables a la violencia”¹³¹. La especial intensidad mencionada se traduce en el deber estatal de actuar con la mayor y más estricta diligencia para proteger y asegurar el ejercicio y goce de los derechos de las niñas frente al hecho o mera posibilidad de su vulneración por actos que, en forma actual o potencial implicaren violencia por razones de género o pudieren derivar en tal violencia.

Luego en el considerando 135, la Corte especifica las medidas de protección, señalando que abarcan:

[todas las] medidas de carácter jurídico, político, administrativo y cultural que promuevan la salvaguarda de los derechos humanos y que aseguren que las eventuales violaciones a los mismos sean efectivamente consideradas y tratadas como un hecho ilícito que, como tal, es susceptible de acarrear sanciones para quien las cometa, así como la obligación de indemnizar a las víctimas por sus consecuencias perjudiciales.

Del mismo modo, la Corte se ha pronunciado respecto de las medidas especiales de protección que el Estado debe otorgar a los niños privados de libertad en el Caso de los Hermanos Gómez

¹²⁶Caso Gelman Vs. Uruguay. Fondo y Reparaciones. Sentencia de 24 de febrero de 2011. Serie C No. 221, párr. 121, y Caso Pacheco Tineo, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2013. Serie C No. 272, párr. 277.

¹²⁷ Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02 del 28 de agosto de 2002. Serie A No. 17, párr. 62, y Caso Mendoza y otros Vs. Argentina. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 14 de mayo de 2013. Serie C No. 260, [...], párr. 141.

¹²⁸ Caso de los “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, párr. 217.

¹²⁹ Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 93, y Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, párr. 144.

¹³⁰ Cfr. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. Opinión Consultiva OC-17/02, párr. 59, y Caso Mendoza y otros Vs. Argentina, párr. 143.

¹³¹ Declaración y Plataforma de Acción Beijing”, Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer, aprobada en la 16ª sesión plenaria el 15 de septiembre de 1995, párr. 116.

Paquiyauri Vs. Perú¹³², también en el Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay¹³³ y en el Asunto de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complejo do Tatuapé” da FEBEM respecto Brasil¹³⁴, entre otros.

También la Corte se ha pronunciado sobre la especial protección que requieren los niños en caso de conflictos armados, como en el Asunto Comunidades del Jiguamiandó y del Curvaradó respecto Colombia¹³⁵, también en el Caso de la “Masacre de Mapiripán” Vs. Colombia¹³⁶, también en el Caso de las Masacres de Ituango Vs. Colombia¹³⁷, también en el Caso Masacre de Santo Domingo Vs. Colombia¹³⁸, y en el caso de conflicto armado interno, Caso de la Masacre de las Dos Erres Vs. Guatemala. Excepción Preliminar,¹³⁹ entre otros.

Asimismo, la Corte se pronunció en lo relativo al derecho de acceso a la justicia en el Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador¹⁴⁰, donde estableció en el considerando 139, como una garantía de las víctimas en los procesos penales, no sólo que se investiguen los hechos y se determinen las correspondientes responsabilidades penales, sino además, que la investigación se realice en un tiempo razonable, de manera diligente y exhaustiva. Agrega la Corte, que en el presente caso -desaparición forzada de personas-, donde las víctimas eran niños y niñas al momento de los hechos, el Estado tenía la obligación de asegurar que fueran encontrados a la mayor brevedad:

[P]ues el paso del tiempo guarda una relación directamente proporcional con la limitación –y en algunos casos, la imposibilidad– para obtener las pruebas y/o testimonios, dificultando y aún tornando nugatoria o ineficaz, la práctica de diligencias probatorias a fin de esclarecer los hechos materia de investigación, identificar a los posibles autores y partícipes, y determinar las eventuales responsabilidades penales.

Respecto del deber de protección a las víctimas en los procedimientos penales, cuando son niños y, en especial, niñas e indígenas, la Corte se pronunció en el Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México¹⁴¹. Los hechos que dieron origen a este caso ocurrieron en febrero del año 2002, cuando Valentina Rosendo Cantú –indígena y menor de edad- fue víctima de violación por parte de militares del Estado de Guerrero, quienes reprimían actividades ilegales, por lo que en ese momento dicho Estado mexicano se encontraba bajo una fuerte presencia militar. A pesar de que Valentina y su esposo presentaron una serie de recursos con el afán de que se investigaran los hechos y se sancionara a los responsables, la investigación fue remitida a la jurisdicción penal militar, la cual archivó el caso.

En este caso la Corte estableció que el Estado había faltado a sus obligaciones convencionales, toda vez que no adoptó medidas especiales para proteger a Valentina Rosendo durante la denuncia penal,

¹³² Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004.

¹³³ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004.

¹³⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 25 de noviembre de 2008.

¹³⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 15 de marzo de 2005.

¹³⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 15 de septiembre de 2005.

¹³⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, sentencia de 1 de julio de 2006.

¹³⁸ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excepciones Preliminares, Fondo y Reparaciones. Sentencia de 30 de noviembre de 2012, párr. 239.

¹³⁹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2009.

¹⁴⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014.

¹⁴¹ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010.

sino durante el tiempo que duró la investigación ministerial seguida con motivo del delito denunciado, época en que Valentina aún era menor de edad. Agrega la Corte, en el considerando 201 que es más grave en el caso analizado, toda vez que se trataba de una niña indígena, y estas comunidades, afectadas por la pobreza, se encuentran en una especial situación de vulnerabilidad. Señala que el deber del Estado de proteger el interés superior del niño durante el procedimiento puede implicar:

- i) la entrega de información y la implementación de procedimientos adecuados a las necesidades de los niños, garantizando asistencia letrada o de otra índole;
- ii) en caso que el niño sea víctima de delitos sexuales o maltrato, asegurando su derecho a ser escuchado garantizando su plena protección, con personal capacitado para atenderlos y en salas de entrevistas que “representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil insensible o inadecuado”;
- iii) procurar que los niños no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar su revictimización o un impacto traumático en el niño.

Respecto de la obligación del Estado de investigar, castigar e indemnizar a las víctimas la Corte en el Caso González y otras (“Campo Algodonero”), en el considerando 254 señaló que “el CEDAW¹⁴² estableció que ‘los Estados también pueden ser responsables de actos privados si no adoptan medidas con la diligencia debida para impedir la violación de los derechos o para investigar y castigar los actos de violencia e indemnizar a las víctimas’”.

Del mismo modo, en lo relativo a la obligación de reparar el daño causado por la vulneración de derechos, la Corte se ha pronunciado en numerosos casos, como en el Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú¹⁴³; Caso “Instituto de Reeducción del Menor” Vs. Paraguay¹⁴⁴; Caso Tibi Vs. Ecuador¹⁴⁵.

3.2. Sistema Europeo.

3.2.1. Instrumentos que reconocer garantías a niños víctimas y testigos en el sistema europeo.

Como se analizará en el capítulo siguiente, en el proceso penal existen importantes garantías para la persona imputada, acusada o condenada por un delito, como el principio de inocencia y la prohibición de indefensión. Sin embargo, cuando en dicho proceso penal intervienen niños, en calidad de víctimas o testigos, dichas garantías reconocidas al imputado deben interpretarse o ponderarse con las garantías reconocidas a los niños como titulares de derechos. En definitiva, las garantías reconocidas a unos u otros, no legitiman a la autoridad a limitar o vulnerar los derechos fundamentales del otro, y por tanto, a los derechos fundamentales del niño, se les debe dar valor, al igual que las garantías del imputado, acusado o condenado por un delito.

¹⁴² Siglas en inglés del Comité de las Naciones Unidas para la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer

¹⁴³ Corte Interamericana de Derecho Humanos. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004.

¹⁴⁴ Corte Interamericana de Derecho Humanos Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 2 de septiembre de 2004, párr. 336

¹⁴⁵ Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia 7 de septiembre de 2004, párr. 275;

Es por ello que en el sistema europeo, el Consejo de Europa -órgano encargado de proteger los derechos y garantía fundamentales- ha establecido pautas que garantizan una justicia accesible y adaptada al niño que, independiente de su carácter de vinculante (*hard-law*) o no vinculante (*soft-law*) han sido aplicados por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH) y han puesto de relieve la necesidad de adecuar las legislaciones internas a aquellos principios rectores (Serrano, 2013, p. 5). También se abordarán directivas relativas a delitos específicos como la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo (en adelante, Directiva 2011/36/UE; y la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo. Finalmente, el Parlamento Europeo, con el afán de reconocer garantías específicas a las víctimas de delitos, en especial de las más vulnerables adoptó la Directiva 2012/29/UE de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, que es otro instrumento que se analizará en el presente acápite.

a. Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativas a una justicia adaptada a los niños.

El 17 de noviembre de 2010, el Consejo de Europa dio a conocer las Directrices sobre justicia adaptada a los niños¹⁴⁶ - en adelante Directrices del Consejo de Europa-, que constituyen un hito en la evolución de las políticas dirigidas a conseguir el reconocimiento efectivo de los derechos del niño “en el máximo grado posible” (Serrano, 2013, p. 10).

Basándose en una serie de instrumentos del sistema europeo de derechos humanos, entre ellos el Convenio Europeo para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales (CEDH)¹⁴⁷ y en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, da a conocer estas Directrices, con el objeto de que los Estados implementen una justicia adaptada a niños y niñas, teniendo en cuenta las dificultades del derecho de acceso a la justicia, la diversidad de procedimientos y la posible discriminación en ciertos colectivos vulnerables. Pero además las Directrices en el preámbulo advierten sobre la necesidad de prevenir la victimización secundaria de niños que intervengan en distintos procedimientos, e insta a los Estados a identificar las lagunas y problemas respecto de áreas donde los principios y prácticas de la justicia adaptada a niños y niñas puedan ser introducidas.

En cuanto al alcance y la finalidad de las Directrices, abordan los derechos y necesidades de los niños en distintos procedimientos judiciales o alternativos, independiente de que el niño participe en calidad de víctima testigo o infractor.

En cuanto a los principios fundamentales que recogen estas directrices son: el derecho de participación; el interés superior del niño; la dignidad de los niños que intervienen en procesos judiciales; la protección frente a la discriminación; y el Estado de derecho en lo referente al debido proceso, a que tienen derecho todos los niños, cualquiera sea la calidad en la que intervengan en un proceso.

¹⁴⁶ Adoptadas en el 1098º encuentro de los ministros.

¹⁴⁷ Y otros tales como las Reglas mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de menores. Reglas de Beijing (1985); Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad. Reglas de La Habana (1990); Reglas de Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil Directrices Reglas de Riad (1990); Directrices de Naciones Unidas sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños y las niñas de Riad (1990); Directrices de Naciones Unidas sobre la Justicia en asuntos concernientes a los niños y las niñas víctimas y testigos de delitos (2005); Nota orientativa del Secretario General sobre la aproximación de las Naciones Unidas a la Justicia para los niños y las niñas (2008); Principios relativos al papel y funcionamiento de instituciones nacionales de promoción y protección de los Derechos Humanos. Principios de París.

A. Elementos generales:

1. Información y asesoramiento. Desde el primer contacto que tenga con el sistema de justicia y a lo largo de todo el proceso, el niño y sus padres deben ser informados sobre sus derechos específicos, el sistema y procedimiento que se va a seguir, los mecanismos de apoyo para el niño, la adecuación y consecuencias del procedimiento, de los cargos o el seguimiento de su denuncia, el tiempo y lugar donde se llevará a cabo el procedimiento, el progreso y resultado del proceso, la existencia de medidas de protección, mecanismos de revisión de decisiones que afecten al niño, oportunidades para su reparación, disponibilidad de servicios de apoyo y medios para acceder, y de cualquier acuerdo especial que se alcance para proteger el interés superior del niño.
2. Protección a la intimidad y vida familiar. De manera que los datos personales y la imagen de los niños y de su familia no sean divulgados. Pero a su vez, y como una medida de protección a la intimidad del niño, se establece que la donde quiera que el niño sea escuchado o deba proporcionar pruebas, en la medida de lo posible, lo hará ante una cámara, donde deberán estar presente las personas directamente implicadas, siempre que su presencia no obstruya la declaración del niño.
3. Seguridad (medidas preventivas especiales). En el sentido que los niños deben estar protegidos de cualquier daño, intimidación, represalias y victimización secundaria.
4. Formación de profesionales y aproximación multidisciplinar. En tanto todos los profesionales que trabajen con niños deben recibir formación interdisciplinar y los distintos profesionales deben colaborar entre sí para alcanzar una comprensión integral del niño.
5. Privación de libertad. Como medida de último recurso y corta duración. Las garantías mínimas que establecen las Directrices del Consejo de Europa para los niños privados de libertad son: mantener contacto regular con el padre o madre familia o amigos, recibir adecuada educación, asistencia médica y el acceso a actividades de ocio, y el acceso a programas de "adelanto para la vuelta a sus entornos".

B. Justicia adaptada a los niños antes de los procedimientos judiciales.

Se establecen las siguientes garantías mínimas:

- a) La edad mínima de responsabilidad penal no debe ser muy baja y debe estar determinada por Ley;
- b) Las alternativas a los procedimientos judiciales como la mediación o mecanismos alternativos de conflictos deben ser promovidos en la medida que permitan realizar el interés superior del menor;
- c) los niños deben estar informados y ser consultados sobre la posibilidad de recurrir al procedimiento judicial o a otras alternativas fuera de los tribunales.
- d) Los procedimientos alternativos deben contar con el mismo nivel de protección que los procedimientos judiciales.

C. Justicia adaptada a los niños durante los procedimientos.

En lo relativo a las garantías mínimas que deben tener los niños durante los procesos se establecen las siguientes:

a. Acceso a los tribunales y al proceso judicial.

Se establece en las Directrices del Consejo de Europa, que los niños como sujetos de derechos deben tener acceso para acudir directamente a los tribunales con el objeto de ejercer sus derechos o actuar ante la violación de sus derechos. Para ello establece que las legislaciones nacionales deben facilitar el acceso a la justicia de los niños y deben dar asesoramiento jurídico adecuado, eliminando los costes y supliendo la falta de asesoramiento legal.

b. Asesoramiento jurídico y representación.

En el mismo sentido, se establece que los niños deben contar con asesoría legal y representación, en procedimientos en los que exista un conflicto de intereses entre ellos y sus padres, o entre el niño y terceros, asesoría legal que debe ser gratuita y con abogados que tengan formación específica y conocimiento sobre aspectos relacionados con el derecho de los niños.

c. Derecho a ser escuchado y expresar sus puntos de vistas.

Se reiteran los principios contenidos en otros instrumentos internacionales ya analizados, derecho de los niños a ser escuchados en todos los asuntos que les afecten, dependiendo del nivel de desarrollo; otorgar un peso adecuado a los puntos de vista y opiniones del niños de acuerdo a su edad y madurez; el derecho a ser escuchado no es una obligación, y en consecuencia el niño puede renunciar a él; no se debe impedir el derecho del niño a ser escuchado basándose sólo en su edad; entregar toda la información al niño para que ejerza su derecho; y que las sentencias y resoluciones deben ser motivadas y explicadas en un lenguaje que el niño pueda entender.

d. Evitar las dilaciones indebidas.

En el sentido que en todos los procesos en los que intervengan niños se debe actuar con la mayor celeridad posible, aplicando lo que denomina el principio de urgencia, para dar una respuesta rápida que proteja el interés superior del niño, adoptando medidas provisionales, por ejemplo.

e. Organización de los procedimientos en un ambiente agradable para los niños y lenguaje adaptado.

También se reiteran los principios contenidos en los instrumentos ya analizados, en el sentido de adaptar los procedimientos para que éstos se realicen en ámbitos no intimidantes y respetando su edad, madurez y nivel de comprensión. Del mismo modo, se recomienda que el niño antes de que comience el procedimiento se familiarice con la distribución del espacio del tribunal y otras dependencias como con los profesionales que interactúan con ellos. También se recomienda que el niño sea acompañado de sus padres o un adulto de su elección. Señala expresamente en el considerando 59 que los métodos de entrevistas, como grabaciones en video o audio o audiencias prejudiciales grabadas deben poder ser empleadas y consideradas como pruebas admisibles. Se refiere al cuidado que se debe tener en las imágenes e información que se le entrega y que pueda ser dañina para el bienestar del niño. En cuanto al tiempo, señala que las sesiones en las que participen niños deben adaptarse a su ritmo y capacidad de atención, con descansos y sin que las audiencias se prolonguen demasiado. También recomienda que las salas de entrevistas se acondicionen a los niños y que los niños en conflicto con la ley tengan un procedimiento e instituciones especializadas.

f. Pruebas, declaraciones de los niños.

En esta parte las Directrices, establecen garantías de la mayor trascendencia para fines de esta tesis y que se pueden sistematizar en las siguientes:

1. Entrevistas y recopilación de declaraciones realizadas por profesionales capacitados para hacerlo, teniendo en cuenta la edad y madurez del niño, como cualquier dificultad de comunicación que pueda tener;
2. Que el empleo de soporte audiovisual de las declaraciones del niño, deben utilizarse en la medida que puedan ser refutadas por todas las partes intervinientes;
3. Número limitado de entrevistas, y cuando sea necesaria más de una entrevista al niño, que sea realizada por la misma persona, para asegurar la coherencia en la aproximación a lo que constituye el interés superior del niño;

4. Evitar el contacto directo, confrontación o interacción entre el niño víctima o testigo con los presuntos perpetradores del hecho y en caso de que el niño preste declaración, en causas penales, no debe ser en presencia del presunto perpetrador.

5. Las normas menos estrictas sobre la declaración de los niños como la ausencia del requisito de prestar juramento, no deben, por sí mismas, disminuir el valor al testimonio o prueba que proporcione. Del mismo modo, se establece que las declaraciones de los niños no deben considerarse inválidas o poco fiables exclusivamente por la edad del niño;

6. Protocolos de entrevistas que tomen en cuenta los distintos estados evolutivos de los niños, para sustentar la validez de las pruebas que los niños proporcionen, debiendo evitar preguntas orientadas a mejorar la fiabilidad del testimonio del niño;

7. En atención al interés superior del niño, el juez debe poder permitirles no testificar.

D. Justicia adaptada a los niños después de los procesos judiciales.

Con posterioridad al proceso, se establecen las siguientes medidas:

1. El abogado tutor, o representante legal, debe informar al niño del resultado del proceso, en un lenguaje adaptado al nivel de comprensión del niño, como asimismo, los recursos que procedan;

2. Se debe garantizar la ejecución sin dilaciones de las decisiones o resoluciones judiciales que afecten a los niños. Si no se cumple con la celeridad requerida, se le deben informar al niño los mecanismos judiciales o no judiciales para asegurar el cumplimiento de lo resuelto;

3. Tras juicios altamente conflictivos, se les debe proporcionar a los niños y a su familia, de manera gratuita, orientación y apoyo a los niños;

4. En caso de negligencia, violencia o abuso u otros crímenes, debe proporcionarse a la víctima asistencia médica e intervención terapéutica y social, idealmente de manera gratuita;

5. La posibilidad de solicitar indemnización de perjuicios sufridos durante o después del proceso penal en que el niño es víctima, e idealmente que el estado cubra dicha reclamación y luego lo recupere del perpetrador;

6. En el caso de los niños en conflicto con la ley, las medidas y sanciones que se impongan a los niños, deben ser constructivas e individualizadas, teniendo en cuenta el principio de proporcionalidad, la edad, el bienestar físico y mental y el desarrollo y circunstancias del caso. Se debe asegurar el derecho a la educación, a la capacitación, empleo, rehabilitación y reintegración de dichos niños. Para asegurar este derecho se establece además que los antecedentes penales de niños no deben ser accesibles fuera del sistema judicial al alcanzar la mayoría de edad, salvo en caso de crímenes graves o por razones de seguridad pública o de trabajo con niños.

b. Las Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas y por la que se sustituye la Decisión marco 2002/629/JAI del Consejo (en adelante, Directiva 2011/36/UE; y la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil, y por la que se sustituye la Decisión marco 2004/68/JAI del Consejo.

Como un hito en la protección de niños víctimas de delitos, se hará referencia a estas dos Directivas de la Unión Europea, que si bien se remiten a la protección de ciertas víctimas de delitos -la primera relativa a las víctimas del delito de trata de personas, y la segunda, del delito de abusos sexuales y explotación sexual de menores y pornografía infantil- constituyen un avance en la protección de víctimas de delitos que son profundamente victimizadores (Serrano, 2013, p. 29).

En el artículo 12. 4 de la Directiva 2011/36/UE, se establecen ciertos principios con el objeto de evitar la victimización secundaria o repetida. Así se establece que en lo posible se deberá evitar: (i) repetir innecesariamente interrogatorios durante la investigación o el juicio; (ii) mantener el contacto visual directo entre víctimas e imputados; (iii) testificar en audiencia pública, y (iv) plantear a la víctima, preguntas sobre su vida cuando no sea absolutamente necesario. Sin embargo, deja en libertad a los Estados para determinar las medidas para hacer efectivas estas garantías.

Asimismo, la Directiva 2011/36/UE establece en el artículo 15.3 medidas especiales de protección durante la investigación y durante el proceso penal, para los niños víctimas de trata de personas, a saber: i) interrogatorios al niño sin demoras injustificadas; ii) entrevistas realizadas en locales asignados o adaptados a niños; iii) interrogatorios realizados por profesionales con formación adecuada; iv) interrogatorios realizados siempre por las mismas personas; v) el número de interrogatorios sea el menor posible, y cuando sea estrictamente necesario; vi) el niño víctima se encuentre acompañado, por su representante o un adulto de confianza. También contempla en los párrafos siguientes, la necesidad de que los estados adopten, en lo posible las siguientes garantías para los niños víctimas de este tipo de delitos: i) grabaciones en video de las declaraciones de los niños y que estas puedan ser exhibidas durante el proceso; ii) audiencias a puerta cerrada; iii) la declaración de la víctima mediante uso de tecnología por las que no sea necesario que esté en la sala.

Por su parte la Directiva 2011/93/UE, en el artículo 20 reproduce las mismas medidas de protección a los niños víctimas de estos delitos, pero agrega medidas para proteger la intimidad, identidad e imagen de los niños víctimas de estos delitos, como asimismo, medidas tendientes a evitar la difusión en medios de comunicación de cualquier dato que permita la identificación del niño, en el artículo 21.

c. Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos.

En la Unión Europea la situación de las víctimas en los procesos penales había sido abordada en la Decisión Marco del Consejo 2001/220/JAI, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatus de la víctima en el proceso penal, que significó una mejora sustancial para el reconocimiento de derechos, protección y asistencia de la víctima en el derecho comunitario. Sin embargo, con el tiempo surgió la necesidad de revisar y ampliar su contenido tomando en cuenta las conclusiones de la Comisión y la aplicación en los Estados miembros (García, 2016, p. 2).

Así, se aprobó la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012¹⁴⁸ por la que se establecen normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, que sustituye la anterior DM 2001/220/JAI.

¹⁴⁸ Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre que establece normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI. LCEur 2012\1798

Basándose en otros instrumentos del sistema europeo¹⁴⁹, en los considerandos, establece los principios básicos que se deben respetar respecto de las víctimas de delitos y en especial, de los niños que intervienen en procesos penales, que se pueden sistematizar en las siguientes:

1. Niño como titular de derechos. Establece que los niños deben ser considerados y tratados como titulares de derechos contemplados en la Directiva, y por tanto, tiene la facultad de ejercer esos derechos teniendo en cuenta su capacidad de juicio propio (considerando 14 y 19).

2. Niño como sujeto vulnerable. El considerando 38 considera al niño como sujeto especialmente vulnerable, por lo que contempla que los Estados deben proveer a los niños de servicios de apoyo especializado, tales como atención médica inmediata, asistencia psicológica a corto y largo plazo, tratamiento de traumas, asesoramiento jurídico, acceso a la defensa y otros servicios específicos para menores.

3. Derecho de participación. Como otros instrumentos internacionales ya analizados, la Directiva contempla el derecho del niño a ser oído en los procesos penales, de tal modo que dicha prueba no puede excluirse tomando en cuenta sólo la edad de la víctima (considerando 42).

4. Derecho de protección especial. La Directiva declara que los niños víctimas de delitos -entre otros- tienden a sufrir una elevada tasa de victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalias (considerando 57), y contempla en el considerando 54, medidas para evitar que la intervención del niño en el proceso penal provoque estos efectos, por lo cual, establece la prohibición de difundir el nombre del niño en los medios de comunicación o por cualquier otra vía, de manera de proteger su intimidad. Con el mismo objetivo, contempla la realización de evaluaciones especiales que determinen si el niño -o cualquier otra víctima vulnerable- está expuesto al riesgo de victimización secundaria, reiterada o intimidación o represalias (considerando 55).

A continuación, la Directiva establece una serie de garantías para las víctimas, en especial, niños, que intervienen en procesos penales, y que en resumen son las siguientes:

1. Derecho a la protección especial. En el capítulo 4, relativo a la protección de las víctimas y reconocimiento de las víctimas con necesidad de protección especial, el artículo 22 establece la necesidad de realizar una evaluación individual de las víctimas para determinar sus necesidades especiales de protección. Sin embargo en el mismo artículo, numeral 4, establece una verdadera presunción, señalando que "se dará por supuesto" que los niños víctimas tienen necesidades especiales por encontrarse más expuestos a la victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalias.

Con el fin de evitar la victimización secundaria o reiterada, intimidación o represalias durante la investigación se establece medidas para las víctimas con necesidades especiales de protección - en el artículo 23, número 2-, tales como:

- a) La declaración de la víctima en dependencias concebidas o adaptadas a ese fin;
- b) La declaración de la víctima será realizada por profesionales con formación adecuada a tal efecto;
- c) Todas las declaraciones tomadas a la víctima deben ser practicadas por las mismas personas;
- d) Todas las declaraciones de las víctimas de violencia sexual, violencia de género o violencia en el marco de las relaciones personales, deben ser realizadas por personas del mismo sexo que la víctima, a menos que sean realizadas por un fiscal o juez.

¹⁴⁹ Tales como la Directiva 2011/36/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 5 de abril de 2011, relativa a la prevención y lucha contra la trata de seres humanos y a la protección de las víctimas, y la Directiva 2011/93/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 13 de diciembre de 2011, relativa a la lucha contra los abusos sexuales y la explotación sexual de los menores y la pornografía infantil.

Del mismo modo, pero durante el proceso, se establecen las siguientes medidas para las víctimas con necesidades especiales de protección - artículo 23, número 3-:

- a. Medidas para evitar el contacto visual entre la víctima y el infractor durante la práctica de la prueba;
- b. Medidas para que la víctima sea oída sin estar presente en la audiencia;
- c. Medidas para evitar las preguntas innecesarias que atenten contra la vida privada de la víctima, y que no tengan relación con la investigación;
- d. Medidas para la celebración de la audiencia sin público.

Pero además de las medidas mencionadas, el artículo 24 establece medidas específicas de protección aplicables a los niños víctimas durante el proceso penal, tales como:

- 1) La grabación de la declaración de los niños víctimas por medios audiovisuales y que luego, dichas grabaciones puedan utilizarse como elementos de prueba en los procesos penales;
- 2) La designación de un representante para la víctima, cuando los padres no lo puedan representar por tener un conflicto de intereses con el niño, cuando el niño se encuentre separado de su familia;
- 3) Si el menor tiene derecho a abogado, de acuerdo a su legislación, el niño tendrá derecho a asistencia letrada, representación legal en su propio nombre, cuando exista conflicto de intereses entre el niño y sus padres o quienes ejercen responsabilidad parental.

Se hace presente en todo caso, que el mismo artículo establece en el párrafo final que en lo relativo a las grabaciones audiovisuales mencionadas y su uso se determinarán en el derecho nacional.

Esta Directiva, ha generado una transformación en el derecho comunitario, estableciendo un nuevo estatuto jurídico para la víctima en el marco del proceso penal que, como señala García Rodríguez, “persigue individualizar la respuesta a sus necesidades y ofrecer una atención especial a las más vulnerables” (2016, p. 1), provocando transformaciones en la legislación interna de los Estados, como es el caso de España¹⁵⁰.

Por ultimo, debemos tener presente que las Directivas de la Unión Europea son actos legislativos que establecen objetivos a alcanzar por los países de la Unión Europea, sin embargo, cada Estado debe elaborar sus propias leyes para alcanzar los objetivos propuestos. En consecuencia y si bien no son vinculantes *per se*, este tipo de normas va transformando el derecho interno de los Estados de la Unión Europea, gracias a lo que los autores denominan el nuevo constitucionalismo multinivel, en el que las constituciones de cada uno de los Estados miembros, el Derecho de la Unión Europea y el Consejo Europeo de Derechos Humanos, conforman un sólo ordenamiento (Moreno, 2017, p. 312). Estas normativas, sumada a la jurisprudencia de los tribunales internos e internacionales, van generando transformaciones al interior de los Estados, no obstante el amplio margen de discrecionalidad que poseen los Estados. Sobre la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, y la aplicación de estas normas se analizará a continuación.

¹⁵⁰ Ley 4/2015, 27 de abril, del Estatuto de la Víctima del Delito, y el Real Decreto 1109/2015, de 11 de diciembre.

3.2.2. Jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH).

Como señala Serrano Masip, el TEDH, se ha pronunciado respecto de demandas de personas condenadas que alegan la vulneración de su derecho a un proceso justo a raíz de la valoración de la prueba testifical efectuada por los tribunales internos. En este sentido, el TEDH ha sentado jurisprudencia uniforme afirmando que la admisibilidad de los medios de prueba, es un asunto de regulación interna de los Estados, por lo que, de conformidad al Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH), sólo le corresponde analizar si el proceso, en su conjunto, se ha tramitado de acuerdo a los postulados del derecho a un juicio justo, con todas las garantías, y con pleno respeto al derecho de defensa. Ello significa, que los medios de prueba deben practicarse en la fase del juicio, ante un tribunal sentenciador, en audiencia pública, estando presente el acusado y desenvolviéndose el interrogatorio de testigos en forma adversarial. Ello, preserva el derecho de defensa del acusado de contrarrestar los medios de prueba propuestos por la acusación que han sido admitidos por el Tribunal. En este sentido, las sentencias 20.12.2001 (TEDH 2001\881), 2.7.2002 (TEDH 2002\43), 19.6.2007 (JUR 2007\146805), 27.1.2009 (JUR 2009\33841) y 28.9.2010 (JUR 2010\332112) (Serrano, 2013, p. 13).

Sin embargo, ello no obsta a que se reconozcan excepciones a las garantías expuestas, ya que el Tribunal ha declarado que los apartados 1 y 3 d) del artículo 6 del CEDH no exigen que el testigo sea interrogado directamente por la defensa, sino que dichas garantías implican que se le conceda al imputado o acusado la oportunidad de desacreditar o contradecir los hechos que relata el testigo, ya sea en el momento en el que presta la declaración o con posterioridad (Serrano, 2013, p. 13).

Así, el TEDH ha reconocido excepciones a las garantías que se consagran al acusado en casos de delitos contra la libertad sexual, ya que el derecho del acusado a la confrontación con el testigo, encuentra su contrapeso, en el derecho a la integridad psíquica y moral de la víctima. Por tanto, el TEDH ha considerado que dichas garantías deben ponderarse a la luz del artículo 8 de CEDH, que consagra el derecho al respeto a la vida privada y familiar, lo que admite la adopción de medidas que han de conciliarse con el ejercicio de los derechos de la defensa. Entre las medidas para proteger a la víctima en estos casos, el TEDH considera la entrevista al niño por parte de especialistas capacitados, en la que estén presente los padres del menor o un adulto de su confianza, y debiendo dicha entrevista ser grabada en audio y video. Del mismo modo, para el TEDH no se vulneran las garantías del imputado cuando éste es citado a la entrevista con el niño, pero evitando el contacto directo con él, por ejemplo, cuando el niño presta su declaración en una sala de exploración mediante circuito cerrado de televisión o señales de audio, que permitan ver las reacciones del niño en una sala espejo, y en la que el imputado pueda hacer preguntas por intermedio del juez durante la primera entrevista o con posterioridad. En este sentido, las sentencias TEDH 2.7.2002 (TEDH 2002\43) y 27.1.2009 (JUR 2009\33841) (Serrano, 2013, p. 14).

En definitiva, como se determinó en la sentencia del TEDH caso Przydzial contra Polonia, de 24 de mayo de 2016, para estar en presencia de un juicio justo es necesario una ponderación global de los siguientes elementos (Subijana y Echeburúa, 2018, p. 24):

- Si la defensa ha tenido la posibilidad de interrogar o hacer interrogar al menor víctima.
- Si sus declaraciones han sido la prueba única o determinante de la culpabilidad del acusado.
- Si existen elementos compensatorios de los inconvenientes de tal tipo de prueba.

Finalmente, se debe destacar que el TEDH señala que del tenor del artículo 6 del CEDH no se desprende la posibilidad de que una persona renuncie a las garantías inherentes a un proceso justo, como el derecho a examinar testigos, lo que quedó de manifiesto en sentencia TEDH 28.9.2010 (JUR

2010\332112). Del mismo modo, y con el afán de reforzar el derecho del acusado a un juicio justo, el TEDH ha declarado injusta la condena del acusado sobre la base de informes elaborados por expertos, como psiquiatras o psicólogos, cuando no se han grabado las entrevistas con el niño, y el acusado no ha podido plantearle preguntas, ya sea durante la investigación policial, ya sea en las distintas fases del proceso, como lo declaró en la sentencia TEDH 19.6.2007 (JUR 2007\146805) (Serrano, 2013, p. 18).

Este tema será desarrollado con mayor extensión en los capítulos III y IV de la presente tesis.

4. Consideraciones finales.

En el presente capítulo, que consta de tres apartados, se ha expuesto la condición jurídica de los niños en el derecho internacional contemporáneo, y en especial, de los niños y niñas víctimas y testigos de delitos.

En efecto, en el primer apartado, se desarrolla la relación entre la condición jurídica del niño y los derechos fundamentales. Así se analizó la larga discusión que se produjo hasta reconocer al niño como titular de derechos fundamentales. Si bien, como se expuso existen teorías que niegan que el niño sea titular de derechos, por cuanto no poseen las cualidades morales para serlo, ha primado la tendencia a reconocerlos como sujetos plenos de derechos.

La Convención sobre derechos del niño, significó el paso decisivo hacia este reconocimiento, sin embargo, este instrumento adopta un tipo de proteccionismo paternalista que ha sido objeto de críticas, como se señaló. No obstante ello, para autores como Baratta, -y la doctrina contemporánea- los niños deben intervenir tempranamente en las decisiones que afectan sus vidas, sin ser reprimidos, escuchándolos y tomando en consideración sus opiniones, como ciudadanos. En efecto, para el autor y para la doctrina, la Convención constituye un verdadero cambio de paradigma en el tratamiento que se le da al niño en las distintas etapas de su vida, y en especial, en la toma de decisiones, que dan cuenta del protagonismo que él debe alcanzar, lo que constituye el futuro de la democracia.

En el segundo apartado se desarrolla la Convención sobre derechos del niño, sus características y como se han configurado en ella cuatro principios que son el eje de interpretación de la misma. Así, se desarrollan los principios de no discriminación, el principio del interés superior del niño, el derecho a la vida y al desarrollo del niño, y el derecho a ser oído en todos los asuntos que le afectan. Para ello se recurrió a la doctrina y a la jurisprudencia de tribunales internacionales, en especial, de la Corte Interamericana. Pero a su vez, se expone como estos principios se han convertido en normas de *ius cogens* y, en consecuencia, constituyen valores de la comunidad internacional en su conjunto, que no pueden ser derogados y que tienen aplicación *erga omnes*, constituyendo el núcleo duro de los derechos del niño.

En el último apartado se desarrollan las normas internacionales sobre la justicia concerniente a niños víctimas y testigos de delitos. Allí se analiza la importancia de adoptar medidas para proteger al niño de su intervención en los distintos procesos judiciales, de modo de proteger su interés superior, pero conciliando ese principio con el derecho del niño a ser oído en los asuntos que le afectan. De esta manera, se abordan las medidas de protección que se adoptan en el sistema interamericano y en el sistema europeo como, asimismo, la jurisprudencia, que da cuenta que el niño requiere de una protección especial en los procesos judiciales, particularmente cuando actúa como víctima o testigo, para evitar su victimización secundaria, o incluso repetida.

Como se analizó, si bien la CDN no establece de qué manera los niños deben intervenir en los procesos judiciales, el Comité de Derechos del niño, en su labor interpretativa de las normas de la Convención, ha precisado en las Observaciones generales -en especial la 12 y la 14 analizada- de qué manera se debe escuchar al niño y los estándares de protección que requiere. Si bien estos instrumentos carecen en principio de valor vinculante para los Estados, la jurisprudencia de los tribunales internacionales ha incorporado dentro de sus argumentos los mismos criterios. Así tanto en el sistema interamericano como en el sistema europeo, los Tribunales internacionales han señalado que los Estados deben adoptar medidas específicas de protección respecto de los niños víctimas y testigos, de manera que declaren en un ambiente adecuado, que sean entrevistados por personal capacitado y evitando que el niño declare en reiteradas oportunidades.

De esta manera, al recoger estas directrices en sus fallos, los tribunales internacionales aplican los elementos de interpretación auténtica que establece artículo 31.3. de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969, lo que contribuye a cristalizar los principios que recogen las Observaciones generales, convirtiéndolas en obligaciones para los Estados.

Del mismo modo, y tal como lo ha señalado la jurisprudencia internacional, las resoluciones de los organismos internacionales con vocación universal o cuasi universal, como el Comité de Derechos del Niño, constituyen elementos de la *opinio iuris*, elemento indispensable para la formación de una costumbre internacional. Así, si en la aplicación de la CDN se generan prácticas interpretativas -como las Observaciones Generales del Comité de Derechos del Niño- se produce el efecto generador descrito por Jimenez de Aréchaga, y que fue recogido por la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, en el artículo 38. Este efecto se advierte de las Observaciones del Comité de Derechos del Niño, y de las Directrices del Consejo de Europa que han sido acatadas por los Estados y recogidas por la jurisprudencia internacional citada, a pesar de que, en principio, no tienen un efecto vinculante.

En el capítulo III se analizará de qué manera se pueden aplicar estos principios en el proceso penal chileno, para evitar la victimización secundaria de los niños cuando intervienen en calidad de víctimas o testigos, sin menoscabar los derechos del imputado.

CAPÍTULO III. LA DECLARACIÓN DE LOS NIÑOS EN EL PROCESO PENAL CHILENO. TENSIONES ENTRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y LOS DERECHOS DEL IMPUTADO

1. La declaración de los niños víctimas y testigos de delitos en el proceso penal chileno.

1.1. Derechos de las víctimas y declaración de los niños en el antiguo proceso penal chileno.

En el proceso penal chileno, el Código de procedimiento penal de 1906, tuvo como modelo el sistema francés de enjuiciamiento criminal (Bordalí, 2011, p. 534) que, como señala Riego (1994), era “marcadamente inquisitivo, escrito y secreto en gran parte de su desarrollo” (p. 130). Agrega que el actor principal y casi exclusivo en dicho sistema era el Estado, que era el encargado de ejercer la acción penal pública, de proteger los intereses de la sociedad y del afectado. De esta manera, la investigación, la acusación y la resolución del conflicto penal, estaba entregada al juez, imponiéndose casi de manera absoluta el interés estatal en la persecución penal (Riego, 1994, p. 131).

Así, la víctima fue relegada a un lugar secundario en el proceso penal. Su papel era notificar a la autoridad sobre la comisión de un delito, e intervenía como testigo o como fuente de producción de otras pruebas, en cuanto su interés fuera coincidente con el Estado (Riego, 1994, p. 131).

En uno de los pocos estudios que existen sobre las víctimas y el sistema penal inquisitivo¹⁵¹ denominado *El Proceso penal chileno y los derechos humanos*, Cristian Riego (1994) detalla las características de este sistema, a partir del trato que recibían las víctimas.

El antiguo sistema penal no reconocía el derecho de las víctimas a un trato acorde con su condición. Si bien la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Americana hacían referencia a este derecho, no existían mecanismos o instituciones que lo concretaran de manera efectiva. En consecuencia, las víctimas no recibían una atención adecuada, ni se procuraba impedir su victimización secundaria. Tampoco se establecían mecanismos de resguardo a la integridad física y psíquica de los sujetos pasivos del delito (Riego, 1994, pp. 132- 133).

En cuanto al derecho a la reparación, si bien el artículo 10 del antiguo Código de procedimiento penal, permitía la interposición de acciones civiles en el proceso penal, este mecanismo no satisfacía cabalmente el derecho a reparación de las víctimas. En efecto, este sistema exigía una actitud activa por parte de la víctima, quien debía demandar dentro del plazo establecido para ello, siempre que hubiera actuado como querellante, a su vez, ésta debía ser patrocinada por un abogado habilitado. Por otra parte, sobre la víctima pesaba la obligación de rendir fianza por calumnia, en determinados casos.

Sostiene Riego, que la escasez de normas en esta materia denota que el antiguo sistema no concebía la reparación de la víctima como uno de los fines del proceso penal (Riego, 1994, pp. 134-138).

Del mismo modo, el antiguo sistema procesal chileno no contenía normas que impusieran la obligación de informar a la víctima, como tampoco existía una práctica por parte de los tribunales en ese sentido. En estudios de la época, se indicaba que uno de los problemas más graves del sistema penal es la falta de información sobre los procesos lo cual generaba descontento entre los sectores más pobres de

¹⁵¹ Sistema que rigió en Chile durante un siglo.

la población¹⁵². En la práctica la mayor parte de las víctimas no contaban con un abogado que las representara y actuaban a ciegas frente a un aparato burocrático, que era desconocido e incomprensible para ellas (Riego, 1994, pp. 139-140).

Una de las principales deficiencias del sistema era el derecho a la protección de las víctimas. Si bien el Código de procedimiento penal en el artículo 7 contemplaba dentro de las primeras diligencias del sumario, las facultades del juez para la protección de los perjudicados por el delito, no se determinaba a través de qué medios debía proporcionarles dicha protección. Este artículo se relacionaba con el artículo 363 del mismo cuerpo legal que facultaba al juez para negar la libertad provisional cuando esta resultaba peligrosa para la seguridad del ofendido.

Respecto a otras medidas, que no dicen relación con la privación de libertad -como orden de alejamiento respecto de la víctima o de concurrir a su domicilio o trabajo, o de reunirse con los coautores o cómplices del delito- dependían de la discrecionalidad del juez de la causa, pero como no estaban contempladas expresamente en el Código de procedimiento penal, y además, había escasez de recursos, no se podía controlar el cumplimiento efectivo de las medidas decretadas, ni sancionar su incumplimiento.

En casos de niños víctimas no se tomaba ningún resguardo en cuanto a su integridad, ni se contaba con personal adecuado para el tratamiento de niños víctimas. Esa fue una de las causas más relevantes del bajo número de denuncias por delitos cometidos en contra de niños en el antiguo sistema, lo que se conoce en criminología como *cifra negra*, lo que se produce cuando la cantidad de delitos cometidos es altamente superior a la cantidad de delitos conocidos y perseguidos por el sistema, como se analizará a continuación. Recién en la década del noventa, en Chile se implementaron mecanismos para la atención de víctimas de ciertos delitos, como el CAVAS o Centro de Atención a las Víctimas de Delitos Sexuales de la Policía de Investigaciones de Chile y centros de víctimas de delitos de violencia intrafamiliar creados por el Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM) (Riego, 1994, p. 123).

El antiguo sistema no contemplaba el derecho de la víctima de contar con asistencia letrada, que sólo estaba previsto como uno de los derechos del imputado, lo que se mantiene hasta nuestros días. Si bien existía la figura del abogado de turno, estos sólo se designaban para defender a procesados que no contaran con una defensa particular. La Corporación de Asistencia Judicial ante la incompatibilidad de la defensa de ambas partes en el proceso, defendía principalmente al procesado (Riego, 1994, p. 145).

El antiguo sistema no contemplaba mecanismos para garantizar prestaciones asistenciales, tales como asistencia médica, psicológica y social. Las únicas normas que contemplaba el sistema eran los artículos 142 y 143 del antiguo Código de procedimiento penal que imponían a los servicios estatales de salud, dar atención gratuita a víctimas de delitos de lesiones, cuando no contaren con medios propios, lo que en todo caso estaba sujeto a las precarias condiciones de funcionamiento de dichos servicios (Riego, 1994, p. 146).

En definitiva, en el sistema procesal penal antiguo, la víctima prácticamente no poseía derechos, a menos que interviniera en calidad de querellante. La protección de la víctima debía ejercerla el juez de la causa, que tenía amplias facultades discrecionales, pero, en definitiva, no contaba con los medios adecuados para procurar dicha protección. Esto provocó una serie de cuestionamientos al sistema, que se advertían en las encuestas de victimización de la época – como la encuesta de 1993, ya citada-, donde

¹⁵² Encuesta sobre victimización en Correa Sutil, Jorge y Barros Lezaeta, Luis (editores), *Justicia y marginalidad, percepción de los pobres. Resultados de un análisis empírico*, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, 1993, pp. 87 y 88. Citado por Riego, 1994, p. 127.

los sectores más populares de la población que denunciaron un delito, en su mayoría estimaban que la denuncia no les había servido de nada o que sólo le había provocado molestias y además, se quejaban de la falta de información acerca del funcionamiento del sistema y de los derechos que tenían en él o en los mecanismos de asistencia legal gratuitos.

Más alarmante aun, respecto de esta percepción de desamparo de las víctimas fueron los resultados de dicha encuesta, que revelaron que un 26,3% de las denuncias presentadas no eran registradas por la policía y que un 30,5 % de las denuncias que fueron registradas, no fueron objeto de sumario y, por tanto, de investigación en los juzgados del crimen.

El papel de la víctima en el antiguo sistema era colaborar en el proceso, ya sea en su inicio, o bien en la producción de pruebas y, de manera secundaria, como titular de derechos. En efecto, el antiguo proceso penal consideraba a la víctima como uno de los sujetos que podía dar origen al proceso penal a través de denuncias o querellas, pero como se señaló un alto porcentaje de estas denuncias no era registrada por la policía -debido a los mecanismos selectivos que se ejercían de manera discrecional y poco transparente- o no eran objeto de investigación, ya que existía la práctica de los tribunales del crimen de exigir su ratificación ante el tribunal -a pesar de que ese trámite no estaba dispuesto en la ley- y, sin dicha ratificación, la causa era archivada (Riego, 1994, p. 149). Por todo ello, se cuestionaba la eficacia del sistema, por segregar a los sectores más vulnerables de la población y por su burocracia excesiva.

En cuanto a la participación de la víctima en la producción de pruebas, su intervención era necesaria, tanto para la comprobación del delito como para determinar la responsabilidad del o los autores y partícipes del delito (Riego, 1994, p. 151). Dentro de las actuaciones de mayor relevancia para la determinación de la responsabilidad en calidad de autor o cómplices de un delito, se utilizaban los reconocimientos y los careos. El reconocimiento tenía por objeto que la víctima u otro testigo reconociera al autor del delito en presencia del juez.

Sin embargo, como destaca Riego (1994, p. 153), en la práctica este procedimiento no se realizaba con los resguardos necesarios para dar comodidad o seguridad a la víctima, que debía enfrentarse directamente con el hechor del ilícito, provocando en muchos casos consecuencias traumáticas -victimización secundaria. Los careos, que también enfrentaban a la víctima o al testigo con el inculpado, generaban en los primeros una sensación de inseguridad y de falta de protección, lo que traía como consecuencia, la reticencia de la víctima o testigos a participar de este tipo de procedimientos, e incluso de denunciar delitos de gravedad como violación, estupro o abusos sexuales.

En efecto, en Mensaje de 3 de agosto de 1993 que daba inicio a la tramitación de la ley que modificó el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal y otros cuerpos legales relativos al delito de violación, sancionada con el número 19.617¹⁵³, se menciona el estudio realizado por la DESEUC¹⁵⁴, que concluyó que en numerosos casos las víctimas principalmente niños, no denunciaban los delitos de violación, estupro, violación sodomítica y abusos deshonestos.

En efecto, se detectó que la cifra negra u oculta en este tipo de delitos fluctuaba entre el 75% y el 90%, especialmente cuando eran cometidos en contra de niños. Se estimaba en dicho estudio, que más de 20.000 niños eran víctimas de este tipo de delitos al año. Del mismo modo, en dicho estudio, se

¹⁵³ La ley 19.617 que modifica el Código penal, el Código de procedimiento penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación, sancionada el 12 de julio de 1999. Disponible en <https://www.bcn.cl/historia-delaley/nc/historia-de-la-ley/6584/>

¹⁵⁴ Dirección de Estudios Sociológicos de la Universidad Católica de Chile, denominado "La Violencia sexual en Chile, dimensiones colectiva, cultural y política", de diciembre de 1992.

determinó que las víctimas de estas agresiones -violación, estupro y abusos deshonestos- eran principalmente niños -71,5%- y, en un alto porcentaje -71% de los casos-, los responsables del delito tenían vínculos de parentesco o amistad con la familia de la víctima.

En el Mensaje, la ausencia de denuncia se atribuía a las relaciones de parentesco con la víctima que muchas veces se encontraban en situación de dependencia afectiva o económica con el agresor. También al hecho que las sanciones impuestas no ponían término a la cohabitación con la víctima, ni suspendían las relaciones de éste con el ofendido, ni se garantizaba la seguridad de la víctima. Además, resaltaba que en el proceso se debían adoptar resguardos, como la suspensión de la cohabitación, la suspensión de careos y la asistencia médica o psicológica.

De esta manera la Ley 19.617, sancionada el 12 de julio de 1999, modificó el Código penal tipificando ciertos ilícitos cometidos en contra de la libertad sexual¹⁵⁵, y modificó el Código de procedimiento penal, con el objeto de dar mayor protección a las víctimas de estos delitos y evitando que con ocasión de la prueba se causara un mayor sufrimiento a la víctima. Así, la ley establece la reserva de los antecedentes del proceso, en caso de niños, además, la denuncia podía ser efectuada por su guardador o una persona a cuyo cuidado se encuentre, por educadores, personal médico u otros profesionales.

Por otra parte, este nuevo marco legal, contemplaba la realización de reconocimientos y exámenes que tuvieran por objeto constatar lesiones u otro antecedente que sirviera de prueba en el proceso. Por último, prohibió el careo entre inculpado o procesados y la víctima de estos delitos, “cuando el juez por resolución fundada, estime que dicha diligencia pudiere ocasionar grave trastorno o sufrimiento moral al ofendido” (inciso final, artículo 351, Código de Procedimiento Penal).

Sin perjuicio de las mejoras implementadas al sistema, el año 2001, el Comité de Derechos del Niño emitió un informe¹⁵⁶ donde se advertía la inexistencia de una política nacional relativa a la infancia y, si bien reconoce el avance que significó la adopción de leyes en contra el maltrato infantil como, la Ley 19.325, sobre violencia intrafamiliar y las medidas de protección que de conformidad a ella se pueden implementar y que amplían las facultades de los Tribunales del crimen, advierte que estas son solo provisionales y que el Estado debe adoptar medidas permanentes para evitar que los autores de estos delitos queden impunes (2001, considerando 401). También se advierte que los niños menores de 14 años son inhábiles para declarar en calidad de testigos y que no se les permitía presentar denuncias o solicitar reparación ante tribunales, sin el consentimiento de sus padres (2001, considerando 225).

En definitiva, el antiguo procedimiento penal, no contaba con mecanismos eficaces de protección a las víctimas de delitos, y los niños fueron los principales perjudicados por este sistema.

El nuevo proceso penal, intentará subsanar estas deficiencias, y si bien ha significado un avance en lo relativo a los derechos de todos los intervinientes, como se analizará, subsisten muchos vicios del proceso penal antiguo y, en especial, siguen siendo los niños víctimas y testigos de delitos quienes sufren las consecuencias.

¹⁵⁵ Por ejemplo, se tipificó el delito de producción pornográfica infantil, sin embargo, rebajó a cinco años y un día la pena mínima del delito de violación en el caso de niños menores de 12 años.

¹⁵⁶ CRC/C/65/Add.13 25 de junio de 2001

1.2. Declaración de los niños víctimas y testigos en el nuevo proceso penal.

La implementación del nuevo sistema procesal penal chileno, contempló una mejora en cuanto al reconocimiento de derechos respecto de todos los intervinientes. Para el imputado, el nuevo sistema penal, significó el reconocimiento de una serie de garantías individuales que forman parte del debido proceso, y que fueron incorporadas tímidamente en la Constitución de 1980. Luego, este catálogo de garantías individuales fue ampliado, gracias a la incorporación del inciso segundo del artículo 5 de la Constitución Política, y la ratificación de tratados internacionales, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica. Según Julián López Masle (2006, p. 196), el nuevo sistema procesal penal asegura el respeto de los derechos fundamentales de los imputados, a través de sistemas de control preventivos y correctivos.

Entre los primeros, destaca la necesaria intervención judicial antes de toda actuación que prive al imputado o a un tercero de sus derechos constitucionales (artículos 80A de la Constitución política de la República y artículo 9 del Código procesal penal) y el sistema de cautela de garantías del artículo 10 del Código Procesal Penal. Entre los mecanismos correctivos, destaca el autor, el régimen de nulidades procesales (artículo 160 Código procesal penal), la exclusión de prueba ilícita del artículo 276 del Código procesal penal y el recurso de nulidad que faculta a la Corte Suprema a declarar la nulidad del juicio oral o de la sentencia cuando “se hubieren infringido sustancialmente derechos o garantías asegurados por la Constitución o por los tratados internacionales ratificados por Chile que se encuentran vigentes”.

En lo relativo a las víctimas, y en parte gracias al fenómeno de redescubrimiento de ellas a nivel mundial, el nuevo sistema procesal penal reconoció un conjunto de derechos en su favor, como aquellos que le permiten ejercer de manera autónoma la acción penal (artículo 258 del Código Procesal Penal) y otros que le otorgan reparación, protección, información y participación, aun cuando no hayan ejercido la acción (Horvitz y López, 2002, pp. 284-310).

Sin embargo, desde la implementación del nuevo sistema procesal penal en Chile, distintos organismos han advertido que la intervención de los niños en calidad de víctimas o testigos de delitos provoca su victimización secundaria o doble victimización. En el informe realizado en conjunto por UNICEF y la Universidad Diego Portales el año 2006,¹⁵⁷ se constataba la victimización secundaria que sufrían los niños que intervenían en el proceso penal, en calidad de víctimas o testigos. En efecto, la lentitud del sistema, unido a la falta de información proporcionada a las víctimas, a la realización de peritajes reiterados, además de las múltiples entrevistas (entre 6 a 8 entrevistas, durante toda la investigación) y otras diligencias que involucran directamente a los niños, genera en los denunciantes una percepción absolutamente negativa del sistema (2006, p. 99).

Dicho informe formuló una serie de recomendaciones para evitar la doble victimización que sufrían los niños que intervenían en el proceso penal en calidad de víctimas y testigos, entre los que propuso:

1° Potenciar el establecimiento de mecanismos de coordinación interinstitucional durante el proceso penal, para entregar una atención integral a los niños que intervienen en el proceso (2006, p. 125).

¹⁵⁷ Informe Final que la UNICEF, en conjunto con el Instituto de Investigación en Ciencias Sociales de la Universidad Diego Portales, emitió en agosto del año 2006, denominado “Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, en el marco de la reforma procesal penal”.

2º Optimizar los procedimientos para evitar la victimización secundaria. En este punto, propone optimizar las diligencias que realizan las Policías, para evitar duplicación de procedimientos y disminuir tiempos de atención. En particular, se sugiere avanzar hacia la posibilidad de registrar auditiva y audiovisualmente la declaración que realiza el niño en la Fiscalía o en las Policías (2006, p. 126).

3º Proporcionar información a las víctimas, relativa a los procedimientos judiciales, a los medios para acceder a asistencia jurídica, a los medios y posibilidades para acceder a redes de derivación (2006, p. 126).

4º Capacitar a los actores del sistema de justicia, de manera de proporcionar una mejor atención a los niños que intervienen y capacitaciones vinculadas al autocuidado de funcionarios y profesionales.

5º Mejorar el manejo y difusión de las estadísticas vinculadas a estos casos, ya que la información de los casos no siempre está disponible. Ello afecta a la transparencia del sistema y a la posibilidad de seguir realizando estudios que permitan mejorarlo (2006, p. 128)

Del mismo modo, el año 2007¹⁵⁸, el Comité de Derechos del Niño emitió una serie de recomendaciones al Estado de Chile exhortándolo a que:

“Por medio de disposiciones jurídicas y normativas, garantice que todos los niños víctimas o testigos de delitos, por ejemplo los niños que hayan sido víctimas de maltrato, violencia doméstica, explotación sexual y económica, secuestro y tráfico, y los niños que hayan sido testigos de esos delitos, reciban la protección prevista por la Convención y tome debidamente en cuenta las Directrices de las Naciones Unidas sobre la justicia en asuntos concernientes a los niños víctimas y testigos de delitos” (anexas a la resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social, de 22 de julio de 2005) (Considerando 9).

Tomando en consideración estos estudios y recomendaciones, al dictarse la Ley 20.253, el 14 de mayo del año 2008, que se denominó “agenda corta anti delincuencia” se incorporó el artículo 191 (bis) sobre la “anticipación de la prueba de menores de edad” que sean víctimas de alguno de los delitos contemplados en el Libro Segundo, Título VII, párrafos 5 y 6 del Código Penal, caso en el cual, “el juez, considerando las circunstancias personales y emocionales del menor de edad, podrá proceder a interrogarlo, debiendo los intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio. Con todo, si se modificaren las circunstancias que motivaron la recepción de prueba anticipada, la misma deberá rendirse en el juicio oral”.

Sin embargo, a menos de un año de la dictación de dicha norma, el Fiscal Nacional del Ministerio Público emitió un Instructivo¹⁵⁹, en el que exhortaba a los Fiscales a “evaluar la conveniencia de hacer uso de la declaración anticipada de acuerdo a las particularidades del caso concreto y principalmente tomando en consideración los demás antecedentes recabados en la investigación, pues resulta innegable que en términos de convicción y en base a la inmediatez que rige en el nuevo sistema, lo óptimo es la recepción de la prueba ante el tribunal que dictará la sentencia.”

Esto demuestra que, en el sistema penal, se produce una tensión entre la eficacia de la persecución penal y la protección de la víctima, lo que trae como consecuencia que los niños víctimas deban intervenir en el proceso, muchas veces sin los resguardos suficientes para evitar la vulneración de sus derechos.

¹⁵⁸ CRC/C/CHL/CO/3, de 23 de abril de 2007

¹⁵⁹ Oficio 160/2009, de 30 de marzo del año 2009.

En definitiva, actualmente, nuestro Código Procesal Penal contiene sólo algunas disposiciones que se refieren a la intervención del niño en el proceso penal, y que, en su mayoría, fueron incorporadas con posterioridad a su promulgación: el artículo 78 (bis)¹⁶⁰, que se refiere a la protección de la integridad física y psíquica de los niños víctimas de tráfico ilícito de migrantes y víctimas de trata de personas. Ellas establecen facilidades para el acceso a los servicios públicos a cargo de la protección de la infancia y designación de curador *ad litem* en determinados casos; el artículo 191 (bis)¹⁶¹ que se refiere a la prueba anticipada en caso de los delitos del Libro II, Título VII, párrafos 5 y 6 del Código Penal; el artículo 306, que impide tomar juramento o promesa a menores de 18 años; y el artículo 310, que se refiere a los testigos menores de edad, quienes sólo pueden ser interrogados por el presidente de la Sala.

Estos artículos han sido insuficientes para proteger íntegramente los derechos de los niños víctimas y testigos, de manera que ha sido la práctica de los tribunales, la que ha venido a sustituir la carencia de reglas al respecto. En este sentido, la declaración de niños, ubicándolos en una sala contigua a la de audiencias, cuya imagen es vista por los asistentes a través de circuito cerrado de televisión, pero que evita el contacto de la víctima con el imputado, es un ejemplo de cómo la práctica de nuestros tribunales ha ido llenando estos vacíos con el objeto de proteger al niño y sustraerlos del ambiente intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado para su edad, en contexto de la citada observación general número 12.

Desde el año 2013, el Poder judicial implementó un proyecto piloto instalando una sala especial para la declaración de niños en el Segundo Tribunal Oral en lo Penal de Santiago, anticipándose a las medidas legislativas que se adoptarán al respecto y haciendo uso de las atribuciones que el mismo Código Procesal Penal confería al poder judicial para la protección de las víctimas y testigos.

Un año más tarde, la Corte Suprema dicta un auto acordado¹⁶² que regula la implementación y uso de una sala especial para la declaración de niñas, niños y adolescentes víctimas o testigos de un delito, con el objeto de darles protección. Allí se establece que en todos los Tribunales de juicio oral en lo penal se implementará una “Sala Especial”, distinta de la sala de audiencias, acondicionada con dos cámaras, con micrófonos perimetrales imperceptibles, omnidireccionales, cuya imagen y sonido sean reproducidos en tiempo real, a través de un televisor o monitor de dimensiones suficientes instalado en la sala de audiencia. Si bien, el auto acordado se amparaba en las normas internacionales y en los artículos 308, 310 y 329 del Código Penal, contó con el voto en contra de cuatro ministros quienes consideraron que el Código Procesal Penal abordaba suficientemente la materia en los artículos 310 y 191 bis del Código Procesal Penal.

De esta manera se advierte que el Poder judicial, a través de la interpretación de los distintos instrumentos internacionales en la materia y las normas internas, fue capaz de integrar el derecho, estableciendo un mecanismo de protección para niños que intervienen en el proceso penal, de manera de adaptarlo a sus necesidades especiales. Ello es de suma relevancia, ya que debemos considerar que algunos delitos cometidos en contra de niños no dejan consecuencias físicas, y la única prueba para determinar la existencia del delito y la responsabilidad del inculpaado es, precisamente, la declaración del niño.

¹⁶⁰ Ley 20507 artículo segundo Número 1, publicada el 08 de abril de 2011.

¹⁶¹ Ley 20253 artículo 2 Número 13, publicada el 14 de marzo de 2008. En la actualidad este artículo se encuentra derogado por la Ley 21.057, como se analizará a continuación.

¹⁶² Acta N° 79-2014, de 3 de junio de 2014.

Sin embargo, esta excesiva dependencia del relato de la víctima en el proceso penal, en especial en los delitos sexuales, trae como consecuencia que se le trate como un instrumento del proceso (Fundación Amparo y Justicia, 2017, p. 30). Esta situación los somete a reiteradas entrevistas, que pueden ser realizadas por sujetos que no están capacitados para ello, y en un ambiente poco adecuado.

Lo señalado es especialmente grave, si se toma en consideración que la reiteración de las declaraciones e intervenciones del niño en el proceso, en distintas instancias y en un tiempo prolongado, interfiere en la recuperación de los niños que son víctimas de delitos graves (Goodman, 1990; Spencer y Flin, 1990). A su vez, las reiteradas entrevistas, que provocan victimización secundaria, no redundan necesariamente en una efectiva persecución penal.

En efecto, según información entregada por el Ministerio Público, entre los años 2011 y 2016, un 50% de las denuncias de delitos sexuales contra niños, terminó en archivo provisional, y sólo un 14% terminó con un pronunciamiento del tribunal, ya sea con una sentencia condenatoria o absolutoria (Fundación Amparo y Justicia, 2017, p. 31).

En el siguiente apartado, se analizará la ley 21.057 que regula las entrevistas grabadas en video y, otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales que, aunque pretende subsanar vacíos o deficiencias en la legislación, sólo se aplica respecto de ciertos delitos.

1.3. Ley 21.057 que regula las entrevistas grabadas en video y, otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales.

La ley 21.057 -en adelante la Ley- es un importante avance en la justicia adaptada a niños, por cuanto establece una regulación especial que tiene por objeto evitar la victimización secundaria que sufren los niños en el contacto con el sistema de justicia. Sin embargo, es necesario tener presente la necesidad de resguardar los derechos de los demás intervinientes en el proceso, en especial, del imputado, como la oralidad, la intermediación y la publicidad, como señala el Mensaje de la Ley¹⁶³.

Si bien la Ley pretende evitar o prevenir la victimización secundaria de los niños provocada por sus reiteradas intervenciones en el proceso, como se analizará, prevé la intervención del niño en varios momentos del proceso, con el objeto de no restringir de manera arbitraria los derechos procesales de los demás intervinientes, según señala el mensaje. Sin embargo, respetar los derechos de los niños consagrados en la CDN y en otros instrumentos internacionales analizados en el apartado anterior, no significa necesariamente menoscabar los derechos de los imputados en el proceso.

Se hará una revisión de la ley, de acuerdo a sus objetivos, los delitos a los que es aplicable, los principios que inspiran esta Ley, momentos en los que un niño debe intervenir en el proceso penal, las medidas de protección que establece la Ley, tras lo cual se harán observaciones finales.

Por último, se debe precisar que la Ley distingue entre niños y niñas, que son los menores de 14 años y adolescentes que son niños mayores de 14 y menores de 18 años. En adelante, sólo nos referiremos a los niños, por cuanto es el término que utiliza la CDN para referirse a los menores de 18 años. Sin embargo, en algunas ocasiones se hará la distinción para hacer referencia a normas especiales, que sólo se aplican a niños o niñas, o a adolescentes.

¹⁶³ www.bcn/historiadelaLey/fileadmin/file_ley/7481/HDL_7481_749a0d2dec7072ac83d52ebf02ff393.pdf

1. Objetivo de la Ley.

Según lo señala el artículo 1º de la Ley, el objetivo principal es regular la realización de la entrevista video grabada y de la declaración judicial de los niños víctimas de ciertos delitos, para evitar o disminuir en lo posible los efectos de la victimización secundaria que sufren en su tránsito por el sistema judicial.

A su vez, entiende por victimización secundaria, “toda consecuencia negativa que puedan sufrir los niños, niñas y adolescentes con ocasión de su interacción, en calidad de víctimas, con las personas o instituciones que intervienen en las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento de los delitos señalados en el inciso anterior” (Artículo 1).

2. Delitos a los que es aplicable la Ley de entrevistas grabadas en video. El artículo 1 prevé que la ley se aplica taxativamente a los niños víctimas y testigos de los delitos que a continuación se detallan:

a) Violación, estupro y otros delitos sexuales contemplados en los Párrafos 5 y 6 del Título VII del Libro Segundo, del Código Penal;

b) Secuestro por más de quince días o secuestro con homicidio, violación, violación sodomítica o secuestro provocando lesiones comprendidas en los artículos 395, 396 y 397 número 1, contemplados en el artículo 141, incisos cuarto y quinto del Código Penal;

c) Sustracción de menor de 18 años, contemplado en el artículo 142 del Código Penal;

d) Violación con homicidio, contemplado en el artículo 372 bis del Código Penal;

e) El delito contemplado en el artículo 374 bis del Código Penal, esto es, la comercialización, exportación, distribución, difundir o exhibir material pornográfico en el que han sido utilizados menores de 18 años, pero también que sanciona a aquel que maliciosamente adquiera o almacene material pornográfico en que han sido utilizado menores de 18 años;

f) Parricidio y homicidio calificado, contemplados en los artículos 390 y 391, respectivamente del Código Penal;

g) Castración, contemplado en el artículo 395;

h) Lesiones graves, contemplado en el artículo 397 N° 1 del Código Penal;

i) Tráfico de migrantes y trata de personas contemplados en los artículos 411 bis, 411 ter y artículo 411 quáter del Código Penal;

k) Robo con violencia e intimidación contemplado en el artículo 433, número 1 del Código Penal, esto es, cuando con ocasión del robo se cometiera, además, homicidio o violación.

3. Principios que inspiran la Ley. La ley enumera una serie de principios rectores, que serán útiles al momento de interpretación de las disposiciones de la ley. Ellos son:

a) El interés superior del niño. La ley no define que se entiende por interés superior del niño pero, al igual que los instrumentos internacionales analizados en el capítulo anterior y la jurisprudencia, la ley señala que los niños son sujetos de derechos y, como tales, pueden ejercer plenamente sus derechos y

garantías en cada etapa del proceso -denuncia, investigación y juzgamiento-, conforme al nivel de desarrollo de sus capacidades;

b) Autonomía progresiva. La ley reconoce que los niños tienen derecho a ser oídos y participar en todas las etapas del proceso, atendiendo a su edad y el grado de madurez que manifiesten;

c) Participación voluntaria. La ley señala que la participación del niño debe ser siempre voluntaria, y no pueden ser obligados a intervenir en ninguna etapa del proceso. De esto se desprende que tal como señala la Observación general número 12, el derecho a ser oído es un derecho del niño y no una obligación. En consecuencia, el niño podría renunciar a su derecho.

d) Prevención de la victimización secundaria. Según señala el artículo 3 de la Ley, otro de los principios rectores es prevenir la victimización secundaria y, en consecuencia, señala una serie de medidas que las personas e instituciones que intervengan en las distintas etapas del proceso deben adoptar para la protección de los niños y que, en síntesis, son las siguientes:

a. adoptar todas las medidas necesarias para proteger la integridad física y psíquica y la privacidad de los niños que participen.

b. adoptar las medidas necesarias para que las interacciones que determina la Ley sean adaptadas al niño, y que se realicen en un ambiente adecuado a sus necesidades, teniendo en cuenta su madurez intelectual, la evolución de sus capacidades, y respetando la dignidad del niño.

e) Asistencia oportuna y tramitación preferente. Este es un avance de la Ley por cuanto anteriormente a ella no se preveía ni la asistencia oportuna de niños ni la tramitación preferente de estas causas. Como se analizará en el acápite siguiente, el paso del tiempo es un factor fundamental para que la intervención del niño en el proceso sea eficaz, ya que le genera la ansiedad, lo que puede afectar su intervención en el proceso y, además, el paso del tiempo provoca una serie de consecuencias en la memoria de los niños, que podrían deteriorar sus recuerdos y afectar su declaración.

f) Resguardo de su dignidad. Finalmente, la Ley hace alusión a este principio que será importante al momento de interpretar las disposiciones, por cuanto, no sólo reconoce al niño como una persona única y valiosa, sino, además, que tiene necesidades particulares, intereses y una intimidad que se debe resguardar.

A pesar de que la enunciación de estos principios es de mucha utilidad a la hora de interpretar la Ley, llama la atención que no enuncie dentro de sus principios rectores el derecho del niño a ser oído. Si bien la ley reconoce el principio de la autonomía progresiva del niño, o evolución de las facultades del niño, como también se ha denominado, este es un principio amplio que, para que pueda tener efectos en la consideración del niño como sujeto de derechos, debe ser interpretado por un adulto: sus padres, de conformidad al artículo 5 de la CDN, o las autoridades del Estado, de conformidad al artículo 12.

En esta interpretación será fundamental la edad y madurez del niño, pero este último concepto es subjetivo, y dependerá de diversos factores internos del niño, como el desarrollo de sus capacidades y externos, como el contexto económico, social y cultural en que el niño se haya desarrollado. No obstante, en este proceso, será un adulto quien decida si el niño tiene el grado de madurez suficiente, para expresar su opinión, lo que en muchos casos podría significar privar al niño de los derechos reconocidos por la convención.

Por ello, sería más adecuado que la Ley reconociera el derecho del niño a ser oído, derecho que constituye uno de los principios rectores o guías de la CDN, y que transforma al niño en un sujeto de derechos y, en consecuencia, en un sujeto activo en la toma de decisiones que serán de trascendencia para su vida futura.

Del mismo modo, y como se desarrolló en el capítulo anterior, para que el niño pueda participar del proceso de decisión, debe ser informado. Sólo así podrá expresar su opinión y, eventualmente, lograr que ésta opinión sea tomada en cuenta. Sin embargo, la Ley no reconoce el derecho del niño a ser informado. Así, esta Ley, que pretende ser un avance en el reconocimiento de tales derechos y en su protección, omite estos dos principios que son fundamentales para que el niño víctima o testigo, tenga derechos de participación en el proceso penal.

Por otra parte, y si bien la Ley reconoce como principio la asistencia oportuna y la tramitación preferente, no establece como principio la especialización en temas de la infancia. En efecto, tanto los funcionarios policiales, como los funcionarios de tribunales y del Ministerio público podrían capacitarse y especializarse en temas de infancia. Si bien la ley prevé la existencia de profesionales expertos en el área para que realicen la entrevista investigativa y la declaración judicial, la ley podría haber previsto la especialización dentro de los servicios que deben interactuar con niños en las distintas etapas del proceso.

La especialización en temas de la infancia, no sólo es importante para evitar la revictimización de los niños que intervienen en el proceso penal, sino, además, para evitar que durante las distintas entrevistas que el niño tendrá con las personas que interactúan con él en el proceso penal, no se produzcan preguntas sugestivas o incluso se generen falsos recuerdos, como se analizará en el apartado siguiente. Esto podría generar inconsistencias en la declaración del niño, que afectaría su credibilidad.

4. Momentos en los que, de conformidad a la Ley, el niño puede intervenir en el proceso penal, en calidad de víctima o testigo de los delitos enunciados en el artículo 1.

En la ley 21.057 está prevista la intervención del niño víctima o testigo en las siguientes etapas del procedimiento:

1° En la fase de investigación, el niño podrá intervenir en todas o en alguna de las siguientes actuaciones:

- a) En la denuncia;
- b) En la entrevista investigativa;
- c) En otras diligencias investigativas.

2° En la etapa de juicio, el niño intervendrá en la declaración judicial y en la declaración judicial anticipada.

1° Intervención del niño en la etapa de la investigación.

Durante la etapa de la investigación, la Ley prevé la intervención del niño en 3 momentos: en la denuncia, en la entrevista investigativa video grabada y en la realización de otras diligencias investigativas.

a) Denuncia.

De conformidad a la Ley, la denuncia debe ser interpuesta en los términos previstos en el artículo 173 del Código procesal penal y, en consecuencia, se puede realizar ante al ministerio público, ante funcionarios de Carabineros, de la Policía de Investigaciones, de Gendarmería en determinados casos, y ante cualquier tribunal con competencia en lo criminal.

Sin embargo, la Ley prevé que la denuncia sea realizada por un niño y, por tanto, es legitimado activo para denunciar delitos. Pero en el caso de que el niño sea el denunciante, la ley dispone una serie

de medidas que se deben adoptar para protegerlo, pero también para resguardar su relato, y que en síntesis son las siguientes:

1. Medidas de protección. La denuncia realizada por un niño debe ser realizada en condiciones que garanticen su participación voluntaria, su privacidad, su seguridad, pero también que permitan controlar la presencia de otras personas.

2. Intervención del funcionario que recibe la denuncia. El funcionario que reciba la denuncia debe registrar de manera íntegra, todas las manifestaciones verbales y conductuales del niño. Como corolario de esta medida, el funcionario que reciba la denuncia tiene prohibición de interrogarlo respecto de su identificación si el niño no quiere identificarse, tampoco podrá hacerle preguntas sobre la ocurrencia de los hechos o de los partícipes, ni reemplazar la declaración del niño por la de un adulto.

3. Participación de un adulto que acompañe al niño. Si bien la denuncia del niño no se puede reemplazar por la del adulto, luego que el niño realice la denuncia, el adulto podrá exponer todo lo que conozca sobre los hechos denunciados. En este caso, el funcionario podrá dirigir al adulto todas las preguntas necesarias relativas a los hechos denunciados por el niño, también para determinar la identidad del mismo, cuando este no lo haya hecho. Para proteger la declaración del niño de sugerencias o sugerencias, se prohíbe que el niño escuche las preguntas y la declaración del adulto, como, asimismo, se procurará que el adulto no influya en la información que entregue el niño de manera espontánea.

4. Inmediatez en la tramitación de la denuncia. La Ley no sólo dispone que la denuncia debe ser recibida de manera inmediata, sino, además, le da un plazo de 8 horas para poner en conocimiento del fiscal del ministerio público que corresponda, de la manera más rápida y por la vía más expedita. Del mismo modo, se establece que si con ocasión de una pericia, ordenada en el curso del proceso penal, o por el tribunal de familia, se determinara la comisión de alguno de los delitos enumerados en el artículo 1 de la ley, el plazo máximo para derivar los antecedentes al ministerio público es de 24 horas. En caso que la derivación la realice el tribunal de familia deberá, además, acompañar los antecedentes de la causa.

5. Inmediatez en la investigación y en la adopción de medidas de protección. Del mismo modo, la ley impone que dentro del plazo máximo de 24 horas de recibida la denuncia, el fiscal del Ministerio Público deberá determinar las diligencias de investigación que se deban llevar a cabo, pero, además, solicitará medidas tendientes a proteger y a asistir al niño víctima o testigo. Del mismo modo, la ley prevé que en caso que se detecten antecedentes de grave vulneración de derechos del niño, por acciones u omisiones del padre, madre o la persona que lo tenga bajo su cuidado, el ministerio público deberá informar al juzgado de familia, o al juez de garantía, para que se adopten medidas de protección.

b) Entrevista investigativa video grabada.

Sin duda, el gran avance de esta Ley lo constituye la regulación de la entrevista video grabada, que tiene por objeto reunir todos los antecedentes necesarios para desarrollar la investigación penal, evitando “la exposición reiterada e injustificada del niño, niña o adolescente a instancias que busquen establecer la ocurrencia de los hechos materia de la investigación y de la participación criminal” (artículo 5). Con ese propósito la Ley prevé que la entrevista investigativa y la declaración judicial sean video grabadas, para que se puedan reproducir íntegramente.

Características de la entrevista video grabada:

1) En cuanto a la persona que realiza la entrevista. Debe realizarla un entrevistador designado por el fiscal. El entrevistador deberá tener acreditación vigente en el registro de entrevistadores del Ministerio

de Justicia y de Derechos Humanos (artículo 6). Además, deberá contar con formación especializada de conformidad a lo dispuesto en el artículo 19.

2) En cuanto a la época en que se realiza. Debe hacerse en el tiempo más próximo a la denuncia a menos que el niño no esté en condiciones físicas y psíquicas para participar en ella, lo que deberá ser calificado por la Unidad de Atención de Víctimas y Testigos de la fiscalía (artículo 7).

3) En cuanto al lugar en que se realiza. Se debe efectuar en una sala acondicionada a tal efecto, con los implementos adecuados de acuerdo a la edad y etapa evolutiva del niño y que tengan las condiciones que enumera el artículo 21 de la ley (artículo 20). Así, de acuerdo al artículo 21, la sala en la que se realizará la entrevista investigativa video grabada, debe reunir 4 condiciones: que proteja la privacidad del niño; que resguarde su seguridad; que permita controlar la presencia de particulares; y que tenga la tecnología adecuada para video grabar el relato del niño. En esta sala, sólo deben estar presentes el entrevistador y el niño, aunque podría estar presente un traductor, interprete u otro especialista idóneo (artículo 8).

4) En cuanto al tiempo que dura la entrevista. No señala, el tiempo máximo de duración, pero establece que, si surge algún motivo que impida al niño continuar con la entrevista, el fiscal a sugerencia del entrevistador, la suspenderá por el tiempo que sea necesario.

5) En cuanto al número de entrevistas. De la redacción del artículo 10 de la ley, se desprende que en principio sólo puede hacerse una entrevista investigativa, ya que, si bien señala que en ciertos casos se pueden realizar otras entrevistas investigativas, lo hace en términos restrictivos. En efecto, el artículo 10 enumeran sólo 2 casos en los que se pueden realizar otras entrevistas investigativas:

a. Cuando aparezcan hechos o antecedentes que no hayan sido materia de la entrevista investigativa video grabada, que modifiquen lo expuesto en ella y puedan afectar sustancialmente el curso de la investigación. En el caso de que el fiscal decida realizar una segunda entrevista investigativa, deberá cumplir con dos requisitos adicionales: en primer lugar, deberá dejar constancia en la carpeta investigativa de los hechos y antecedentes que tuvo en cuenta para adoptar esta resolución y, en segundo lugar, deberá someter su decisión a la aprobación del Fiscal Regional.

b. Del mismo modo, se puede realizar una segunda entrevista investigativa cuando el niño manifieste espontáneamente su voluntad de realizar “nuevas declaraciones”. De la redacción se desprende que el niño podría solicitar la realización de varias entrevistas investigativas, caso en el cual el fiscal deberá tomar las providencias y medidas necesarias para la realización de la entrevista en los términos que dispone la ley y no entorpecer la participación voluntaria del niño ni el ejercicio de sus derechos.

Finalmente, se disponen dos requisitos adicionales: uno, que previo a la nueva entrevista se deberá verificar que el niño esté en condiciones físicas y psíquicas, para lo cual será evaluado por la Unidad de Atención de Víctimas y Testigos de la fiscalía, y dos, que la nueva entrevista debe ser realizada por el mismo entrevistador que realizó la primera entrevista, y sólo en el caso excepcional de que se encontrare impedido por causa justificada, el fiscal designará otro entrevistador.

6) Reproducción de la entrevista investigativa. De conformidad al artículo 18, la Ley de manera excepcional, admite la reproducción de la entrevista investigativa en la audiencia de juicio oral, pero sin que ésta sustituya la declaración judicial del niño, salvo en los casos allí señalados, que se analizarán más adelante.

7) Prohibición de referirse al contenido de la entrevista investigativa. De conformidad al artículo 12 de la Ley, los testigos citados a la audiencia de juicio oral, tiene prohibición de referirse a la entrevista

investigativa que hubiere prestado el niño. Sin embargo, el mismo artículo, señala que esta prohibición no se aplica en el caso de los peritos.

c) Participación del niño en otras diligencias de investigación.

La Ley establece de manera excepcional la intervención del niño en otras diligencias investigativas, y sólo en cuanto “sean absolutamente necesarias” (artículo 11).

Del mismo modo, el artículo 11 regula expresamente la intervención del niño en la realización del informe médico legal, y señala que los profesionales a cargo deben limitarse a practicar una anamnesis, reconocimientos, pruebas biológicas y exámenes médicos que correspondan, pero no podrán “en caso alguno” formular preguntas al niño, ni relativas a la participación criminal ni relativas a la agresión sufrida, ni que busquen establecer la ocurrencia de los hechos investigados.

También regula la pericia psicológica, que sólo se podrá practicar en caso que el fiscal ordene o autorice su realización, caso en el cual deberá justificar su decisión de acuerdo a instrucciones generales que dicte el Fiscal Nacional.

Este artículo, entonces, restringe la posibilidad de que el niño deba intervenir en reconocimientos o careos, u otras diligencias. Como se analizó en el capítulo anterior y se analizará en el apartado siguiente, la intervención del niño en reiteradas oportunidades, provoca ansiedad, temor y, en consecuencia, su victimización secundaria, que es precisamente lo que esta Ley pretende evitar. Además, como se analizará hay estudios de psicología forense que sugieren que, dependiendo de la edad, el niño podría tener dificultades para efectuar reconocimientos, por lo que este mecanismo tampoco es eficaz para fines del proceso.

La Ley también restringe la posibilidad de hacer múltiples pericias psicológicas. En efecto, de la lectura del artículo se desprende, en primer lugar, que los niños sólo deben intervenir en la realización otras diligencias investigativas en la medida que sean “estrictamente necesarias”. De ello se colige que la Ley, en principio, sólo prevé la intervención del niño en la entrevista investigativa y en la declaración judicial. Respecto de las demás pericias, sólo prevé su intervención en la medida que sea estrictamente necesaria.

Además, respecto de las pericias psicológicas, exige que el fiscal ordene o autorice su realización, y, como requisito adicional, que fundamente su decisión en las instrucciones generales que dicte el Fiscal Nacional a tal efecto. Esto constituye un avance respecto de las diligencias en las que intervenía el niño antes de la sanción de la presente ley -se estima que participaba entre 6 a 8 entrevistas durante el proceso-, sin embargo, la ley no establece ninguna posibilidad en contra de la decisión del Fiscal, y sólo procederá reclamo en contra de este, de conformidad a las normas generales contempladas en esta materia.

A su vez, la Ley no distingue el tipo de pericias psicológicas cuya realización debe ser ordenada por el fiscal, por tanto, debemos entender que esta restricción se entiende respecto de cualquier tipo de pericia, incluida las de credibilidad del testimonio del niño, a la que nos referiremos en el capítulo siguiente.

2º Intervención del niño en el proceso judicial: La declaración judicial video grabada.

La declaración judicial puede realizarse durante el juicio oral, o de manera anticipada, como se analizará a continuación:

1) La declaración judicial en el juicio oral.

Como se señaló anteriormente, el propósito de la Ley es proteger al niño víctima o testigo de delitos violentos enumerados en el artículo 1, de la victimización secundaria, que pudiera provocar en el niño la intervención en reiteradas oportunidades durante la investigación y luego, en el juicio oral.

Como se analizará en el apartado siguiente, una de las causas de la victimización secundaria, es la intervención del niño en el juicio oral, por cuanto, no sólo debe reiterar su declaración ante personas extrañas, lo que genera múltiples sentimientos en él -temor, vergüenza, pudor, etc.- sino, además, deberá confrontar en la misma sala al acusado, al abogado defensor, a los jueces que integran el tribunal, al fiscal y público en general. Ello, podría provocar que la declaración del niño no sea lo suficientemente precisa, que se omitan ciertos detalles, que se adviertan inconsistencias con las declaraciones anteriores o incluso que el niño se niegue a declarar. Por ello está previsto que declare en una sala especial, con un entrevistador especial, y que las preguntas se realicen por intermedio de él.

El objeto de la declaración judicial es que el niño preste declaración en juicio en una sala especial -ya que debe reunir los requisitos mencionados en los artículos 20 y 21 de la ley- distinta de la sala de juicio oral, y en la que sólo estarán presentes el entrevistador y el niño, y en caso de ser necesario, un traductor interprete u otro especialista o técnico idóneo.

Además, esta declaración deberá ser video grabada de manera independiente de conformidad al artículo 22 de la ley. Se analizarán a continuación las características de la declaración judicial:

A. En cuanto a las personas que intervienen en la declaración judicial. La Ley prevé que el niño preste declaración judicial ante un entrevistador que será designado por el juez de garantía, en la audiencia de preparación de juicio oral. El entrevistador debe ser un profesional que cuente con acreditación vigente ante el Ministerio de Justicia y de Derechos Humanos, y no debe ser un fiscal adjunto, ni asistente de fiscal ni funcionario de la policía de investigaciones ni de Carabineros que hubiere participado en alguna diligencia de investigación distinta de la entrevista investigativa video grabada. Además, deberá contar con formación especializada de conformidad a lo dispuesto en el artículo 19.

Si el entrevistador designado estuviere impedido para actuar como intermediario en la declaración judicial, el tribunal o el juez de garantía, deberá de oficio o a petición de cualquiera de los intervinientes, designar a un nuevo entrevistador. Sin embargo, a diferencia de la entrevista investigativa, será el juez presidente del tribunal oral o el juez de garantía quien se encargará de la dirección, control y supervisión de la declaración.

Adicionalmente, el artículo 17 establece que el entrevistador deberá realizar su labor de manera imparcial y neutral, lo que será supervisado por el presidente del tribunal o juez de garantía en caso de la declaración anticipada. A su vez, el mismo artículo establece en su inciso final que el entrevistador deberá plantear las preguntas realizadas por los intervinientes, en un lenguaje y modo adecuados a la edad y madurez del niño y a su condición psíquica.

Hace excepción a esta regla, lo dispuesto en el artículo 14 de la ley. En efecto, este artículo prevé que los adolescentes, declaren en juicio oral sin necesidad de que intervenga un entrevistador, en la medida que lo manifiesten de manera libre y espontánea y, siempre que el adolescente se encuentre disponible y en condiciones físicas y psíquicas para declarar en juicio, lo que será calificado por el tribunal. En este caso, el adolescente prestará su declaración en una sala distinta a la que se encuentran los demás intervinientes, que cuente con un sistema interconectado de comunicación, que permita que el juez lo interroge en esa sala, debiendo los demás intervinientes dirigir las preguntas por su intermedio.

Se hace presente que esta posibilidad sólo está prevista para los adolescentes que deseen intervenir en el juicio oral, ya que la ley no admite esta posibilidad en la declaración investigativa.

Tampoco la ley admite la posibilidad de que un niño menor de 14 años, pueda manifestar su voluntad de declarar en el juicio sin que intervenga un entrevistador.

B. En cuanto a la época en la que se realiza. La regla general, establecida en el artículo 13, es que la declaración se preste durante el juicio oral, de manera que el presidente del juicio oral pueda realizar las preguntas por intermedio del entrevistador designado, mientras el niño se encuentra en una sala especialmente acondicionada para prestar declaración. También la declaración judicial se podrá realizar de manera anticipada, de conformidad a lo establecido en el artículo 16 de la ley, según se analizará a continuación.

C. En cuanto al lugar en que se realiza. La declaración judicial se efectuará, en principio, en una sala especialmente acondicionada para ello, de conformidad a los artículos 20 y 21 de la ley ya analizados y que cuente con sistema interconectado de comunicación.

D. En cuanto al tiempo de duración de la declaración. De conformidad al artículo 17, la declaración judicial debe realizarse en un único día, sin perjuicio, de que la ley autoriza la realización de las pausas necesarias para el descanso del niño, teniendo en cuenta su interés superior, tanto para decretar la suspensión como para ordenar la reanudación de la declaración.

E. En cuanto al desarrollo de la declaración. El artículo 17, establece que la declaración judicial se desarrollará bajo la dirección, control y supervisión del juez presidente del tribunal, o del juez de garantía en su caso. Además, señala que se realizará de manera continua, sin perjuicio de las pausas para el descanso del niño. Los intervinientes, deberán realizar las preguntas al juez, para que éste a su vez, las trasmite al entrevistador.

F. Reproducción del video de la entrevista investigativa video grabada en juicio. El artículo 18 prevé, de manera excepcional que, durante la audiencia de juicio, el tribunal permita la exhibición del registro de la entrevista investigativa. El artículo es taxativo en señalar que esto sólo se podrá realizar en los siguientes casos:

a) Por incapacidad grave del niño previo a la audiencia de juicio. En este caso, la ley se pone en el supuesto de que el niño no pueda asistir a juicio oral porque ha fallecido o ha caído en una incapacidad mental o física;

b) Por incapacidad grave del niño durante la audiencia de juicio. En el segundo supuesto, la ley prevé la situación del niño que, durante su comparecencia a la audiencia de juicio oral, sufra una incapacidad grave, psíquica o física que le impida prestar declaración;

c) Para confrontar la declaración del niño. En este supuesto, es posible exhibir la entrevista investigativa para complementar la declaración prestada por el niño o para demostrar contradicciones o inconsistencias con lo declarado. Para que se autorice, es requisito que el niño haya prestado declaración previamente en audiencia de juicio oral o en la audiencia de prueba anticipada. La ley señala expresamente que, en este caso, se podrá exhibir la entrevista investigativa. Pero una vez concluida la declaración judicial del niño y la confrontación no podrá hacerse en presencia del niño, lo que constituye una medida de protección. Finalmente, la ley señala que "bajo ninguna circunstancia" se autorizará a reanudar la participación del niño, lo que constituye otra medida de protección para él;

d) Para revisar la metodología empleada por el entrevistador. También la Ley habilita la exhibición de la entrevista investigativa video grabada en el juicio oral, para que el entrevistador informe al tribunal sobre la metodología y técnica empleadas. El artículo es claro en señalar que

en este caso regirá la prohibición del artículo 12 de la ley, que prohíbe referirse a la entrevista investigativa.

Finalmente, del tenor del artículo se desprende que sólo en los casos mencionados en la letra a) y b), la exhibición de la entrevista investigativa video grabada en la audiencia de juicio oral sustituye la declaración del niño, sin embargo, en las letras c) y d) la exhibición de la entrevista investigativa, no sustituye su declaración, sino sólo tendrá por objeto confrontar dicha declaración con el testimonio del niño prestado con anterioridad al juicio oral, o para revisar la metodología empleada, asegurando así la garantía del imputado de confrontar la prueba de cargo, a lo que nos referiremos en el último acápite.

2) Declaración judicial anticipada.

La Ley prevé en el artículo 16, la declaración anticipada del niño víctima de los delitos enumerados en el artículo 1 de la Ley. Para ello, el juez deberá considerar el interés superior del niño y sus circunstancias personales. A continuación, se analizarán las características de la prueba anticipada en caso de los delitos a los que se refiere esta Ley:

a. Respecto de los sujetos que pueden solicitar la declaración judicial anticipada. La Ley sólo concede esta posibilidad al fiscal, a la víctima, al querellante o al curador *ad litem* del niño víctima de los delitos a los que se refiere la Ley;

b. Respecto del sujeto que debe prestar la declaración judicial anticipada. La Ley sólo prevé la prueba anticipada en caso de los niños víctimas de los delitos señalados, y no de niños que sean testigos de los delitos.

c. Respecto del momento en que debe solicitarse. La declaración judicial anticipada puede solicitarse desde la formalización de la investigación hasta antes del inicio de la audiencia de juicio.

d. Ante quien se debe prestar la prueba anticipada. Según el artículo 16, la solicitud siempre debe plantearse y desarrollarse ante el juez de garantía.

e. Procedencia de la prueba anticipada. Para determinar la procedencia de la prueba anticipada, el juez deberá citar a los intervinientes a una audiencia en la que se discutirá las circunstancias del niño, y de qué manera su interés superior debe ser considerado. En caso de que el tribunal apruebe la solicitud, el juez deberá citar a todos los intervinientes a la audiencia para rendir la prueba anticipada, notificándolos a todos, incluido el entrevistador que designe. La ausencia del imputado a esta audiencia, no obstará a la validez de la prueba anticipada.

d. Videograbación de la audiencia. La audiencia en la que se celebre la prueba anticipada deberá ser grabada y deberá incorporarse en el juicio de conformidad al artículo 331 del Código Procesal Penal.

f. La prueba anticipada sustituye la declaración del niño en el juicio oral. De conformidad al inciso 6 del mismo artículo, luego de esta, el niño no prestará nueva declaración, ni en una nueva prueba anticipada, ni en el juicio. Sin embargo, se establecen 2 excepciones a esta regla, según se analizará a continuación:

1. En caso de que el niño manifiesta de manera libre y espontánea su intención de declarar nuevamente;

2. En caso de petición fundada de los intervinientes por la existencia de nuevos antecedentes que la justifiquen y que pudieran afectar sustancialmente el resultado del juicio.

g. Interés superior del niño. Para adoptar las resoluciones a la que se refiere el artículo 16, el juez deberá considerar el interés superior del niño y sus circunstancias personales.

Esta es una de las disposiciones que en la práctica probablemente, suscitará mayores problemas de interpretación, ya que la ley plantea varias situaciones que requerirán la ponderación de principios que subyacen en ella, como se analizará a continuación:

1° Uno de los primeros problemas que se advierte, es en relación a quién puede solicitar la prueba anticipada, ya que no incluye expresamente al niño. Si bien señala que la víctima puede solicitarla, no señala expresamente que sea el niño, lo que puede suscitar dificultades prácticas o interpretativas. En efecto, para nuestra legislación son absolutamente incapaces los impúberes -hombres menores de 14 años y mujeres menores de 12- y también son incapaces para celebrar ciertos actos los menores adultos - niños mayores de 14 y niñas mayores de 12, pero menores de 18 años- de conformidad al artículo 1447 del Código Civil.

A su vez el Código Procesal Penal en el artículo 108 señala que “se considera víctima al ofendido por el delito”, sin embargo, a continuación, el Código señala que en caso de que la víctima hubiera muerto o no pudiera ejercer sus derechos, se considerarán víctimas otros sujetos, entre los que enumera al cónyuge, a los ascendientes, al conviviente, hermanos y adoptado o adoptante, para los efectos de su intervención en el proceso. Una interpretación restrictiva de estas disposiciones, que no considere al niño como sujeto de derechos, podría llevar a la conclusión que el niño no puede por sí, solicitar la prueba anticipada que refiere este artículo, lo que parece ser una interpretación errónea, de conformidad a lo establecido en la CDN.

En efecto, y como se ha señalado, las normas de la CDN reconocen el derecho del niño a ser oído, y como se señaló en el capítulo anterior, lo reconocen como sujeto de derechos, por tanto, debería estar reconocido expresamente su derecho a solicitar la prueba anticipada. Sin embargo, el tribunal podría interpretar que, si la norma no señala dentro de los legitimados activos al niño, y en su calidad de incapaz de acuerdo al Código Civil, éste no tendría derecho a solicitar la prueba anticipada, lo que, según se ha señalado es contrario a la CDN.

Más grave aún es la situación del niño testigo, ya que la norma no admite que este solicite la prueba anticipada en las circunstancias señaladas, lo que parece un error al tenor de las normas de la CDN, pero también para los fines de esta ley que aspira a evitar la victimización secundaria de los niños que intervienen en procesos penales. Pensemos, por ejemplo, en caso que un niño sea testigo del asesinato de su padre o madre, por parte de su progenitor o progenitora o del conviviente. En este caso el niño podría estar en los supuestos del artículo 16, y no se admitirá su prueba anticipada.

2° Respecto de la procedencia de la medida, la Ley en el último inciso del artículo 16, señala que “para dictar las resoluciones a que se refiere el presente artículo, el juez deberá considerar el interés superior del niño, niña o adolescente, así como sus circunstancias personales”. Sin embargo, la Ley no determina cuáles son las circunstancias específicas que justifican la aplicación de esta medida, y, tampoco señala en qué medida debe considerar el interés superior del niño, ya que no especifica que este principio debe primar, sino que el juez lo deberá considerar. En consecuencia, la valoración de estas circunstancias, quedarán sujetas a la discrecionalidad del juez. En la práctica será fundamental que el juez escuche al niño y tome en cuenta su opinión, en la medida del desarrollo de sus facultades y, luego, fundamente su decisión en dicha opinión, y señale de qué manera tomó en consideración el principio del interés superior del niño y su derecho a ser oído.

3° Si bien el artículo 16 parte de la premisa que el niño no prestará nueva declaración, a continuación, la misma disposición contempla dos casos en los que el niño deberá prestar declaración, sea de manera anticipada o en juicio oral. Si bien la ley es clara, en cuanto a evitar la intervención del

niño en reiteradas oportunidades en el proceso, se produce un retroceso al contemplar la posibilidad de que el niño declare nuevamente en las circunstancias allí señaladas. Respecto del primer caso, en que el niño manifiesta de manera libre y espontánea su intención de declarar nuevamente, en la práctica el niño puede verse expuesto a la influencia de otros intervinientes para prestar nuevamente declaración, lo que generaría una grave vulneración de sus derechos por cuanto el niño podría ser instrumentalizado para diversos fines en el proceso. El juez, deberá estar especialmente atento a estas situaciones.

Más compleja aún es la segunda alternativa, esto es, a petición fundada de algunos de los intervinientes. En este punto la norma establece dos condiciones copulativas: primero, que existan nuevos antecedentes que justifiquen esta medida, y, segundo, que dichos antecedentes pudieran afectar sustancialmente el resultado del juicio. En la práctica el problema será determinar qué tipo de antecedentes, desconocidos con anterioridad, justifican que el niño preste nueva declaración, aun cuando este prestó declaración anticipada. En atención a que esta norma hace alusión al interés superior del niño y a las condiciones personales en las que se encuentre, pero a su vez el juez debe considerar el principio de inocencia y otros principios que forman parte del debido proceso. En la práctica el juez deberá ponderar cuál es el principio que debe primar.

Del tenor de la norma se desprende, que sólo podrá citar nuevamente al niño para que preste nueva declaración, en primer lugar, en caso de que los antecedentes aportados sean nuevos, es decir que no se tuvo noticia de ellos sino solo después de que el niño haya prestado declaración. Pero en segundo lugar, que sean de tal magnitud que pudieran “afectar sustancialmente el resultado del juicio” y en definitiva, el juez deberá atender a aquellas circunstancias que pudieran modificar la responsabilidad penal del inculpado o de su participación en el delito, sea cambiando la tipificación del delito, o que signifiquen la absolución del inculpado, se justifica que el niño preste una nueva declaración, atendiendo eso sí al principio del interés superior del niño y a sus circunstancias personales.

No obstante, cabe preguntarse si es posible citar nuevamente al niño para que declare sobre circunstancias que podrían agravar la responsabilidad penal del imputado o desvirtuar la presunción de inocencia del mismo. En principio, la norma no distingue, por lo que el juez deberá evaluar los nuevos antecedentes y determinar si son de la gravedad necesaria para citar nuevamente el niño a declarar bajo las condiciones que la ley establece.

En estos casos, el juez deberá ponderar todas estas circunstancias y justificar luego su decisión en los elementos que le permitieron otorgar un mayor peso al principio que determinó que debería primar. En todo caso, el juez deberá tomar en consideración que la norma, en principio, niega la posibilidad de que el niño preste nueva declaración tanto anticipada como en juicio oral, por lo que los casos en los que el juez decida citar a declarar nuevamente al niño, serán excepcionales.

A pesar de las observaciones anotadas con anterioridad, es un acierto del legislador establecer que la inasistencia del imputado válidamente emplazado, no obsta la validez de la prueba anticipada, por cuanto como se analizará en el acápite tercero, en otras legislaciones la ausencia de una norma similar, ha significado que el inculpado haya alegado la vulneración de su derecho a defensa y específicamente a confrontar las pruebas de cargo. En esos casos, se ha resuelto en el mismo sentido de la norma señalada, esto es, que la ausencia del inculpado no obsta la validez de la prueba anticipada y, por tanto, evitará problemas de interpretación en la práctica.

5. Medidas de protección que establece la ley en favor de niños víctimas y testigos de delitos señalados.

En el Título III de la ley, se establecen medidas generales y medidas especiales de protección en favor de los niños que intervengan en el proceso penal. La norma distingue, entre las medidas generales,

las medidas especiales y las medidas de protección para la declaración judicial, como analizará a continuación:

a. Medidas generales:

Este tipo de medidas tiene por objeto proteger la identidad, o integridad física y psíquica del niño durante su intervención en el proceso y pueden ser decretadas de oficio o a petición de alguno de los intervinientes. Se advierte de la lectura del artículo 24 que estas medidas -a diferencia de las medidas especiales- tienden más bien a proteger la intimidad del niño durante las audiencias, y únicamente de manera secundaria, proteger su integridad física y psíquica.

Además, el inciso final del artículo, establece que estas medidas no obstan las medidas que el Ministerio Público deberá adoptar para conferir al niño la debida protección. Duran el tiempo que determine el tribunal y pueden ser renovadas cuantas veces sea necesario. Por último, del tenor de la disposición se desprende que la enumeración es taxativa, ya que faculta al tribunal a decretar “una o más de las siguientes medidas”. Ello es curioso, ya que el tribunal podría determinar la procedencia de otra medida que no está en la enumeración y en principio, no podrá hacerlo. Estas son las siguientes:

- a) Suprimir de las actas de las audiencias cualquier información que pudiera servir para identificarlo directa o indirectamente;
- b) Prohibir a los intervinientes que entreguen información o formulen declaraciones a los medios de comunicación social relativas a la identidad de la víctima y su declaración;
- c) Impedir el acceso de personas determinadas o del público en general a la sala de audiencia, y ordenar su salida de ella;
- d) Prohibir a los medios de comunicación social el acceso a la sala de audiencia;
- e) Resguardar la privacidad del niño, niña o adolescente que concurra a declarar, y evitar que tenga contacto con los demás asistentes a la audiencia, especialmente durante el ingreso y salida del recinto donde funcione el tribunal.

b. Medidas especiales.

Este tipo de medidas se establecen para proteger la integridad física y psíquica del niño, especialmente para evitar que sea víctima nuevamente del agresor, esto es, lo que los instrumentos internacionales denominan la victimización repetida, según se señaló en el capítulo anterior. Sin embargo, implican restricciones para el inculpado, e incluso pueden decretarse antes de la formalización a la investigación. Por ello es que sólo pueden ser solicitadas a petición del fiscal, del querellante, curador *ad litem* o de la propia víctima. Además, deben ser decretadas por el juez de garantía y deben existir antecedentes que hagan presumir un peligro para el ofendido, según señala el artículo 25. Cumpliéndose esas condiciones, el juez podrá decretar una o más de las siguientes medidas:

- a) Prohibición o limitación de la concurrencia del presunto agresor al lugar de estudio del niño, niña o adolescente, así como a cualquier otro lugar donde éstos permanezcan, visiten o concurran habitualmente. En caso de que concurran al mismo establecimiento, el juez adoptará medidas específicas tendientes a resguardar los derechos de aquéllos;
- b) El abandono del presunto agresor del hogar que le sirve de domicilio, residencia o morada al ofendido, cuando corresponda;
- c) Confiar el cuidado del niño, niña o adolescente a una persona de su confianza, y que, a juicio del tribunal, reúna las condiciones necesarias para resguardar su integridad física y psíquica.

Finalmente, el artículo establece una condición adicional que pesa sobre el tribunal. Esta consiste en que, si alguna de estas medidas resultan procedentes, deberá enviar copia íntegra de los antecedentes

que tuvo a la vista para adoptar la medida al tribunal de familia competente, para que adopte las medidas necesarias para resguardar el interés superior del niño.

c. Medidas de protección para la declaración judicial de niños testigos de delitos enumerados en el artículo 1 de la ley.

El artículo 26 de la ley, hace aplicable a los niños testigos de delitos a los que se refiere esta ley, la medida contemplada en el inciso segundo del artículo 14, esto es, que el niño preste declaración en una sala distinta de la que se encuentren los demás intervinientes, especialmente acondicionada con un sistema interconectado de comunicación, para que pueda ser interrogado por el juez en dicha sala, de manera que los demás intervinientes puedan dirigir sus preguntas por su intermedio.

Tratándose de adolescentes testigos, es facultad del tribunal decretar medidas especiales, como las señaladas para impedir el contacto directo con los intervinientes y el público, considerando sus circunstancias personales y psicológicas.

6. Observaciones finales respecto de la Ley.

En definitiva, la ley constituye un avance en lo relativo a la justicia adaptada para niños, sin embargo, además de los problemas de interpretación señalados, es difícil entender por qué el legislador adoptó la decisión de establecer un procedimiento especial sólo en caso de ciertos delitos y no estableció estas medidas respecto de la intervención de los niños en todos los procesos judiciales, o al menos cada vez que el niño deba intervenir en el proceso penal.

Si bien el mensaje de la ley justifica esta decisión indicando que los daños emocionales que provoca en el niño y su interés superior justifican la adopción de medidas especiales, señala que “el sometimiento a este principio importa una cierta desviación de los objetivos generales del proceso penal”. En concreto, señala el mensaje, la implementación de un sistema de entrevistas video grabadas que limite el número de veces que un niño víctima deba intervenir “supone una limitación de las herramientas de persecución penal o de defensa de los imputados” (pp. 5-6). Sin embargo, a pesar de que los fines de la ley son adecuados y, además, suponen el respeto del niño como sujeto de derechos, pero también como un sujeto digno de una protección especial, el razonamiento recién descrito evidencia una instrumentalización del niño para fines del proceso penal, lo que es del todo contrario a los derechos consagrados en la CDN.

En efecto, reconocer los derechos del niño no significa menoscabar los derechos de los demás intervinientes. Una ponderación adecuada de los principios reconocidos a los niños en la CDN y los principios y derechos reconocidos al imputado en distintos instrumentos internacionales y en el Derecho interno, supone buscar un equilibrio entre ambos y no un menoscabo de uno en pos del otro, como se analizará en el último acápite de este capítulo.

Del mismo modo, si la ley restringe este tipo de entrevistas a los niños víctimas de delitos enumerados en el artículo primero, cabe preguntarse cómo deberá en adelante, proceder respecto de los niños víctimas de otros delitos en el proceso penal. Como la ley sólo se limita a establecer medidas de protección para los niños víctimas de los delitos enumerados en el artículo 1, en principio, los niños víctimas y testigos de otros delitos quedarían sin una protección especial, lo que es grave.

La ley deja fuera delitos que pueden provocar un gran impacto en el niño, como el delito de maltrato a menores de dieciocho años de edad, contemplado en los artículos 403 bis y siguientes del Código Penal, tipificado en Chile gracias a las recomendaciones del Comité de derechos del niño¹⁶⁴. Otro ejemplo, de delitos que pueden sufrir niños y en los que es importante que se le confieran medidas especiales de protección es el delito de torturas y tratos crueles e inhumanos¹⁶⁵ contemplados en los artículos 148 y siguientes del Código Penal.

Como se señaló en el capítulo anterior, existe consenso en la doctrina en cuanto a que la prohibición de la tortura y los tratos crueles, degradantes e inhumanos constituiría una norma de *ius cogens*, y, en consecuencia, normas de la más alta jerarquía en el derecho internacional, por cuanto constituyen valores que la comunidad internacional ha elevado a la categoría de esenciales. En nuestro ordenamiento jurídico, luego de varias recomendaciones de organismos internacionales se tipificó este delito¹⁶⁶ que puede ser cometido por funcionario público o por particulares ejerciendo una función pública o por instigación de un funcionario público. En principio, los niños víctimas y testigos de estos graves delitos quedarán excluidos de la protección que ofrece la ley, por cuanto no se encuentran enumerados en el artículo 1 de la ley.

Del mismo modo, el artículo 150 D del Código Penal que se refiere a los apremios ilegítimos u otros tratos crueles e inhumanos o degradantes que no alcancen a constituir tortura aumenta la pena en un grado, cuando se comete en contra de un menor de dieciocho años. Sin embargo, la ley 21.057 deja fuera del ámbito de aplicación y, en consecuencia, de medidas especiales de protección a los niños víctimas o testigos de estos delitos, por lo que en la práctica quedará al arbitrio de los tribunales aplicar medidas especiales de protección respecto de los niños víctimas o testigos de apremios ilegítimos. Lo señalado son sólo ejemplos de delitos que pueden ser cometidos en contra de niños y que quedan fuera de las medidas de protección contempladas en el artículo 21.057.

Por todo lo anterior, hubiera sido más acertado que la Ley estableciera mecanismos de protección para todos los niños y niñas que intervinieran en el proceso penal, en calidad de víctimas y testigos, y no lo restringiera sólo a algunos delitos que por distintos motivos quedaron al margen de la aplicación de la Ley, por cuanto deja sin protección a niños víctimas y testigos de ilícitos que pueden ser de tanta gravedad, como los señalados.

Por otro lado, si bien la ley busca prevenir la victimización secundaria provocada, en parte, por las múltiples entrevistas a que se somete al niño en el proceso penal, se advierte de su lectura que el niño podría ser entrevistado en varias oportunidades: en la denuncia, en la entrevista investigativa, en otras diligencias investigativas, en la declaración judicial o declaración judicial anticipada que puede repetirse en los casos analizados, por lo que tampoco cumple el propósito de reducir el número de entrevistas, como señala el mensaje.

¹⁶⁴ Ley 21013, Art. 1 N° 5 D.O. 06.06.2017.

¹⁶⁵ Ley 20968, Art. 1 N°1 D.O. 22.11.2016.

¹⁶⁶ Artículo 150 A. Inciso 3°: Se entenderá por tortura todo acto por el cual se inflija intencionalmente a una persona dolores o sufrimientos graves, ya sean físicos, sexuales o psíquicos, con el fin de obtener de ella o de un tercero información, declaración o una confesión, de castigarla por un acto que haya cometido, o se le impute haber cometido, o de intimidar o coaccionar a esa persona, o en razón de una discriminación fundada en motivos tales como la ideología, la opinión política, la religión o creencias de la víctima; la nación, la raza, la *etnia* o el grupo social al que pertenezca; el sexo, la orientación sexual, la identidad de género, la edad, la filiación, la apariencia personal, el estado de salud o la situación de discapacidad.

Se entenderá también por tortura la aplicación intencional de métodos tendientes a anular la personalidad de la víctima, o a disminuir su voluntad o su capacidad de discernimiento o decisión, con alguno de los fines referidos en el inciso precedente. Esta conducta se sancionará con la pena de presidio menor en su grado máximo.

Se percibe de la lectura del mensaje que el legislador asocia el número de entrevistas a que es sometido el niño, con la eficacia de la persecución penal, como si a mayor número de entrevistas fueran mayores o mejores las herramientas de la persecución penal, lo que también es errado. Como se señaló en el apartado anterior, nuestro sistema penal no limita el número de entrevistas en las que deben intervenir los niños cuando son víctimas de un delito, lo que no ha redundado en una mejor o más eficiente persecución penal.

Como se señaló, el número de causas que termina en archivo provisional supera el 50% y las causas que llegan a un pronunciamiento del tribunal apenas alcanza un 14%. Ello contrasta con los derechos del imputado, que puede acogerse a su derecho a guardar silencio. La víctima en cambio, no tiene este derecho, por cuanto si lo hace su causa no tendrá ningún futuro. Por tanto, el actual sistema, sigue descansando de manera casi exclusiva en la participación de la víctima en el proceso aun cuando esto pueda significar la vulneración de derechos de aquellos colectivos considerados más vulnerables dentro de la sociedad, tales como los niños y, en especial, los niños que forman parte de otros grupos vulnerables como las niñas, los indígenas, los migrantes, los niños en situación de discapacidad, considerados como colectivos multivulnerables.

Otra de las deficiencias de la Ley es que no prevé la representación judicial del niño. Para que el niño pueda intervenir adecuadamente en el proceso, con la asesoría necesaria, requiere de representación judicial, tanto para que pueda solicitar medidas de protección, como para que pueda ejercer sus derechos adecuadamente, como la posibilidad de obtener la reparación de los daños. Sin esta adecuada orientación, la ley podría no cumplir los fines para los que fue sancionada y convertirse, en definitiva, en letra muerta.

Por último, la Ley no establece ninguna medida de reparación especial, en el caso de los niños víctimas de este tipo de delitos, lo que también constituye una carencia importante, toda vez que, tal como se analizó en el capítulo anterior, instrumentos internacionales y fallos de tribunales internacionales, establecen como uno de los derechos de las víctimas la posibilidad de obtener reparación de los daños causados, su reinserción y su recuperación. Ello, en atención a que en muchas ocasiones el niño es víctima de hechos delictuales al interior de su grupo familiar, por lo que en caso de que su agresor sea también el sostenedor de la familia, el niño queda en una especial situación de vulnerabilidad.

Como la Ley nada establece al respecto, este tema deberá resolverse de acuerdo a las normas generales que son del todo insuficientes en el caso de los niños víctimas, ya que están asociadas a la representación judicial que, de conformidad a la ley, el Estado no tiene obligación de otorgar al niño.

En todo caso, la Ley constituye un avance por cuanto, prevé que las entrevistas las realice una persona especializada, además que se realicen en un ambiente adecuado, y, por tanto, establece la existencia de salas especiales adaptadas para niños de acuerdo a su edad y grado de madurez.

Si bien el Poder judicial desde el año 2013 implementó salas de este tipo, al contar con una regulación legal, se le da un marco normativo de aplicación, y en especial, se otorgan recursos humanos y financieros adicionales, para cubrir los requerimientos y exigencias de la ley, lo que es de suma relevancia.

2. La declaración de los niños en el proceso penal y su valoración.

2.1. El valor de la declaración de los niños en perspectiva histórica.

Goodman en el texto denominado "Children's testimony in historical perspectiva" (1984, pp. 9-31) relata cómo los niños han sido llevados a tribunales de justicia en calidad de víctimas testigos, o sospechosos y acusados desde hace siglos, no obstante, el valor que se le ha dado a dichas declaraciones ha sido distinto a lo largo de la historia.

En los primeros años del siglo XX la declaración de los niños en los procesos judiciales fue rechazada por algunos autores, en especial, por estudiosos del Derecho y psicólogos forenses. Un ejemplo de ello fue J. Varendock, psicólogo belga que en 1911 exclamaba "*¿when are we going to give up, in all civilised nations, listening to children in courts of law?*"¹⁶⁷" (Goodman, 1984, p. 9).

Los primeros estudios sobre testimonio infantil revelaban que los niños eran los más peligrosos entre los testigos. Así, para Goodman la cultura occidental ha estado impregnada desde tiempos inmemoriales de estereotipos sobre la niñez, existiendo una imagen ambivalente sobre ellos, ya que se les veía como inocentes y veraces, pero al mismo tiempo manipuladores o incluso retorcidos. Agrega que un niño que informa sobre un caso de abuso sexual, puede ser visto como una víctima inocente y veraz, o como una criatura de una incontrolable fantasía sexual. A su vez, un niño testigo de asesinato, puede ser visto como alguien que no tiene razones para mentir, pero también, como alguien sumamente sugestionable.

Goodman (1984), relata de modo paradigmático el caso de los juicios de Salem¹⁶⁸-entre 1692 y 1693, época de la colonización en Estados Unidos-, un pueblo en Massachusetts, en el que unas niñas acusaron a una esclava de brujería y de ocasionarles los síntomas que estaban experimentando. El pueblo creyó en las niñas y se generó una histeria colectiva, tras lo cual los adultos comenzaron a sufrir los mismos síntomas y a acusarse unos a otros de brujería. En el año 1972 esto fue explicado por Morrison como la necesidad de llamar la atención de los niños y de un exhibicionismo natural atribuible a su corta edad, como aquello que generó esta reacción en cadena.

Pero Goodman (1984) cita estudios de Carporael y Matossian, de 1976, en que los autores plantean una hipótesis alternativa. Estos estudios llegaban a la conclusión que probablemente los síntomas que sufrieron las personas del pueblo se debieron a un envenenamiento causado por un hongo que crece en el centeno, que era muy consumido por la gente del pueblo y que, durante ese año, debido a las lluvias, se había propagado, y generado las intoxicaciones. Esta intoxicación, llamada ergotismo, provoca sensación de hormigueo en la piel, bloqueo de la orina, delirio, alucinaciones, visiones de demonios, etc. Además, es frecuente que se manifieste primero en los niños y adolescentes y, luego, en los adultos.

Para Goodman, este es un buen ejemplo de la imagen ambivalente respecto de los niños, lo que ha afectado, sobre todo, las normas que dicen relación con el testimonio de ellos, prohibiendo la declaración de niños menores de 10 años en varios Estados (1984, p. 11).

Históricamente la regulación del testimonio ha variado, dependiendo del sistema jurídico en el que se ha desarrollado.

¹⁶⁷ ¿Cuándo vamos a renunciar, en todas las naciones civilizadas, a escuchar a los niños en los tribunales de justicia?

¹⁶⁸ Estos juicios inspiraron la obra de teatro "Las Brujas de Salem", escrita por Arthur Miller en 1953, y fueron descritos por el autor como uno de los más extraños y terribles capítulos de la historia humana.

Hasta antes del medioevo, a los niños se les prohibía testificar y los testigos eran sometidos a tortura. Así, Gonzalo Martínez Diez, relata en “La tortura judicial en la legislación española” que la tortura era usual en Roma, de tal manera que 9 de las 21 leyes teodosianas se referían a la tortura judicial. Se establecía que, en las acusaciones de adulterio, el marido podía interrogar por medio de tormento no sólo a sus siervos, sino también a los de su esposa, con tal que estuviesen en la casa en el momento del adulterio. La tortura sobre los testigos se mantendría en el *Breviario de Alarico*, sólo exceptuándose aquellos testigos que ya habían sido atormentados. Luego las *Sententiae Pauli*, regularán la tortura de los hombres libres con mayor detalle, de tal manera que no se aplicará tormento en las causas civiles o pecuniarias, quedando la tortura limitada a las causas criminales y a la herencia (1962, pp. 228-229).

Con posterioridad, la legislación *Chivisdasvinto* constituye un enorme progreso del Derecho romano, en cuanto a las garantías en la aplicación de la tortura, en cuanto exigió el juramento del acusador en presencia del juez y la tortura sólo podía realizarse en presencia de éste y de testigos, como, asimismo, se reguló el plazo a que estaba sujeta la “*quaestio*”, la que no se podía extender por más de 3 días. El “*Libe Judiciorum*” limitó aún más la tortura de los hombres libres, prohibiendo el tormento a los testigos.

Señala Martínez que tanto el Derecho popular como el consuetudinario de la Alta Edad Media ignoró por completo la tortura (1962, p. 249). Durante la Edad Media, en cambio, se aplicó la *ordalia* – *trial by ordeal*– o Juicio de Dios que según Tomás y Valiente consistía en invocar e interpretar el juicio de la divinidad a través de mecanismos ritualizados y sensibles, de los cuales se infería la inocencia o culpabilidad del acusado (Tomás y Valiente *et al.*, 2000, p. 206).

La reaparición de la tortura es obra de Alfonso X y sus juristas de formación boloniense, que permitieron la tortura tanto respecto de los siervos que prestaban testimonio como de los acusados, en tanto fueran hombres libres (Martínez, 1962, p. 250).

La Siete Partidas, regularon este instituto con mayor detención¹⁶⁹, de tal modo que la partida VII ordenaba la tortura de todos los siervos presentes en el lugar que hubiera sido asesinado el señor o la señora o un hijo de ellos. Se exceptuaba al menor de 14 años que debía recibir azotes con correa (Martínez, 1962, p. 261).

El Derecho canónico también rechazó el testimonio de los menores de 14 años y las mujeres menores de 12 años, de los ciegos, sordos, mudos, esclavos e infames y de los condenados por crimen, de personas excomulgadas, pobres, mujeres en casos penales, etc. (Maravall, 2018, p. 45)

En el *common law*, durante el siglo XVII, se establecieron rangos de edad para declarar, o que la declaración estuviera sujeta a ciertas condiciones. Según Goodman, bajo los siete años, los niños no podían declarar. Desde los siete años hasta los catorce años, podían testificar en una corte si se determinaba que eran capaces de entender las consecuencias de declarar bajo juramento. Para determinar su capacidad, el juez lo entrevistaba y le preguntaba si entendía lo que era declarar bajo juramento y que mentir lo llevaría al infierno¹⁷⁰. Con posterioridad a ello, se le permitía declarar (Goodman, 1984, p. 12).

¹⁶⁹ Lo que se debe según el autor a la “ciega admiración por el derecho romano, de espaldas a tradiciones jurídicas nacionales y en contradicción incluso con la moderación cristiana que empapa todas las Partidas” (Martínez, 1962, p. 354)

¹⁷⁰ Goodman entrega un ejemplo de una entrevista realizada por la corte a un niño de 13 años, en caso Rex v.

Braddon and Speke (1684):

Judge: *What age are you of?*

Witness: *I am 13, my lord.*

Attorney: *Do you know what an oath is?*

La edad, luego, no fue considerada como un impedimento para declarar, en el caso *Rex v. Braiser* (1779), en el que la declaración de una niña de 5 años fue declarada admisible como evidencia en un juicio de violación. Allí se determinó, que la edad no era una regla estricta para decidir si la declaración de un niño debía ser excluida como evidencia, pero se señaló que la corte debía determinar si el niño era capaz de entender el daño y la irreverencia de una falsedad (Goodman, 1984, p. 13). Goodman señala que este caso fijó un importante estándar sobre la competencia para examinar niños testigos. La edad fue reemplazada por la discrecionalidad del tribunal para determinar si el niño tenía las competencias necesarias para declarar, tras el juramento (Goodman, 1984, p. 13).

Goodman concluye que, en todo caso, el juramento no acredita la veracidad de la declaración de un niño -o de un adulto- ya que es posible que el niño no sienta la confianza para decir la verdad o no entienda la diferencia entre decir la verdad o decir una mentira o que es malo decir una mentira. En definitiva, ni el juramento, ni la amenaza de castigo, constituyen una garantía de la honestidad del testigo (Goodman, 1984, p. 13).

Spencer relata que, en Escocia, en el siglo XIX las reglas sobre la competencia de los niños para testificar, eran más restrictivas que en Inglaterra, ya que todo aquel que debía testificar, debía hacerlo bajo juramento, pero estaba prohibido tomar juramento a los niños menores de 14 años y niñas menores de 12 años. Asimismo, se consideraba que el niño a cualquier edad era incompetente para declarar como testigo en un procedimiento en el que estuvieran involucrados sus padres (Spencer y Flin, 1990, p. 55).

En el siglo XX, distintas reformas legislativas en el *common law*, permitieron la declaración de los niños prescindiendo de juramento¹⁷¹, si, en opinión de la corte, estaba dotado de inteligencia suficiente y entendía la importancia de decir la verdad (Spencer y Flin, 1990, p. 237).

En el Derecho continental, la influencia del Derecho canónico fue mucho mayor, de tal modo que se fijaron límites para que los niños pudieran declarar: 12 años respecto de las niñas y 14 respecto de los niños. Las estrictas reglas de procedimiento que prevalecieron durante la Edad Media, cedieron ante un sistema de valoración libre de la prueba, que posteriormente evolucionaría en el principio de la “íntima convicción”. Esto se tradujo en una mayor libertad para los jueces a la hora de tomar decisiones. Así, en caso de utilizarse la declaración de un niño, su testimonio se valoraba conforme a la credibilidad de tal declaración y a la convicción moral del juez. Por ello, en el proceso penal continental no se desarrollaron reglas de exclusión de menores, sino más bien, basándose en el principio de la íntima convicción, se opusieron a ellas (Maravall, 2018, p. 48).

En todo caso, tal como señala Maravall, ambos sistemas no diferían demasiado en cuanto al valor que se le daba al testimonio infantil, ya que si bien en el sistema continental, el juez tenía amplias facultades para decidir si el niño debía ser oído, en el derecho anglosajón, la incapacidad para testificar “se

Witness: No.

Judge: Suppose you should tell a lie; do you know who the father of lies is?

Witness: Yes.

Judge: Who is it?

Witness: The devil.

Judges: And if you should tell a lie, do you know what would become of you?

Witness: Yes.

Judge: What if you should swear to a lie? If you should call God to witness to a lie, what would become of you then?

Witness: I should go to hell-fire.

¹⁷¹ Sección 38, *Children and Young Persons Act* de 1933.

infiltraba en el derecho” y la discrecionalidad del juez se encontraba más limitada, debiendo demostrar la capacidad del niño para declarar e imputar al sospechoso (Maravall, 2018, p. 49).

En la actualidad existen numerosos estudios que demuestran que los niños poseen las competencias necesarias para intervenir en el proceso en calidad de víctimas y testigos. Si bien a principios del siglo XX muchos psicólogos, abogados y jueces, tenían prejuicios respecto de la declaración de los niños¹⁷², recientes investigaciones de psicología forense -en especial, de la psicología del testimonio- han demostrado lo errado de esas creencias, aunque, como se analizará en el apartado siguiente, existen factores que sí pueden influir en su testimonio, como la edad, el ambiente en que se presta la declaración, la manera de entrevistar al niño, el tiempo en que se presta la declaración, etc.

Así, se debe reconocer que la intervención del niño en el proceso penal presenta una serie de dificultades, que dicen relación con su posible reticencia a prestar declaración, por distintos motivos, tales como inhibiciones, temor a represalias, vergüenza, el impacto asociado al hecho, etc. (Díaz Cantón, 2012, p. 167).

Por lo anterior, diversos estudios (Díaz, 2012; Goodman, 1984; Spencer y Flin, 1990, entre otros) e instrumentos internacionales, como los analizados, sostienen la importancia de que la declaración del niño se preste en un ambiente adecuado, donde pueda fluir con la mayor naturalidad y espontaneidad posible. Del mismo modo, debe procurarse que la declaración se preste en una época lo más cercana a los hechos materia de investigación y, de esta manera, preservar la memoria del niño y evitar la contaminación de su relato.

2.2. Factores que inciden en la declaración de los niños. Aportes de la Psicología del testimonio

Diges (1993, pp. 118 - 120) señala que a principios del siglo XX existían ideas equivocadas sobre el testimonio de los niños pequeños, particularmente en dos aspectos: a) que poseían una memoria limitada b) y que eran susceptibles a preguntas sesgadas o sugerentes. Sin embargo, investigaciones más recientes de la psicología forense y en especial, de la psicología del testimonio demuestran lo equivocado de estas afirmaciones. De acuerdo a lo que señala Diges, en estudios sobre el recuerdo de sucesos no se detectaron diferencias entre la memoria de niños de entre 10 y 11 años y la memoria de los adultos.

Manzanero (2008) sostiene que la exactitud de la memoria autobiográfica de los niños puede variar dependiendo de la edad, el tipo de prueba que se les administre, el nivel de estrés o la carga emocional tanto en la codificación del recuerdo como en lo implicado que esté en el suceso. Estos factores influirían en la declaración del niño por lo que serán analizados a continuación.

2.2.1. El paso del tiempo como factor que incide en la memoria del niño y en su declaración

El tiempo es un factor importante en la declaración de los niños, por cuanto, como señala la observación general número 14 analizada en el capítulo anterior, los niños no tienen la misma percepción del tiempo que los adultos (artículo 3, párr. 1).

En primer lugar, los retrasos o dilaciones indebidas en el proceso pueden someter al niño a un estrés mayor, por la ansiedad que les genera comparecer en juicio o relatar ante extraños lo sucedido (Spencer y Flin, 1990, p. 246). También señalan los autores que la ansiedad es mayor, cuanto mayor es

¹⁷² Por cuanto se consideraba que los niños tenían una memoria limitada o que eran más sugestionables o susceptibles frente a preguntas sesgadas o sugerentes (Diges, 1993, p. 118).

el desconocimiento sobre los procesos en los que debe intervenir. Sobre todo, se identifican en el niño sentimientos de angustia y aprensiones sobre la forma o propósito del juicio (Diges, 1993, p. 128). Por ello, es fundamental que los niños sean preparados antes de su intervención en el juicio o en algún procedimiento, de manera tal que sepan exactamente qué ocurrirá en dicha instancia y qué es lo que se espera de ellos (Diges, 1993, p. 129).

En segundo lugar, el paso del tiempo puede provocar pérdida en las pruebas o el deterioro de su calidad. Ello no sólo dice relación con las pruebas materiales o físicas que se allegarán al proceso, sino, además, con la demora en la declaración del niño. Este lapso provoca deterioro en el recuerdo de los hechos sobre los que debe testificar. Este fenómeno, ha sido objeto de investigaciones por parte de la psicología del testimonio, que ha analizado entre otros temas, la memoria de los testigos, en especial de los menores de edad.

En términos generales, se distingue la memoria de corto plazo y la memoria de largo plazo. La memoria de corto plazo -que luego fue denominada memoria operativa por Baddeley y Hitch-, es una especie de almacén de retención, y será la responsable de los procesos posteriores de memoria de largo plazo.

En especial, esta memoria es la fuente del proceso de codificación, aunque también del proceso de recuperación, como se analizará posteriormente. La memoria operativa, se mantiene activa mientras se le dedica atención, pero luego decae rápidamente cuando esta atención se centra en una información distinta (Manzanero, 2008, pp. 33-34).

En cambio, nuestros recuerdos o memoria de largo plazo, son almacenados bajo una estructura que está compuesta por una información central y, además, los elementos contextuales que la acompañan. Manzanero, agrega que la huella de memoria está fechada temporalmente y localizada espacialmente respecto al propio sujeto y a otros sucesos. Este tipo de memoria de largo plazo, denominada episódica atraviesa por tres procesos: la codificación, la retención y la recuperación (Manzanero, 2008, p. 38).

El proceso de codificación, forma lo que se denomina una huella de memoria. Esta huella se ve influida por la información almacenada en la memoria, y es relacionada -de manera autobiográfica y/o espacio-temporalmente- con el episodio que es objeto de codificación y por conceptos que forman parte de nuestro conocimiento. Todos estos elementos afectan la interpretación de la información que percibimos, que es objeto de un proceso de selección, y posterior interpretación que otorga significado e integra las estructuras que previamente existen (Manzanero, 2008, p. 38).

El proceso de retención, se ve fuertemente influido por el tiempo, ya que mientras mayor sea el período de retención, mayor será el deterioro de las huellas de memoria. En esta fase, es fundamental el proceso de recodificación, en el cual las huellas de memoria se modifican, debido a todo tipo de actividad mental. Las circunstancias que provocan una mayor recodificación son aquellas en las que se repiten los mismos sucesos, o sucesos similares.

La repetición puede provocar confusión entre distintos sucesos -por un *solapamiento*, por ejemplo- o bien una mayor accesibilidad a las huellas originales, "dependiendo de los hechos interpolados entre la codificación y la recuperación, y las particularidades de la propia codificación" (Manzanero, 2008, p. 39).

Por último, el proceso de recuperación, implica acceder a la información previamente almacenada, lo que no suele ser una tarea fácil. En primer lugar, señala Manzanero, una de las dificultades que se puede presentar, es que el sistema cognitivo no este predispuesto para la recuperación.

En segundo lugar, debe existir un indicio adecuado para la recuperación, es decir, “la clave que facilita encontrar la información almacenada”, como la referencia de un libro en una biblioteca, señala Manzanero (2008, p. 39).

Estos indicios se utilizaron en la codificación, y serán las pistas para localizar la información que se pretende obtener. Así, la recuperación dependerá de las distintas tareas de la memoria, entre las que se distinguen, las tareas explícitas o deliberadas, como el reconocimiento, recuerdo libre y recuerdo con indicios, e implican la recuperación consciente de la información y, por otra parte, las tareas implícitas o no deliberadas, que no requieren recuperación consciente.

De esta manera, la retención de sucesos en la memoria, dependerá de muchos factores, entre los que se destacan: el tiempo transcurrido, la información o conocimientos que fue almacenada en la memoria y como se relacionan los sucesos, con las demás experiencias autobiográficas y/o de espacio-tiempo. Esta información es codificada y luego, de un proceso de interpretación -que puede estar influido por nueva información que reciben los sujetos luego del suceso, por ejemplo- pasa a nuestra memoria de largo plazo y constituye las huellas de memoria.

En el caso de los niños, sobre todo los más pequeños, ya sea por problemas de lenguaje o por falta de conocimientos previos para interpretar los sucesos, resulta complejo recuperar una información que no fue codificada o que se interpretó de manera distinta a la utilizada en la recuperación posterior. Ello explica un fenómeno que se denomina amnesia infantil, que se produce durante los cinco primeros años de vida. Situación que se analizará en el apartado siguiente.

Sin embargo, respecto de la exactitud del recuerdo infantil, en pruebas realizadas con niños de entre 7 a 18 años de edad, no hubo diferencias significativas, en relación a la memoria de los adultos.

En efecto, Manzanero (2008), señala que Stern (1910) realizó los primeros estudios sobre la memoria infantil, comparando niños de 7, 11 y 13 años con adolescentes de 16 a 18 años, y no hubo diferencias significativas, en cuanto al recuerdo libre. Sin embargo, en 1980, Cohen y Hamick realizaron estudios con niños más pequeños, se observó peor rendimiento, pero porque proporcionan menos información que los adultos, aunque con la misma exactitud de los recuerdos de estos.

En cuanto a la exactitud del recuerdo Ornstein, Shapiro, Clubb, Follmer y Baker-Ward en 1997, realizaron un estudio en niños de 3 a 7 años que habían sido sometidos a procedimientos médicos aversivos y estresantes. En un 88% de los casos, los niños recordaron con gran exactitud los procedimientos a los que fueron sometidos. Cuando se les entrevistó nuevamente a seis semanas de la realización de dichos procedimientos, su recuerdo tuvo un 86% de exactitud, pudiendo discriminar entre información real e información falsa en un 95% de las veces, y seis semanas después, en un 93%.

A similares resultados llegaron Peterson y Bell en 1996, con niños de 2 a 13 años, que luego de haber sido víctimas de un accidente, tras el cual fueron hospitalizados, recordaban con detalle el suceso, en especial aquellos de mayor edad y aquellos quienes habían sido hospitalizados (Manzanero, 2008, p. 120).

Sin embargo, Manzanero plantea que la dificultad que puede presentar la declaración de los niños más pequeños, es la incapacidad para discriminar entre el esquema general del suceso y los detalles episódicos concretos, ya que cuando se trata de sucesos múltiples tienden a mezclar detalles y agregar datos a episodios concretos. Ello se debe a que los niños más pequeños “carecen de conocimientos apropiados para reconstruir el pasado, por lo que dependen de las preguntas de los adultos que les guíen en el recuerdo” (Manzanero, 2008, p. 120-121).

De ello se desprende, en consecuencia, que los niños tienen similares capacidades que los adultos para describir sucesos y para dar detalles de eventos que han sido relevantes o que les han causado algún impacto, pero para que su declaración sea fiable, es necesario que la entrevista y el relato de los hechos, se haga lo antes posible y con adultos que les guíen en el recuerdo (Manzanero, 2008, p. 121).

En tercer lugar, se señala que el paso del tiempo puede ser perjudicial, por cuanto durante dicho período, el niño será entrevistado por distintas personas, muchas de las cuales no tienen las competencias necesarias para realizar una entrevista. En efecto, diversos estudios demuestran que los niños son muy vulnerables a las sugerencias. Estudios realizados a principios de siglo veinte, en que se evaluaba a 18 niños de entre 8 y 10 años, preguntándoles sobre el color de la barba de uno de sus profesores. Dieciséis niños respondieron que la barba de su profesor era negra, sin embargo, el profesor no tenía barba (Manzanero, 2008, p. 121).

Estudios señalan que cuanto más pequeño es el niño, más vulnerable es a las sugerencias, en especial, cuando se sienten intimidados, con sugerencias fuertemente establecidas, frecuentes o cuando varios hacen la misma sugerencia. Ello debido a la tendencia de los niños más pequeños de adaptarse a los deseos de los adultos (Manzanero, 2008, p. 121). Esto será especialmente importante en caso de que el niño sea sometido al conainterrogatorio de la defensa .

Pero además durante ese lapso, que media entre la revelación del niño y el juicio, podría ser influenciado por adultos que esperan un resultado específico del proceso.

En efecto, describe Manzanero que en estudios de Clarke-Stewart, Thomson y Lepore de 1989, sobre niños de 5 y 6 años. Ellos debían presenciar como un adulto limpiaba una muñeca y luego, los niños debían relatar lo que habían visto, pero antes se les sugería que el adulto estaba molestando sexualmente a la muñeca y estaba siendo agresivo con ella. La interpretación de los niños sobre la escena fue fácilmente manipulada por las sugerencias de los adultos, especialmente si estas se hacían de modo insistente.

Del mismo modo, en estudios posteriores -se cita a Luus y Well en 1992- se constataba que los niños eran menos exactos cuando se les acosaba con preguntas frecuentes y, por tanto, eran más sugestionables frente a la presión. Pero si se les preguntaba en forma clara sin presión, podía ser tan exactos como los adultos.

En consecuencia, la declaración de los niños, en especial aquellos de corta edad -preescolares- puede ser influenciada fácilmente. Sin embargo, existen estudios que demuestran que la resistencia a las sugerencias, aumenta con la edad. En efecto, Cohen y Harnick, en investigación realizada en 1980, determinaron que los niños de 9 años estaban de acuerdo con las sugerencias falsas con más frecuencia que los niños de 12 años. Estos últimos, además, mostraron ser más resistentes a las cuestiones engañosas, y respondieron igualmente bien que los estudiantes universitarios. Esto se puede deber a que los niños más pequeños tienen un menor desarrollo de la capacidad para proteger su memoria de las sugerencias intrusivas -capacidad metamnemónica, que permite almacenar y recordar aquello que pasó-, y porque tienden a tener una mayor confianza en la autoridad del adulto que formula la pregunta (Manzanero, 2008, p. 122).

Del mismo modo, se han realizado estudios sobre las falsas memorias o falsos recuerdos, de niños que se encontraban bajo la presión de adultos involucrados en disputas matrimoniales (Manzanero, 2008, p. 133). También se ha demostrado que una metodología inapropiada en el marco de técnicas de psicoterapia, podría ser la responsable de falsas acusaciones de agresiones sexuales. Este tema se desarrollará al tratar la importancia de la persona que realiza la entrevista al niño.

Asimismo, se ha señalado que las múltiples declaraciones prestadas por los niños, en especial de corta edad, pueden presentar inconsistencias. En efecto Manzanero y González (2015) se refieren a una investigación de Fivush de 1993, con niños de 3 años que, al ser sometidos a dos entrevistas en distintos espacios de tiempo, sólo el 10% de lo relatado en la primera entrevista, volvía a aparecer en la segunda entrevista. Estas inconsistencias, son más frecuentes en niños que en adultos según investigaciones de Warren, Hulsse-Trotter y Tubbs, de 1991 (Manzanero y Gonzalez, 2015, p. 131).

Así, cuando el niño se enfrente al tribunal oral para declarar judicialmente, luego de haber transcurrido varios meses desde que prestó la primera declaración, es probable que haya relatado el suceso en varias ocasiones, ante sus padres, familiares, compañeros, profesores, médicos y luego en los distintos momentos del proceso. Está demostrado que mientras más se pregunta a una víctima sobre una agresión, en especial, si es un niño, existen más probabilidades de proporcionarle información falsa, de hacerle preguntas sugestivas, y de forzarle a completar lagunas mediante estereotipos.

Por otra parte, se sostiene que mientras más se le pregunta al niño, este podrá percibir los intereses de los adultos y aprender qué contestar y qué no. Por ello, se ha sostenido, que los múltiples interrogatorios deben ser mínimos para evitar contaminar el relato (Manzanero, 2000, pp. 15 - 16).

Echeburúa y Subijana (2008, p. 736), sostienen que en su gran mayoría los niños no suelen mentir cuando realizan una denuncia, en especial, una denuncia de abuso sexual; sin embargo, no debe descartarse que ello ocurra. En efecto, el 7% de las declaraciones de niños que denuncian abuso sexual han sido determinadas como falsas, en especial, cuando este tipo de denuncia se realiza en contexto de un divorcio conflictivo.

Señalan los autores que en estas circunstancias los niños pueden ser objeto de utilización y engaño por parte de la ex pareja, como una forma de venganza o bien para conseguir la custodia del niño o cambiar el régimen de visitas. Pero también, señalan que es relativamente frecuente que los niños se retracten por presión de la familia ante la trascendencia familiar, social o judicial de la revelación. En conclusión, señalan los autores que los niños son más propensos a negar experiencias que les han ocurrido, que a hacer afirmaciones falsas sobre este tipo de acontecimientos (2008, p. 737).

Finalmente, el paso del tiempo, expone al niño a múltiples factores: el estrés y ansiedad de revivir lo sucedido, el deterioro de sus recuerdos. Pero, además, con el paso del tiempo, los niños se ven expuestos a la influencia de terceros que pueden contribuir a modificar su relato. La influencia de un tercero en el relato del niño se puede producir de manera intencional y generar falsos recuerdos en el niño, pero también, se puede deber a las múltiples declaraciones que los niños deben prestar ante sujetos que no están capacitados para entrevistarlos o para recuperar su memoria, que podrían plantear preguntas sugestivas, ante las que los niños son altamente influenciables. Todo ello genera problemas para los fines del proceso, pero además podría generar un grave daño en el niño, vulnerando así, las normas de la Convención sobre Derechos del Niño que, como se señaló en el capítulo anterior, aspira a un desarrollo holístico del niño.

2.2.2. La importancia de la edad de la víctima o testigo

La edad del niño es fundamental para determinar de qué manera se le debe escuchar. Como se adelantó en el apartado anterior, la memoria autobiográfica es la que nos permite relatar un evento vivido, pero para poder hacerlo, nuestra mente debe ser capaz de registrar, almacenar, elaborar y, posteriormente, recuperar la información que se requiere. En ese proceso, la memoria de un individuo podría verse alterada tanto desde una perspectiva externa -cuando se sugieren hechos que no ocurrieron, por ejemplo-, como desde una perspectiva interna -porque el individuo no codificó adecuadamente la información-. Como se señaló en el apartado anterior, los niños pequeños – en especial, niños de entre 3 a 6 años-, son

más vulnerables a la sugestibilidad, lo que se debe a diversos factores, como la edad, el transcurso del tiempo y las características del niño (Silva, *et al.*, 2016, p. 227).

Como ya se mencionó en el apartado anterior, la edad del niño, también es un factor en la denominada amnesia infantil, que dice relación con su imposibilidad para recordar hechos los primeros 5 años de vida. En cuanto a este fenómeno, existen varias teorías que intentan explicarlo: la teoría de la inaccesibilidad, que señala que, si bien la información se encuentra codificada, no se puede acceder a ella por cambios contextuales relativos al paso del tiempo, a las variaciones en nuestro entorno como a los cambios en nuestro ciclo vital (Silva *et al.*, 2016, p. 227).

Otra teoría señala que la amnesia infantil se debe a la inmadurez neurológica propia de los niños preescolares. Otra tesis dice relación con el desarrollo del lenguaje, pero no hay estudios concluyentes sobre de qué manera o en qué momento el lenguaje contribuye a la memoria episódica, que forma parte de la memoria autobiográfica.

En todo caso, la edad por sí sola no permite medir las habilidades de un niño para aportar información útil y precisa, sin embargo, es más frecuente que los niños más pequeños entreguen menor información, que los niños de mayor edad, como asimismo en promedio, cometen más errores que estos últimos (Fundación Amparo y Justicia, 2017, p. 43).

Por lo tanto, la edad del niño debe ser considerada al momento de prestar declaración, por cuanto, los niños en edad preescolar tienen una memoria limitada, además son más vulnerables a las preguntas sugestivas y podría dar respuestas sobre hechos que desconocen.

Estos elementos deben ser tomados en consideración para evaluar la conveniencia de que el niño preste declaración, sobre todo en edades tan tempranas como, asimismo, dónde y ante quién deben prestar dicha declaración. Por ello se analizarán a continuación, la importancia del lugar y de las personas que realizan la entrevista.

2.2.3. La importancia del lugar en que el niño presta la declaración.

Como se señaló en el capítulo anterior, la Observación general número 12 se refiere a la importancia de escuchar al niño “en un entorno que no sea intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado a su edad”, por lo que, entre otras cosas, señala que los tribunales deben tener salas adecuadas para que el niño preste declaración y salas de espera separadas (párr. 34).

Sin embargo, el niño que ha sido víctima o testigo de algún delito, deberá pasar por varias entrevistas antes de llegar a juicio, y las múltiples declaraciones y la espera, generan ansiedad en él, y adicionalmente, el paso del tiempo produce el deterioro en sus recuerdos. Estas declaraciones previas al juicio se producen ante una serie de personas que no siempre están capacitados para entrevistar, como policías, médicos forenses, abogados. A esto debe añadirse la ansiedad del niño que muchas veces se produce porque se ve obligado a ir en contra de su propia “ética”. Ello ocurre en particular en casos de abusos sexuales o de violación, en que es frecuente que un adulto exija al niño que guarde en secreto sus encuentros (Diges, 1993, p. 129).

Sin embargo, una de las causas que provoca mayor estrés en los niños es la posibilidad de enfrentarse a su agresor, ya sea en la sala de espera previa su declaración, o en el juicio.

Por ello, en distintos ordenamientos jurídicos se han establecido diversos mecanismos para que el niño víctima o testigo pueda declarar en un ambiente adecuado, e incluso sin confrontar al acusado de manera directa. De este modo, se distinguen aquellas medidas que permiten que el niño testifique en el

juicio oral, pero sin enfrentarlo con el acusado, otras, en cambio, apartan al niño del juicio oral, ya sea porque permiten que declare en una sala diversa al juicio o lo haga a través de una prueba pre constituida que luego es reproducida en el juicio oral.

Las medidas que se pueden adoptar para que el niño declare en un ambiente protegido son:

1. Uso de mamparas, biombos o separadores en la sala de juicio oral, para evitar el contacto directo entre víctima o testigo y acusado.

Estas son medidas que tienden a evitar el contacto directo entre víctima e inculpado. Una alternativa es tener salas de espera separadas, que evitan que previo al juicio el niño se encuentre con su agresor o con la persona contra quien debe testificar puesto que ellos podrían intimidarlo para que desista de su declaración.

Otras de las medidas para evitar el contacto directo con el inculpado en el juicio oral, es el uso de mamparas, biombos o cortinas que permiten que el niño declare en el juicio oral, pero aislándolo del público o del inculpado. Este mecanismo que ha sido muy utilizado en Chile, es considerado como una pésima herramienta para la protección del niño. Ello debido a que el niño se enfrenta a una situación desconocida para él.

En estudios realizados para indagar estos efectos, se les preguntó a niños qué era un juzgado, y señalaron que “era un sitio donde se lleva a la gente mala”, y algunos creían que de no decir todo lo que sabían, podían ir ellos a la cárcel (Diges, 1993, p. 128). La ansiedad y el temor que generan esos pensamientos no se resuelven con una mampara o con un biombo.

Al ser llamado a declarar, el niño se verá rodeado de extraños, y la mampara no evitará que vea al público en la sala o incluso a la defensa del inculpado (Maravall, 2017, p. 183). Todos esos son factores de estrés que la mampara no resuelve y que pueden dañar al niño, pero además es posible que, frente a esta situación, el niño modifique su relato o que este sea menos preciso, en especial, durante el contrainterrogatorio, como se analizará en el apartado siguiente.

2. La videoconferencia o el circuito cerrado de televisión que permita la comunicación bidireccional.

La videoconferencia es un mecanismo que consiste en un sistema de comunicación por el que se transmite simultáneamente imagen, sonido y datos, en tiempo real, de manera bidireccional o multidireccional, que posibilita la reunión de personas que se encuentra en lugares diversos (Albornoz y Magdic, 2013, p. 232).

Varios sistemas jurídicos -incluso el nuestro como se analizó en el apartado anterior -, prevén el uso de la videoconferencia como un mecanismo para la mejor gestión de recursos. Este sistema permite disminuir el número de audiencias suspendidas o procedimientos abandonados, por la imposibilidad de víctimas o testigos de concurrir al lugar del juicio (Albornoz y Magdic, 2013, p. 230).

En ocasiones la videoconferencia es utilizada para evitar que el inculpado esté presente en la sala de juicio, como ocurre en Brasil, que mediante Ley 11.900/09, autorizó el uso de videoconferencia, en procesos penales para el interrogatorio de procesados privados de libertad (Amoni, 2013, p. 73). Sin embargo, interesa el estudio de esta medida como una herramienta para proteger a víctimas y testigos que temen enfrentarse con el agresor, y que podrían modificar su declaración o retractarse por verse expuestos a esta situación.

La videoconferencia, permite que la víctima o testigo declare en tiempo real, pero sin estar en la misma sala con el inculpado. A su vez, la videoconferencia contribuye a que el tribunal escuche la declaración, pero, además, le permite al tribunal y a los demás intervinientes, ver los ademanes, gestos, el lenguaje corporal y emocional de la víctima o testigo, y así valorar dicha declaración.

Por otra parte, si la videoconferencia es grabada, es posible volver a verla y, por tanto, el juzgador podrá valorar mejor los actos procesales, pudiendo ver otros gestos que, en una primera reproducción, no pudo percibir (Amoni, 2013, p. 77)

El circuito cerrado de televisión, es un tipo de videoconferencia, de comunicación a una corta distancia -normalmente una sala contigua a la sala de audiencias del tribunal- en la que se forma una línea de video a través de un cableado, que permite que se transmita simultáneamente lo que está sucediendo en ambos lados (Albornoz y Magdic, p. 235). Este sistema que permite ver y escuchar simultáneamente lo que pasa en ambas habitaciones, y se ha utilizado en varios países, para que las víctimas de delitos sexuales o violentos, declaren en juicio oral sin tener que confrontar al inculpado.

En Chile se ha utilizado este sistema, primero como una herramienta experimental en los juzgados de familia. Desde el año 2012, Melipilla, y luego como proyecto piloto en el Centro de Justicia de Santiago, a partir del año 2013, se inauguró una sala especialmente acondicionada para tomar declaración a niños víctimas y testigos de delitos sexuales.

Estas dependencias están equipadas con circuito cerrado o teleconferencia, y tienen por objeto que el niño se entreviste con el juez, en un ambiente protegido, sin que sea interrogado en tantas oportunidades¹⁷³, y con el objeto de evitar la revictimización o victimización secundaria en este tipo de delitos.

Este proyecto es un buen ejemplo de cómo se pueden realizar cambios en el proceso, sin necesidad de grandes reformas legislativas, sino que interpretando los principios que constan en los tratados internacionales y en nuestro Código Procesal Penal. Sus pormenores están detallados en el documento “Declaración judicial de niños, niñas y adolescentes en Tribunales Orales en lo Penal: Manual de abordaje”.

Este tipo de mecanismos son más eficaces en la producción de pruebas, y permiten proteger al niño de la victimización secundaria que podría sufrir en caso de enfrentarse al inculpado en el juicio.

El problema es determinar si la declaración del niño prestada bajo este mecanismo es suficientemente eficaz para lograr la convicción del tribunal. Para que la declaración del niño cumpla con este objetivo, es fundamental que no se encuentre contaminada, lo que ocurre cuando el niño es objeto de múltiples entrevistas, por lo que es fundamental que la persona ante quien preste el relato sea, un profesional entrenado para entrevistar niños, como se analizará a continuación. Del mismo modo, en el apartado siguiente, se analizarán la efectividad de estas medidas.

2.2.4. La importancia de las personas que intervienen en la entrevista.

La persona que realiza la entrevista a un niño víctima o testigo de un delito -en especial, la primera- debe tener formación especializada, por cuanto cualquier sesgo de partida podría condicionar el proceso de entrevista, obteniendo información incompleta o errónea (Muñoz *et al.*, 2015, p. 206).

¹⁷³ Publicado en UNICEF, 22 de enero de 2013.

Según Muñoz *et al*, los sesgos del entrevistador pueden ser de dos tipos: cognitivos o procedimentales. Los sesgos cognitivos, se producen cuando el entrevistador está expuesto a creencias del momento, lo que se produce por sensibilidad a fenómenos victimales, tras lo cual se desarrolla indignación frente a ciertos delitos en contra de niños, en especial, delitos sexuales. Si el entrevistador no cuenta con formación especializada, puede aceptar en forma acrítica cualquier alegación de abuso sexual infantil, por ejemplo y, por tanto, el proceso de entrevista estará condicionado a probar la hipótesis, en lugar de contrastarla (2015, p. 207).

Los sesgos procedimentales, dicen relación con la falta de conocimiento o experiencia en el manejo de protocolos de obtención y valoración de la prueba testifical, por parte del especialista. Esto puede traer como consecuencia que no se planteen otras hipótesis sobre el origen de la declaración, como, por ejemplo, errores no intencionales, que podrían deberse a las limitaciones en la competencia del testigo, a alteraciones en la fase de la codificación o de la retención de la información.

Asimismo, la falta de especialización del entrevistador puede contaminar el recuerdo del menor e invalidar el indicio cognitivo. Así, una entrevista directiva, la realización de preguntas capciosas o tendenciosas, sugestivas, de elección forzada o incluso el uso incorrecto de test proyectivos o el empleo de muñecos anatómicos, pueden provocar en el niño falsos recuerdos, o inconsistencia en las declaraciones, como se analizó con anterioridad (Muñoz *et al.*, 2015, p. 207).

En cuanto al oficio o profesión del entrevistador, no existe consenso ni evidencia respecto de la profesión más adecuada para realizar la entrevista a niños víctimas o testigos de delitos, pero sí es imprescindible que el entrevistador posea las destrezas para comunicarse efectivamente. De esta manera, el entrevistador deberá tener habilidades para escuchar, debiendo hacer pausas o silencios cuando sea necesario, utilizando un volumen y un tono de voz adecuados (Fundación Amparo y Justicia, 2017, p. 105).

Del mismo modo, Muñoz *et al.* (2015, p. 210) señalan los factores que el entrevistador deberá tener en cuenta al momento de realizar la entrevista:

1. La capacidad cognitiva del niño. Implica que el niño sea capaz de ofrecer un relato suficientemente extenso y de calidad. Como se señaló, los niños en edad preescolar (entre 3 y 5 años) están desarrollando su memoria episódica y carecen de anclaje espacio-temporal, por lo que en general, no serán capaces de individualizar los hechos, confundiendo esquemas generales con episodios, y no podrán señalar cuantas veces ocurrieron los hechos que relatan.

En niños de esta edad, es difícil que encuentren el origen del recuerdo, lo que, sumado a su vulnerabilidad a la sugestión, aumenta la posibilidad de generar falsos recuerdos, en especial, si han sido interrogados de manera sucesiva e inadecuada.

2. En casos de abuso sexual, el entrevistador deberá evaluar si el niño ha estado expuesto a experiencias sexuales previas. Por ejemplo, manejar o compartir material de tipo sexual o haberse expuesto a relaciones sexuales entre adultos. Además, se debe evaluar el grado de intimidad que tiene con los adultos de la casa. A veces, por motivos de hacinamiento, por ejemplo, el niño podría haber presenciado prácticas sexuales de los adultos.

3. El entrevistador también deberá evaluar la relación entre la complejidad de los hechos denunciados y la capacidad cognitiva del niño.

4. El entrevistador deberá indagar sobre los abordajes previos al niño sobre los hechos investigados, lo que puede haber provocado falsos recuerdos o reelaboración del recuerdo original. Por ello es importante la grabación en video de las entrevistas a que ha estado expuesto.

5. El entrevistador también deberá considerar el tiempo transcurrido entre la experiencia y la revelación.

6. Finalmente, el entrevistador deberá considerar el tiempo transcurrido entre la revelación y la exploración forense y el contexto en que ésta se produjo.

Por último, también es necesario que todos los que deban interactuar con el niño tengan formación en derechos de la infancia. Normalmente el niño víctima o testigo deberá interactuar con policía, médicos o especialistas del área de la salud, abogados jueces. Todos ellos tienen la obligación de respetar los derechos de los niños, y en especial, respetar los principios rectores o guías analizados en el capítulo segundo del presente trabajo.

2.3. Medidas para evitar que el niño declare en juicio oral. Aportes de la criminología.

2.3.1. El redescubrimiento de la víctima y la victimización secundaria. Aportes de la Victimología.

Si bien, etimológicamente la palabra Criminología indica que es “la ciencia que estudia el delito” (González, 1998, p. 9), en la actualidad esta disciplina ha ampliado su objeto de estudio, por cuanto, ya no sólo se ocupa del análisis del delito y del delincuente, sino que se ocupa también, del rol de la víctima en el fenómeno criminal.

En efecto, en la historia de la Criminología-y en especial de la Victimología, como se analizará-, los autores concuerdan en que las víctimas han atravesado por tres fases o etapas, que van desde la “edad de oro”, la “neutralización” y el “redescubrimiento” de las víctimas.

Durante la “edad de oro” de las víctimas el crimen se concibe como una cuestión privada, doméstica, que sólo les incumbe a sus dos participantes: víctima y victimario o infractor (García-Pablos de Molina, 2008, p. 68). Esto significó, en una primera etapa, que la víctima pudiera hacer uso de la venganza o auto tutela, la que luego se sustituyó por otros mecanismos, como el talión, que limitaba la venganza hasta la entidad del daño sufrido por la víctima. En otras ocasiones, se evitaba la venganza, con la exigencia previa de la decisión del poder político que autorizaba la respuesta al agraviado por el delito o, en ocasiones, sustituir la venganza por el pago de una suma de dinero que compensara los daños causados (Ferreiro, 2005, p. 5).

Con el paso del tiempo, la necesidad de resolver pacíficamente los conflictos, hace que los individuos vayan cediendo su poder a entes jurídicamente superiores: primero a su familia o tribu, y luego a su monarca (Ferreiro, 2005, p. 13). Este proceso se desarrolla claramente en sistemas de derecho consuetudinario anglosajón y germánico, en los que el *ius puniendi* es asumido por el Estado.

Así, con el surgimiento del Estado moderno, este decidió ejercer el monopolio del poder punitivo, excluyó a los particulares de la resolución de conflictos de esta índole, convirtiéndose el derecho penal, ya no en una relación entre el delincuente y la víctima, sino entre el Estado y el delincuente (Riego, 1994, p. 124)

En el proceso penal, esto se tradujo en que el Estado tenía todas las facultades para perseguir los delitos, el conflicto penal fue visto como “un conflicto de carácter público social” (Riego, 1994, p. 125) y el juez debía fallar teniendo en cuenta, sólo la realización del interés social. Así la víctima ejercía un rol secundario en el antiguo proceso penal inquisitivo, “su reconocimiento normativo era menor y sus derechos prácticamente inexistentes” (Duce, 2014, p.740).

Esta “neutralización” de la víctima (Landrove, 1998, p. 20), se revierte en la década del sesenta, con la aparición de una serie de movimientos sociales –feministas y de derechos humanos-, que reclamaban ser compensados por el daño causado y una mayor protección por parte del Estado al que, hasta ese entonces, sólo le interesaba la imputabilidad del delincuente (Jiménez, 2014, p.786). Desde entonces una serie de instrumentos internacionales han dado reconocimiento a los derechos de las víctimas incorporándolos a los derechos fundamentales, “acorde con los postulados de un Estado democrático de derecho”. (Jiménez, 2014, p.786)

Así, en palabras de Mauricio Duce “la víctima ha llegado para quedarse en nuestros sistemas procesales” (2014, p.741) y cualquier desarrollo sobre la materia debe considerar sus derechos y su protección.

En esta nueva etapa, denominada el redescubrimiento, se “apela a la solidaridad cívica con las víctimas y sus derechos fundamentales”, (García-Pablos de Molina, 2008, p. 70) pero, además, se reivindica una revisión de los fines de la pena, hacia instancias reparatoras y reintegradoras, y redefine el delito como el daño causado a la víctima, y ya no sólo como la afectación a un bien jurídico.

Además, cuenta con novedosas y eficaces herramientas, como las encuestas de victimización y, entre los nuevos objetivos, aspira a una protección integral de la víctima, ocupándose de neutralizar los efectos de la doble victimización o victimización secundaria y de los tratamientos y asistencia a las mismas. Sin embargo, García-Pablos de Molina, advierte sobre lo incipiente de esta ciencia, a la que se le reprocha ignorar la existencia de victimización silenciosa y tolerada de amplios colectivos, como la que se provoca a trabajadores, inmigrantes y consumidores, o la victimización social e institucional que provocan la pobreza y la exclusión social.

Desde hace unas décadas, el estudio del papel de las víctimas en el desencadenamiento del delito, y el conjunto de reglas generales y principios aplicados a las víctimas, dio origen a una nueva disciplina: la Victimología.

La Victimología fue definida por el I Simposio Internacional celebrado en Jerusalén el año 1973, como “el estudio científico de las víctimas” (Landrove, 1998, p. 18), sin embargo, ya en esa época se discutía el carácter científico o académico de dicha disciplina. Cressey, en 1985, describió la Victimología como “un programa no académico bajo el que se han agrupado arbitrariamente una mezcolanza de ideas, intereses, ideologías y métodos de investigación” (Fattah, 2014, p. 5). Pese a este tipo de aseveraciones, es innegable que la Victimología ha cumplido la labor de llamar la atención sobre los daños que padecen las víctimas de delitos, que pueden provenir tanto de la “lesión o peligro del bien jurídico” afectado con la comisión del delito, como de la sociedad misma y de su entorno. (García-Pablos de Molina, 2008, p. 116)

De las muchas clasificaciones o formas de victimización, tiene especial importancia aquella que distingue entre victimización “primaria”, “secundaria” y “terciaria”. La “victimización primaria” es definida por García- Pablos de Molina como “el proceso por el que una persona sufre, de modo directo o indirecto, los efectos nocivos derivados del delito o hecho traumático, sean estos materiales o psíquicos.” (2008, p. 73)

La “victimización secundaria” también conocida como “doble victimización” o “revictimización”, es el daño que sufren las personas víctimas directas o indirectas por las acciones u omisiones del proceso investigativo y del sistema judicial. Esta se puede producir por distintos motivos: la espera excesiva, la inadecuación de espacios previstos para la recepción de la denuncia, y la formulación de preguntas por los distintos actores, entre otros.

Por último, la “victimización terciaria”, es el conjunto de “costes de la penalización” (García-Pablos de Molina, 2008, p. 73) tanto para quien la sufre como para terceros, familia y sociedad.

García-Pablos de Molina, señala que el daño que sufre la víctima por la comisión de un delito no sólo se relaciona con las consecuencias directas, “y eventualmente, en otros efectos colaterales y secundarios que puedan acompañar o suceder a aquel” (2008, p. 116), sino que, a menudo, las víctimas sufren daños psicológicos, como impotencia ante el mal sufrido, o temor a que el hecho se repita. Esto les provoca ansiedad, angustia, depresión y procesos neuróticos, a lo que se suma, muchas veces, la atribución de responsabilidad o autculpabilización.

Además, la sociedad, estigmatiza a la víctima tratándola con compasión, desconfianza y recelo. Como lo explica la teoría del etiquetamiento o *labeling approach* respecto del infractor, la víctima, en casos de hechos de mayor gravedad o permanencia en el tiempo del delito, asumirá la etiqueta o rol social, pudiendo llegar a consolidar en el futuro un nuevo status, o “instalación en la victimización”, desarrollando “estrategias victimarias “rentables”, consintiendo en “la manipulación política o mediática de sus intereses con fines metavictimológicos; lo que podría contribuir a la construcción de una futura “sociedad de víctima”. (García-Pablos 2008, p. 74)

El entorno de la víctima, también la culpabiliza, lo que puede provocar en ella aislamiento social y marginación. A su vez, “la víctima del delito suele convertirse con demasiada frecuencia en víctima del sistema penal; y esta victimización “secundaria” es aún más preocupante que la primaria.” Advierte García-Pablos de Molina, “algunas situaciones procesales como la confrontación pública de la víctima con el agresor son experimentadas por ésta como una verdadera e injustificada humillación” (2008, p. 117) Agrega Landrove, que no es de extrañar que la victimización secundaria se considere aún más grave que la primaria, por cuanto, el mismo sistema al cual recurre la víctima solicitando justicia y protección, le provoque daño, frustrando sus expectativas, afectando el prestigio del propio sistema, y en consecuencia, “condicionando negativamente la actitud de la víctima y del colectivo social respecto del mismo.” (1998, p. 51).

Para Martín (2012, pp. 451 – 463), las causas que provocan mayor victimización secundaria, son: la lentitud de la justicia, por dilaciones indebidas, la prescripción de las acciones que se pueden ejercer, el sentimiento de expropiación del proceso, la revisión de la cosa juzgada cuando procede sólo a favor del acusado y no en su contra.

Si bien, todas las personas pueden sufrir victimización secundaria en su intervención en el proceso penal, hay víctimas que son especialmente vulnerables a causa de sus especiales circunstancias y características, de modo que resultan afectadas de un modo particular. En efecto, María del Pilar Martín Ríos (2012, p. 446) señala que existen víctimas especialmente vulnerables debido a circunstancias que hacen más proclive su victimización o la impunidad de la misma o bien, porque no tienen acceso a redes asistenciales y de apoyo. Agrega, que ello ocurre por factores histórico-culturales con ciertas minorías étnicas o raciales, niños, personas en situación de discapacidad.

Agrega que, en el caso de los niños, si bien distintos instrumentos internacionales trazan con nitidez las pautas de actuación de los operadores jurídicos que trabajan con niños víctimas -como los analizados en el capítulo anterior-, lo cierto es que en la práctica el trato que se les otorga, difiere enormemente del diseñado en dichos instrumentos, pese a los recientes esfuerzos que se han hecho en

esta materia. Señala que las soluciones adoptadas para abordar la intervención de niños en procesos judiciales han sido meramente parciales y su aplicación práctica, especialmente irregular (2012, p. 447).

Esta situación de especial vulnerabilidad de los niños en el proceso, se agudiza cuando es víctima a la vez de un delito especialmente estigmatizador, como los delitos de naturaleza sexual, o cuando es objeto de agresión en su entorno familiar. Por ello, sostiene Martín (2012, p. 447) es necesario implementar medidas que minimicen las consecuencias que tiene para un niño su intervención en el proceso penal, en calidad de víctima o testigo. Asimismo, es necesario dispensarle un tratamiento especial durante todo el proceso y, particularmente, adoptar medidas para resguardar su identidad, ya que las publicidades sobre este tipo de víctimas pueden producir daños aún mayores que los debidos al delito, propiamente tal (Martín, 2012, p. 448).

Adicionalmente, el padecimiento de este tipo de delitos, provoca vergüenza en las víctimas y reticencia a denunciar estos hechos, por lo que la demora en denunciar no debería, en sí misma, tener incidencia en la apreciación de la verosimilitud del relato (Martín, 2012, p. 448).

Del mismo modo, García- Pablos de Molina (2008, p. 91), señala que existen ciertos delitos cometidos en contra de niños, que tienen una elevada cifra negra y que provocan un alto impacto psicológico en la víctima. Es el caso del maltrato infantil, que provoca secuelas a largo y a corto plazo, tales como retraso mental, bajos niveles de inteligencia verbal, fracaso escolar, retraso en la adquisición del lenguaje, retraimiento y trastornos sociales adaptativos, angustia y ansiedad, depresión, ideas suicidas, cuadros psicóticos, trastornos de personalidad, alcoholismo, irritabilidad, agresividad, etc.

Del mismo modo, el abuso sexual infantil plantea una particular trascendencia por su impacto psicopatológico. Este delito, que como se analizará, es de alta incidencia en el mundo y en Chile. En efecto, más de un 20% de las mujeres y un 10% de los hombres, refieren haber sufrido abuso sexual infantil, y en la mayor parte de los casos son cometidos por familiares cercanos. Este tipo de delitos, produce una gran perturbación en el niño, especialmente cuando se produce al interior de la familia.

Si el abuso es cometido por el padre y el progenitor es apartado de la familia, esta abrupta ruptura paterno-filial, puede producir sentimientos de autoculpabilización, lo que genera en el niño respuestas violentas, tales como tentativas de suicidio, depresión, además de sentimientos de odio y frustración (García-Pablos de Molina, 2008, p. 92).

Las consecuencias a largo plazo que produce el abuso sexual en el niño, son variadas e inciertas, entre las que se destacan alteraciones emocionales o comportamientos sexuales inadaptados en la vida adulta como, asimismo, se estima que en un alto porcentaje -25%- los niños abusados sexualmente se convierten en abusadores en la vida adulta (García-Pablos de Molina, 2008, p. 93). Agrega Pablos- de Molina que la victimización secundaria, atribuible a la intervención de las víctimas en el proceso penal y el comportamiento de los distintos operadores del sistema -tales como policías, fiscales, jueces, peritos, etc.- pueden agravar o cronificar las secuelas psicopatológicas causadas por un delito, en especial si se trata de víctimas de agresiones sexuales (2008, p. 98).

En cuanto a la victimización secundaria, una de las cuestiones más debatidas acerca de la declaración del niño en el proceso penal, es la necesidad o conveniencia de que declare en juicio oral. Las múltiples declaraciones a que el niño ha estado expuesto en el transcurso del proceso, incluso antes de su inicio, sumado a la necesidad de que éste declare en juicio oral con el objeto de enervar la presunción de inocencia, constituye un padecimiento adicional para el niño. Sin embargo, privar al imputado de presenciar y contradecir la declaración del niño en el juicio oral, constituye una merma de sus derechos, por lo que es preciso equilibrar debidamente intereses igualmente importantes (Martín, 2012, p. 467).

Como se analizará a continuación, en la práctica las normas sobre intervención del niño en el proceso penal, se han adaptado a sus necesidades, de manera de evitar la victimización secundaria que pudiera derivarse de dicha intervención sin que ello constituya una vulneración de los derechos del imputado.

2.3.2. Declaraciones preconstituidas y su valoración en el proceso penal.

Como se señaló en el apartado anterior, si bien existe consenso en que la intervención del niño en el proceso penal, y en especial en el juicio oral, puede provocar su victimización secundaria, la discusión se centra sobre la posibilidad de evitar que el niño declare en un juicio oral, sin menoscabar el derecho a defensa de los imputados.

Como se señaló, la especial vulnerabilidad de los niños, sumado a lo sugestionables que pueden ser en ciertas etapas de su desarrollo, podría provocar que su declaración sea manipulada por terceros para distintos fines, lo que justifica la medida de evitar que el niño comparezca a juicio oral.

En efecto, los estudios señalan que la duración del proceso sumado a la espera de la realización de juicio, provocan ansiedad y angustia en los niños. A ello se debe agregar la necesidad de posponer una terapia reparatoria, por los cuestionamientos respecto de que esta podría contaminar el relato del niño.

Posteriormente, durante su declaración el niño puede ser objeto de fuertes cuestionamientos y suele ser la etapa más desmoralizante del proceso (Fundación Amparo y Justicia, 2017, p. 142). En efecto, como se señaló en el apartado anterior, los niños son especialmente susceptibles a las preguntas directas, ya que perciben fácilmente lo que el adulto quiere escuchar, y es posible que entreguen información poco exacta, contradictoria o falsa, por temor a contradecir a quien lo interroga. A ello se debe añadir, el lenguaje técnico que utilizan los jueces y abogados, en muchos casos, inentendible para los niños, todo lo cual puede mermar su credibilidad.

Del mismo modo, el contra examen o contrainterrogatorio puede ser especialmente difícil de enfrentar para los niños. De acuerdo a lo analizado en el apartado anterior, los niños son especialmente sugestionables, y las preguntas sugestivas son clave en el contrainterrogatorio. Además, el contra examen hace que los niños se sientan intimidados, lo que los podría inducir a entregar información imprecisa o contradictoria (Fundación Amparo y Justicia, 2017, p. 144).

Asimismo, la sala de audiencias e incluso la vestimenta de quienes intervienen, pueden ser intimidantes para los niños que prestan declaración. Esto podría generarle estrés y hacer que entregue información poco clara, imprecisa o con menos detalles, como se analizó en el apartado anterior.

Por todo ello, se han adoptado medidas para que los niños que deban declarar en el proceso puedan hacerlo en salas especiales, con entrevistadores especializados e incluso utilizando la videograbación de la entrevista investigativa en el juicio oral. Las medidas de protección para que los niños declaren en juicio oral, con entrevistador capacitado para ello, fueron analizadas en el apartado anterior. En este apartado se analizará las medidas que tienden a evitar que el niño declare en juicio oral. Estas medidas son las más controversiales, por cuanto, limitan el derecho del imputado a confrontar las pruebas de cargo en la audiencia de juicio oral.

Se analizarán a continuación, dos modelos para evitar que el niño intervenga en un juicio oral: en primer lugar, el uso de la entrevista video grabada como medio de prueba, para evitar que el niño comparezca a juicio oral y, en segundo lugar, la realización de prueba anticipada.

1. El uso de la entrevista video grabada en la etapa de investigación, como medio de prueba en el juicio oral.

El uso de la entrevista video grabada, realizada en la etapa de investigación, como prueba en el juicio oral tiene por objeto evitar la victimización secundaria del niño en el proceso, por cuanto evita que comparezca a la audiencia de juicio oral, pero también permite que el niño, sea entrevistado en una época cercana los hechos que se investigan, por un entrevistador capacitado para ello. Esto permite, que la declaración del niño sea más exacta, completa y se evita la contaminación de su relato.

En los distintos sistemas que prevén este mecanismo, la entrevista video grabada se incorpora de tres formas en el proceso: en primer lugar, con el valor de una prueba testimonial, en segundo lugar, con el valor de una declaración testimonial parcial, debiendo el niño comparecer para el contra examen o, en tercer lugar, como una prueba más en el juicio, sin ser considerada como una declaración testimonial. A continuación, se analizarán estos mecanismos de incorporación de la entrevista video grabada en etapa de investigación.

a) La entrevista investigativa única, incorporada al proceso con el valor de una prueba testimonial.

Este mecanismo se utiliza en Suecia e Israel, en casos de abuso sexual infantil.

En Suecia desde el siglo XIX se sanciona el delito de abuso sexual infantil, y desde el año 2005, se implementó un procedimiento especial para los niños víctimas de estos delitos. De acuerdo a este procedimiento los niños presuntas víctimas de abuso sexual, concurren a centros especializados, donde un policía especialmente capacitado, realiza la entrevista al niño en una sala espejo. El fiscal y un equipo profesional compuesto por un psicólogo y un trabajador social, observan la entrevista, la cual es grabada y el niño no debe volver a declarar. El fiscal decide si seguirá adelante la investigación con lo revelado por el niño, y los profesionales determinan un plan de intervención o reparación. Si el caso es llevado a juicio, este es celebrado ante un tribunal compuesto por jueces especializados y 3 jueces elegidos por la comunidad, que deciden el veredicto y la sentencia (Ijorra *et al.*, 2015, p. 6).

En definitiva, este sistema opta por una entrevista única para los menores de 15 años, víctimas de delitos sexuales, por cuanto se considera que el interés superior del niño debe prevalecer, y en consecuencia debe intervenir lo menos posible en el proceso penal. Sin embargo, en Suecia, en atención a las críticas a este modelo, y de modo de respetar el derecho a defensa del imputado, se instauró la posibilidad de que la defensa solicite la realización de una nueva entrevista complementaria a la primera, para efectos de ejercer su derecho a confrontar la declaración de la víctima (Fundación Amparo y Justicia, 2017, p. 150).

En Israel, tras la denuncia de un abuso sexual infantil en contra de un niño menor de 14 años, se designa un profesional que forma parte de los centros especializados -investigador pericial de la niñez-, que acompañan al niño durante todo el proceso. Luego, el investigador pericial-normalmente trabajadores sociales o psicólogos- realiza la entrevista al niño, y trabajan en conjunto con la policía (Ijorra *et al.*, 2015, p. 10).

El investigador decide si el niño está en condiciones de comparecer en juicio, basándose en el estado emocional y las habilidades cognitivas del niño. De acuerdo con las estadísticas del Consejo Nacional de la Infancia de Israel, el año 2003, en muy pocos casos los niños víctimas de estos delitos debieron comparecer: menos de un 1% en caso de niños hasta los 5 años; un 23,4% de los niños entre 6 y 8 años y el 39,7% de los niños entre 12 y 14 años (Fundación Amparo y Justicia, 2017, p. 148).

En el caso de que el entrevistador no autorice que el niño comparezca a la audiencia, el video en el que consta la entrevista investigativa se utiliza en reemplazo de la declaración del niño y el investigador testifica sobre el informe que emitió y las conclusiones del relato del niño (Fundación Amparo y Justicia, 2017, p. 148).

Este modelo ha sido objeto de duras críticas, por cuanto, si bien busca la protección del niño, restringe la posibilidad del imputado de confrontar y cuestionar las pruebas de cargo que, como se analizará en el apartado siguiente, forma parte del derecho a defensa del imputado, reconocido en numerosos instrumentos internacionales.

b) La entrevista investigativa como testimonio parcial, en reemplazo del examen directo, pero permitiendo el contra examen.

Este es un mecanismo implementado en los países anglosajones, para evitar que el niño deba prestar nuevamente declaración y, por lo tanto, se utiliza la entrevista video grabada en la audiencia de juicio, en reemplazo del interrogatorio del fiscal. Sin embargo, este mecanismo no impide que el niño deba concurrir a la audiencia de juicio oral para ser conainterrogado por la defensa, utilizando alguna medida adicional para su protección durante el conainterrogatorio como el uso de mamparas o de salas especiales con circuito cerrado de televisión (Fundación Amparo y Justicia, 2017, p. 150).

El origen de este modelo se encuentra en el sistema procesal inglés. En efecto, durante la década de los ochenta se discutió el trato que debían recibir los niños al momento de testificar. Como se analizó, en el sistema anglosajón el niño era considerado incapaz para declarar a menos que probara tener la madurez suficiente para saber las consecuencias de no decir la verdad ante el tribunal. Si el tribunal consideraba que el niño podía declarar, debía confrontar directamente al imputado quien, además, podía interrogarlo personalmente cuando había renunciado a tener asistencia letrada.

Por ello a fines de los noventa se conformó un Comité presidido por el juez Thomas Pigot, que emitió el Informe Pigot, que contiene recomendaciones de un Comité denominado *The Advisory Group on Video-Recorded Evidence*, compuesto por seis expertos que debían explorar la posibilidad de implementar entrevistas video grabadas, con el objeto de mejorar el acceso a las declaraciones de niños víctimas de delitos, pero a la vez, minimizar el trauma y el estrés que provocaba en ellos su intervención en el proceso penal inglés.

En dicho informe se proponían las siguientes medidas, respecto de la intervención de los niños en el sistema penal inglés:

- Apenas se tome conocimiento de un delito que afecte a un niño, menor de 18 años en el caso de los delitos sexuales y menor de 14 años en caso de cualquier otro delito, se debe practicar una entrevista video grabada, que estará a cargo de un entrevistador capacitado para ello;
- Si la declaración del niño, confirma la comisión de un delito, el video debía ser puesto en conocimiento de la defensa, que puede solicitar una nueva entrevista, esta vez, en presencia del juez en una audiencia preliminar. Esta entrevista debe ser realizada en una sala especial, con circuito cerrado de televisión o cámara Gesell, y la entrevista debía ser realizada por intermedio del juez;
- El informe concluye, finalmente, que existiendo dos videograbaciones: la primera, que reemplazaba la declaración del niño, o examen directo, y la segunda, que reemplazaba el conainterrogatorio, ningún niño debía comparecer en juicio, salvo que manifestara su intención de hacerlo (Fundación Amparo y Justicia, 2017, p. 152).

Finalmente, se decidió aplicar parcialmente el informe, reemplazando el examen directo de la víctima o testigo, pero debiendo comparecer para efectos de ser contra interrogado por la defensa (Fundación Amparo y Justicia, p. 152).

Este método que en la actualidad es aplicado en Australia, Escocia, Inglaterra y Gales e Irlanda del Norte, ha sido criticado, ya que el niño debe igualmente comparecer a declarar a juicio oral, lo que produce en él sentimientos de angustia, pero además como el niño debe declarar sin haber sido interrogado previamente por el fiscal, al enfrentarse al contrainterrogatorio de la defensa es posible que la declaración del niño tenga errores o inconsistencias (Fundación Amparo y Justicia, 2017, p. 153).

c) La entrevista investigativa incorporada en el juicio oral como otro medio probatorio, distinto de la declaración del niño.

En este caso, si bien la entrevista video grabada se reproduce en el juicio, no reemplaza por sí sola la comparecencia del niño a juicio oral. En este caso la utilización del video permite complementar la declaración del niño prestada en juicio para evidenciar contradicciones entre una u otra declaración. Serán los jueces los que deberán determinar qué valor le otorgan a dicha prueba.

Este es el sistema que se aplica en Colombia y Perú entre otros, aunque la ley no precisa si la introducción del video de la entrevista investigativa reemplaza el testimonio del niño o no.

Del mismo modo, si bien en Estados Unidos el derecho a la confrontación y la prohibición de incorporar prueba de referencia, forman parte de la sexta enmienda, se ha admitido excepcionalmente incorporar entrevistas investigativas video grabadas para complementar las declaraciones de los niños, prestadas en juicio oral (Fundación Amparo y Justicia, p. 154).

Este mecanismo ha sido objeto de críticas similares a las señaladas anteriormente, por cuanto el niño debe comparecer de todas formas en el juicio oral, con todas las consecuencias negativas que se han señalado.

2. La prueba judicial anticipada del niño víctima o testigo.

La declaración del niño como prueba anticipada, es otro mecanismo para evitar que comparezca en el juicio oral. Se caracteriza por ser una audiencia especial, previa al juicio oral, en la que se cita a todos los intervinientes, y en la que el niño debe contestar las preguntas que los intervinientes le realicen por intermedio del juez. Normalmente esta audiencia es video grabada y su registro se incorpora en el juicio oral (Fundación Amparo y Justicia, 2017, p. 157).

Se han utilizado dos sistemas para implementar la prueba anticipada como una manera de evitar que el niño comparezca a juicio oral: primero, la prueba anticipada como entrevista única y, segundo, prueba anticipada, posterior a la entrevista investigativa.

a. La prueba judicial anticipada como entrevista única, reemplaza a la entrevista investigativa. Se realiza lo antes posible al niño, citando a una audiencia a todos los intervinientes. La entrevista se realiza en una sala especial, y es realizada por un profesional especialmente capacitado para ello.

República Dominicana¹⁷⁴ implementó este sistema el año 2017, para obtener la declaración de víctimas y testigos en condición de vulnerabilidad, entre los que se consideran los niños. Debe ser

¹⁷⁴ Suprema Corte de Justicia, República Dominicana. Protocolo Centro de entrevistas para personas en condición de vulnerabilidad, víctimas o testigos de delitos, a través de circuito cerrado de televisión, cámara de Gesell u otro medio tecnológico.

solicitada por el Ministerio Público al Juzgado de Instrucción, luego de lo cual el juez emitirá un pronunciamiento en el que admite o rechaza la solicitud en atención a los antecedentes proporcionados por el fiscal. En caso de admitir la prueba anticipada de personas vulnerables, se determinará un día y hora para su realización y la entrevista será realizada por un profesional de psicología, que recibirá a la persona víctima o testigo y le mostrará las instalaciones, la sala de espera, la sala de entrevistas, y le explicará el procedimiento de la entrevista, de manera de construir empatía o *rapport*.

Una vez iniciada la entrevista, la víctima estará en una sala especial sólo con el profesional y las personas que asistan, presenciarán la entrevista desde otra sala, donde deberán guardar silencio hasta que finalice la entrevista. Posteriormente, las personas que la presencien pueden realizar preguntas al juez que esté a cargo de la vista del anticipo de prueba. Se levantará acta de lo obrado y una copia del registro audiovisual será entregada al fiscal y otro quedará en el centro de entrevistas.

En Noruega también se utiliza el mecanismo de entrevista única bajo la modalidad de prueba anticipada o “bajo supervisión judicial” (Fundación Amparo y Justicia, 2017, p. 157).

b. La prueba anticipada, posterior a la entrevista investigativa. Este sistema -que está previsto en Chile bajo las condiciones establecidas en el artículo 16 de la Ley 21.057- no reemplaza la entrevista investigativa, y consiste en una audiencia en la que nuevamente se le consulta al niño sobre los hechos investigados y narrados en la entrevista investigativa, y además permite el contrainterrogatorio por parte de la defensa. En consecuencia, de conformidad a este mecanismo, habrá al menos dos videograbaciones distintas, que se introducirán al juicio, de acuerdo a las normas procedimentales que correspondan (Fundación Amparo y Justicia, 2017, p. 157).

Este sistema ha sido implementado en Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Costa Rica, España, Noruega y Suiza entre otros, y se estima que es respetuoso de los derechos del niño, pero también del derecho del imputado, ya que permite la confrontación de la declaración del niño y, por tanto, del ejercicio de su derecho a defensa. Sin embargo, hay quienes sostienen que este mecanismo no es tan eficaz, por cuanto, puede pasar mucho tiempo entre el inicio de la investigación y la citación a los intervinientes para la audiencia de prueba anticipada y como se analizó en el acápite anterior, el paso del tiempo podría afectar la declaración del niño.

Además, respecto del imputado, cuando la prueba anticipada se realiza en una etapa muy temprana del proceso, puede significar que cuando se realice no estén todas las pruebas allegadas a la carpeta investigativa. Esto podría provocar que, por una parte, el imputado no pueda ejercer su derecho a defensa y, por otra parte, que el niño deba ser entrevistado nuevamente, para complementar su relato, y como se señaló, las múltiples entrevistas pueden provocar la victimización secundaria del niño que interviene en el proceso.

3. Tensiones en el proceso penal, producidas a raíz de los derechos reconocidos a los niños víctimas de delitos.

La intervención de los niños víctimas y testigos de delitos provocan tensiones en el proceso penal, por cuanto se produce la colisión entre sus derechos y los derechos del o de los imputados en el proceso. Pero adicionalmente, se producen otras tensiones, que dicen relación con la necesidad de proteger y escuchar al niño, además de que intervenga en el proceso con las garantías necesarias, de tal manera de no vulnerar sus derechos.

Por ello, se analizará la tensión entre el derecho a defensa del imputado y los derechos de los niños víctimas y testigos de delitos, la tensión entre la eficacia de la persecución penal y la protección de los niños en el proceso penal y, finalmente, la tensión entre el derecho del niño a ser escuchado y los distintos mecanismos para ejercerlo. Por último, se entregarán algunas consideraciones para ponderar adecuadamente dichos derechos.

3.1.1 Tensión entre el derecho a defensa del imputado y los derechos de los niños víctimas en el proceso penal.

3.1.1.1. El debido proceso y los derechos de los niños víctimas y testigos de delitos.

El debido proceso, contenido en el artículo 8 -garantías judiciales- de la CADH, según ha señalado la Corte IDH en términos amplios, “abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”¹⁷⁵.

Tradicionalmente se ha señalado que el debido proceso constituye un límite al ejercicio del poder penal estatal y, en consecuencia, un conjunto de garantías para el imputado, lo que ha constituido uno de los elementos clásicos de toda declaración de derechos. Sin embargo, el constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX ha incorporado dentro de esta noción el derecho de acceso a la justicia o tutela judicial efectiva, elevándolo a la categoría de derecho fundamental, y como una exigencia inherente a la idea de Estado de Derecho (Díez-Picazo, 2008, p. 425).

De este modo, los más modernos instrumentos internacionales, en parte, gracias al fenómeno del redescubrimiento de las víctimas al que se hizo alusión en el apartado anterior, incluyen dentro de la noción de debido proceso, la tutela judicial efectiva que, como señala Bustamante (2001, p. 187), consiste en el derecho de toda persona a que se haga justicia, a que su pretensión sea atendida por un órgano jurisdiccional a través de un proceso con garantías mínimas.

La Corte IDH ha interpretado este derecho en numerosas sentencias, donde ha señalado que el acceso a la jurisdicción o tutela judicial efectiva constituye una norma de *ius cogens*, como en el caso Goiburú y otros vs. Paraguay¹⁷⁶. Así la Corte IDH, en el caso Bulacio Vs. Argentina¹⁷⁷, ha precisado que la función de los órganos judiciales no se agota en garantizar la defensa en juicio, “sino que debe además asegurar en tiempo razonable, el derecho de la víctima o sus familiares a saber la verdad de lo sucedido y que se sancione a los eventuales responsables” (párr. 114).

¹⁷⁵ Corte IDH. Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos). Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Serie A N° 9, párr. 28.

¹⁷⁶ Corte IDH. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 131.

¹⁷⁷ Corte IDH. Caso Bulacio Vs. Argentina Sentencia de 18 de septiembre de 2003, párr. 114 y ss.

Agregando en el párrafo siguiente:

El derecho a la tutela judicial efectiva exige entonces a los jueces que dirijan el proceso de modo de evitar que dilaciones y entorpecimientos indebidos, conduzcan a la impunidad, frustrando así la debida protección judicial de los derechos humanos (párr. 115).

Del mismo modo, la doctrina y la jurisprudencia chilenas han considerado que la tutela judicial efectiva se encuentra incorporada, en los artículos 19 número 3 y 76 de la Constitución, que deben ser interpretados en armonía con los artículos 8 y 25 de la CADH (Nogueira, 2008, p. 265). En efecto, el Tribunal Constitucional ha señalado al respecto que el derecho contenido en el artículo 19 número 3 comprende,

en un ámbito más específico el de la igualdad ante la ley y cuyo fin es atribuir a quienes deben recurrir ante cualquier autoridad para la protección de sus derechos iguales condiciones para el ejercicio de los mismos, proscribiendo discriminaciones arbitrarias¹⁷⁸.

Asimismo, señala Nogueira que nuestro Tribunal constitucional ha otorgado la más amplia recepción y aplicación directa de la tutela judicial efectiva o acceso a la jurisdicción en nuestro ordenamiento, y en sentencia del año 2008, precisó que el derecho fundamental que comprende el acceso a la jurisdicción,

[E]s definido por los especialistas como “aquel que tiene toda persona a obtener tutela efectiva de sus derechos e intereses legítimos ante el juez ordinario predeterminado por la ley y a través de un proceso con todas las garantías, sin dilaciones indebidas y en el que no se produzca indefensión” (Gregorio Cámara Villar, en Francisco Balaguer Callejón y otros, “Derecho Constitucional”, Tomo II, pág. 215, Ed. Tecnos, Madrid, 2005). Este derecho incluye el libre acceso a la jurisdicción, el derecho a obtener una resolución acerca de la pretensión deducida, el derecho a la ejecución de resoluciones judiciales, la interdicción de la indefensión y el derecho al debido proceso, con la plena eficacia de todas las garantías que le son propias¹⁷⁹.

En el considerando décimo primero de la misma sentencia, señaló, además, que en materia penal establecer condiciones o requisitos que impidan o limiten el libre ejercicio del derecho de acceso a la jurisdicción o lo dejen condicionado a la voluntad de otro de los intervinientes, resulta particularmente grave.

En este sentido, señala Nogueira (2008, p. 278), que en la investigación de los delitos y en el proceso penal, las víctimas tienen derecho a la tutela judicial efectiva de sus derechos y a que los responsables de los delitos cometidos en su contra determinados a través de una acusación, proceso y sentencia definitiva acorde a las normas del debido proceso, sean sancionados y la pena sea proporcional al delito y efectivamente cumplida. Asimismo, en virtud de este derecho fundamental, las víctimas en el proceso penal tienen derecho a que las normas internas sean interpretadas pro persona y a favor del derecho a la jurisdicción.

Adicionalmente se señala que para que el acceso a la jurisdicción y a los recursos jurisdiccionales sea efectivo e idóneo, de conformidad al artículo 25 de la CADH, no basta que los recursos existan formalmente sino, que deben ser eficaces. En este sentido la Corte IDH, en el caso Velasquez Rodríguez, señaló:

El derecho a la jurisdicción debe ser eficaz, por lo que impedir una decisión sobre los méritos del caso interpuesto, viola el derecho a la protección judicial, la investigación debe emprenderse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa,

¹⁷⁸ TC, Rol N° 478-2006, de 8 de agosto de 2006, considerando décimo segundo.

¹⁷⁹ TC Rol N° 815, de 14 de agosto de 2008, considerando 9.

garantizando el derecho a la verdad consistente en el agotamiento de todos los medios para obtener el esclarecimiento de los hechos, especialmente en el caso de las personas desaparecidas.

El Tribunal constitucional chileno, asimismo, ha declarado que la tutela judicial efectiva constituye un derecho fundamental, de manera que cualquier concepción que prescindiera del interés de la víctima, como parte primordial del proceso penal, debe considerarse incompatible con la Constitución. Y agrega:

En efecto, como lo señala esta Magistratura en su reciente sentencia Rol N° 986, “Desde una perspectiva constitucional, y de derechos fundamentales, el debido proceso se traduce no sólo en las garantías del imputado, sino en el derecho a acceder a la justicia de la víctima para perseguir la reparación del mal causado y el castigo a los culpables, a través de los medios establecidos en la ley procesal y traducidos en el proceso en contra del imputado. Por ende deben descartarse todas las interpretaciones que, a pretexto de las garantías del imputado, lesionen el derecho de la víctimas y de los organismos encargados de protegerla para buscar la aplicación de la sanción prevista por la ley y la reparación del mal causado”¹⁸⁰.

A su vez, los artículos 8 y 25 de la Convención Americana deben ser interpretados en concordancia y armonía con el artículo 19 del mismo instrumento. El artículo 19 de la CADH que se refiere a los derechos del niño, señala que “todo niño tiene derecho a las medidas de protección que su condición de menor requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado”.

Del mismo modo, y conformidad a lo desarrollado en el capítulo anterior, la Corte IDH en la Opinión consultiva número 17/02, se refirió a la obligación de los Estados de adoptar medidas específicas de protección en favor de los niños, y según señaló:

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 (párr. 8).

Asimismo, es necesario tener presente que el artículo 19 de la CADH se relaciona con los artículos 4 -que garantiza el derecho a la vida- y el artículo 5 -que se ocupa del derecho a la integridad personal-, cuyo estándar fue definido en el caso Villagrán Morales y otros vs. Guatemala. Allí la Corte señaló que el derecho a la vida no sólo presupone que ninguna persona sea privada de su vida arbitrariamente, sino además la obligación de los Estados de adoptar medidas apropiadas para proteger y preservar el derecho a la vida. En este fallo, la Corte fue enfática en señalar que cuando los Estados violan los derechos de los niños en situación particular de vulnerabilidad, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, en sentido positivo en tanto, al aseguramiento de deberes de prestación, los priva de mínimas condiciones de vida (vida digna) y se les impide el “pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”; en otros casos, en sentido negativo, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra sus propias vidas (Steiner *et al.*, p. 457).

En definitiva, la Corte ha constatado que los Estados tienen la obligación de respetar la vida y la integridad personal de los niños, lo que se desprende del complejo entramado de normas que componen el *corpus iuris* de los derechos del niño.

En lo relativo a la intervención de los niños en los procesos judiciales, la Corte IDH se ha pronunciado en varias oportunidades respecto a la necesidad establecer ciertas garantías específicas respecto de los niños por su especial situación de vulnerabilidad. Sin embargo, como se analizó en el capítulo anterior, le da un amplio margen de apreciación a los Estados para determinar esas medidas.

¹⁸⁰ TC Rol N° 815, de 14 de agosto de 2008, considerando 12.

En la Opinión consultiva número 17, a pesar de que debía pronunciarse sobre la compatibilidad del artículo 19, en relación con los artículos 8 y 25 de la CADH, no señaló cuáles debían ser esas medidas especiales, sino que se limitó a indicar que el órgano judicial sería el encargado de tomar en consideración “las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda en la determinación de sus derechos. En esta ponderación, se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso” (párr. 102).

De esta manera, la Corte se limita a hacer referencia al principio del interés superior del niño, sin interpretarlo y dejando a la discrecionalidad del Estados, las medidas específicas de protección.

Una interpretación que concilie los textos internacionales en materia de protección de los niños víctimas y testigos de delitos, y en especial, teniendo presente las Directrices sobre justicia en asuntos concernientes a niños víctimas y testigos de delitos, resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social, analizada en el capítulo anterior, implica el reconocimiento de las siguientes garantías específicas de protección:

a) Garantías que aseguran el derecho a participación del niño.

En este sentido se reconoce al niño el derecho a participar del proceso, a ser oído, y a expresar sus opiniones y preocupaciones. Para ello deberá ser considerado como testigo capaz, y su testimonio no debe ser considerado como carente de validez o de credibilidad, en razón de su edad.

Para asegurar este derecho, el niño y las personas que están a su cuidado, deberán ser informados de la disponibilidad de servicios de apoyo -psicológicos, sociales u otros. Además, se le debe informar sobre las audiencias en las que debe participar, medidas de protección a las que tiene acceso, mecanismos para solicitar la revisión de las decisiones que los afecten y de sus derechos de conformidad a los instrumentos internacionales.

b) Garantías destinadas a protegerlo.

Para evitar mayores sufrimientos en el niño, las entrevistas, los exámenes y otras diligencias en las que deba participar el niño, deben ser realizados por profesionales capacitados y en un ambiente adecuado. Asimismo, se debe proteger la intimidad del niño, resguardando la confidencialidad de las actuaciones en las que participe y restringiendo la divulgación de información que permita identificarlo.

Asimismo, dentro de las garantías destinadas a la protección del niño, y con el objeto de evitar su victimización secundaria, se establecen las siguientes medidas:

1. Profesionales de apoyo durante el proceso;
2. El juicio se debe realizar cuanto antes sea posible, sin demoras;
3. Las entrevistas deben realizarse en salas especiales, apropiadas para edad y madurez;
4. Limitar el número de entrevistas y todo contacto innecesario con el proceso de justicia, lo que implica en determinados casos, evitar que el niño declare en juicio oral;
5. Evitar que el niño sea interrogado por el presunto autor del delito;
6. Salas de espera separadas y sala de entrevistas privadas;
7. Que las entrevistas se realicen por especialistas en psicología, siendo supervisada por magistrados.
8. Adopción de medidas que eviten su victimización repetida, como evitar el contacto con el presunto autor del delito, protección policial u otras que se determinen.

c) Medidas tendientes a la reparación.

Estas medidas deben considerar no sólo la reparación de los daños causados, a través de la indemnización de perjuicios, sino además su reinserción y recuperación.

Finalmente, y según lo desarrollado en el primer acápite de este capítulo, la falta de garantías para las víctimas en el sistema procesal penal antiguo, impedía el acceso a la jurisdicción en especial de las personas más vulnerables, como los niños y en especial, los niños que provenían de familias que no tenían los medios para costear un abogado. Debido a ello, la cifra negra en delitos tan graves como el abuso sexual infantil eran muy elevadas en nuestro país -se piensa que entre un 75 y un 90%-, y las encuestas de victimización daban cuenta que ello se encontraba asociado a la casi nula respuesta de la justicia frente a estos casos, ya sea porque no se consideraba la denuncia, o porque una vez que la denuncia era acogida, en un alto porcentaje era archivada.

De esta manera, las medidas de protección que la legislación interna de los Estados y las medidas que los tribunales adopten en favor de los niños víctimas y testigos, no vulneran el derecho a un juicio justo, sino más bien lo aseguran y permiten que delitos, de tanta gravedad, no queden impunes.

3.1.2. El derecho a la confrontación y el debido proceso.

Si bien hemos señalado que los Estados tienen obligación de adoptar medidas de protección en favor de los niños que intervienen en calidad de víctimas o testigos en los procesos judiciales, estas medidas de protección no pueden menoscabar los derechos de los imputados, por cuanto también constituyen garantías que integran el debido proceso y, en consecuencia, forman parte de sus derechos fundamentales.

En este sentido, y si bien es cierto, el imputado tiene derecho a confrontar las pruebas de cargo, lo que implica, en términos generales, contrainterrogar a los testigos, ésta es una de las diligencias que podría provocar victimización secundaria en los niños, por lo que se ha limitado o restringido el derecho a la confrontación de niños en varios sistemas jurídicos. Por ello se analizará si estas restricciones o limitaciones, vulneran el derecho de los imputados. Del mismo modo, se analizarán las medidas que se pueden adoptar para conciliar el derecho del niño a su integridad psíquica y el derecho de defensa del imputado.

El derecho a la confrontación de los testigos y peritos, proviene del Derecho romano¹⁸¹, específicamente, de la época clásica, época en la que se cuestionaba la credibilidad de los testigos -*testes*- cuya declaración se apreciaba, no por el número de testigos, sino por el valor de los testimonios. Debido a la falta de credibilidad de los testigos, primaba la prueba documental -*instrumenta*- y, en la época de Gayo, se introdujo el juramento -*jusjurandum in iudicio* (Petit, 1985, p. 858).

En el Derecho inglés se diferenciaba la manera en que los testigos prestaban declaración en el *common law*, en que los testigos declaraban personalmente ante el tribunal y sujetos a un sistema adversarial, mientras que en la tradición del *civil law*, la declaración de los testigos se realizaba frente a un oficial judicial. Además, el derecho inglés fue acogiendo ciertas prácticas continentales, como recabar declaraciones previas al juicio, que se usaron como evidencia en los procesos (Vial, 2011, p. 451).

¹⁸¹ En el fallo *Coy v. Iowa* se hace referencia al gobernador Festo que dijo: “no es propio de romanos enviar a un hombre a la muerte antes de que se haya encontrado con sus acusadores cara a cara y de que se le haya dado la oportunidad de defenderse de los cargos”. *Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012 (1988).

Luego en el siglo XVII, tras una serie de amotinamientos en Inglaterra, dos hombres ilustres - Sir Walter Raleigh y John Lilburne- fueron ejecutados por traición a la Corona inglesa, sin que se les diera la posibilidad de contrainterrogar a los testigos. Alegando la falsedad de los cargos por los que fueron ejecutados Raleigh y Lilburne, y que su eliminación obedecía a intereses de la propia corona, los ingleses realizaron protestas que impulsaron al gobierno a incorporar el derecho a confrontación de los acusados, en 1650 (Cortés, 1998, p. 6).

En Estados Unidos, el caso de las Brujas de Salem -al que se hizo alusión a propósito de la valoración del testimonio infantil- provocó la incorporación de la confrontación, como una garantía constitucional.

En efecto, en el siglo XVII los oficiales de Massachusetts, por distintos medios, incluso la tortura, recababan información sobre brujas en el pueblo, siendo estas personas juzgadas sin la oportunidad de ser confrontarse con sus acusadores, tras lo cual eran ahorcadas. Esta situación llegó a tal extremo que, en junio de 1692, el Juez Saltonstall -uno de los siete jueces de la Corte de Brujas- renunció, debido a que no se le permitió al acusado confrontarse con sus acusadores y el juez no estaba conforme con la evidencia presentada.

El reverendo Increase Mather, embajador de Massachusetts en Inglaterra y Presidente del Colegio de Harvard, insistió¹⁸² en que se aprobara un mandato, de tal modo que para que una persona fuera condenada, existiera evidencia sustancial en su contra y la oportunidad de carearse con los testigos. Finalmente, se aprobó el mandato, tras lo cual, muy pocas personas estaban dispuestas a declarar, por lo que el gobernador de Massachusetts ordenó la disolución de brujas de Salem, en 1692. Posteriormente, la mayoría de las colonias aprobaron una legislación similar. (Vega, 1996, pp. 6-7).

Finalmente, se incorporó la sexta enmienda a la Constitución de Estados Unidos, junto a otras nueve que componen la carta de derechos (*Bill of Rights*), que entró a regir el 15 de diciembre de 1791, y es del siguiente tenor:

*In all criminal prosecutions, the accused shall enjoy the right to Speedy public trial, by an impartial jury [...] to be informed of the nature and cause of the accusation; to be confronted with the witnesses against him; to have compulsory process for obtaining witnesses in his favor, and to have the Assistance of counsel for his defense*¹⁸³.

Así en la actualidad, diversos instrumentos internacionales de derechos humanos recogen el derecho a la confrontación.

El artículo 14 (3) (e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos reconoce que: [d]urante el proceso, toda persona acusada de un delito tendrá derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas: [...] e) a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo y que estos sean interrogados en las mismas condiciones que los testigos de cargo.

Del mismo modo el artículo 6.3 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) señala que: [t]odo acusado tiene, como mínimo, los siguientes derechos: [...] d) a interrogar o hacer

¹⁸² En la Corte de Brujas, declaró: “Es preferible que diez alegadas brujas escapen a que una persona inocente fuese condenada; prefiero juzgar a una bruja como una mujer honesta que a una mujer honesta como una bruja”.

¹⁸³ En toda causa criminal, el acusado gozará del derecho de ser juzgado pública y expeditamente, por un jurado imparcial [...]; así como de ser informado sobre la naturaleza y causa de la acusación; que se le confronte con los testigos en su contra; que se obligue a comparecer a los testigos en su favor y de contar con la ayuda de Asesoría Legal para su defensa.

interrogar a los testigos que declaren contra él y a obtener la citación y el interrogatorio de los testigos que declaren en su favor en las mismas condiciones que los testigos que lo hagan en su contra.

La Convención Americana de Derechos Humanos, establece en el artículo 8.2 letra f), el derecho de los acusados a “interrogar a los testigos presentes en el Tribunal”.

Por su parte, el artículo 40. 2. b (iv) de la Convención sobre Derechos del Niño recoge este derecho al siguiente tenor:

b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente: [...] iv) que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad.

El derecho a la confrontación se ha configurado como la posibilidad de que el acusado pueda plantear preguntas y cuestionar a los testigos de cargo -incluidos las víctimas y peritos- él mismo, o por intermedio de un abogado. Este derecho se basa en dos principios: en el *common law*, el principio de oralidad, y en el derecho continental, el principio de inmediación.

Como señala Maravall, su fundamento está en que en el juicio oral el acusado debe tener la oportunidad de cuestionar al testigo o víctima frente al juez o jurado, de manera de que ellos puedan valorar la credibilidad del testigo, en base a su comportamiento frente al acusado y al tribunal. De esta manera, se asegura que el acusado tenga un rol activo en el proceso, interrogando a los testigos de cargo y de descargo y presentando evidencia, lo que constituye una protección frente al poder del Estado (Maravall, 2018, p. 172).

El derecho a la confrontación de testigos y peritos -incluida la víctima- ha sido considerado por la doctrina como elemento central del debido proceso, y una de las principales manifestaciones del derecho a defensa de los imputados, y por ello tiene un amplio reconocimiento en el derecho internacional, en el derecho comparado y en nuestro sistema jurídico (Duce, 2014, p. 122).

En efecto para la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) el debido proceso -o derecho de defensa procesal-, contenido en el artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, consiste en:

[E]l derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acusación penal en su contra o para la determinación de sus derechos de carácter civil, laboral, fiscal u otro cualquiera¹⁸⁴.

Señala Nogueira (2008, p. 311) que el artículo 8.2 de la Convención Americana contempla las garantías que deben observarse, y que integran el derecho al debido proceso penal. Estas garantías son la igualdad de armas y el principio contradictorio.

En cuanto al principio contradictorio, implica la facultad que tienen las partes en el proceso de conocer todo elemento probatorio u observación presentada ante el juez, de manera de influir en su decisión o discutirla, principio que opera tanto entre las partes, como entre éstas y el tribunal. Así lo ha interpretado el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el caso Lobo Machado v. Portugal¹⁸⁵ (Nogueira, 2008, p. 311).

¹⁸⁴ Corte IDH. Caso Genie Lacayo. Sentencia de 29 de enero de 1997, párrafo 74.

¹⁸⁵ TEDH, caso Lobo Machado v. Portugal, 20/02/1996, Rec. 1996-I, párrafo 31.

El derecho a la igualdad de armas, en cambio, constituye la obligación de ofrecer a cada parte la posibilidad razonable de presentar su causa en condiciones que no lo sitúen en posición de desventaja respecto de su adversario (Nogueira, 2008, p. 311). Este último principio ha sido definido por la Corte Interamericana al siguiente tenor:

[U]na persona solo puede ser condenada por aquellos delitos por los que ha sido acusada y procesada, es decir, por los que ha podido defenderse en un proceso judicial llevado a cabo con todas las debidas garantías¹⁸⁶.

Así, para Nogueira el derecho de la defensa a interrogar a los testigos presentes en el tribunal, contenido en el artículo 8.2 letra f de la Convención Americana, asegura el derecho a utilizar todos los medios de prueba legales para acreditar los hechos controvertidos y, eventualmente, la falta de responsabilidad del imputado. Asimismo, asegura la posibilidad de controvertir las pruebas allegadas en contra del imputado, pero también, que se practiquen pruebas que le favorecen o neutralizan la acusación, contrainterrogar testigos de cargo, presentar testigos de descargo y presentar o solicitar informes periciales. Por último, garantiza la posibilidad de impugnar la prueba obtenida en violación del debido proceso o de los derechos fundamentales (Nogueira, 2008, p. 339).

En nuestro sistema jurídico, si bien el derecho a la confrontación no se encuentra expresamente reconocido en la Constitución, existe consenso en cuanto a que este derecho forma parte de las garantías que integran el debido proceso. En efecto, Mauricio Duce (2014, p. 124) sostiene que este derecho se ha integrado a nuestra legislación en virtud del inciso segundo del artículo 5 de la Constitución, que reconoce como límites a la soberanía los derechos fundamentales garantizados en tratados internacionales ratificados y vigentes. Del mismo modo, el autor señala que el derecho a la confrontación encuentra su reconocimiento en el artículo 19 número 3 de la Constitución, que garantiza la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos, y el inciso sexto, donde impone un mandato al legislador de modo de “establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

Asimismo, Duce (2014, p. 124) señala que la jurisprudencia también ha entendido que este derecho se encuentra incorporado en nuestra legislación como una de las garantías del debido proceso y como una manifestación del principio contradictorio, y así lo ha señalado la Corte Suprema en numerosos fallos.^{187 188}

Agrega Duce que, de manera más específica, esta garantía podría derivarse del artículo 19 número 3 inciso segundo de la Constitución, que contempla el derecho a la defensa jurídica, y así lo ha entendido la Corte Suprema en causa rol 2866-2012 de 17 de junio de 2013, en el considerando vigésimo

¹⁸⁶ Corte IDH. Caso Loayza Tamayo. Sentencia de fondo, párrafo 63.

¹⁸⁷ Por ejemplo, la sentencia de la Corte Suprema en causa rol 2866-2012 de 17 de junio de 2013, la sentencia de la Corte Suprema rol 5116-2012 de 5 de septiembre de 2012, y sentencia de la Corte Suprema en causa rol n° 3795-2006 de 26 de septiembre de 2006 que en el considerando decimotercero señala "Que, en el principio de contradicción se ha incluido, tradicionalmente, el derecho a probar y el de controlar la prueba del adversario. Ello no es incorrecto, pues, sobre todo el control de la prueba del adversario, representa una manifestación del contradictorio, a la vez que la facultad otorgada para demostrar los extremos que son esgrimidos para inhibir la imputación de que es objeto, o aminorar sus consecuencias, es una manifestación imprescindible de la posibilidad de oponerse a la ejecución penal."

¹⁸⁸ También lo ha entendido así el Tribunal Constitucional en causa rol 478-2006, de 8 de agosto de 2006, considerando vigésimo segundo: "la recepción y producción de la prueba es connatural al derecho de defensa, constituyéndose en garantía esencial de un procedimiento racional y justo. Su ausencia priva a la norma procesal impugnada, de un requisito mínimo para satisfacer el mandato constitucional".

de la sentencia: "el nuevo sistema procesal penal consagra como sustento básico el principio contradictorio que, como tal, está integrado al derecho de defensa del acusado" (Duce, 2014, p. 125).

Asimismo, la doctrina y la jurisprudencia ha asociado el derecho a la confrontación a la noción de "principio de contradicción" o "principio contradictorio"¹⁸⁹, que a su vez se relaciona con el derecho de defensa. Así, como señala Duce este derecho encuentra su consagración legal en los artículos 325, 329, 330 y 338 del Código procesal penal.

Para Horvitz y Lopez (2008, pp. 233 y sgtes.) -usando la nomenclatura de Ferrajoli- una de las garantías primarias consagradas en el Código Procesal Penal es el principio de contradicción, que se manifiesta en nuestro proceso penal con la inmediación del tribunal respecto del debate y de las pruebas, y que permite, junto al principio de la oralidad del juicio, que la sentencia se funde en las pruebas y las alegaciones efectuadas en el curso de la audiencia, sin posibilidad que el tribunal delegue esta función.

A su vez, señalan que el principio de inmediación, en el sentido que la prueba debe ser percibida personal y directamente por el tribunal, otorga legitimidad al juicio y confiabilidad a la prueba rendida en él. Agregan que "[l]a inmediación, junto a la oralidad, constituyen, por otra parte, la única forma de realizar el principio de contradicción de las argumentaciones y las pruebas presentadas por las partes" (Horvitz y Lopez, 2008, p. 237).

Señalan los autores que la verdad relativa o formal que persigue nuestro sistema procesal penal, se logra gracias al método falsacionista -ensayo y error-, y su obtención se confía al principio de contradicción que consiste "en la posibilidad real, por parte de la defensa, a la máxima refutación de las hipótesis acusatorias". Señalan que, a esta garantía, aluden los instrumentos internacionales cuando aseguran al imputado el derecho a interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo y a obtener la comparecencia de los testigos de descargo, según se advierte de lo dispuesto en el artículo 14.3. letra e) del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el artículo 8.2. letra f) de la Convención Americana de Derechos Humanos (Horvitz y Lopez, 2008, p. 254).

Del mismo modo, señalan que, en la lógica del sistema acusatorio, la carga de la prueba corresponde al acusador, quien debe producir la convicción del tribunal, "más allá de toda duda razonable", pues el acusado se encuentra amparado por la presunción de inocencia, de modo que, de no alcanzar dicho estándar de convicción, la única salida es la absolución (Horvitz y Lopez, 2008, p. 254).

Para los autores, otra manifestación del principio contradictorio, es la libertad que tiene el tribunal para valorar la prueba y como contrapartida, el deber de fundamentar su convicción en la sentencia, en base a las pruebas producidas durante el debate -libre convicción por sana crítica racional- y de no hacerlo, el juicio y el fallo adolecerían de un motivo absoluto de nulidad, de conformidad al artículo 297 del Código Procesal Penal en concordancia con el artículo 374 letra e) (Horvitz y Lopez, 2008, p. 255).

Por su parte, Alex Carocca (Carocca *et al.*, 2000, pp. 65 y sgtes.) incluye el derecho a la confrontación como parte de las garantías que integran el derecho a defensa del imputado. Señala que el

¹⁸⁹ Duce, en todo caso, cuestiona que la doctrina nacional haya asimilado el derecho a la confrontación al principio de contradicción, por cuanto es más preciso hablar del derecho a la confrontación. Señala en primer lugar, que la confrontación es un derecho fundamental y no sólo una directriz o "principio". Agrega que, el derecho a la confrontación tiene un amplio desarrollo doctrinal y jurisprudencial en el derecho anglosajón, lo que permite entender las dimensiones de éste en el contexto del proceso penal acusatorio. Finalmente, sostiene que dicha nomenclatura -principio contradictorio- se ha asimilado a otras nociones más limitadas, como la "bilateralidad de la audiencia", mientras que el derecho a la confrontación es un derecho fundamental, y tendría en consecuencia, un alcance más amplio (Duce, 2014, p. 126).

derecho a contradecir las alegaciones de la acusación, se garantiza a partir del principio contradictorio o de la “audiencia bilateral”, es decir, el derecho que tiene cada parte en el proceso de oponerse o contradecir las alegaciones o peticiones de la parte contraria. Agrega que, este principio no sólo se concreta en el juicio oral, sino antes, en la fase de instrucción, en la que todas las decisiones importantes se adoptarán en una audiencia oral, donde se abrirá el debate entre el defensor y el Ministerio Público, de manera de suministrar antecedentes al juez para que éste pueda decidir. También en la etapa intermedia, de preparación de juicio, donde se presentará la acusación, dándole traslado al imputado para su contestación y así con el resto de las alegaciones.

Agrega, Carocca que la igualdad ante la Ley, contenida en el artículo 19 número 2 inciso 1°, obliga que al interior del proceso las posturas de las partes reciban un tratamiento absolutamente equivalente, en expectativas y cargas, por tanto, sostiene que se vulnera esta igualdad cuando “se impide la aplicación efectiva del principio de contradicción mediante el adecuado desarrollo de la dialéctica procesal” (Carocca *et al*, 2000, p. 82).

En consecuencia, tanto en el derecho internacional como en el derecho chileno, el derecho a la confrontación ha sido reconocido como una garantía del debido proceso que, como señala Duce, permite que el acusado pueda controvertir la prueba aportada por los testigos y peritos en el juicio, teniendo una participación activa, de manera de influir en el proceso de convicción del tribunal que debe resolver (Duce, 2014, p. 123).

Sin embargo, como se analizará a continuación, el derecho a la confrontación directa entre imputado y testigos o víctimas del delito, bajo ciertas circunstancias se encuentra limitado o restringido, ya que se ha interpretado que esta garantía no puede significar el menoscabo de los derechos de otros intervinientes del proceso como los de la víctima, por cuanto ellos también tienen derecho a un debido proceso. Como se analizará, en estos casos el derecho a la confrontación se realiza y concreta a partir de otros mecanismos, que no significan la confrontación directa entre imputado y víctima, para evitar que estas se vean expuestas a sufrir victimización secundaria.

Vigencia, alcance y límites del derecho a la confrontación en el proceso penal.

Como se analizó previamente, el derecho a la confrontación se ha interpretado como una de las garantías más eficaces para valorar la credibilidad del testimonio de víctimas, testigos y peritos, y así lo ha entendido la jurisprudencia norteamericana, donde se considera que la confrontación directa con los testigos se encuentra consagrada en la sexta enmienda.

En efecto, la jurisprudencia de la Corte Suprema norteamericana y la doctrina han entendido que la sexta enmienda tiene tres corolarios: el derecho del acusado a que los testigos presten declaración frente al acusado (*face to face*), el derecho del acusado a contrainterrogar o contraexaminar a los testigos adversos (*cross-examination*) y la exclusión de cierta prueba de referencia como prueba de cargo (Chiesa, 2012, p. 380).

Respecto a la primera garantía, a la que también se hará referencia como confrontación directa, es el denominado derecho a “careo”, es decir, que los testigos de cargo declaren cara a cara *-face to face-*, o en frente del acusado. En una primera etapa, la Corte Suprema norteamericana realizó una interpretación estricta de este derecho, en el entendido que es más difícil mentir a la cara del acusado, que hacerlo a sus espaldas. Sin embargo, esta interpretación ha sido objeto de una importante evolución, de manera de proteger a los testigos, y en especial a las víctimas de ciertos delitos.

Spencer y Flin (1990, p. 229) citan el caso *Coy versus Iowa de 1988*, en el que dos niñas de 13 años, víctimas de delito sexual, testificaron en el juicio detrás de una pantalla que no permitía que vieran al acusado, pero él sí podía oírlas y verlas tenuemente. Este procedimiento que estaba contemplado en la ley del Estado de Iowa, e intentaba proteger a las niñas del trauma de testificar frente al acusado, fue objetado por éste, quien alegó que violaba su derecho de confrontación.

En el fallo de la Corte Suprema de Estados Unidos, el juez Scalia se refirió a la importancia de la confrontación directa, en los siguientes términos: “[s]iempre es más difícil decir una mentira acerca de una persona “a la cara” que “a sus espaldas. En el primer caso, a menudo se le dirá [la mentira] de manera menos convincente”, sin embargo, agrega que:

[L]a confrontación directa por desgracia puede alterar a una víctima de violación que esté siendo veraz o un niño abusado; pero por la misma razón puede confundir y deshacer al falso acusador, o destapar al niño entrenado por un adulto malévolo. Es una verdad que las protecciones constitucionales tienen sus costes¹⁹⁰.

La opinión concurrente de la jueza O’Connor en el mismo fallo, puso de manifiesto una tendencia que se adoptaría en pronunciamientos posteriores:

I would permit use of a particular trial procedure that called for something other than face-to-face confrontation if that procedure was necessary to further an important public policy... The protection of child witnesses is, in my view and in the view of a substantial majority of the States, just such a policy. The primary focus therefore likely will be on the necessity prong. I agree with the Court that more than the type of generalized legislative finding of necessity present here is required. But if a court makes a case-specific finding of necessity, as is required by a number of state statutes, . . . our cases suggest that the [structures] of the Confrontation Clause may give way to the compelling state interest of protecting child witnesses.

Así, en el año 1990, en el caso *Maryland v. Craig*, se discutió si la declaración por sistema electrónico de una vía, de un niño víctima de abuso sexual, vulneraba el derecho a confrontación contenido en la sexta enmienda. La Corte Suprema de Estados Unidos declaró la constitucionalidad de este tipo de medidas, siempre y cuando se cumplan dos condiciones: exista un objetivo gubernamental apremiante; y se garantice la confiabilidad del testimonio. Como señala Santiago (2016, p. 270), el interés del Estado se justificó en la necesidad de proteger el bienestar físico y psicológico del niño víctima de abuso sexual. En cuanto a la confiabilidad del testimonio, en el caso quedó garantizada ya que el testigo declaró bajo juramento y el acusado tuvo la oportunidad de contrainterrogar y observar la declaración del menor.

De esta manera, lo que hace la Corte Suprema norteamericana en este fallo es limitar el derecho a la confrontación directa o “cara a cara” que antes, en la jurisprudencia norteamericana, se entendía en términos absolutos. Además, como se analizará a continuación, los instrumentos internacionales no exigen este estándar de defensa, sino más bien, la posibilidad de contrainterrogar a los testigos, es decir, el segundo corolario o garantía contenida en la sexta enmienda.

La segunda garantía que contempla la sexta enmienda de la Constitución norteamericana, consiste en el derecho del acusado a contrainterrogar a los testigos en su contra. Esta garantía, en palabras de Chiesa, constituye el “núcleo central de este derecho” (2012, p. 381) y le entrega al acusado la oportunidad plena y efectiva para poder interrogar a los testigos adversos (Duce, 2014, p. 128). Para Vial, el contra examen materializa la adversariedad en el proceso, pero además permite detectar la

¹⁹⁰ Caso *Coy v. Iowa*, 487 U.S. 1012 (1988) citado en SPENCER, J. R.; FLIN, R. H. *The evidence of children: The law and the psychology*. Blackstone Press, 1990.

veracidad de las declaraciones prestadas, de manera de obtener toda la verdad de lo que conoce un testigo acerca de los hechos. Así, el contra examen permite filtrar la prueba en forma confiable, y descubrir todo aquello que sea favorable al acusado, develando las falsedades, exageraciones, parcialidades y otras divergencias en la declaración del testigo (Vial, 2011, p.455).

La tercera garantía que contempla la sexta enmienda, es la inadmisibilidad de la prueba de referencia en contra del imputado. Se debe precisar que, si bien la Corte Suprema norteamericana no ha admitido la prueba de referencia, en el entendido que no es posible controvertir en juicio a un testigo o una prueba que no esté presente en el juicio, el tribunal norteamericano si la admitió en contra del acusado en el caso *Ohio v. Roberts* con las siguientes exigencias:

1. No disponibilidad del declarante para testificar, y
2. Garantías de confiabilidad (*reliability*), por razón de:
 - i. Excepción a la prueba de referencia firmemente arraigada (*firmly rooted*), o
 - ii. Indicios de confiabilidad, caso a caso.¹⁹¹

Sin embargo, la Corte Suprema norteamericana, en el caso *Crawford v. Washington*¹⁹² impuso la teoría de que la cláusula de la confrontación sólo limita la admisión de la prueba de referencia contra el acusado cuando se trata de declaraciones testimoniales. Para el tribunal, si el testigo no presta declaración en juicio, se debe demostrar la no disponibilidad del declarante para testificar y que la declaración se haya hecho con la oportunidad del acusado para contrainterrogar a los testigos (Chiesa, 2012, pp. 382 y 383).

El criterio utilizado por la Corte norteamericana ha sido criticado por muchos autores ya que está basado en prejuicios y no mide las consecuencias perjudiciales para testigos vulnerables, como ocurre con los niños víctimas de ciertos delitos.

Según Spencer y Flin (1990, pp. 67-69) la jurisprudencia en Estados Unidos ha interpretado el derecho a la confrontación, en el sentido que los testigos de la acusación deben declarar en presencia física de los acusados, sobre la base de que es más difícil decir una mentira cuando se mira a los ojos de una persona que se está acusando. De esta manera, el juzgador podrá formarse una impresión acerca de la credibilidad del testigo, mejorando la calidad y exactitud de la prueba. Esta idea se encuentra muy arraigada sobre todo en los países del *common law*, lo que ha quedado de manifiesto en algunos fallos¹⁹³.

Para Spencer y Flin (1990, p. 230) es incorrecto pensar que la confrontación directa es la forma más fiable o idónea para obtener una declaración veraz, toda vez que, para una persona, decir la verdad bajo ciertas circunstancias, puede ser igualmente difícil que mentir frente a la persona que se acusa. En efecto, los autores señalan que el relato de ciertos hechos, en algunos casos podría ser desagradable e incluso embarazoso, como ocurre cuando un niño debe dar detalles sobre un abuso sexual, delante de un grupo de personas que no conoce, además del acusado.

¹⁹¹ *Ohio v. Roberts*, 448 U.S. 56, 66 (1980). Citado en Chiesa, 2012, p. 382.

¹⁹² *Crawford v. Washington*, 541 U.S. 36 (2004).

¹⁹³ En el caso *Mattox v. United States* de 1895, que ha sido citado en casos posteriores, la Corte suprema norteamericana señaló:

“The primary object of the constitutional provision in question [refiriéndose al derecho de confrontación contenido en la Sexta Enmienda de la Constitución Federal] was to prevent depositions or ex parte affidavits, such as were sometimes admitted in civil cases, being used against the prisoner in lieu of a personal examination and cross-examination of the witness in which the accused has had opportunity, not only of testing the recollection and sifting the conscience of the witness, but of compelling him to stand face to face with the jury in order that they may look at him, and judge by his demeanor upon the stand and the manner in which he gives his testimony whether he is worthy of belief”.

Agregan los autores que no hay estudios que demuestren que la presencia física favorece las declaraciones veraces; por el contrario, hay estudios que confirman los efectos perjudiciales de la declaración de los niños cuando son sometidos a la confrontación en público y frente al acusado. Agregan que, presumir que la confrontación “cara a cara” con el imputado mejora la calidad de la prueba porque permite ver el comportamiento de la víctima o testigo frente a la persona a la que acusa, es un razonamiento que carece de validez y de comprobación fáctica. Agregan que la confrontación directa del menor con el acusado puede ser un pésimo detector de mentiras, toda vez que el niño puede enfrentarse a múltiples emociones, como miedo, vergüenza, dependencia emocional, afecto hacia sus padres, y estas emociones pueden provocar en él un comportamiento inseguro frente a los acusados. Por último, los autores asimilan esta situación, a la que vivían los esclavos en la antigua Roma, que eran sometidos a tortura cuando debían declarar (Spencer y Flin, 1990, pp. 230- 231).

Del mismo modo, los estudios sobre psicología del testimonio analizados en el acápite anterior, confirman que la confrontación “cara a cara” no es el mecanismo más eficaz o certero para obtener una declaración veraz o de calidad y, además, provoca la doble victimización del niño. Así lo ha entendido la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, como se analizará a continuación.

Cabe preguntarse entonces, cuál o cuáles de estas garantías han informado las normas contenidas en los instrumentos internacionales citados, que hacen referencia al derecho a la confrontación. Por ello, a continuación, se analizará de qué manera el sistema europeo y el sistema interamericano de derechos humanos han interpretado el debido proceso y el derecho a la confrontación.

3.1.3. El debido proceso y el derecho a confrontación en el sistema europeo.

Señala Serrano (2013, p. 13), que el Tribunal Europeo de Derecho Humanos (TEDH) ha sentado jurisprudencia uniforme en cuanto a que lo que le encomienda el Convenio Europeo es analizar el proceso en su conjunto y si este se ha tramitado de acuerdo a los postulados del derecho a un juicio justo, con todas las garantías y con pleno respeto al derecho a defensa. Así, en materia probatoria, los estándares de defensa se cumplen cuando los medios probatorios se practican en la fase de juicio, ante el tribunal sentenciador, en audiencia pública, estando el acusado presente, y desenvolviéndose el interrogatorio de testigos de forma adversarial. De esta manera se preserva el derecho del acusado de contrarrestar los medios de prueba propuestos por la acusación que han sido admitidos por el Tribunal¹⁹⁴.

Sin embargo, Serrano (2013) aclara que el TEDH ha admitido excepciones a las garantías enumeradas, por cuanto, en consideración del Tribunal las garantías señaladas en los apartados 1 y 3 d) del artículo 6 del CEDH no exigen que bajo cualquier circunstancia, el testigo sea examinado directamente por la defensa, sino que se le conceda al acusado la oportunidad de desacreditar o contradecir la versión de los hechos que ofrece el testigo, ya sea en el momento de la declaración o en un momento posterior.

En efecto, una de las sentencias que motivó el reconocimiento de medidas especiales de protección para víctimas vulnerables fue el denominado caso Pupino¹⁹⁵, en el que una maestra de un parvulario en Italia, María Pupino, fue acusada de maltrato, en contra de varios niños menores de 5 años.

¹⁹⁴ Cita entre otras, las SSTEDH 20.12.2001 (TEDH 2001\881), 2.7.2002 (TEDH 2002\43), 19.6.2007 (JUR 2007\146805), 27.1.2009 (JUR 2009\33841) y 28.9.2010 (JUR 2010\332112).

¹⁹⁵ STJUE, 16.6.2005, caso Proceso penal contra María Pupino (TJCE 2005\184).

Este caso fue llevado al TJUE debido a que el Tribunal de Florencia, decidió - en virtud de la aplicación del artículo 392 del Código de procedimiento penal italiano, que faculta al tribunal para decretar que ciertos testigos especialmente vulnerables, no sean examinados en juicio oral- que los niños declararan en audiencia anticipada de prueba. La demandante recurrió ante el TJUE, por lo que consideró una vulneración a su derecho a defensa. En el fallo el TJUE declaró:

Los artículos 2, 3 y 8, apartado 4, de la Decisión marco 2001/220/JAI del Consejo, de 15 de marzo de 2001, relativa al estatuto de la víctima en el proceso penal, deben interpretarse en el sentido de que el órgano jurisdiccional nacional debe poder autorizar que niños de corta edad que, como en el asunto principal, alegan haber sido víctimas de malos tratos presten declaración según unas formas que garanticen a dichos niños un nivel adecuado de protección, por ejemplo, fuera de la audiencia pública y antes de la celebración de esta.

El órgano jurisdiccional nacional está obligado a tomar en consideración todas las normas del Derecho nacional y a interpretarlas, en todo lo posible, a la luz de la letra y de la finalidad de dicha Decisión marco.

Del mismo modo, el TEDH ha señalado que el artículo 6 del Convenio “no otorga al acusado un derecho ilimitado a que el testigo que ha declarado en su contra, comparezca ante el tribunal decisor” y, en consecuencia, no se opone a que se reproduzcan en el juicio oral las declaraciones de testigos realizadas ante la policía o en la fase preliminar del proceso (Serrano, 2013, p. 13)

En el mismo sentido, Maravall (2017, p. 175) señala que la confrontación cara a cara *-face to face confrontation-* no es una garantía recogida en el artículo 6.3 del CEDH, como tampoco el interrogatorio cruzado (*cross examination*). Además, un derecho a confrontación estricto, sería demasiado arriesgado, por cuanto limitaría la posibilidad de oír al testigo que hace una declaración ante la policía incriminando a un acusado y luego fallece, o desaparece, o ya no está en condiciones de declarar, o esté demasiado asustado para declarar.

Agrega Serrano (2013) que el TEDH reconoce que en los delitos contra la libertad sexual, el proceso penal es para la víctima un nuevo motivo de sufrimiento, que se incrementa si la víctima es menor de edad. Por ello, si bien constata la existencia del derecho del acusado a la confrontación directa con el testigo, este principio encuentra su contrapeso en los derechos que se les reconocen y garantizan a este último, en especial el derecho a su integridad psíquica y moral. De este modo, las garantías contenidas en el artículo 8 del Convenio Europeo, relativo al respeto a la vida privada y familiar, legitiman la adopción de medidas en favor de la víctima, las que habrán de conciliarse con los derechos de la defensa.

En este sentido, el TEDH haciendo una interpretación evolutiva del Convenio, ha señalado que, si bien éste instrumento no contempla expresamente la protección de las víctimas y testigos en el artículo 6, ello no impide que se entiendan comprendidos en el ámbito del artículo 8 del Convenio -derecho a la integridad psíquica y moral-, y que no pueden ser “innecesariamente puestos en peligro por la sustanciación de un proceso penal”. Agrega que “los postulados del derecho a un proceso equitativo imponen que, en los supuestos apropiados, los intereses de la defensa estén en equilibrio con los de los testigos o las víctimas que deben declarar en el proceso”¹⁹⁶ (Serrano, 2013, p. 14).

Señala Serrano (2013) que, en los pronunciamientos del TEDH, se advierte que el eje del equilibrio entre los derechos del acusado y de la víctima en el proceso penal, es que la condena del acusado no debe fundarse exclusivamente o de manera decisiva en las declaraciones de un testigo o en las conclusiones de un dictamen que no ha podido rebatir, ya que en esos casos se vulneraría el derecho a un juicio justo. Por ello, el TEDH ha admitido como válida en el juicio oral, aquella declaración que

¹⁹⁶ STEDH 26.3.1996 (TEDH 1996\20).

presta un niño o niña víctima no ante el tribunal decisor, sino en una entrevista que es grabada y luego reproducida en el juicio oral. En estos casos, considera al menor como “testigo” y para que la prueba tenga la validez necesaria, el TEDH ha exigido que el imputado o acusado sea informado del día y lugar en el que se desarrollará la entrevista, pudiendo seguirla evitando la confrontación directa, por ejemplo, a través de una sala de exploración mediante circuito cerrado de televisión o señal de audio, de manera que se le permita al acusado observar las reacciones del menor, y pudiendo plantear preguntas por medio del juez u otro intermediario, durante la primera entrevista o con posterioridad¹⁹⁷.

En cambio, el TEDH ha declarado que se ha vulnerado el derecho del acusado a un proceso equitativo, cuando se ha condenado al acusado en base a dictámenes de psicólogos o psiquiatras, cuando no se han grabado las entrevistas con el menor, ni el acusado ha podido plantearle preguntas, ya sea durante la investigación policial, ya sea durante las distintas fases del proceso penal. En consecuencia, la intervención del imputado o acusado en la exploración del menor es de suma relevancia para el TEDH, ya que de lo contrario, el imputado queda en una situación de desventaja, vulnerando su derecho a un juicio justo¹⁹⁸.

De esta manera, y si bien el TEDH reconoce la importancia del principio de la inmediación, en el sentido que todas las pruebas deben ser observadas en plenario, ante el mismo tribunal que dictará la sentencia, este principio, al igual que el derecho a la confrontación, han ido cediendo frente a la protección de las víctimas y testigos en el proceso penal, de tal manera que en jurisprudencia reciente el TEDH ha avalado que los tribunales internos de los estados miembros hayan adoptado medidas para limitar el derecho a confrontación directa e incluso el principio de inmediación. En efecto, el TEDH ha admitido estas limitaciones en la medida que el juzgador pueda “observar el comportamiento bajo interrogatorio [de la víctima] y, por tanto, formarse su propia impresión sobre su fiabilidad” (Maravall, 2017, p. 175).

En este sentido, han sido mejor recibidas por la jurisprudencia tanto del TEDH como del TJUE las medidas que evitan la confrontación directa con el imputado, pero que permiten la declaración del niño en el juicio oral, como el uso de mamparas, despejar la sala de público, o incluso la declaración del niño en una sala especial, pero que pueda ser vista en la sala de audiencia. Este tipo de medidas se entiende que son perfectamente compatibles con el artículo 6 del CEDH.

Sin embargo, con el tiempo la jurisprudencia del TEDH y del TJUE han considerado que las declaraciones de los niños prestadas en fase de instrucción y que luego son incorporadas en el juicio oral, como única y decisiva prueba, no vulneran las normas del CEDH, en la medida que el acusado haya tenido la posibilidad de examinar al niño al realizarse la entrevista o que exista corroboración.

En la jurisprudencia del sistema europeo, Maravall (2019, pp. 1-65) identifica 3 criterios que se utilizan para admitir las declaraciones preconstituidas del niño en fase de instrucción, que constituyen la dispensa del deber de declarar en juicio oral: El principio de proporcionalidad, la doctrina de la “única y decisiva prueba” y la obligación del Estado de investigar, según se detallará a continuación.

a. La proporcionalidad.

El TEDH ha aplicado el test de proporcionalidad –que será analizado en las consideraciones finales del presente apartado- para valorar si las medidas restrictivas de los derechos del imputado han respondido a criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, es decir, son estrictamente necesarias y justifican la intromisión en el derecho del afectado, en el entendido que

¹⁹⁷ STEDH 2.7.2002 (TEDH 2002\43) y 27.1.2009 (JUR 2009\33841).

¹⁹⁸ STEDH 19.6.2007 (JUR 2007\146805).

cualquier limitación en los derechos del imputado debe ser suficientemente contrarrestada por los procedimientos realizados por las autoridades judiciales¹⁹⁹. En consecuencia, se deberá valorar si las medidas adoptadas en favor de las víctimas y que limitan los derechos del imputado, son razonable y si las autoridades pudieron haber alcanzado el mismo objetivo, sin restringir o limitar el derecho de confrontación (Maravall, 2019, p. 38).

b. La doctrina de la única y decisiva prueba.

El TEDH admitió la validez del uso de las declaraciones preconstituidas en la fase de investigación, en caso de niños víctimas y testigos vulnerables, como única y decisiva prueba, siempre y cuando el acusado haya tenido la posibilidad de examinar en la fase prejudicial al menor.

En efecto, en el caso *D. contra Finlandia*²⁰⁰, el demandante recurrió al Tribunal, por cuanto consideró que se había vulnerado su derecho a un juicio justo y, en consecuencia, el artículo 6 del CEDH. En demandante había sido acusado de la violación de 2 hermanos, un niño de 13 y una niña de 10 años, cuya salud mental estaba tan deteriorada que antes de iniciarse el juicio, uno de los hermanos debió ser internado en un hospital psiquiátrico. Su declaración fue tomada antes del juicio oral, fue grabada y dicha grabación fue admitida en el juicio oral como prueba. El TEDH consideró justificada la ausencia del niño en el juicio oral (Maravall, 2019, p. 39).

En el mismo sentido *Kremers contra Países Bajos*²⁰¹, en la que 3 niñas fueron víctimas de abuso sexual por parte de sus parientes. En primera instancia las niñas declararon en la fase de instrucción del proceso, y no declararon en juicio oral. Sin embargo, el fallo fue recurrido por la defensa, y se debió realizar nuevamente el juicio en el que se llamó a declarar a una de las niñas. La niña fue interrogada de manera directa por la defensa, y aun cuando estaba en otra sala, la niña entró en pánico y no pudo contestar algunas de las preguntas de la defensa. Luego de la condena, los acusados recurrieron ante el TEDH, por cuanto se habría vulnerado el artículo 6.3 del CEDH. En este caso el TEDH determinó que no sólo era necesario determinar si los derechos del imputado habían sido respetados, sino la situación en la que se encontraba la defensa en su conjunto. Señaló que, en circunstancias excepcionales, se podía admitir la declaración de un testigo en ausencia del acusado, pero con la presencia de su defensa, o permitir que el testigo no contestara. En ambos casos el TEDH falló a favor del Estado considerando que el proceso había sido justo y que se había respetado el derecho a la confrontación de la defensa (Maravall, 2019, pp. 39-40).

Del mismo modo, el TEDH admitió la declaración preconstituida de niños, sin que luego debieran concurrir a declarar a juicio oral en el caso *Slobodan contra Países Bajos*²⁰², en el caso *Accardi contra Italia*²⁰³ y en el caso *SN contra Suecia*²⁰⁴.

También el TEDH ha admitido la declaración emitida por el niño en fase de instrucción, que no haya sido sometida a confrontación, pero en la medida que no sea la única evidencia y, vaya acompañada de prueba que la corrobore y no fundamente de forma decisiva la condena. De esta manera el tribunal se asegura que los acusados no sean condenados injustamente, evitando condenas erróneas, equilibrando los derechos de la defensa y los derechos de las víctimas y testigos (Maravall, 2019, p. 41).

¹⁹⁹ STEDH, 20.12.2001, caso P. S. contra Alemania (TEDH 2001\881, párr. 23).

²⁰⁰ STEDH, Caso D. contra Finlandia. Sentencia de 7 julio 2009. JUR 2009\338381.

²⁰¹ STEDH, 7.7.2009, caso D. contra Finlandia (JUR 2009\338381).

²⁰² Comisión Europea de Derechos Humanos, Caso Slobodan contra Países Bajos, Decisión no. 29838/96 de 15 de enero de 1997.

²⁰³ STEDH, 20.1.2005, caso Accardi y otro contra Italia (TEDH 30598/02).

²⁰⁴ STEDH, 2.7.2002, caso S.N. contra Suecia (TEDH 2002\43).

En caso de niños y víctimas cuya declaración no ha podido ser confrontada con todas las garantías -como en los casos de muerte del niño, temor del niño a declarar, o que el funcionario encargado la entrevista haya actuado con negligencia y no haya adoptado las garantías necesarias- para garantizar la protección del niño, pero a la vez, que el agresor no quede impune, el TEDH ha admitido que estas declaraciones “defectuosas” se admitan, en la medida que se encuentren acompañadas de la debida prueba de corroboración (Maravall, 2019, p. 41).

En el caso *AM contra Italia*²⁰⁵ el TEDH consideró que el Estado había vulnerado el derecho a defensa del acusado, por cuanto lo condenó fundándose exclusivamente en declaraciones efectuadas en el extranjero, con anterioridad al juicio, las que fueron leídas en el juicio, pero sin que el acusado hubiera tenido la posibilidad de rebatirlas en la audiencia de juicio oral.

En el mismo sentido en el caso *PS contra Alemania*, el TEDH destacó que, si bien los derechos del imputado podían limitarse, dicha limitación debía ser estrictamente necesaria y contrapesada por el proceso. Agrega,

[Si] la condena se fundamenta única y decisivamente en las deposiciones formuladas por una persona que el acusado no ha tenido oportunidad de examinar, sea durante la fase de investigación o durante el juicio, los derechos de la defensa serán restringidos de modo incompatible con las garantías provistas por el artículo 6²⁰⁶.

Con el mismo razonamiento, en el caso *Asch contra Austria*²⁰⁷ el TEDH falló en contra del demandante, que había alegado su incapacidad para interrogar a la testigo en cualquier fase del procedimiento, en atención a que la víctima se había retractado y negado a deponer ante el tribunal. En este caso el TEDH consideró que se habían presentado otras pruebas de corroboración que compensaban la ausencia de confrontación directa por parte de la defensa, y que la condena no se basaba únicamente en la declaración de la víctima, sino en otras pruebas de corroboración (Maravall, 2019, p. 45).

En consecuencia, en el sistema europeo, la doctrina de la única y decisiva prueba se traduce en que en caso de que la confrontación no pueda llevarse a cabo de conformidad a las garantías del artículo 6 del CEDH, se puede admitir la declaración vertida en la fase de instrucción, si va acompañada de prueba de corroboración. Esta prueba de corroboración, deberá ser independiente y no deberá recaer exclusivamente en la declaración del niño, por cuanto en este último caso, será considerada como prueba decisiva (Maravall, 2019, p. 46).

c. El deber del Estado de investigar.

Maravall (2019, p. 46) señala que la doctrina de la única y decisiva prueba plantea problemas prácticos, como que en ciertos delitos la declaración del niño es la única prueba y, por tanto, la corroboración se debe realizar precisamente respecto a esta declaración. Además, tampoco hay uniformidad en cuanto a qué se entiende por corroboración. Por ello, el TEDH ha establecido que la “única y decisiva prueba” no exime al Estado del deber de investigar los hechos denunciados, en especial, si estos podrían constituir delitos contra la libertad sexual, por cuanto, el Estado tiene el derecho a proteger a las víctimas de estos delitos.

²⁰⁵ STEDH, 14.12.1999, caso A.M. contra Italia (TEDH 1999\66).

²⁰⁶ STEDH, Sec. 3a, 20.12.2001, caso P. S. contra Alemania (TEDH 2001\881, párr. 24).

²⁰⁷ STEDH, 26.4.1991, caso Asch contra Austria (TEDH 1991\29).

Específicamente en el año 2003, el TEDH en el caso *M.C. contra Bulgaria*²⁰⁸, se pronunció sobre este tema en el caso de una niña que denunciaba haber sido violada por dos hombres cuando tenía catorce años. De acuerdo a la legislación búlgara, cuando la víctima llegaba o supera la edad de consentimiento sexual establecido por la ley, la violación sólo se podía probar si la víctima oponía resistencia activa. En el caso, los dos hombres alegaron que habían tenido una relación sexual consentida con la menor, mientras que la niña, alegaba que, debido a su corta edad, no había sido capaz de resistirse y se había quedado en estado de shock. Durante la investigación dos peritos declararon que la niña, debido a su corta edad, podría no haber sido consciente de que estaba siendo violada. No obstante, estos antecedentes, la fiscalía decidió archivar el caso, por no contar con suficientes pruebas de corroboración, en especial, que comprobaran el uso de la fuerza o las amenazas, en particular, la resistencia que opuso la víctima o sus intentos por buscar ayuda, que eran los elementos del delito de violación en Bulgaria.

El TEDH señaló que lo que definía el delito de violación era la falta de consentimiento, y no la resistencia o la fuerza física. En cuanto a los niños, señaló que las víctimas de abusos sexuales -en especial las niñas- no ofrecen resistencia física debido a distintos factores, entre ellos el temor a sufrir violencia por parte del perpetrador. En consecuencia, determinó que las autoridades fallaron en investigar el caso y no valoraron suficientemente la vulnerabilidad de los niños y los factores psicológicos presentes en los casos de violación de menores. A criterio del tribunal, no investigar todas las circunstancias circundantes para acreditar el delito, no había asegurado la protección de la vida privada de la niña, protegido en el artículo 8 de CEDH.

Del mismo modo, en el caso *M.G.C. contra Rumania*²⁰⁹ el TEDH, debió pronunciarse sobre el caso de una niña de once años que denunció haber sido violada durante siete meses por un hombre de cincuenta y dos años y otros cuatro menores. El adulto fue condenado por mantener relaciones sexuales con una menor, pero no por violación, ya que, según los tribunales del Estado, la niña no tenía signos de violencia en el cuerpo y, según las declaraciones de los acusados, la niña habría actuado provocativamente. En este caso el TEDH, enumeró los factores que los tribunales rumanos debieron haber tenido en consideración para haber valorado la ausencia del consentimiento de la niña, entre ellos informes de expertos, que señalaban que la niña no tuvo suficiente discernimiento para denunciar los hechos apenas ocurrieron, que no se llamó a declarar a otros testigos, además, los tribunales no tuvieron en consideración la diferencia de edad entre la niña y el adulto, ni la diferencia física entre ellos. Tampoco los tribunales evaluaron si la niña tenía alguna razón para acusar falsamente al adulto. Además, que los tribunales no demostraron un enfoque sensible al niño, ni ordenaron una evaluación psicológica para determinar las reacciones de la niña desde el punto de vista de su edad y las consecuencias que había tenido en ella el abuso. Ninguna de estas circunstancias circundantes fue valorada por el tribunal, como tampoco se le atribuyó ningún peso específico a la vulnerabilidad de los niños y los factores psicológicos involucrados en los casos de violación de menores. Así el TEDH determinó que el Estado de Rumanía había vulnerado los artículos 3 y 8 del CEDH.

Finalmente, y si bien el sistema europeo ha concedido a los Estados un amplio margen de apreciación en cuanto a las medidas de protección que debe proporcionar a las víctimas de delitos, ha limitado el derecho a la defensa del imputado, para proteger a las víctimas vulnerables, como en el caso de los niños.

En efecto, tanto el TEDH como el TJUE han debido ponderar el derecho a la protección de niños víctimas y testigos de delitos y el derecho a defensa del imputado. Al hacerlo han sentado jurisprudencia en el sentido que el derecho a la integridad psíquica y moral del testigo precede al derecho del imputado a una confrontación directa. Así tanto el TEDH como el TJUE han admitido la declaración del niño en

²⁰⁸ STEDH, Sec. 1a, 4.12.2003, caso *M. C. contra Bulgaria* (JUR 2003\253041).

²⁰⁹ STEDH, Sec. 4a, 15.3.2016, caso *M.G.C. contra Rumania* (JUR 2016\61918).

juicio oral utilizando mamparas, despejando de público la sala, o prestada en una sala especial, separada de la sala de audiencia, medidas que ha declarado compatibles con el artículo 6 del CEDH.

Del mismo modo, con los criterios señalados -proporcionalidad, doctrina de la única y decisiva prueba y el deber de investigar del Estados- han permitido que se prescindiera de la declaración del niño en juicio oral, otorgado un mayor peso a los derechos de los niños víctimas y testigos de delitos, pero sin descartar por completo el derecho a defensa del imputado o acusado por un delito.

En efecto, de la jurisprudencia analizada se advierte que si bien, en algunos casos el TEDH ha prescindido de la declaración del niño prestada en juicio, limitando así el derecho a defensa del imputado, en especial el derecho a la confrontación, ha exigido el cumplimiento de un estándar mínimo de garantías respecto de este, que dicen relación con su derecho a un juicio justo. Por ello, cuando se ha limitado el derecho a defensa del imputado, se ha exigido que dicha restricción sea proporcional y que justifique la intromisión en el derecho del imputado. Además, si la declaración del menor constituye una única y decisiva prueba ha exigido que ella no sea la única evidencia y, vaya acompañada de prueba que la corrobore y no fundamente de forma decisiva la condena. Por último, la doctrina de la “única y decisiva prueba” no exime al Estado del deber de investigar los delitos, en especial, si se trata de delitos graves, cometidos en contra de niños.

3.1.4. El debido proceso y el derecho a confrontación en el sistema interamericano.

El debido proceso es un concepto abstracto fundamental para el juzgamiento de los delitos, tanto en el Derecho internacional de los derechos humanos como en el Derecho constitucional de los distintos Estados. Se ha asociado al Estado de Derecho, en cuanto garantiza la seguridad jurídica de los habitantes del Estado, y en materia penal, los inculpados no pueden ser condenados si no es conforme a una serie de normas que garanticen el respeto a la dignidad humana y que, en términos amplios, comprende el derecho a la tutela judicial, el debido proceso y las garantías que lo integran.

La Corte IDH ha interpretado este principio, contenido en el artículo 8 de la CADH y ha señalado en la Opinión consultiva 9/87²¹⁰ que el debido proceso legal, “abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial”. Del mismo modo, en la opinión consultiva a la que se hizo alusión la Corte señaló que “[l]os principios y actos del debido proceso legal constituyen un conjunto irreductible y estricto que puede ampliarse a la luz de nuevos avances en el Derecho de los derechos humanos” (párr. 80).

Pero además, la Corte IDH destaca que el artículo 8 en relación con el artículo 25 de la CADH consagra el derecho de acceso a la justicia, la que consideró que constituía una norma imperativa de derecho internacional, esto es, una norma de *ius cogens*, en el caso Goiburú y otros vs. Paraguay²¹¹. En dicha sentencia – al igual que en el caso Velásquez Rodríguez, al cual se hizo referencia con anterioridad – señaló que el derecho de acceso a la justicia no se agota ante el hecho que se tramiten los respectivos procesos internos, sino que exige que el Estado garantice que estos aseguren, en un tiempo razonable, la satisfacción de los derechos que tienen las partes en el mismo.

Del mismo modo, en el caso Cantos vs. Argentina, señaló que

“[c]ualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razones

²¹⁰ Corte IDH. Opinión Consultiva OC-9/87, op. cit., párr. 28, y Caso Mohamed vs. Argentina, op. cit., párr. 80.

²¹¹ Corte IDH. Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006. Serie C No. 153, párr. 131.

necesidades de la propia administración de justicia”²¹², debe entenderse contraria al artículo 8 de la Convención.

Sobre el derecho a las víctimas a obtener del Estado una investigación judicial seria, la Corte IDH se pronunció en el caso *Anzualdo Castro vs. Perú*:

Para que una investigación penal constituya un recurso efectivo para asegurar el derecho de acceso a la justicia de las presuntas víctimas, así como para garantizar los derechos que se han visto afectados en el presente caso, debe cumplirse con seriedad y no como una simple formalidad condenada de antemano a ser infructuosa y debe tener un sentido y ser asumida por los estados como un deber jurídico propio y no como una simple gestión de intereses particulares, que dependa de la iniciativa procesal de la víctima o de sus familiares o de la aportación privada de elementos probatorios.

Por tanto, para la Corte IDH, la CADH además de contener garantías judiciales para el inculpado, consagra garantías para las víctimas, a quienes el Estado tiene el deber de asegurar el ejercicio de sus derechos en juicio, entre los que se incluyen, la posibilidad de ejercer acciones judiciales, de obtener protección por parte de los órganos jurisdiccionales, para obtener la condena de los responsables de un delito, y la reparación del daño causado.

Asimismo, relacionando estos artículos con el artículo 19, la Corte ha constatado que los Estados tienen la obligación de respetar la vida y la integridad personal de los niños, lo que se desprende del complejo entramado de normas que componen el *corpus iuris* de los derechos del niño. En los procesos judiciales en los que intervienen niños víctimas y testigos de delitos, esto implica, entregar todas las medidas de protección necesarias para asegurar, no sólo el castigo a los responsables de delitos en su contra sino, además, que los niños no sufran un trauma adicional o victimización secundaria, al intervenir en el proceso.

Entre las garantías judiciales que integran el debido proceso para el inculpado por un delito, la confrontación de los testigos de cargo - incluida la víctima-, genera una tensión entre los derechos de la víctima y el derecho del imputado. En efecto, como se ha señalado, una de las situaciones que puede provocar mayor daño en el proceso a un niño víctima o testigo del delito es la confrontación en audiencia con el presunto responsable. Sin embargo, en muchas ocasiones la declaración del niño es crucial para efectos de determinar la responsabilidad del imputado, y en ocasiones constituye única prueba. Por ello, se analizó el alcance y las limitaciones de este derecho en distintas legislaciones y en el sistema europeo.

En el sistema interamericano, se advierte que el derecho a la confrontación implica asegurar que el imputado tenga la oportunidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, y de obtener la comparecencia de testigos y peritos, en condiciones de igualdad. Se asegura de esta manera, el derecho a defensa del imputado o acusado por un delito, pero, además, el denominado principio de igualdad de armas, como se indicó en el apartado anterior.

Así lo ha interpretado la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

En el caso *Cantoral Benavides vs. Perú*, en el párrafo 127 se señala que la defensa:

(...) no pudo lograr que se practicaran ciertas diligencias probatorias cruciales para los fines de la defensa, como la recepción de los testimonios de los miembros de la DINCOTE que participaron en la captura de Cantoral Benavides y en la elaboración del atestado inculminatorio;

²¹² Corte IDH. Caso *Cantos vs. Argentina*, Excepciones preliminares. Sentencia de 7 de septiembre de 2001, párr. 50.

tampoco pudo conseguir que se celebrara la confrontación pericial tendiente a esclarecer las divergencias que arrojaron los dos peritajes grafológicos practicados en el proceso²¹³.

Como se advierte de la lectura del párrafo citado, la Corte determinó que se vulneraba el derecho a defensa al no recepcionar los testimonios de los miembros de DINCOTE que participaron en la detención de Cantoral y también debido a que la defensa no pudo confrontar dos peritajes grafológicos divergentes, condenando en consecuencia al Estado peruano, por violación a los artículos 8.2.c), 8.2.d) y 8.2.f) de la Convención Americana.

Del mismo modo, citando a la Corte Europea de Derechos Humanos en el caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú, la Corte Interamericana afirmó que:

(...) dentro de las prerrogativas que deben concederse a quienes hayan sido acusados está la de examinar los testigos en su contra y a su favor, bajo las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa²¹⁴.

En este caso, la Corte Interamericana declaró que al imponerle restricciones a los abogados defensores se vulneraba la garantía contenida en el artículo 8.2.f. de la Convención, esto es, el derecho de la defensa de interrogar testigos y hacer comparecer a personas que puedan dar luces sobre los hechos y, en consecuencia, la presencia y actuación de los defensores fue meramente formal, y por tanto, los acusados no contaron con una defensa adecuada²¹⁵.

La Corte Interamericana también se pronunció sobre el derecho contenido en el artículo 8.2.f. en el caso Palamara Iribarne vs. Chile, donde consideró que el secreto de las actuaciones realizadas en etapa de sumario y la imposibilidad de presentar pruebas, impidieron que el señor Palamara pudiera defenderse de forma adecuada. Agrega en el considerando 178 que:

(...) íntimamente ligado con lo anterior, la Corte Interamericana ha señalado que el inculpado tiene derecho a examinar a los testigos que declaran en su contra y a su favor, en las mismas condiciones, con el objeto de ejercer su defensa. En el mismo sentido se ha pronunciado la Corte Europea. Este Tribunal ha establecido que en todo proceso deben concurrir los elementos necesarios para "que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la debida defensa de sus intereses y derechos. Esto implica, entre otras cosas, que rija el principio de contradictorio"²¹⁶.

Si bien el sistema interamericano reconoce dentro de las garantías mínimas del debido proceso el derecho del inculpado a interrogar y contra interrogar testigos de cargo, como se señaló, el Estado tiene el deber de adoptar medidas de protección en favor de las víctimas, en particular, cuando se trata de víctimas especialmente vulnerables, como los niños. Como se señaló en el capítulo anterior, la Corte en el caso Rosendo Cantú y otras vs. México²¹⁷, consideró que el Estado tiene el deber de proteger el interés superior del niño durante el procedimiento, lo que puede implicar:

- iv) la entrega de información y la implementación de procedimientos adecuados a las necesidades de los niños, garantizando asistencia letrada o de otra índole;

²¹³ Corte IDH. Caso Cantoral Benavides Vs. Perú. Fondo. Sentencia de 18 de agosto de 2000, párrafo 127.

²¹⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos Caso Castillo Petruzzi y otros Vs. Perú. Sentencia de 30 de mayo de 1999 (Fondo, Reparaciones y Costas), párr. 154; Eur. Court H. R., case of Barberà, Messegué and Jabardo, párr. 78; y Eur. Court H. R., case of Bönisch judgment, párr. 32.

²¹⁵ Caso Castillo Petruzzi y otros, párrafo 141.

²¹⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Palamara Iribarne Vs. Chile. Sentencia de 22 de noviembre de 2005 (Fondo Reparaciones y Costas).

²¹⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010.

- v) en caso que el niño sea víctima de delitos sexuales o maltrato, asegurando su derecho a ser escuchado garantizando su plena protección, con personal capacitado para atenderlos y en salas de entrevistas que “representen un entorno seguro y no intimidatorio, hostil insensible o inadecuado”;
- vi) procurar que los niños no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar su revictimización o un impacto traumático en el niño.

De conformidad a lo anteriormente expuesto, en el sistema interamericano no se ha desarrollado de manera tan acabada como en el sistema europeo de qué manera se resuelve la tensión entre el derecho a defensa del imputado y el derecho de los niños víctimas y testigos a la debida protección en el proceso penal. No obstante, el sistema interamericano exige a los Estados que adopten medidas de protección hacia las víctimas, en especial, hacia aquellas que son más vulnerables, para lo cual los Estados tendrán un amplio margen de apreciación para determinar de qué manera protegerlos.

De este modo, en el proceso penal, los tribunales internos deberán resolver la tensión que se produce entre los derechos del imputado y los derechos de los niños víctimas y testigos, teniendo presente que –en la terminología de Alexy- ellos son principios y cuando entran en colisión uno de ellos debe ceder frente al otro (2002, p. 89). Este tema se desarrollará en las consideraciones finales del presente capítulo.

3.2. Tensión entre la eficacia de la persecución penal y la protección de los niños víctimas y testigos de delitos.

El año 2006 la Universidad Diego Portales en conjunto con UNICEF realizaron una investigación denominada “niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, en el marco de la reforma procesal penal. Informe final”, que entre otros objetivos pretendía determinar de qué manera el nuevo proceso penal ha impactado en el trato que reciben los niños víctimas de delitos sexuales.

Esta investigación que se realizó en algunas regiones en las que se había implementado el proceso penal- regiones IV, VII y IX – determinó que los funcionarios y profesionales del sistema involucrados en el proceso de investigación -fiscales, asistente de fiscal, funcionarios de Unidad regional de atención de víctimas y testigos (URAVITES), entre otros- debían buscar pruebas suficientes para respaldar la investigación, para lo cual se apoyaban en el relato de la víctima y en otras pruebas objetivas.

Los funcionarios entrevistados -principalmente fiscales- señalaban lo difícil de obtener el relato del niño por cuanto “este tiende a ser precario en términos del lenguaje utilizado, la lógica argumentativa o la cantidad de detalles que lo componen” (UNICEF-UDP, 2006, p. 120). Del mismo modo, se señala que los niños muchas veces se niegan a relatar lo ocurrido, y se requerían varias entrevistas para “dar testimonio que se van complejizando y pormenorizando en sesiones sucesivas” (UNICEF-UDP, 2006, p. 120). Así el relato del niño es percibido “como una prueba débil” para la fiscalía, por lo que deben buscar otros elementos probatorios contra el imputado.

En cuanto a las pruebas objetivas, con el objeto de sustentar el relato de los niños, las pruebas psicológicas, tampoco son concluyentes por cuanto las secuelas psicológicas que dejan los abusos sexuales en niños no son homogéneas, y además no siempre son observables. Así el daño físico suele ser una prioridad en la búsqueda de antecedentes durante la investigación. Así se evidenció que durante la etapa de investigación se realizaban muchos peritajes e interrogatorios (formales e informales) que buscan principalmente, la obtención de pruebas objetivas.

Para los niños víctimas esta necesidad de encontrar pruebas objetivas genera una tensión, debido a que se cuestiona su relato, lo que conlleva a la realización de múltiples testimonios y peritajes, y que, frente a la búsqueda infructuosa de evidencias físicas, el fiscal desestime la causa por falta de pruebas que corroboren el relato. Todo esto es percibido por las víctimas como un trato deshumanizado y poco eficaz.

Esto contrasta con la obligación que tiene la fiscalía de otorgar protección a las víctimas, según se establece en los artículos 6 y 78 del Código procesal penal, por cuanto la victimización secundaria que se evidenció en el estudio, debido a las múltiples entrevistas que debían entregar los niños, y al trato deshumanizado que se percibía por parte de los familiares de los niños víctimas de estos delitos, es contrario a esta función.

Del mismo modo, se observó una tensión entre el funcionamiento de las Unidades especializadas para la protección de víctimas o testigos (URAVITES), quienes, sin ser abogados, deben colaborar con las funciones propias de los fiscales, pero además proteger a las víctimas.

Además, la intervención de otros colaboradores como el Servicio Médico Legal (SML), a cuyos peritajes se les da prioridad, por sobre el peritaje de otras instituciones, lo que genera que se dilate la etapa de la investigación por los tiempos de espera excesivos de este servicio y, con ello, se retarda el proceso de reparación de las víctimas. Esto evidenció la falta de articulación de los distintos operadores del sistema, que es percibido negativamente por las víctimas y sus familiares (UNICEF-UDP, 2006, p. 122).

A lo anterior se suma la escasez de recursos humanos y el poco tiempo que indicaron los operadores que podían dedicarse a cada caso, lo que impedía relacionarse y establecer vínculos con las víctimas y sus familias, e impide entregarles información oportuna y adecuada. A ello se suma la obligación de responder a indicadores de gestión, por lo que los intereses y necesidades de los niños pasaban a un segundo plano (UNICEF-UDP, 2006, pp. 122-123).

Desde la perspectiva de los niños víctimas y sus familias, la principal tensión que se observó fue las elevadas expectativas que tenían frente al sistema y al trato que reciben de éste. Las expectativas que se generaban se relacionaban con la rapidez del procedimiento, con recibir un trato humanitario y con la posibilidad de hacer justicia respecto del agresor, que va asociada a la condena de éste. Se evidenció que para las víctimas el fiscal era percibido como su abogado, pero en el sistema, el fiscal tiene por objeto la persecución del delito y no la reparación de las víctimas. Así cuando el fiscal adopta decisiones al margen de la voluntad de las víctimas y su familia, ellos valoran negativamente el sistema y su experiencia en él. Por ello, el informe resalta la importancia del acceso a la información, para adecuar las expectativas de las víctimas a la realidad (UNICEF-UDP, 2006, p. 124).

A pesar de que han transcurrido 13 años desde el informe la intervención de los niños víctimas y testigos de delitos en procesos judiciales, sigue siendo prácticamente la misma. Algunas medidas de resguardo adoptadas por el Poder judicial, como la implementación de salas especiales para la declaración de los niños, han logrado aminorar las consecuencias negativas de la intervención de los niños en el proceso penal, en calidad de víctimas y testigos, pero siguen siendo objeto de múltiples entrevistas -6 a 8 en promedio- por parte de los distintos colaboradores del sistema.

Esta excesiva dependencia del relato del menor que se debe, en parte, a la necesidad de contar con pruebas para sostener la acusación, pero también, a la desconfianza respecto de su relato, provoca su victimización secundaria, o doble victimización.

Además, las cifras indican que un bajo porcentaje de las causas iniciadas en casos que son de la mayor gravedad como los delitos sexuales en contra de niños, termina por una sentencia condenatoria - se estima que solo un 15% en el período comprendido entre el año 2008 y el año 2014, según datos de la Fiscalía Nacional (Lampert *et al.*, 2015, p. 89).

Del mismo modo, en estudio más reciente realizado por el Observatorio de la niñez denominado “Cifra Negra de Violencia Sexual contra Niñas, Niños y Adolescentes: Ocultamiento social de una tragedia” determinó que durante el periodo 2012-2016, se presentaron 12.153 causas terminadas por el delito de violación a niños y niñas menores de 14 años, de las cuales 1.926 terminaron con sentencia definitiva condenatoria o que equivale a un 16% de los casos. Para el tramo de las personas de 14 años o más, se presentaron 12.610 causas terminadas, de las cuales 929 terminaron con sentencia definitiva condenatoria equivalente al 7,4% sobre el total de términos ingresados. (2018, p. 52). De ello se desprende que un alto porcentaje de los casos (sobre el 80%) termina por causas distintas a la sentencia condenatoria, esto es, sobreseimiento, absolución, archivo provisional, principio de oportunidad, facultad de no iniciar el procedimiento, etc. En el mismo estudio se sostiene que la cifra negra en este tipo de delitos alcanza un 70 y un 80% de los casos (2018, p. 57).

Ello demuestra que los métodos investigativos utilizados hasta el momento no son eficaces en la persecución penal y generan sentimientos de frustración en las víctimas y un entorno que favorece la impunidad de delitos tan graves, como los delitos sexuales que afectan a niños. En efecto, el sistema no busca la protección de los niños ni tiene un enfoque de infancia. El enfoque es la persecución penal, y el cumplimiento de metas de gestión sobre el total de delitos, y como demuestran estudios recientes, un alto porcentajes de casusas de delitos sexuales contra niños, termina por causas distintas a la sentencia condenatoria. Esto significa que el sistema procesal penal, no solamente provoca victimización secundaria a los niños por los factores señalados, sino además no es eficaz en la persecución penal.

En cuanto a las medidas de protección que el Ministerio Público debe proveer en beneficio de las víctimas, tampoco parecen ser eficaces. En efecto, en estudio del Centro de medición UC (MIDE) y la Fundación Amparo y Justicia (FAJ) denominado realizado a niños víctimas de distintos delitos sexuales, se advirtió que en la mayoría de los casos que fueron objeto de investigación no se adoptó ninguna medida de protección en favor de las víctimas. Además, varias víctimas mencionaron que se sentían amenazadas y que deberían tener alguna medida de protección. En el estudio se señala que la medida más frecuente, decretadas en favor de las víctimas, es la ronda de Carabineros, sin embargo, las víctimas señalaron que estas no se cumplían. Cuando se decretan medidas de protección, la mayor parte de las víctimas siente que estas no sirvieron o no se cumplió con la medida que se prometió (MIDE UC, 2009, p. 20).

Si bien la ley 21.057 busca prevenir la victimización secundaria, especialmente en delitos sexuales, y establece medidas de protección específicas, debe ir acompañada de capacitación a los distintos operadores del sistema, y que éste tenga un enfoque de infancia, lo que implica no solamente respetar los derechos de los niños y su dignidad, sino además, su protección, para ello se requiere coordinación entre las distintas instituciones, darle prioridad a los delitos cometidos en contra de niños, favorecer su intervención en el sistema de manera que sea menos burocrático y en el que el niño deba intervenir lo menos posible en el proceso de justicia, además que el niño reciba un tratamiento multidisciplinario, y por último, asegurar la reparación de las víctimas, lo que no parece ser prioridad en el sistema.

3.3. Tensión entre el derecho del niño a ser oído y los mecanismos para ejercer ese derecho

Como se advirtió anteriormente, el sistema procesal penal, descansa de manera excesiva en la declaración del niño víctima o testigo, en especial en algunos delitos que no dejan lesiones físicas. Esto obliga a las víctimas, como señala el informe UNICEF-UDP del 2006 a revivir la experiencia en forma recurrente, aun cuando esto pueda ser contrario al proceso de reparación de la víctima (2006, p. 63). En dicho informe se detalla que el primer relato se realiza normalmente ante Carabineros o ante la Policía de investigaciones quienes intentan recabar la mayor información posible. Sólo en algunos casos -50%- , en la Policía de investigaciones, el relato lo realizan los niños ante un psicólogo de la institución. Luego de la denuncia, las policías la remiten a la fiscalía, que no cuenta con personal suficiente para que la entrevista sea realizada por personal de URAVIT, según el relato de los fiscales entrevistados. Además, señalan que la declaración de la víctima es sólo un antecedente más en el proceso, por lo que deben corroborar por medios científicos u objetivos su declaración, y además debe ser evaluada la veracidad de quien declara (UNICEF-UDP, 2006, p. 72).

Por lo anterior, el fiscal ordena la realización de peritajes, que clasifican en 4 categorías: el peritaje policial criminalístico, el peritaje médico-forense de tipo sexológico, el médico-forense de tipo psiquiátrico y el peritaje psicológico. En estos peritajes, el niño debe volver a relatar los hechos lo que genera ansiedad y temor por cuanto se realizan ante una persona extraña y porque muchas veces deben además mostrar parte de sus cuerpos. Si es necesaria la realización de un peritaje sexológico ante el Servicio Médico legal, el niño, además de relatar nuevamente lo acontecido, debe ser examinado por el médico ante el policía o el carabinero, o psicólogo de la URAVIT que lo acompaña y además se hace pasar a un funcionario del servicio para que sea testigo del examen físico. A ello se debe agregar que en algunas localidades este examen se realiza en contexto muy precarios y poco adecuado para un niño que ha sido víctima de este tipo de delitos (2006, p. 79).

En ocasiones, también se puede solicitar -la fiscalía, el Servicio Médico Legal (SML) o la defensa- un peritaje psiquiátrico para saber si el niño tiene alguna patología. Por la carencia de psiquiatras infantiles, estos peritajes suelen tardar en promedio 5 meses (2006, p. 80).

Posteriormente, el niño será objeto de un peritaje psicológico clínico, que consiste en la entrevista forense, y tiene por objeto profundizar en la investigación sobre el abuso sexual sufrido por el niño y obtener información de su relato, la veracidad de este, sintomatología asociada y las secuelas a largo plazo originadas por la situación denunciada. Los peritos señalan la dificultad que puede significar obtener el relato de un niño, en especial, cuando es de muy corta edad, pero además que la entrevista se realiza después de que ha transcurrido mucho tiempo desde la primera revelación (2006, pp. 81-83). Luego el niño deberá declarar en audiencia, donde el único resguardo que otorgaba la ley -en la época del informe- era que las preguntas se dirigieran al niño a través del juez presidente.

Pero en dicho informe se advirtió que, para los jueces, la declaración del niño en el juicio oral era imprescindible. En efecto, en base al principio de la inmediación, los jueces le dan un alto valor a la declaración del niño en audiencia, pero se observa que los niños difícilmente entregan declaraciones pormenorizadas y coherentes, que logren convencer al tribunal “más allá de toda duda razonable” de la efectividad de su relato, observándolo con incredulidad²¹⁸ (UNICEF-UDP, 2006, p. 93).

²¹⁸ Un juez entrevistado en la informe señala: “Pero hay que tener cuidado, porque ciertos niños de 10 u 11 años son bastante desarrollados o viven en familias promiscuas y que pueden ser utilizados para resolver, por ejemplo, problemas matrimoniales, en donde se acusa al papá de algo...” Juez Oral, IX región. Otro juez, señala: “Importa mucho el relato del niño, qué explicación da del hecho (...) y eso se refuerza con lo que dice el psicólogo respecto a los traumas que pudiera tener (...) Las pericias en materias de delitos sexuales, donde las víctimas son menores, las pericias son la prueba fundamental”. Juez Oral, IX región.

De allí se desprende la necesidad para jueces y fiscales, sobre todo en los delitos sexuales en contra de niños, de contar con la presencia de expertos que le den credibilidad al relato de la víctima, y el peso de la declaración del perito dependerá de las características personales, habilidades de exposición y persuasión, de sus conocimientos y “del prestigio y legitimidad que la sociedad le otorgue” a este. Así hay una “cultura judicial” en torno a entregar mayor valor a los peritajes psiquiátricos, que son considerados más objetivos y confiables que los peritajes psicológicos. Lo mismo ocurre con los peritajes que realiza el Servicio Médico Legal (UNICEF-UDP, 2006, p. 94).

Así, los jueces orales desconfían del relato de los peritos, que deben realizar una interpretación de lo que el niño narra, y prefieren observar directamente el testimonio de la víctima en el juicio. En consecuencia, se advierte en el informe que todos los actores del sistema -jueces, fiscales, defensores, policías- desconfían *a priori* de la ocurrencia de los hechos constitutivos de delito, requiriendo de variadas pruebas para alcanzar el estándar necesario, que valide el relato del niño (UNICEF-UDP, 2006, p. 95).

Del mismo modo, en la investigación sobre percepción de los procesos de investigación en caso de agresiones sexuales, realizada por el centro de medición MIDE de la Universidad Católica (2009), al cual se hizo alusión en el apartado anterior, si bien los niños víctimas se demostraban dispuestos a colaborar con el proceso, manifestaron malestar por tener que repetir en muchas oportunidades su declaración²¹⁹, lo que termina por deteriorar la voluntad de participar y cooperar en el proceso (MIDE-UC, 2009, p. 13). El tiempo que transcurre entre la denuncia y los procesos posteriores, también se advirtió como un elemento negativo, que deterioraba la motivación y disponibilidad de participar en el proceso (MIDE-UC, 2009, p. 14).

En el mismo estudio, los niños entrevistados manifestaron que la declaración resultó ser algo difícil para ellos, por la vergüenza de tener que relatar lo sucedido ante un extraño. Además, manifestaron que al momento de la denuncia se encontraban aún afectados por los hechos, pero, sobre todo, por la necesidad de recordar repetidas veces lo que les pasó (MIDE-UC, 2009, p. 14). Asimismo, se advierte que la mayoría de los niños entrevistados reportan haber relatado su experiencia entre 2 a 7 veces a diferentes personas durante el proceso, y la mayoría señaló que las repetidas entrevistas no aportaban mayores detalles de lo sucedido y fueron innecesarias (MIDE-UC, 2009, p. 15).

En cuanto a los peritajes físicos, la mayoría de los entrevistados expresaron malestar por la experiencia ya que los profesionales eran fríos y poco cuidadosos. Además, manifestaron sentir incomodidad vergüenza debido a que el médico era hombre. En cambio, los peritajes psicológicos fueron percibidos como una experiencia positiva (MIDE-UC, 2009, pp. 18-19). Del mismo modo, la mayoría de los entrevistados mencionan no haber recibido o haber recibido muy poca información sobre los avances del proceso, lo que fue percibido de manera muy negativa por las víctimas las que sintieron sensación de inseguridad, pero además de no formar parte del proceso, y que este se realizaba al margen de su participación y opinión (MIDE-UC, 2009, pp. 21-23).

Y un defensor señaló: “Mientras jueces y fiscales sigan partiendo del supuesto que no le podemos creer solamente al menor, los defensores vamos a utilizar esa herramienta para defender a nuestros imputados, eso es así; siendo bien honestos, esa es la verdad”. Defensor Nivel Central, RM.

²¹⁹ Una de las entrevistadas señaló “Asistí a todas las citaciones que me hicieron. Traté de colaborar lo más posible, sin importar lo que estaba sucediendo. Nunca entendieron que cada vez que yo relataba el hecho era como rasgar la herida...no creo que sea humano tener que ver al menor sufriendo al declarar el hecho para creerle en un juicio” (15 años)

Finalmente, en este tránsito de los niños por el proceso penal, los aspectos peor evaluados fueron la denuncia, los fiscales y los investigadores, por cuanto no advirtieron que ellos tuvieran interés por el caso, además las víctimas percibieron poca dedicación hacia el caso y hacia ellas, que no se les entregó información sobre los avances del proceso. Del mismo modo, fue mal percibido el trato recibido en el Servicio Médico Legal. En cambio, excepcionalmente consideraron que el trato entregado por profesionales especializados, en especial por psicólogos de la URAVIT, fue bien valorado y percibido de manera positiva (MIDE-UC, 2009, p. 25).

Del mismo modo, en estudio realizado el año 2015, por la biblioteca del Congreso Nacional, denominado “Violencia sexual contra la infancia. El avance legislativo y sus desafíos”, se advierte que uno de los grandes desafíos en Chile, dice relación con la declaración de los niños víctimas de delitos sexuales en el proceso penal. En dicho estudio se señala que el procedimiento actual -antes de la entrada en vigencia de la ley 21.057- es muy negativo por cuanto genera revictimización o victimización secundaria, toda vez que los niños deben “repetir en promedio cinco o seis veces su traumática experiencia de abuso ante personas e instancias distintas” (2015, p. 14). Agrega que, para una víctima en proceso de reparación, esto puede resultar perjudicial y significar un retroceso. Del mismo modo, se señala que el paso del tiempo provoca en muchos niños el olvido de ciertos detalles, o confusión, lo que colabora con la impunidad del agresor (BCN, 2015, p. 14).

La ley 21.057 pretende resolver esta tensión, limitando el número de entrevistas, y con ello prevenir o disminuir los riesgos de que los niños sufran victimización secundaria durante el proceso. Sin embargo, como se analizó en el primer acápite de este capítulo, la Ley no evita que el niño sea entrevistado en múltiples oportunidades. El gran avance que introduce es la entrevista investigativa, que es realizada por un especialista, presenciada por los intervinientes y video grabada, con el objeto de ser utilizada en juicio, pese a lo cual no se consagró como una entrevista única, requiriendo que el niño preste nuevamente declaración judicial ya sea de manera anticipada o en juicio oral.

Entonces, si bien la Ley avanza hacia una entrevista realizada por un especialista, en una etapa temprana de la investigación y, por tanto, se asegura un relato no contaminado, luego se exige que el niño concurra a una audiencia, a ratificar lo declarado en dicha entrevista. De ello se advierte que, si bien el legislador pretende proteger al niño, al mismo tiempo desconfía de su relato, por lo que el niño debe prestar nuevamente declaración ante el tribunal, para lo cual pueden pasar meses.

Como se analizó en el acápite anterior, el paso del tiempo puede ser muy perjudicial en el relato del niño, por cuanto este puede verse expuesto a presiones de terceros, a sentimientos de ansiedad y angustia, por el desconocimiento del proceso y de las instancias en las que le corresponde participar. Como se advierte de los estudios realizados en la materia, la percepción de los niños víctimas es que los colaboradores del sistema no les entregan información suficiente y demuestran desinterés por su caso, lo que no es algo que una ley deba o pueda modificar. De allí la conveniencia de contar con especialistas en infancia, que acompañen al niño en este proceso y sepan resolver no sólo sus inquietudes frente al sistema, sino además su miedo frente a la incertidumbre de lo que van a enfrentar, en el proceso y con posterioridad a este.

En consecuencia, debemos retomar en este punto, lo que fue desarrollado en el apartado 2.2. del segundo capítulo de la presente tesis, esto es, de qué manera y bajo qué sistemas de salvaguarda deben participar los niños en los procesos judiciales, teniendo presente que son seres especialmente vulnerables, que requieren una protección especial. Como se señaló en dicho apartado, el derecho del niño a ser oído, consagrado en el artículo 12 de la CDN, no puede ser interpretado de manera aislada, ya que debe ser interpretado en consonancia con los demás artículos de la Convención, y en especial, el interés superior del niño.

De conformidad al artículo 12 de la CDN - interpretado por el Comité de Derechos del niño, en la Observación General número 12-, el niño tiene derecho a ser oído y a que su opinión sea tenida en consideración. Esto implica que el niño tiene derecho a expresar libremente su opinión, sin presiones o influencias indebidas, además debe ser oído en un ambiente adecuado y, ser informado de las opciones y consecuencias que puede acarrear el ejercicio de este derecho, como también de la posibilidad de escoger si ejerce o no su derecho a ser escuchado. Señala el Comité de Derechos del niño que para que el niño pueda ejercer su derecho y expresar su opinión, es fundamental que lo mantengan informado, respecto de las opciones y posibles decisiones que puedan adoptarse y de sus consecuencias.

Como se señaló, además, el artículo 12 - derecho a ser oído- y el artículo 3.1 -interés superior del niño- deben interpretarse de manera sistemática y tienen funciones complementarias. De conformidad a lo señalado por la Observación general número 14, una interpretación que concilie ambos artículos, trae aparejadas, varias consecuencias.

En primer lugar, si bien el artículo 3.1 consagra el principio del interés superior del niño - que como se señaló es un concepto jurídico indeterminado y tiene múltiples interpretaciones y aplicaciones- el derecho del niño a ser oído indica la metodología para escuchar las opiniones del niño e incluirlo en todos los asuntos que le afecten. Ello trae aparejada la necesidad de informar al niño, sobre las actuaciones en las que intervendrá, sus derechos en el proceso, las posibles consecuencias que el proceso puede traer aparejado, para el niño, para el imputado, o en caso de que el imputado no sea habido, las consecuencias que ello acarreará.

En segundo lugar, la interpretación de ambos artículos trae como consecuencia que cada vez que se adopte una decisión que afecte a un niño, se deberá realizar una estimación de las posibles repercusiones, positivas o negativas, de la decisión en el niño o en los niños interesados.

En tercer lugar, y en consideración a que el principio del interés superior del niño es una garantía procesal, exige que los procesos sean transparentes y objetivos, es decir, exige a la autoridad, justificar en las decisiones que se ha tenido en cuenta el principio del interés superior del niño y de qué manera se han ponderado los intereses del niño frente a otras consideraciones.

En cuarto lugar, una vez que el niño decida expresar su opinión, se debe decidir cómo se le escuchará, en consonancia con las normas de procedimiento del ordenamiento interno y, por tanto, sin impedir o restringir los derechos o garantías de los otros intervinientes, en especial, del imputado, en el caso de los niños víctimas y testigos.

Para ello es fundamental, como señala la observación general número 12, evaluar la capacidad del niño, en función de su edad y madurez. Esto implica varias consecuencias: primero, evaluar las capacidades del niño para declarar de acuerdo a su edad y madurez; segundo, que el niño declare en un ambiente protegido, lo que no sólo dice relación con el lugar donde presta la declaración, sino con las veces que debe hacerlo, las personas ante las que debe declarar, la forma en que se le formulan las preguntas; tercero, que los profesionales que interactúan con el niño, no sólo deben estar capacitados en los derechos de los niños, sino además, deben estar capacitados para oírlo; cuarto, adoptar todas las medidas de protección necesarias para evitar su victimización secundaria; quinto, adoptar todas las medidas necesarias para proteger al niño de sufrir victimización repetida, y en consecuencia, adoptar medidas de protección específicas que digan relación con el delito del que fue víctima o testigo y el contexto en el que el niño se desenvuelve a diario, y no sólo en el proceso.

En quinto lugar, en consonancia con lo señalado anteriormente y a la Observación General Número 12, es importante comunicar los resultados al niño y de qué manera se tomaron en cuenta sus

opiniones, lo que da lugar a que el niño pueda acceder a recursos cuando se haya violado su derecho a ser oído o cuando no se tomaron en consideración sus opiniones.

En consecuencia, el derecho del niño a ser oído y su interés superior, son principios que deberán ponderarse caso a caso y bajo ninguna circunstancia debe ser perjudicial para la integridad física o psicológica del niño. Además, de lo anteriormente expuesto se colige, que el niño debe ser consultado sobre si desea participar en el proceso penal, e informarle sobre los mecanismos de protección que existen para que él pueda declarar, que prevé la ley 21.057, en caso que se aplique. Como se señaló anteriormente, se vulnera tanto los derechos de un niño que no es escuchado, como de aquel que es escuchado en contra de su voluntad. Este es un principio que acertadamente incorporó la ley 21.057, aunque lamentablemente se aplica respecto de ciertos delitos.

Como se señaló con anterioridad, hasta ahora, -antes entrada en la vigencia de la ley 21.057-, no se aplica en el caso de los niños ninguno de estos estándares, cuando ellos intervienen en calidad de víctimas o testigos. Por el contrario, los niños en el proceso son instrumentalizados para distintos fines, pero, además, existe una excesiva dependencia del relato del niño, debido a la desconfianza de los distintos actores en el relato del niño.

En la ley 21.057 se advierte también esa desconfianza, toda vez que, si bien se adoptan medidas de protección para que el niño pueda declarar en un ambiente menos victimizador -reducción del número de entrevistas, la incorporación de personal especializado, el acondicionamiento de lugares para la declaración del niño fuera de la sala de audiencias- la Ley no evita que el niño deba declarar nuevamente en el juicio oral, de lo que se desprende que el legislador privilegió el principio de inmediatez, por encima del interés superior del niño. En consecuencia, no se advierte que la ley cumpla su principal propósito, esto es, evitar la victimización secundaria que sufren los niños víctimas o testigos que intervienen en el proceso penal, pero, además, tampoco se advierte que la ley mejore la persecución penal.

En efecto, respecto a la victimización secundaria, se señaló en el presente capítulo que los niños están especialmente expuestos a sufrir victimización secundaria, por cuanto la duración del proceso sumado a la espera de la realización de juicio, provocan ansiedad y angustia en los niños. Además, los niños deben relatar los hechos ante extraños lo que, en cierto tipo de delitos -particularmente se advierte en los delitos sexuales-, provoca en ellos vergüenza, a lo que se añade, lo desconocido que es el proceso para ellos y la necesidad de posponer una terapia reparatoria, por los cuestionamientos respecto de que esta podría contaminar el relato del niño. A su vez, el transcurso del tiempo puede afectar el relato del niño, ya sea por la intervención de terceros, como por los complejos procesos de la memoria, analizados en el acápite anterior, que pueden llevar al niño a bloquear ciertos recuerdos traumáticos para él.

Luego, como se analizó en el acápite anterior, durante las distintas declaraciones, el niño puede ser objeto de fuertes cuestionamientos -por parte de la policía, de los fiscales, de los defensores- y suele ser la etapa más desmoralizante del proceso.

Por ello se ha estudiado la necesidad de reducir al mínimo las intervenciones del niño en el proceso penal, sin embargo, en la ley 21.057, si bien limita, en algo el número de entrevistas, es posible que transcurra mucho tiempo entre la denuncia y la audiencia de juicio, lo que puede generar todos estos efectos, que precisamente la ley pretendía evitar.

En cuanto a la eficacia en la persecución penal, como se señaló anteriormente, a pesar de todas las entrevistas por las que atraviesan los niños víctimas de delitos, existe un bajo porcentaje de condena en delitos sexuales, que son los delitos de mayor ocurrencia cometidos en contra de niños en Chile y que, por supuesto, revisten la mayor gravedad. Sin embargo, la nueva ley no establece mecanismos que

mejoren la eficacia de la persecución penal, como podría haberlo hecho si hubiera establecido fiscales especializados en estos delitos, por ejemplo, y sigue descansando en el relato de la víctima como principal medio de prueba.

4. Consideraciones finales. Sobre la ponderación de los principios

De lo analizado se desprende que se han realizado pocos avances en Chile en la justicia adaptada a niños, en especial, de aquellos que deben intervenir en el proceso penal en calidad de víctimas y testigos. Ello es particularmente grave, teniendo presente que los niños están más expuestos a sufrir ciertos tipos de delitos, muchas veces al interior de su propia familia que dañan su supervivencia, su integridad, su salud o su desarrollo y, en definitiva, su dignidad.

Si además tenemos presente que los niños víctimas y testigos de delitos deben intervenir en el proceso penal sin las mínimas garantías de seguridad y protección, serán nuevamente víctimas, pero ahora del sistema de justicia que, supuestamente, busca su protección y la reparación del daño causado.

Si bien se ha avanzado a paso lento en una mayor protección de los niños víctimas de delitos la omisión de las normas internas, la escasa aplicación de las normas internacionales en la materia o su errada interpretación, han traído aparejado que los niños que intervienen en el sistema de justicia sufran doble victimización o victimización secundaria provocada, en parte, por las múltiples declaraciones que deben realizar, ante extraños y en un ambiente poco adecuado.

Por ello, se han impulsado iniciativas con el objeto de otorgar una mayor protección a los niños que intervienen en el proceso penal, las que no parecieran ser del todo eficaces en su propósito, por cuanto, no reducen de manera significativa el número de entrevistas a las que se ve enfrentado un niño víctima o testigo en el proceso penal. Ello debido a la creencia de que mientras mayor sea el número de entrevistas a que es sometido el niño, la persecución penal será más eficaz, lo que, como se ha analizado, es erróneo.

Cabe hacer presente que cada vez que un niño interviene en un proceso penal en calidad de víctima o testigo, el tribunal debe resolver las distintas tensiones que se producen entre los derechos de los niños víctimas y testigos de un delito y los derechos del imputado.

En efecto, como se desarrolló en el capítulo anterior, los niños como sujetos de derechos, no sólo pueden participar en el proceso penal, sino que deben hacerlo con un mínimo de garantías que aseguren su desarrollo holístico y que se encuentran consagradas en los distintos instrumentos internacionales ratificados por Chile e incorporadas como normas positivas en nuestra legislación a partir de la entrada en vigencia de la Ley 21.057. Por su parte, el imputado posee un conjunto de derechos reconocidos por los instrumentos internacionales ratificados por Chile y que también se encuentran consagrados en nuestra legislación.

La tarea de los tribunales de justicia será resolver la colisión de principios que son igualmente válidos y relevantes y determinar —en la terminología de Alexy— cuál de esos principios debe preceder al otro (2002, p. 89).

Robert Alexy (2002) plantea que la distinción entre reglas y principios es trascendental en la teoría de los derechos fundamentales, por cuanto sin esta distinción “no puede existir una teoría adecuada

de los límites, ni una teoría satisfactoria de la colisión ni tampoco una teoría suficiente acerca del papel que juegan los derechos fundamentales en el sistema jurídico” (p. 81).

Para Alexy, lo decisivo en la distinción de reglas y principios, es que mientras las primeras son normas que sólo pueden ser cumplidas o no (2002, p. 87), los principios son lo que el autor denomina “mandatos de optimización”, esto es, que pueden ser cumplidos en cierto grado y que la medida de su cumplimiento no sólo depende de las posibilidades reales sino además de las posibilidades jurídicas. Para Alexy, las posibilidades jurídicas estarían determinadas por las reglas y principios opuestos (p. 86).

Del mismo modo, aclara Alexy que, en los supuestos de colisión, se advierte nítidamente la distinción entre regla y principio. En efecto, la colisión de principios y el conflicto de reglas, consiste en el hecho de que dos normas, aplicadas de manera independiente, conducen a resultados incompatibles o “a dos juicios de deber ser jurídicos incompatibles”, pero la solución del conflicto en ambos casos es distinta (2002, p. 87). Para Alexy, el conflicto de reglas sólo puede ser solucionado introduciendo en una de ellas una cláusula de excepción que elimina el conflicto o declara inválida una de las reglas.

La colisión de principios, en cambio, se resuelve de manera distinta, por cuanto, en caso que un principio permita algo y otro lo prohíba, uno de los principios debe ceder frente al otro. Ello no acarrea la invalidación de uno de los principios ni la necesidad de incorporar una cláusula de excepción, sino más bien que uno de los principios, bajo ciertas circunstancias, debe preceder al otro y bajo otras, se solucionará de manera inversa. Así, en casos concretos los principios tienen diferente peso y prima el principio de mayor peso (2002, p. 89).

Otro rasgo distintivo entre principios y reglas, es que los principios ordenan que algo debe ser realizado en la mayor medida de lo posible, teniendo en cuenta las posibilidades fácticas y jurídicas y, por tanto, no contienen mandatos definitivos, sino sólo *prima facie*. En consecuencia, del hecho que a un principio se le otorgue un mayor valor en un caso concreto no se infiere que valga como resultado definitivo, ya que “los principios presentan razones que pueden ser desplazadas por razones opuestas” (Alexy, 2020, p. 99). Las reglas, en cambio, exigen que se haga exactamente lo que en ellas se ordena, “contiene una determinación en el ámbito de las posibilidades jurídicas y fácticas” (2002, p. 99). Esta determinación podría fallar por imposibilidades jurídicas o fácticas, caso en el cual resultaría inválida la regla, pero sino, vale lo que la regla dice.

A pesar que lo anteriormente expuesto indica que la colisión de principios debe resolverse caso a caso, Alexy, en base a dos fallos del Tribunal Constitucional Federal, aporta ciertos criterios que podrían conducir a la solución de la colisión de principios.

En efecto, de conformidad a lo que Alexy denomina la Ley de colisión, dependiendo de las circunstancias del caso, se establece entre los principios una “relación de precedencia condicionada”, es decir, se indican las condiciones bajo las cuales uno de los principios debe preceder al otro, y bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia se resolverá de manera inversa (2020, p. 92). Entonces, será fundamental, para resolver la colisión determinar bajo cuáles condiciones cuál principio tiene precedencia y cuál debe ceder. A su vez, Alexy aclara que, de conformidad a la Ley de colisión, en primer lugar, entre los principios no existen relaciones absolutas de precedencia –diferenciándose así, de la teoría de Ronald Dworkin- y, en segundo lugar, se refieren a acciones y situaciones que no son cuantificables (2002, p. 95).

A su vez Alexy (1988, p. 147), indica que existe una estrecha relación entre la teoría –débil- de los principios y la máxima de la proporcionalidad. Señala que los principios como mandatos de optimización, exigen la realización lo más completa posible de conformidad a las posibilidades jurídicas y fácticas. Agrega que las posibilidades fácticas, llevan a los principios de adecuación y necesidad,

mientras que las condiciones jurídicas a la ley de la ponderación. Agrega que la Ley de la ponderación puede ser formulada de la siguiente manera: “cuanto más alto sea el grado de cumplimiento o de menoscabo de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro”. En consecuencia, agrega, la ley de la ponderación no formula otra cosa que el principio de proporcionalidad en sentido estricto.

La ley de ponderación, y en especial el criterio de proporcionalidad que propone Alexy para resolver la colisión entre los derechos fundamentales enfrentados, con sus tres subprincipios – adecuación, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto – ha sido utilizado durante décadas por la doctrina y la jurisprudencia constitucional alemana y, en la actualidad, por casi todos los Tribunales constitucionales europeos.

Del mismo modo, cuando el TEDH y el TJUE han resuelto la tensión entre el derecho a defensa del imputado y la protección de los niños víctimas y testigos de delitos, han efectuado este test de proporcionalidad, desplazando el derecho de los imputados en pos de la protección de los niños víctimas y testigos de delitos graves. De esta manera, los tribunales europeos, en ocasiones han justificado que se prescindiera de la declaración del niño en juicio oral, en la medida que se cumplan las exigencias del principio de la proporcionalidad, con sus tres subprincipios. En efecto, como se señaló con anterioridad, tanto el TEDH como el TJUE ponderan si en estos casos, la medida ha sido idónea para alcanzar el objetivo constitucionalmente legítimo propuesto (idoneidad), que dicha medida sea necesaria, es decir, que no exista una medida menos gravosa que sean igualmente aptas para conseguir ese fin (necesidad) y finalmente, que el sacrificio que se imponga de los derechos, no resulte desmedido en comparación con la gravedad de los bienes o valores en conflicto (proporcionalidad en sentido estricto). Adicionalmente, los tribunales europeos exigen la corroboración, de manera que la declaración del niño no sea la única y decisiva prueba para condenar, o si lo es, que esté acompañada de otros medios de prueba, y que lo señalado precedentemente no exime al Estado del deber de investigar delitos, en especial, si son cometidos en contra de niños.

De esta manera, cuando en el sistema europeo se admiten medidas de protección respecto de los niños víctimas y testigos, que incluye prescindir de su declaración en juicio, menoscabando el derecho a defensa del imputado, lo hace en cumplimiento de otro principio que le precede, el interés superior del niño. Como se ha señalado este principio asegura la plena satisfacción de los derechos del niño reconocidos en la CDN y debe ser una consideración primordial para quienes toman decisiones que pudieran afectar la vida del niño. Este principio, que se funda en la dignidad misma del ser humano, impone a todos los sujetos que interactúan con niños, una especial atención a las necesidades del niño, de modo que su intervención en el proceso no puede significar un impacto negativo en la vida del niño, que pudiera provocar un daño irreparable en su desarrollo. Por ello, en determinadas circunstancias, se debe limitar el derecho a defensa del imputado. De este modo, al aplicar el test de proporcionalidad, en el sistema europeo se ha hecho prevalecer el derecho de los niños víctimas y testigos, bajo las condiciones señaladas, limitando el derecho a confrontación.

En cuanto a la tensión entre la eficacia de la persecución penal y la protección de los niños víctimas y testigos de delitos, también es posible aplicar el test de la proporcionalidad. En efecto, si bien el Estado tiene el monopolio de *ius puniendi* ello no significa que, ejerciendo esa facultad, pueda vulnerar los derechos de los intervinientes, menos aún si se trata de niños. Es por ello que cada vez que se adopte una medida por la que se pudiera ver afectado el derecho del niño a su integridad física, psíquica o moral, se debe valorar si dicha medida es idónea para los fines que se pretenden conseguir, si es necesaria y, por lo tanto, que no existan medidas menos gravosas que no impliquen la vulneración del derecho y que no resulte desmedida respecto del beneficio que se pretende obtener.

Es por ello que es altamente valorable que la ley 21.057 haya restringido el número de entrevistas a la que se debe exponer un niño víctima o testigo de los delitos enumerados por la Ley, y que además se haya restringido el número actuaciones en las que debe participar. De hecho, se advierte de la lectura de sus artículos que el legislador adopta el principio de la necesidad cuando se refiere a la realización de otras diligencias investigativas en el artículo 11, donde señala que ellas serán “excepcionales y se realizarán en la medida que sean estrictamente necesarias”.

En la práctica, sin embargo, el gran desafío será para los operadores, que como se analizó precedentemente son los peor evaluados del sistema –Fiscales, Servicio Médico Legal-. En efecto, la Ley debe ser interpretada con un enfoque en los derechos de la infancia, lo que implica la coordinación entre las distintas instituciones, dar prioridad a los delitos cometidos en contra de niños, favorecer su intervención en el sistema de manera que sea menos burocrático y en el que el niño deba intervenir lo menos posible en el proceso de justicia, entre otros. La Ley entrega las herramientas, pero serán los operadores del sistema los encargados de adecuarla a las necesidades de cada caso, teniendo en especial consideración el interés superior del niño.

En cuanto a la tensión entre el derecho del niño a ser oído y los mecanismos para ejercer ese derecho, y si bien este derecho se analizará detenidamente en el capítulo IV de la presente tesis, se debe tener presente que al niño le asiste el derecho a ser oído, pero como titular de este derecho, puede renunciar a él. Antes de la entrada en vigencia de la ley 21.057 –incluso en la actualidad, ya que la Ley tiene una vigencia progresiva- si el niño se negaba a declarar la causa queda irremediablemente archivada. Con la entrada en vigencia de la Ley, el niño no puede ser obligado a declarar, pero ello no exime al Estado de su deber de investigar. En efecto, como se analizó, tanto en el sistema europeo como en el sistema interamericana, es imperativo para el Estado investigar delitos cometidos en contra de niños, por cuanto son seres vulnerables que el Estado debe proteger. Cuando el Estado no cumple este deber, o cuando lo hace sin adoptar las medidas de resguardo necesarias, los convierte nuevamente en víctimas, pero del sistema de justicia, lo que en el estado actual de desarrollo de los derechos fundamentales, es inaceptable.

CAPÍTULO IV. GARANTÍAS MÍNIMAS PARA LA INTERVENCIÓN DEL NIÑO EN EL PROCESO PENAL. PROPUESTAS PARA AVANZAR HACIA UNA JUSTICIA ADAPTADA A NIÑOS

Para avanzar hacia una justicia adaptada a niños, es fundamental tener en cuenta una serie de garantías que, tanto en el sistema internacional de derechos humanos como en distintos sistemas jurídicos, se han identificado como necesarias para asegurar la participación efectiva del niño en el proceso penal, sin que dicha participación constituya un perjuicio para su integridad física y psíquica.

En adelante se proponen cinco garantías que, a juicio de esta tesista, aseguran la participación efectiva del niño: la evaluación individual del niño; el derecho del niño a ser escuchado y a que su opinión sea tomada en cuenta en el proceso penal; el derecho del niño a medidas específicas de protección; la especialización en materias de infancia y el derecho del niño a la reparación.

Del mismo modo, se analizará el estado de estas garantías en el sistema internacional de derechos humanos, para luego analizar la situación en Chile.

1. La evaluación individual o personalizada del niño víctima o testigo.

Del análisis de los instrumentos relativos a la participación del niño en los procesos judiciales, una garantía fundamental dice relación a que el niño sea evaluado individualmente tanto para determinar sus capacidades y condición para expresar su opinión, tanto como para determinar la necesidad de establecer a su favor una medida de protección.

En la Observación general número 14, el Comité de derechos del niño precisa que la evaluación del interés superior del niño, es algo que debe hacerse caso a caso, teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños o niños en general (párrafo 48). Asimismo, cuando se refiere a las garantías específicas que se deben adoptar en los procesos en los que intervenga el niño, para resguardar su interés superior (párrafo 85-99), se refiere a la importancia de que los niños sean evaluados por profesionales especializados en cuestiones relativas al desarrollo del niño y adolescente. En lo posible, recomienda que en la evaluación del niño participe un equipo multidisciplinario de profesionales. Del mismo modo, recomienda en la adopción de cualquier medida, evaluar el impacto que esta tendrá en los derechos del niño.

Del mismo modo, en la Observación general número 12, relativa al derecho del niño a ser oído, el Comité nuevamente resalta la necesidad de evaluar individualmente al niño para determinar su madurez (párrafo 30). En la misma Observación el Comité advierte que para escuchar al niño es necesario evaluar la capacidad de este para formarse su propio juicio de manera razonable e independiente (párrafo 44), lo que implica una evaluación personalizada del niño víctima o testigo. En efecto, allí se indica que el encargado de escuchar al niño deberá evaluar la capacidad del niño para expresar su opinión y que esta será tomada en cuenta en función de su edad y madurez. Este punto será desarrollado con mayor detención, en la segunda garantía.

Asimismo, y tal como se analizó en el capítulo segundo de la presente tesis, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 25 de octubre de 2012, reconoce al niño como sujeto vulnerable, con el derecho de protección especial, e indica que para evitar que la intervención del niño en el proceso penal provoque victimización secundaria o reiterada o sufra intimidación o represalias por esta intervención (considerandos 55-57), es fundamental la realización de evaluaciones especiales para determinar si el niño está expuesto a sufrir cualquier forma de victimización.

Del mismo modo, al analizar estudios de la psicología del testimonio se advierte la necesidad de evaluar individualmente al niño. Si bien como se señaló, la edad del niño no debe ser considerada como un factor para determinar la capacidad o incapacidad del niño para declarar, de los estudios analizados precedentemente sobre psicología del testimonio, se advierte que, en el caso de los niños más pequeños, en especial, aquellos en edad preescolar, carecen de los conocimientos necesarios para reconstituir el pasado, por lo que es de suma relevancia las preguntas que le dirigen los adultos (Manzanero, 2008, pp. 120-121).

También es importante medir la capacidad del niño para declarar en atención al fenómeno de la amnesia infantil, que, como se señaló con anterioridad, dice relación con la imposibilidad del niño para recordar hechos los primeros cinco años de su vida (Silva *et al.*, 2016, p. 227).

De lo anteriormente expuesto, en el proceso penal, la evaluación individual de los niños víctimas y testigos es relevante en dos aspectos: primero, para determinar si el niño sufre algún trastorno cognitivo, psicológico o incluso psiquiátrico, que le impida expresar libremente su opinión o que su declaración cumpla con los estándares del proceso, esto es, que su declaración sea fiable y admisible como medio de prueba. En segundo lugar, la evaluación personalizada del niño permite determinar las medidas específicas de protección que este requerirá para evitar su doble victimización o su victimización repetida.

Situación en Chile

En la actualidad, en Chile, sólo se someten a evaluación individual o personalizada, los niños víctimas de delitos sexuales. En efecto, la Policía de Investigaciones mantiene 23 Brigadas especializadas²²⁰ en delitos sexuales -Centros de Asistencia a Víctimas de Atentados Sexuales (CAVAS) y Brigadas de Delitos Sexuales y de Menores (BRISEXME)- distribuidas a lo largo de todo el país, que reciben las denuncias y realizan labores de investigación, e incluso de reparación, en este tipo de delitos.

Sin embargo, de acuerdo a informes analizados (UNICEF-UDP, 2006, p. 59) en el sistema actual, cuando el niño presta declaración, ya ha expuesto su relato en varias oportunidades, lo que, según los policías, perjudica la calidad de la investigación. Además, los funcionarios relatan que, debido a la falta de personal, el primer oficial que tomó el relato no es el que continua la investigación, por lo que el niño, además se verá expuesto a ser entrevistado por varios funcionarios durante la investigación. Si el niño realiza la denuncia ante Carabineros, estos se limitan a recibir la denuncia y dejar constancia de ella en el parte policial.

En la actualidad, en Chile, no existe una evaluación personalizada del niño víctima o testigo, a menos que sea un niño víctima de una agresión sexual.

Si bien la ley 21.057 no señala expresamente este requerimiento, de la lectura de sus artículos se desprende la intención del legislador de realizar una evaluación personalizada del niño víctima de los delitos a que se refiere la ley. En efecto, en el artículo 3, que enumera los principios de aplicación de la ley, en la letra e) se establece la asistencia oportuna y la tramitación preferente de este tipo de causas. Respecto de la asistencia oportuna, señala que las personas e instituciones que intervengan en las etapas de denuncia e investigación deberán “adoptar las medidas necesarias para favorecer la asistencia oportuna de los niños, niñas o adolescentes” y darle tramitación preferente a este tipo de causas. Sin embargo, dicho artículo a continuación se dedica a desarrollar la tramitación preferente que deben tener este tipo de causas, sin indicar de qué manera, y quien deberá dar una “asistencia oportuna” al niño.

²²⁰ Información obtenida de la página www.pdi.cl. Consultada el 3 de noviembre de 2019.

Si, además, se tiene presente que dentro de los principios para la aplicación de la Ley se encuentra el principio del interés superior del niño de manera que en “cada etapa del proceso el niño pueda ejercer sus derechos y garantías de conformidad al nivel de desarrollo de sus capacidades” (artículo 3, letra a.), se debe concluir que el legislador aspira a una evaluación individual del niño, para determinar dicho nivel de desarrollo.

Del mismo modo, de la lectura de los artículos siguientes, se advierte que en la denuncia los policías deberán consultar al niño sus datos de identificación, tras lo cual deberán registrar, “de manera íntegra, todas las manifestaciones verbales y conductuales que denuncia” y en ningún caso el niño deberá ser objeto de preguntas “que busquen esclarecer la ocurrencia de los hechos o la determinación del partícipe”. Tras dejar registro de la denuncia en los términos señalados, deberá ser puesta en conocimiento del fiscal, de la manera más rápida y expedita posible, y en todo caso la comunicación no podrá exceder de ocho horas (artículo 4). En el inciso séptimo de dicho artículo, se establece la obligación del fiscal de “proteger y asistir al menor que haya sido víctima o testigo, dentro de un plazo de 24 horas”, desde la recepción de la denuncia.

Si bien la Ley se preocupa de la protección del niño en los términos señalados, será el fiscal y la URUVIT quienes deberán realizar la función de hacer una evaluación individual o personalizada del niño para determinar dichas medidas de protección, aunque como se señaló en el apartado anterior, los fiscales son los funcionarios peor evaluados por las víctimas de delitos. Como se analizó, si bien el Ministerio Público en su rol de protección de víctimas y testigos, cuenta con personal especializado para su asistencia y atención -URUVIT-, el número de funcionarios parece ser insuficiente para dar un trato adecuado a las víctimas. En todo caso, de conformidad al artículo 5 de la ley, será función de estas unidades de atención, la evaluación del niño, previo a la entrevista investigativa video grabada y podrá determinar que el niño no se encuentra disponible o en condiciones físicas o psíquicas para participar de dicha entrevista. Luego, durante la entrevista investigativa y la declaración judicial, será el entrevistador quien realizará la función de evaluar individualmente al niño.

Como se señaló en el segundo apartado de este capítulo, según estudios de psicología del testimonio, el entrevistador deberá evaluar:

1. La capacidad cognitiva del niño, que implica que el niño sea capaz de ofrecer un relato suficientemente extenso y de calidad.
2. En casos de abuso sexual, el entrevistador deberá evaluar si el niño ha estado expuesto a experiencias sexuales previas, como manejar o compartir material de tipo sexual o haberse expuesto a relaciones sexuales entre adultos. Además, se debe evaluar el grado de intimidad que tienen con los adultos de la casa, por motivos de hacinamiento, por ejemplo, lo que revelará si el niño ha presenciado prácticas sexuales de los adultos.
3. El entrevistador también deberá evaluar la relación entre la complejidad de los hechos denunciados y la capacidad cognitiva del niño.
4. El entrevistador deberá indagar sobre los abordajes previos al niño sobre los hechos investigados, lo que puede haber provocado falsos recuerdos o reelaboración del recuerdo original. Por ello es importante la grabación en video de las entrevistas a que ha estado expuesto el niño.
5. El entrevistador también deberá considerar el tiempo transcurrido entre la experiencia y la revelación.
6. Finalmente, el entrevistador deberá considerar el tiempo transcurrido entre la revelación y la exploración forense y el contexto en que ésta se produjo.

En todo caso, la Ley no establece específicamente el tipo de asistencia que se le ofrecerá al niño, pero de la lectura del artículo anterior, se desprende que el niño tiene derecho a protección durante toda la etapa de investigación y el proceso.

También se observa que la Ley contempla la asistencia de especialistas, como traductor, interprete u otro profesional técnico u otro especialista profesional o técnico idóneo para que el niño preste declaración (artículo 8, ley 21.057) y con ello se advierte la consideración del legislador en cuanto a realizar una evaluación personalizada del niño.

En cambio, no se advierte la intención del legislador de dar otro tipo de asistencia al niño, como, por ejemplo, asistencia letrada o reparación.

Respecto de la asistencia letrada, no es un tema que se haya desarrollado en el derecho internacional de los derechos humanos, probablemente por el más lento desarrollo del derecho de participación de las víctimas en el proceso penal. Así, en el sistema europeo la Directiva 2012/29/UE, lo deja a la discrecionalidad de los Estados²²¹. Sin embargo, la Ley Modelo sobre Justicia en asuntos concernientes a niños víctimas y testigos de delito, desarrollada en el capítulo 2 de la presente tesis, señala que la asistencia letrada gratuita es una de las garantías necesarias para el acceso a la justicia de los niños víctimas y testigos de delitos.

Del mismo modo, la sentencia de la Corte IDH, en el asunto Rosendo Cantú, mencionó dentro de las garantías mínimas que debe asegurar el Estado para proteger el interés superior del niño durante el procedimiento: “implementar procedimientos adecuados a las necesidades de los niños, garantizando asistencia letrada o de otra índole”.

En efecto, el apoyo de un abogado es fundamental para que el niño pueda ejercer sus derechos, por cuanto los distintos intervinientes en el proceso no realizan la función de asesoría jurídica, tampoco de informar al niño sobre sus derechos, o de interponer recursos, o de solicitar reparación. Es particularmente delicada la situación de los niños que son víctimas de delitos cometidos por sus padres, por cuanto son ellos los que normalmente deben costear este tipo de apoyo y al existir un conflicto de intereses es muy probable que ello no ocurra. Además, en casos de delitos sexuales en contexto intrafamiliar, la situación es más compleja aún, cuando el niño denuncia a uno de sus progenitores de abuso, en especial cuando aquel es quien lleva el sustento a la familia, provocando en el niño no sólo sentimientos de angustia y dolor por lo ocurrido sino, además, sentimientos de culpa, que muchas veces son provocados por el otro progenitor. En estas situaciones los índices de retractación de este tipo de delitos, son muy elevados.

De esta manera, la ley 21.057 constituye un avance respecto de la evaluación personalizada del niño, al menos en los delitos a los que se aplica, en la práctica, sin embargo, será necesario aumentar el personal especializado en la atención de niños víctimas y testigos de estos delitos, que pueden prestar esta asistencia. Del mismo modo, nuestra legislación debe avanzar entregando al niño víctima o testigo, asistencia letrada en los procesos que intervenga, por la necesidad de contar con asesoría jurídica que requieren los niños, pero además para fines de reparación.

²²¹ El artículo 24 de la Directiva 2012/29/UE establece que “cuando la víctima menor de edad tenga derecho a un abogado, el menor tendrá derecho a asistencia letrada y representación legal, en su propio nombre, en los procesos en los que exista, o pudiera existir, un conflicto de intereses entre la víctima menor de edad y los titulares de responsabilidad parental”.

2. Derecho del niño a ser escuchado y a que su opinión sea tomada en cuenta en el proceso penal.

Como se señaló en el capítulo segundo de la presente tesis, de conformidad al artículo 12 número 2 de la Convención, el niño tiene derecho a ser oído en todo procedimiento que le afecte “ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado”, de conformidad a las normas de procedimiento de la ley interna.

De este derecho, se desprenden ciertas garantías específicas que se encuentran consagradas en la Observación general número 12 y 14 del Comité de derechos del niño y en la Resolución 2005/20 del ECOSOC, Directrices sobre justicia concerniente en asuntos concernientes a niños víctimas y testigos de delitos, y que también ha recogido la jurisprudencia internacional:

1. Derecho a participar voluntariamente del proceso. El niño víctima o testigo de un delito debe ser consultado sobre los asuntos relativos a su participación en el caso, para que pueda expresar libremente sus opiniones y preocupaciones en cuanto a su participación en el proceso judicial. Así lo señala el párrafo 63 de la Observación general número 12, que hace referencia a la resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social. Además, el niño debe optar entre comunicar su opinión directamente o hacer por intermedio de su representante, para lo cual el niño debe ser informado respecto de dónde y cuándo se le escuchará (párrafo 41, OG 12). Como se señaló en el capítulo segundo de la presente tesis, esta garantía implica que el niño debe ser consultado si desea intervenir o no en el proceso, y de qué manera desea intervenir. Como se ha señalado, el derecho del niño a ser oído, no puede ser impuesto, por cuanto se vulneran tanto los derechos del niño que no es oído, como de aquel a quien se obliga a intervenir.

2. El derecho del niño a ser informado. Este derecho es fundamental para garantizar la participación voluntaria del niño víctima o testigo en los procesos penales. Del mismo modo, es fundamental que el niño víctima o testigo sea informado respecto de los servicios médicos, psicológicos y sociales, la forma en que se le interrogará, los mecanismos de apoyo, las fechas y lugares específicos de las visitas, la disponibilidad de las medidas de protección, la posibilidad de recibir reparación y apelar de las resoluciones (párrafo 64, OG 12). Del mismo modo, cada vez que el niño intervenga en un proceso, debe ser informado de los resultados de dicha intervención al niño, pero además informarle de qué forma sus opiniones se tuvieron en consideración. Ello implica además informar al niño sobre las gestiones que quedan por realizarse, en especial aquellas en las que deba participar. La resolución 2005/20 del ECOSOC, contempla esta misma garantía, enfatizando sobre la necesidad de informar al niño sobre la evolución y sustanciación del proceso, como de la detención o no del inculcado (considerando 20). Esta garantía también está establecida en las Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativas a una justicia adaptada a los niños, como se analizó en el capítulo segundo de la presente tesis. Del mismo modo, el derecho a la información fue reconocido como una obligación del Estado en el caso *Atala Riffo vs. Chile*, como se analizó en el capítulo segundo.

3. El derecho del niño a ser escuchado en un contexto adecuado. Para que el niño ejerza su derecho a ser escuchado debe hacerlo en un lugar y con las personas idóneas para hacerlo. Así la Observación general número 12 en el párrafo 42, señala que el adulto encargado de escuchar al niño debe ser propicio e inspirar confianza. Pero además señala el párrafo 43 que es preferible, que el niño sea escuchado en condiciones de confidencialidad y no en audiencia pública. En el mismo sentido, la Observación general número 14, párrafos 85 a 99, se refiere al derecho a escuchar al niño en un ambiente adecuado y con personal capacitado. La Corte IDH en el asunto *Rosendo Cantú y otra vs. México* se señaló que era un deber del Estado, proteger el interés superior del niño durante el procedimiento. Entre otras medidas, ello implica asegurar el derecho del niño a ser escuchado garantizando su plena protección, con personal capacitado para hacerlo, en un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado.

4. Derecho del niño a ser acompañado por un adulto de su confianza. De conformidad a la Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa²²², para garantizar el derecho del niño a participar en el proceso penal, es fundamental que se le permita estar acompañado de un adulto de su confianza. Del mismo modo, la Ley Modelo sobre Justicia en asuntos concernientes a niños víctimas y testigos de delito (2009), contempla en el artículo 21 la necesidad de adoptar medidas para asegurar que el interés superior del niño sea una consideración primordial, que al declarar el niño se encuentre acompañado de sus padres o de cualquier persona necesaria para su bienestar. En el mismo sentido la Directiva de la Unión Europea -Directiva 2011/36/UE- consagra dentro de las medidas especiales de protección que el niño se encuentre acompañado de un adulto de su confianza. La jurisprudencia del TEDH también ha interpretado que esta garantía se encuentra contemplada en el artículo 8 del CEDH (Serrano, 2013, p. 14). Sin embargo, la presencia del adulto no debe ser considerada como un requisito *sine qua non*, toda vez que en ocasiones la presencia del adulto puede ser contraproducente, ya sea debido a que existe un conflicto de intereses con el niño o debido a que el adulto quiera intervenir en la declaración del niño. Así lo ha señalado el Comité de derechos del niño, en la Observación general 10 del año 2007²²³.

5. Se debe evaluar la capacidad del niño. Como se señaló anteriormente, es fundamental en todo proceso evaluar individualmente al niño, ya que el encargado de adoptar decisiones que afectan al niño deberá tomar en cuenta su edad y madurez. Pero además se deberá considerar la capacidad del niño para formarse su propio juicio de manera razonable e independiente y, por tanto, sin que sea objeto de injerencias externas. En todo caso, la Resolución 2005/20 del ECOSOC es enfática al señalar que el niño debe ser considerado como testigo capaz y, por tanto, que su testimonio no debe ser considerado carente de validez o de credibilidad sólo en razón de su edad (considerando 18).

6. La celeridad en la tramitación de las causas. Otra garantía que asegura la participación del niño en el proceso, es la celeridad en la tramitación de las causas. En efecto, las Directrices del Comité de Ministros contempla esta garantía, señalando que se deben evitar las dilaciones indebidas en la tramitación de las causas, aplicando el denominado principio de urgencia y como una medida para asegurar el interés superior del niño. Pero esta garantía, tiene una justificación adicional, que se refiere el paso del tiempo dificulta que la declaración del niño sea eficaz. En efecto, como se advierte de los estudios de la psicología del testimonio, el paso del tiempo puede provocar deterioros en la memoria del niño y, además, el transcurso del tiempo, puede provocar que el niño se vea influenciado por terceros que deterioren sus recuerdos y generen falsos recuerdos. Así lo ha entendido la Corte IDH en el Caso Rochac Hernández y otros Vs. El Salvador²²⁴. Del mismo modo el Comité de derechos del niño en la Observación general número 12 señalando que el paso del tiempo y la demora en la adopción de decisiones, puede producir efectos adversos en la evolución del niño, por lo que recomienda dar prioridad a los procedimientos relacionados con los niños (párr. 85-99).

²²² Directrices del Comité de Ministros del Consejo de Europa relativas a una justicia adaptada a los niños. Adoptadas en el 1098º encuentro de los ministros.

²²³ Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 10, Los derechos del niño en la justicia de menores, U.N. Doc. CRC/C/GC/10 (2007), párr. 53. "La presencia de los padres no significa que estos puedan actuar en defensa del niño o participar en el proceso de adopción de decisiones. Sin embargo, el juez o la autoridad competente puede resolver, a petición del niño o de su representante legal u otra representación apropiada, porque sea contrario al interés superior del niño (artículo 3 de la Convención), limitar, restringir o excluir la presencia de los padres en el procedimiento.

²²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 14 de octubre de 2014, párr.137.

7. Derecho a interponer recursos. Se debe asegurar al niño la posibilidad de interponer recursos cuando se haya pasado por alto su derecho a ser escuchado o a que se tengan debidamente en cuenta sus opiniones (párr. 45 y 47 de la Observación general 12).

Como se ha señalado en el transcurso de esta tesis, a partir de la CDN el niño es reconocido como sujeto de derechos, pero también como un ser digno de una protección especial, en atención a su condición de vulnerabilidad. Las garantías recién descritas, aseguran que el niño víctima o testigo pueda participar en el proceso y, por tanto, expresar su opinión de conformidad a lo que establece el artículo 12 de la Convención sobre derechos del niño, pero además permiten que dicha participación sea realizada de manera voluntaria, libre de injerencias, en un ambiente protegido y, por consiguiente, que sea eficaz, respecto de los propósitos que persigue, que dicen relación con los fines del proceso penal. Estas garantías, además, se enfocan en las necesidades del niño, que como ser vulnerable requiere de garantías que aseguren su participación en el proceso.

Situación en Chile

Es dable preguntarse ahora, si nuestro proceso penal establece garantías mínimas para que el niño víctima o testigo participe en él. Como ha señalado el Comité de derechos del niño, no es posible escuchar eficazmente a un niño en un “entorno intimidatorio hostil, insensible o inadecuado para su edad”, por lo que es importante que los procedimientos en los que intervienen niños sean accesibles y apropiados para ellos (OG 12, párr. 34).

Como se señaló el proceso penal antiguo no contemplaban garantías mínimas para que el niño interviniera. Por el contrario, el niño víctima o testigo que intervenía era instrumentalizado, para fines del proceso penal. Por tanto, no se les consideraba como sujeto de derechos, sino como un medio de prueba para fines de la persecución penal. Además, como se constató había una desconfianza en los operadores del sistema respecto del relato del niño, por lo que se le citaba en múltiples oportunidades para ratificar lo señalado en entrevistas anteriores, lo que provocaba su victimización secundaria.

Si bien es cierto el nuevo proceso penal, tiene una consideración hacia las víctimas, ya que las reconoce como intervinientes del proceso y les da facultades en ciertas etapas del proceso, sin embargo, no contempló mayores garantías para los niños que, pese a las reformas procesales, siguen siendo revictimizados e instrumentalizados por los distintos operadores del sistema.

A continuación, se analizará cada una de las garantías descritas, para determinar su aplicación en Chile.

1. En cuanto al derecho a participar voluntariamente del proceso, y como se ha señalado, el nuevo proceso penal no contempla la posibilidad de que el niño se abstenga de participar en un proceso, en el que es víctima o testigo.

Por el contrario, desde que el niño o alguien a su nombre realiza la denuncia pesa sobre el niño la carga de intervenir en reiteradas oportunidades, prestando declaración o en los peritajes que se decreten, y si decide no intervenir, lo más probable es que la causa se archive. Además, de conformidad a los artículos 190 y 298 del Código procesal penal los testigos tienen obligación de comparecer y de declarar y si se niegan a hacerlo pueden ser objeto de medidas de apremio que establece el Código y las sanciones

contempladas en el artículo 299 del mismo cuerpo legal²²⁵. En cambio, existe en Chile la dispensa de declarar por motivos de parentesco (artículo 302 inciso 1, Código procesal penal) o por motivos de inmadurez o por insuficiencia o alteración de facultades mentales (artículo 302, inciso 2º, CPP). La edad no es en principio, una causal que exima al testigo de su obligación de declarar. Pero además el artículo 304 del mismo cuerpo legal señala que en estos casos, “los testigos deberán comparecer ante la presencia judicial y explicar los motivos de los cuales surgiere la facultad de abstenerse que invocaren”.

Para la doctrina (Horvitz, 2002, p. 142) estas normas deben ser aplicadas por analogía a las víctimas, por cuanto si bien los artículos 190 y 298 del CPP se refieren a los testigos, el artículo 298 señala expresamente “que toda persona que no se encuentre legalmente exceptuada deberá concurrir al llamamiento judicial practicado con el fin de prestar declaración testimonial”. Asimismo, en lo relativo a la declaración de las víctimas y a pesar de la obligación del Ministerio Público de protegerlas, en determinadas circunstancias -delitos de gravedad, en que la declaración de la víctima es imprescindible y tratando de evitar su revictimización- se ha autorizado a los fiscales solicitar al tribunal la comparecencia compulsiva de las víctimas de delitos²²⁶.

De esta manera en Chile, pesa sobre las víctimas y testigos la obligación de declarar, a menos que acrediten que se encuentran dentro de las personas legalmente exceptuadas de concurrir a declarar. La edad no es en principio una justificación suficiente para no declarar, pero sí el estado psicológico o mental en el que se encuentre la víctima y, quien sostenga que se encuentra en alguna de las situaciones que lo eximen de esta obligación, deberá comparecer y justificar que se encuentra dentro de las personas exceptuadas. Sin embargo, como se ha señalado, los niños no cuentan con asistencia letrada, de manera que es difícil que puedan solicitar la dispensa para declarar, ante lo cual la fiscalía a través de la URAVIT, deberán estar especialmente atentos, de manera de no exponer al niño a que preste declaración en ciertas circunstancias que puedan vulnerar su derecho a participar voluntariamente del proceso y en consecuencia, que se expongan a una experiencia especialmente revictimizante, de declarar en contra de su voluntad.

En efecto, como se señaló en Chile un alto porcentaje de delitos cometidos en contra de niños son delitos sexuales que en su gran mayoría son cometidos por personas cercanas al niño, con las que el niño tiene lazos afectivos, y declarar en contra de esa persona, puede ser extremadamente difícil ya que lo obliga a ir en contra de su propia ética, en contra de su integridad como persona. Sin embargo, la decisión de no declarar en muchos casos provocará la impunidad del hecho, y con ello sentimientos de culpa en el niño y, seguramente su victimización repetida.

La ley 21.057 constituye un avance significativo al contemplar expresamente dentro de los principios generales de aplicación de la ley, la autonomía progresiva, en la que se declara el derecho del niño a ser oído y a participar en los asuntos que les afecten, atendiendo su edad y grado de madurez (artículo 3, letra b), Ley 21.057). Del mismo modo, la Ley consagra el derecho de los niños a participar de manera voluntaria en todas las etapas del procedimiento, y es enfática al señalar que “no podrán ser forzados a intervenir en ellas por persona alguna bajo ninguna circunstancia”, y además establece una sanción en caso que los funcionarios públicos no resguarden este principio, señalando que su

²²⁵ Artículo 299.- Renuencia a comparecer o a declarar. Si el testigo legalmente citado no compareciere sin justa causa, se procederá conforme a lo dispuesto en el inciso tercero del artículo 33. Además, podrá imponérsele el pago de las costas provocadas por su inasistencia.

El testigo que se negare sin justa causa a declarar, será sancionado con las penas que establece el inciso segundo del artículo 240 del Código de Procedimiento Civil.

²²⁶ Oficio Fiscalía Nacional N° 133/2010. Instructivo General que imparte criterios de actuación aplicables a la Etapa de Investigación en el Proceso Penal. 31 de marzo de 2010.

incumplimiento será considerado como una infracción grave de los deberes funcionarios (artículo 3 letra c), ley 21.057).

Del mismo modo, la Ley, en los distintos artículos reitera la garantía de la participación voluntaria del niño en todas las etapas del proceso. Así, cuando se refiere a la denuncia señala que debe ser recibida en condiciones que garanticen su participación voluntaria (artículo 4, inc. 2º, ley 21.057). A continuación, señala que, si un niño llega acompañado de un adulto a realizar la denuncia, el funcionario que la reciba se debe limitar a registrar todas las manifestaciones verbales y conductuales que el niño voluntariamente exprese respecto al objeto de su denuncia (artículo 4, inc. 3º, ley 21.057). Y, agrega en el inciso siguiente, que si el niño va acompañado por un adulto de su confianza “se deberá garantizar que en ningún caso su participación voluntaria, sea reemplazada por la intervención del adulto” (artículo 3, inc. 5, ley 21.057).

Asimismo, cuando la Ley regula la entrevista investigativa en el artículo 7, al referirse a la oportunidad de la entrevista investigativa video grabada, impone al Ministerio Público la obligación de adoptar las medidas de protección que propendan a la participación voluntaria del niño en la investigación (artículo 7, inc. 3, ley 21.057). Luego al referirse a la realización de otras entrevistas investigativas en las que deba participar el niño, que como se señaló con anterioridad son excepcionales, señala expresamente que “bajo ningún respecto, se deberá entorpecer la participación voluntaria en el proceso ni en el ejercicio de sus derechos” (artículo 10, inc. 3, ley 21.057).

Finalmente, cuando la ley se refiere a la declaración voluntaria en juicio de los adolescentes, sin la intervención de entrevistador, señala expresamente que esta se podrá llevar a cabo cuando así lo manifieste libre y voluntariamente el adolescente (artículo 14, inc. 1º, ley 21.057).

De las disposiciones citadas se desprende que la Ley no impone a los niños la obligación de comparecer ni de declarar en juicio, -a diferencia de lo que ocurre con los testigos mayores de edad- garantizando adecuadamente el derecho del niño a participar de manera voluntaria en todas las etapas del proceso, aunque sólo se aplicará respecto de los delitos a que se refiere la Ley.

2. En cuanto al derecho del niño a ser informado. El Código procesal penal, contempla esta garantía respecto de las víctimas de delitos en general. Así el artículo 78, que se refiere a la información y protección a las víctimas, los fiscales del Ministerio público están obligados a entregar información a las víctimas sobre las etapas y resultados del procedimiento, sus derechos y actividades que pueden realizar para ejercerlos, incluido su eventual derecho a solicitar indemnización y la forma de impetrarlo. Por su parte, el artículo 246, establece que el Ministerio público debe llevar un registro de la suspensión condicional del procedimiento o de los acuerdos reparatorios, registro que en principio es reservado, sin embargo, a continuación, establece que ello es “sin perjuicio del derecho de la víctima de conocer la información relativa al imputado”.

De lo anterior se desprende que nuestro Código procesal penal establece esta garantía respecto de las víctimas del proceso, sin embargo, es dable preguntarse si dichas normas garantizan el derecho del niño a ser informado, que como se señaló, garantiza su participación efectiva en el proceso penal.

Los estudios cualitativos y cuantitativos analizados anteriormente sobre intervención de niños víctimas y testigos de delitos en Chile -UNICEF-UDP, 2006; MIDE-UC, 2009-, constatan que, si bien esta garantía se encuentra reconocida expresamente el Código, en la práctica rara vez se cumple. En efecto, en el Informe final, preparado por UNICEF- UDP el 2006, que como se ha señalado, sólo indagaba la intervención de los niños víctimas de delitos sexuales, se advirtió sobre la falta de información recibida por las víctimas y familiares de delitos tan graves como los mencionados. Los

familiares de las víctimas relataban que los fiscales no les entregaban información sobre el proceso, de las distintas etapas ni de las sanciones asociadas a los delitos denunciados (2006, pp. 101-102).

Del mismo modo, en la investigación sobre Percepción de los Procesos de Investigación y Judicialización en caso de agresiones sexuales infantiles en Regiones Metropolitana, de Valparaíso y Biobío, realizada por MIDE-UC para la Fundación Amparo y Justicia, se constata que, desde la perspectiva de los niños afectados, los factores peor evaluados era la entrega de información e interés por el caso (2009, p. 8). Asimismo, el estudio concluye que la mayoría de las víctimas tenía la percepción que no se le entregaba información o, si se le entregaba, era escasa (2009, p. 21).

Por su parte, en Informe de Comisión Técnica de Garantías de derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en Procesos judiciales, de abril de 2015, preparado por el Consejo Nacional de la Infancia, señaló que uno de los nudos críticos que presenta la intervención de los niños en el sistema de justicia son los escasos mecanismos de información y orientación dirigidos a los niños y a sus familias o adultos responsables (2015, p. 44). Esta falta de información se advierte durante todo el proceso, respecto de niños y familiares. Se advirtió, además, que la escasa información que se entrega a los niños no siempre se adapta a la edad y madurez del niño, y que la información entregada a los familiares no siempre es clara y comprensible para ellos, de manera que les permita adoptar decisiones respecto del proceso, y evitar así la victimización secundaria de los niños que intervienen (2015, p. 44).

La ley 21.057, que pretende subsanar las deficiencias del sistema, en especial, en lo relativo a las garantías para niños que deban intervenir en él en calidad de víctimas y testigos de delitos, no consagra como una de las garantías de los niños, el derecho a la información, ni en los principios enumerados en el artículo 3, ni en los siguientes artículos. En efecto, sólo en el principio de la autonomía progresiva se refiere al derecho del niño a ser oído, sin embargo, si no se consagra específicamente ni se garantiza el derecho a la información del niño que intervenga, tampoco se logra garantizar adecuadamente, el derecho del niño a expresar su opinión y a ser oído.

En efecto, como se señaló en el capítulo segundo de la presente tesis, el artículo 12 de la Convención sobre derechos del niño garantiza el derecho del niño a expresar su opinión y a que esta sea debidamente tomada en cuenta. Sin embargo, este derecho se encuentra estrechamente ligado a que el niño reciba información necesaria para que pueda formarse su opinión y así adoptar las decisiones que favorezcan su interés superior. Así lo ha establecido el Comité de derechos del niño, al interpretar el derecho del niño a ser oído, en la Observación General número 12. Del mismo modo, el Comité ha señalado que la información que se entrega al niño debe ser adaptada a su edad y al desarrollo de sus facultades (párr. 34).

Del mismo modo, la Observación general número 14, relaciona el derecho a la información como un elemento necesario para que el interés superior del niño sea una consideración primordial (párr. 85-99).

Asimismo, la Opinión consultiva número 17 de la Corte IDH se refiere a la necesidad de garantizar el derecho a la información del niño, la que considera fundamental para asegurar la participación del niño en los procedimientos y para lograr una protección efectiva de su interés general (párr. 99).

Por último, la Corte IDH ha utilizado este mismo criterio en fallos recientes, en los que señala que para proteger adecuadamente el interés superior del niño en los procesos judiciales, se debe garantizar la entrega de información al niño víctima o testigo²²⁷.

De todo lo señalado se desprende lo importante que es el derecho del niño a recibir información sobre su caso, ya que es la manera de asegurar y garantizar el derecho del niño a expresar su opinión. En Chile, sin embargo, este derecho sólo se garantiza de manera genérica en la práctica, y a pesar de que existe un procedimiento adaptado para niños en caso de que el niño sea víctima o testigo de ciertos delitos enumerados en la ley 21.057, no se estableció específicamente este derecho y en la práctica no se aplica, como se advierte de los estudios sobre la materia. Por ello será fundamental para implementar la ley la capacitación de todos los operadores en temas de infancia, y de esa manera asegurar, que la participación del niño sea efectiva, para lo cual es fundamental que se asegure el derecho a la información.

3. El derecho del niño a ser escuchado en un contexto adecuado. Como se analizó con anterioridad, el Comité de derechos del niño ha señalado, que no basta con escuchar al niño, sino que es necesario que sea escuchado en un ambiente adecuado y por profesionales idóneos.

Como se señaló en Chile esta garantía no se encontraba establecida, de manera que para suplir esta carencia de normas el Poder Judicial, basándose en el deber de proteger a las víctimas de delitos, desde el año 2013, incorporó mecanismos para escuchar al niño en un contexto adecuado. Para ello, creó salas especiales en algunos Tribunales orales en lo penal y, en la actualidad, existen más de 40 salas especiales para tomar declaración de niños víctimas y testigos de delitos, en todo el país²²⁸. Sin embargo, de los estudios empíricos a los que se ha hecho referencia, constatan que estas medidas han sido insuficientes para evitar la doble victimización que sufren los niños víctimas y testigos, en su intervención en el proceso penal, por cuanto el niño previo a la audiencia, ha declarado ante distintas personas, en reiteradas oportunidades. Ello demuestra que el lugar donde declara el niño es importante, pero lo es más el contexto en el que presta declaración. Por lo tanto, es fundamental que dicha declaración sea realizada por personal idóneo, capacitado para entrevistar al niño.

La ley 21.057 asegura adecuadamente este derecho, toda vez que regula la participación del niño en un contexto adecuado. En efecto, al referirse a la denuncia, expresa que el funcionario encargado de tomar la denuncia solo debe registrar lo que el niño voluntariamente exprese y si va acompañado de un adulto, en ningún caso la participación del niño será reemplazada por este (artículo 4, ley 21.057). Con ello se pretende evitar que el niño sea entrevistado durante la denuncia, que es lo que en la actualidad ocurre, y que como se señaló las reiteradas entrevistas no sólo provocan la victimización secundaria del niño, sino que, además, puede contribuir a contaminar la declaración del niño, y con ello sus recuerdos.

Además, la Ley establece que la declaración de los niños en el proceso se realizará en salas especiales, que las entrevistas deben ser video grabadas y realizada por una persona capacitada para entrevistar niños. En efecto, en los artículos 20 a 22 establece los requerimientos de las salas en las que deben declarar los niños y los requerimientos para que dichas entrevistas sean video grabadas.

Del mismo modo, al regular la entrevista investigativa del niño, establece que debe ser realizada por un entrevistador capacitado (artículo 6, ley 21.057), quien dirige la entrevista y tiene facultades para sugerir al fiscal la suspensión de la entrevista cuando sea necesario (artículo 9, Ley 21.057). Asimismo,

²²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Rosendo Cantú y otra vs. México. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2010. Párr. 201.

²²⁸ <http://colegioabogados.cl/poder-judicial-mostro-autoridades-sala-especial-entrevistas-videograbadas-ninos-ninas-victimas-delitos/>

la ley dispone que, en caso de ser necesario realizar una nueva entrevista investigativa, en principio será realizada por el mismo entrevistador (artículo 10, ley 21.057).

A continuación, al regular la declaración judicial, la Ley señala que debe ser realizada por el entrevistador que se designe, sin que estén presentes otros intervinientes, salvo que se trate de un adolescente que renuncie a este derecho de conformidad al artículo 14 de la Ley. En el caso de la declaración judicial del niño en juicio oral y la declaración judicial anticipada del niño, el rol del entrevistador es transmitir al niño, las preguntas que los intervinientes dirijan al juez y el juez a su vez le trasmite a él. El entrevistador deberá realizar su trabajo de manera imparcial y neutral, pero, además, la ley establece que deberá adaptar las preguntas al niño de conformidad a la edad, madurez y condiciones psíquicas del niño (artículo 17, ley 21.057).

Sin embargo, como se analizará con posterioridad, la Ley no evita que el niño sea entrevistado en reiteradas oportunidades y se aplica sólo respecto de ciertos delitos enumerados en el artículo 1.

4. Derecho del niño a ser acompañado por un adulto de su confianza. Como se señaló con anterioridad, otra de las garantías para asegurar que el niño sea escuchado, es que sea acompañado de un adulto de su confianza. Sin embargo, como se señaló dicha garantía no debe ser considerada como una exigencia en todos los casos, ya que en algunas ocasiones el adulto puede tener un conflicto de intereses con el niño y puede interferir en la declaración del niño. En efecto, como se señaló, en Chile existe una alta incidencia de delitos sexuales cometidos en contra de niños, y en su mayoría por personas de su círculo cercano. Esta es una de las razones por la que existe una cifra negra bastante elevada en este tipo de delitos. Por este motivo también, la presencia de un adulto puede ser perjudicial para la participación del niño en el proceso penal. Sin embargo, en ocasiones la presencia de un adulto de confianza puede ser importante para darle tranquilidad y calmar la ansiedad del niño.

Nuestro Código procesal penal, no contempla ninguna norma al respecto, y la ley 21.057, sólo se refiere a la participación de un adulto en la denuncia presentada por el niño. Se establece que, si el niño concurre a interponer la denuncia acompañado de un adulto de su confianza, en ningún caso su declaración reemplazará la intervención del niño y además expresa que procurará que la declaración del adulto no influya en la declaración prestada por el niño (artículo 4, ley 21.057).

La ley, sin embargo, no contempla la posibilidad de que el niño sea acompañado ni en la entrevista investigativa ni en la declaración judicial. Cabe preguntarse entonces, si es posible que el niño sea acompañado en estas instancias por un adulto de su confianza. En principio y siempre que el adulto no tenga conflicto de intereses o que intervenga en la declaración, y que el niño lo solicite, se debería autorizar que el adulto acompañe al menor. En efecto, como se señaló, en la medida que el adulto no interfiera en la declaración del niño, no hay motivo para negar al niño esta garantía. Por el contrario, como se señaló en algunos sistemas jurídicos se contempla específicamente como una medida de protección, y que garantiza su participación.

5. Se debe evaluar individual o personalizada de la capacidad del niño. Para garantizar la participación del niño, también es necesario evaluar su capacidad. En efecto, el derecho del niño a expresar su opinión y el derecho a ser oído y que su opinión sea tomada en cuenta, está estrechamente ligado a la evolución de sus facultades, lo que no sólo dice relación con su edad, sino además con su madurez, y con el desarrollo de sus facultades cognitivas.

Del mismo modo, la evaluación personalizada será fundamental para cumplir con dos objetivos, como ya se señaló: primero, para determinar si el niño tiene alguna discapacidad que le impida manifestar su voluntad, y segundo, para determinar las medidas de protección que sean procedentes para evitar que el niño sufra victimización secundaria o repetida.

Como se señaló el Código procesal penal no contempla esta garantía, en cambio, del análisis de la ley 21.057 se desprende que esta función la debe realizar el fiscal a través de la URAVIT y, luego, el entrevistador durante la entrevista investigativa o quien realice esta función durante la declaración judicial.

6. La celeridad en la tramitación de las causas. Si bien el Código procesal penal contempla un procedimiento oral, y, en consecuencia, más rápido y menos burocrático, estableciendo plazos acotados para investigar y para decretar las distintas audiencias, en la práctica se producen dilaciones que pueden afectar el derecho del niño a participar eficazmente, como se señaló. En efecto, una vez realizada la denuncia el fiscal deberá reunir antecedentes para determinar la existencia de un delito y para determinar la responsabilidad penal de uno o más individuos en la comisión del ilícito. Sin embargo, si el fiscal no tiene mayores antecedentes sobre la comisión del ilícito o sus responsables, no podrá formalizar la investigación, y mientras ello no ocurra no comienza a correr el plazo para ponerle término a la investigación.

Por lo anterior, la ley 21.057 asegura adecuadamente esta garantía, señalando que las causas a que se refiere la ley, tendrán una tramitación preferente, y precisa que tanto las diligencias de investigación como la citación a audiencias en las que intervengan niños, se programarán con preferencia, de manera de agilizar el procedimiento con el fin de minimizar el período en que el niño deba participar en el proceso penal. Este es un gran avance, ya que de los estudios analizados con anterioridad -UNICEF-UDP, 2006; MIDE-UC, 2009- se advierte la dilación de los procesos en los que intervienen niños, lo que provoca un perjuicio para ellos y para sus familias, además de ser perjudicial para el proceso, como se señaló.

7. Derecho a interponer recursos. Finalmente, para garantizar el derecho del niño a ser oído y que su opinión sea tomada en consideración, una justicia adaptada a niños, debe contemplar recursos, que el niño pueda interponer en caso que el niño no sea escuchado o en caso que su opinión no haya sido tomada en cuenta. La ley 21.057 no establece ningún recurso específico que pueda interponer el niño en estos casos, por lo que, en estos casos, se deberá estar a las normas generales en materia de recursos en el Código procesal penal y, en consecuencia, sólo procederá el recurso de reposición, lo cual resulta ser del todo insuficiente frente a la grave vulneración de derechos del niño en la que se incurriría en caso de que el niño no sea oído o su opinión no sea debidamente tomada en cuenta.

Si bien es cierto, la ley 21.057 resguarda adecuadamente alguna de las garantías señaladas, se debe avanzar hacia una justicia adaptada a niños, que garantice su participación efectiva. En efecto, según lo señalado, es preciso garantizar que el niño sea acompañado por una persona de confianza, y que cuente con asistencia letrada. De esta manera, la ley respondería adecuadamente a las necesidades del niño y se garantizaría el derecho del niño a participar en el proceso.

3. Derecho a participar en el proceso con medidas de protección específicas.

Como se señaló en el capítulo segundo de la presente tesis, que el interés superior del niño sea una consideración primordial implica que la niñez es una etapa de extrema vulnerabilidad, y de conformidad a la Convención de derechos del niño, los padres y el Estado, tienen la obligación de adoptar todas las medidas para proteger al niño. De esta manera, se deben equilibrar los derechos de participación del niño, con los derechos de protección.

En este sentido, el Comité de derechos del niño, señala en la observación general número 14 que la determinación del interés superior del niño implica la obligación del Estado de establecer procesos

oficiales con garantías estrictas, donde se pueda evaluar y determinar el interés superior del niño, pero además evaluar sus resultados. Del mismo modo, y como se analizó en el capítulo 2, el principio del interés superior del niño, supone que su intervención en el proceso no puede ser perjudicial para la integridad física o psicológica del niño y, en consecuencia, se debe evitar su victimización secundaria o doble victimización.

Además de la victimización secundaria, el niño podría verse expuesto a una victimización repetida, lo que en términos amplios significa que el niño esté expuesto a más de un incidente delictivo en un período determinado.

Por lo anterior, para que el niño pueda participar en el proceso penal resguardando su interés superior, es indispensable que se establezcan mecanismos o medidas que eviten su victimización secundaria y/o su victimización repetida.

1º Medidas para evitar la victimización secundaria de niños víctimas y testigos en el proceso penal.

Según lo analizado, para evitar la victimización secundaria se debe proteger a niño en todas las etapas del proceso, por tanto, se deben adoptar medidas de protección durante la investigación, durante el proceso y con posterioridad al proceso.

Durante la investigación y durante el proceso, el niño debe contar con todas las garantías que aseguran la participación del niño enumeradas anteriormente y, en consecuencia, debe asegurarse su participación voluntaria, se le debe dar información sobre su intervención en el proceso, debe ser escuchado en un contexto adecuado, debe estar acompañado por una persona de su confianza, se debe evaluar individualmente su capacidad, se debe garantizar con apoyo especializado en temas de la niñez y se debe dar celeridad a todas las actuaciones en las que el niño deba intervenir.

Además, se pueden adoptar medidas específicas tendientes a proteger al niño durante su intervención en las diligencias de investigación, como las que menciona la Ley Modelo de justicia concerniente a niños víctimas y testigos de delitos, que entre otras, puede ser la de suprimir de las actas el nombre, dirección y cualquier información para identificar al niño, asignar un seudónimo o número al niño, medidas para ocultar el rostro o que presente declaración tras una pantalla opaca, también medios para alterar la voz, videoconferencia, grabación en video del interrogatorio o utilización de intermediario cualificado en casos de discapacidad auditiva o visual del niño, audiencias a puerta cerrada, que el acusado abandone la sala temporalmente, audiencias realizadas en días y horas apropiadas para su edad o cualquier otra medida para resguardar el interés superior del niño y los derechos del acusado.

Sin embargo, y como se ha señalado en la presente investigación las circunstancias que provocan mayor incidencia de victimización secundaria en los niños que intervienen en el proceso penal, son las reiteradas declaraciones que debe prestar desde que se inicia la investigación y durante todo el proceso, y la declaración en juicio oral. Se analizará a continuación la situación en Chile y las medidas que se han adoptado para evitar la victimización secundaria de niños que intervienen en el proceso en calidad de víctimas o testigos.

De conformidad a lo expuesto, en Chile el proceso penal no contempla medidas de protección específicas para la declaración de niños víctimas o testigos, salvo la del artículo 310 del Código procesal penal, que se refiere a los niños testigos, que deben ser interrogados por el presidente del Tribunal oral en lo penal, y el artículo 191 (bis) contemplaba la prueba anticipada de niños víctimas de delitos sexuales, que en la práctica tuvo escasa aplicación, y que fue derogada por la ley 21.057.

La ley 21057, que Regula entrevistas grabadas en video y, otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales, viene a suplir la carencia de normas relativas a la protección de niños que intervienen en el proceso penal en calidad de víctimas y testigos, constituyendo un gran avance en justicia adaptada a niños.

Analizada en el primer apartado de este capítulo, cabe preguntarse si dicha ley contempla medidas eficaces para cumplir su principal objetivo, esto es, evitar la victimización secundaria que puedan sufrir los niños que participan en calidad de víctimas o testigos en el proceso penal. Pero también cabe preguntarse -retomando las hipótesis formuladas en la presente tesis- si es posible, para lograr dicho objetivo, evitar que el niño concurra a declarar a juicio oral, sin perjudicar con ello el derecho a defensa del imputado ni la eficacia de la persecución penal.

Sin perjuicio de ello, la victimización secundaria de los niños en el proceso penal, se produce por distintos motivos, por lo que distinguiremos: medidas para evitar la doble victimización de niños víctimas y testigos por las múltiples declaraciones; las medidas para evitar la doble victimización por la intervención del niño en otras diligencias de investigación; y las medidas para evitar la doble victimización producida por la intromisión en la vida privada del niño.

3.1. Medidas para evitar la doble victimización de niños víctimas y testigos por las declaraciones que deben prestar en el proceso penal

Respecto de la primera cuestión, es decir, si el proceso penal contempla medidas eficaces para evitar la victimización secundaria de niños que sufren los niños debido a las declaraciones que deben prestar, cabe destacar que el mensaje de la ley²²⁹ advierte que la victimización secundaria que sufren los niños en el proceso penal se debe a múltiples factores tales como las reiteradas declaraciones, a la realización de múltiples peritajes, al cuestionamiento sobre la veracidad del relato de niños, niñas y adolescentes, a la falta de información, a la hostilidad de algunos funcionarios y a las inadecuadas instalaciones en que debe declarar, entre otros. Agrega el mensaje, que a la condición de vulnerabilidad del niño víctima de estos delitos, se suman “los reiterados interrogatorios y cuestionamientos le impiden superar la experiencia traumática, obstaculizando su reparación psicosocial”.

De esta manera, y según se advierte de la lectura de la ley, pretende reducir al mínimo las declaraciones que debe prestar el niño en el proceso penal, pero a su vez, que su declaración se preste en un contexto adecuado, es decir, con personal cualificado y en lugares adecuados a la edad y madurez del niño.

Sin embargo, el legislador advierte la dificultad probatoria que presentan los delitos sexuales cometidos en contra de niños -aunque con posterioridad se amplió el catálogo de delitos-, en parte por la precariedad del relato del niño, por la ausencia de testigos presenciales, porque se realiza en el contexto intrafamiliar y por el encubrimiento de parientes.

A pesar de ello, y si bien el legislador intenta limitar el número de intervenciones del niño en el proceso penal, de la lectura de la ley se advierte que el niño deberá intervenir en varias oportunidades, y, además, la ley no evita que el niño deba concurrir a declarar a juicio oral.

Como se ha analizado, las reiteradas declaraciones provocan en el niño distintos sentimientos -temor, ansiedad, angustia- pero además retrasan el proceso de recuperación, toda vez que el niño debe

²²⁹ Boletín N° 9.245-07. 22 de enero de 2014. Disponible en <https://www.bcn.cl/historiadela ley/nc/historia-de-la-ley/7481/>

recordar los hechos constitutivos del delito. Además, entre una y otra declaración puede pasar mucho tiempo, y como se analizó anteriormente, el paso del tiempo perjudica el relato del niño, a lo que se debe agregar la posibilidad de que el testimonio del niño sea contaminado por sujetos que lo entrevistan, sin tener la capacitación necesaria para ello.

Por lo anterior, se analizará si es posible en Chile prescindir de la declaración del niño en juicio oral.

Medidas que evitan que el niño comparezca a juicio oral, como una manera de prevenir su victimización secundaria.

Como se analizó en el apartado 3.2.2.2., existen diversos mecanismos para evitar que el niño declare en juicio oral. Se estudiaron dos modelos: el uso de la entrevista video grabada como medio de prueba en juicio oral y la realización de una audiencia de prueba anticipada.

El primer modelo -uso de entrevista video grabada- a su vez, se puede subclasificar en primer lugar, en la entrevista única incorporada en el proceso penal con el valor de una prueba testimonial, en segundo lugar, la entrevista investigativa como testimonio parcial, en reemplazo del examen directo, pero permitiendo el contra examen, y, en tercer lugar, la entrevista investigativa incorporada al proceso como otro medio de prueba.

Estos mecanismos han sido fuertemente cuestionados, por cuanto si bien son mecanismos que tienden a privilegiar el interés superior del niño, en especial, de aquellos que han sido víctimas de delitos sexuales, este mecanismo no sería respetuoso de los derechos del imputado y tampoco sería eficaz para la persecución penal.

En efecto, según se analizó en el apartado 3.3.2., el derecho a la confrontación ha sido reconocido como una garantía del debido proceso en distintos sistemas jurídicos y en múltiples instrumentos internacionales, y la entrevista única impide que el inculcado pueda confrontar la declaración del niño en juicio oral.

En efecto, como se analizó, el derecho a la confrontar pruebas de cargo, permite que el imputado pueda contrainterrogar testigos, lo que en la entrevista única no es posible ya que dicha entrevista es realiza en etapas tempranas de la investigación y, por tanto, es posible que en esa época el niño no haya individualizado al autor del ilícito, o que lo haya individualizado y este no haya sido habido.

En consecuencia, si bien este sistema es respetuoso de las garantías mínimas para asegurar la participación del niño en el proceso penal, por cuanto evita que el niño tenga que intervenir en reiteradas oportunidades en el proceso, podría vulnerar las garantías del imputado.

Además, estos mecanismos podrían perjudicar la eficacia de la persecución penal, toda vez que como se prevé una sola entrevista, es posible que al realizarla no estén disponibles todos los medios de prueba que se allegarán al proceso, por tanto, la entrevista del niño no podrá versar sobre esos antecedentes. Es por ello que, en Suecia, por ejemplo, se modificó este sistema, de modo que se realice una entrevista complementaria al niño, con posterioridad a la entrevista única, para que el acusado pueda confrontar su declaración.

Situación en Chile.

En Chile, la ley 21.057 restringe la posibilidad de la entrevista al niño víctima de los delitos que enumera la ley estableciendo, en principio, dos instancias en las que deberá comparecer: primero, en la entrevista investigativa, y segundo en la declaración judicial.

Sin embargo, la ley contempla la posibilidad que en el juicio oral se exhiba la entrevista investigativa en reemplazo de la declaración del niño en los casos previstos en el artículo 18.

Se trata de circunstancias muy excepcionales en las que el niño tiene una imposibilidad absoluta de declarar en juicio oral, de conformidad a tres supuestos: uno, en caso de que con posterioridad a la entrevista investigativa video grabada se haya producido el fallecimiento del niño; y dos, por haber caído el niño en incapacidad mental o física que lo inhabilite para comparecer a la audiencia de juicio oral. También la ley prevé la exhibición de la entrevista investigativa en juicio oral, en reemplazo de la declaración del niño, cuando éste, durante la audiencia de juicio oral “sufra una incapacidad grave, psíquica o física para prestar declaración”.

En estos casos, sólo se podrá exhibir la videograbación en la que consta la declaración del niño, sin que el imputado pueda contrainterrogarlo.

Si bien es cierto, en caso de fallecimiento del niño, no es posible recurrir a su declaración en juicio oral y, en consecuencia, es lógico que pueda exhibirse su declaración en dicha instancia junto a las demás pruebas allegadas al proceso, cabe preguntarse cuándo se entiende que el niño ha caído en una incapacidad mental o física que lo inhabilite a comparecer a juicio o, que sufra una incapacidad grave, psíquica o física que constituya una incapacidad grave para declarar.

Para dilucidar este tema, es posible recurrir a la interpretación que ha realizado el TEDH para incorporar la declaración del niño a juicio oral prestada en fase de instrucción, sin que con ello se vulnere el derecho a defensa del imputado.

Según lo analizado, el TEDH ha admitido la incorporación en juicio oral de las declaraciones preconstituidas del niño en fase de instrucción, que constituyen la dispensa del deber de declarar en juicio oral, cumpliéndose 3 presupuestos: El principio de proporcionalidad, la doctrina de la “única y decisiva prueba” y la obligación del Estado de investigar.

De conformidad al criterio de la proporcionalidad el TEDH ha admitido la restricción de los derechos del imputado, cuando ellas son estrictamente necesarias y justifican la intromisión en el derecho del afectado y, por lo tanto, se deberá evaluar si dichas medidas son razonables y si se pudo haber alcanzado el mismo objetivo sin limitar o restringir el derecho de confrontación del acusado.

Además, de conformidad a la doctrina de la “única y decisiva prueba”, el TEDH ha admitido la validez de la declaración del niño en una etapa anterior al juicio oral, cuando el acusado haya podido examinar al niño en dicha diligencia, en especial, tratándose de niños víctimas y testigos vulnerables.

También ha admitido la declaración realizada por el niño en fase de instrucción, sin que haya sido confrontada por el imputado, pero en la medida que no sea la única evidencia y que vaya acompañada de prueba que la corrobore y no fundamente de manera decisiva la condena.

Por último, el TEDH ha considerado que, si bien es cierto, en determinadas circunstancias se puede prescindir de la declaración judicial del niño, ello no exime al Estado del deber de investigar, por cuanto éste tiene el deber de proteger a las víctimas.

Atendiendo a lo restrictivo de la norma analizada, no cualquier incapacidad del niño puede ser considerada como una justificación suficiente para prescindir de su declaración en juicio. Sin embargo, de acuerdo a los criterios analizados utilizados por el TEDH, y de acuerdo a los estudios sobre psicología del testimonio, existen ciertas circunstancias en las que la declaración del niño en juicio oral puede ser muy perjudicial, y justifican esta medida.

De conformidad a la ley 21.057, se podrían plantear las siguientes situaciones que justificarían que el niño no declare en juicio oral:

1) Imposibilidad absoluta del niño para concurrir a declarar a juicio oral, por circunstancias que se producen con anterioridad a dicha audiencia.

Como se señaló previamente, el artículo 18 letra a) prevé la posibilidad que se exhiba la entrevista investigativa en el juicio oral, cuando exista una imposibilidad absoluta del niño que lo inhabilite para comparecer a la audiencia de juicio. Si analizamos el tenor de la norma a la luz del principio de proporcionalidad al que recurre el TEDH, debemos entender que bajo circunstancias muy excepcionales se admite la dispensa del niño de declarar en juicio oral. En efecto, se advierte de la lectura que el legislador recurre al supuesto del fallecimiento del niño, o de una incapacidad física o psíquica “que lo inhabilite para comparecer a la audiencia de juicio”.

De conformidad al principio de proporcionalidad al que hicimos referencia la adopción de esta medida debe ser estrictamente necesaria de manera de desplazar el derecho de defensa del imputado. En consecuencia, sólo se podría justificar la inasistencia del niño a juicio oral por una imposibilidad absoluta, equiparable al fallecimiento del niño, como ocurriría si el niño estuviera hospitalizado o en un estado de shock, que le impida absolutamente concurrir a declarar a juicio oral.

En efecto, es necesario tener presente que la adopción de esta medida, de la exhibición de la entrevista investigativa en reemplazo de la declaración del niño en juicio oral, no sólo impedirá al acusado y a su representante estar presente mientras el niño presta la declaración, sino además le impedirá contrainterrogar al niño, afectando seriamente su derecho a confrontación. Por ello es tan importante la evaluación personal del niño, previo a su intervención en el proceso y con posterioridad a ella, por cuanto, es la herramienta que tendrá el fiscal para dar cuenta al tribunal de la situación particular del niño que justifica la adopción de esta medida. Si la incapacidad del niño no es de la magnitud señalada, podrá optarse por solicitar su declaración anticipada, de conformidad al artículo 16 de la ley, según se desarrollará a continuación.

Si el tribunal decide adoptar esta medida de exhibir la entrevista investigativa, prescindiendo de la declaración del niño en juicio oral y, en consecuencia, impidiendo que el acusado ejerza su derecho a confrontación respecto de la declaración del niño, no podría basarse en esa única evidencia para fallar. En efecto, como se analizó el TEDH ha resuelto estos casos en virtud de la doctrina de la “única y decisiva prueba”, según la cual ha declarado que no se vulnera el derecho a un juicio justo cuando se utiliza la declaración del niño prestada en fase de instrucción sin que haya sido confrontada por el acusado, en la medida que no sea la única evidencia y que vaya acompañada de prueba que la corrobore y no fundamente de manera decisiva la condena en dicha declaración.

2) Imposibilidad del niño de declarar en audiencia de juicio por una incapacidad grave, producida durante su comparecencia a la audiencia de juicio oral.

La situación contemplada en el artículo 18 letra b) también supone una incapacidad del niño para declarar, pero a diferencia de la anterior, esta incapacidad se produce durante la audiencia de juicio oral.

Además, la norma se refiere a una incapacidad grave, que le impida declarar, por lo que no cualquier incapacidad que afecte al niño, podrá justificar esta medida, toda vez que se podría vulnerar con ello el derecho a defensa del acusado, y sería contrario al principio de proporcionalidad, ya analizado. Del mismo modo, a diferencia del caso anterior, en esta situación el tribunal podrá presenciar el estado en el que se encuentra el niño e incluso podrá interactuar con él, a través del entrevistador, y de esa manera, podrá ponderar los principios que están en juego: el interés superior del niño y el derecho a defensa del imputado. Si la incapacidad que sufre el niño durante la declaración, es de tal magnitud que le impide declarar, deberá optar por la exhibición de la entrevista investigativa video grabada, la que no podrá realizarse, en todo caso, en presencia del niño.

Si el tribunal opta por exhibir la entrevista investigativa, por producirse la incapacidad grave del niño durante la declaración judicial, el tribunal podrá aplicar el criterio señalado con anterioridad sobre la “única y decisiva prueba” y, en consecuencia, no podrá fundar su condena exclusivamente en la entrevista investigativa, la que deberá ir acompañada de otras pruebas que la corroboren.

Si, en cambio, el niño sufre una incapacidad durante su declaración, pero dicha incapacidad no es grave, el tribunal podrá adoptar la medida prevista en el artículo 17 inciso 2 de la ley 21.057, esto es, realizar pausas necesarias para el descanso del niño durante la declaración, tras lo cual ordenará la reanudación de la audiencia, en atención al interés superior del niño.

3) Declaración judicial anticipada.

También es posible prescindir de la comparecencia del niño a juicio oral, en caso de que este haya prestado declaración judicial anticipada. En efecto, esta medida está contemplada específicamente en el artículo 16 de la ley 21.057 y tiende a evitar que el niño comparezca a la audiencia de juicio oral, pero al mismo tiempo, permite que el acusado ejerza su derecho a confrontación. A diferencia de los casos contemplados en el artículo 18, la norma que prevé la declaración judicial anticipada del niño, no exige que el niño se encuentre incapacitado de concurrir a declarar, sino sólo que se adopte la medida en atención al interés superior del niño y a las circunstancias personales de este. En consecuencia, en este caso se le otorga mayor discrecionalidad al tribunal para adoptar esta medida, sin embargo, deberá fundamentar dicha decisión no sólo en circunstancias que dicen relación con el niño, sino además en su interés superior.

Como se ha señalado, determinar el interés superior del niño no es algo sencillo, toda vez que es un principio indeterminado lo que no significa que queda al arbitrio de la autoridad, en especial cuando debe ser sopesado con otros principios, como el derecho a defensa del acusado. Por ello, el principio del interés superior del niño, debe interpretarse caso a caso, determinando la finalidad que persigue y los criterios que han de guiar al órgano encargado de su aplicación. Si bien, la ley no define que debe entenderse por interés superior del niño, la ley persigue evitar la victimización secundaria de los niños que intervienen en el proceso penal, pero a su vez, resguardar los derechos del imputado, criterios que deberá tomar en consideración el tribunal al resolver adoptar esta medida.

Es de advertir que la declaración judicial anticipada es una medida que ha sido utilizada de manera eficaz para lograr ambos propósitos.

En efecto, es de advertir que la prueba anticipada no sólo está contemplada en nuestro sistema jurídico respecto de los niños víctimas de ciertos delitos, de conformidad al artículo 16 de la ley 21.057, sino además está contemplada en el artículo 191 y siguientes del Código procesal penal, respecto de los testigos y peritos que deban ausentarse o respecto de los cuales exista motivo que hiciere creer que no se encontrarán presente en la época de la realización de la audiencia de juicio oral. En la audiencia de prueba anticipada, se cita a todos los intervinientes que pueden participar en juicio oral, quienes tendrán todas

las facultades previstas para su participación en la audiencia de juicio oral, en consecuencia, el imputado y su defensa, podrán confrontar la declaración prestada por el perito o el testigo en la audiencia de prueba anticipada, resguardando su derecho a defensa.

Del mismo modo, distintos instrumentos internacionales contempla la prueba anticipada como una medida para evitar la victimización secundaria de personas especialmente vulnerables y, en especial, de niños víctimas y testigos, como las 100 reglas de Brasilia²³⁰, las “Guías de Santiago sobre la protección de víctimas y testigos”²³¹. A su vez, Organismos internacionales han recomendado su uso para disminuir la victimización secundaria de niños, como la Opinión Técnica Consultiva N°001/2014 de la oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC), dirigida a Ministerio público de la República de Panamá. Allí el organismo recomienda a Panamá el uso de la prueba anticipada en caso de niños víctimas y testigos de delitos, para evitar su revictimización considerando el interés superior del niño.

En nuestra legislación su aplicación quedará al criterio del juez, que deberá ponderar caso a caso, la situación en la que se encuentra el niño, y su interés superior. Sin perjuicio de ello, *a priori* es posible señalar, que los niños de muy corta edad, en especial preescolar, debieran declarar anticipadamente. En efecto, como se analizó en el apartado anterior, estudios de psicología del testimonio concluyen que los niños de muy corta edad tienen dificultades para individualizar los hechos y el contexto en el que ocurrieron, además, el paso del tiempo en los niños de corta edad, puede provocar que el niño se vea influenciado por terceros que deterioren sus recuerdos y generen falsos recuerdos. Por ello, se ha señalado que los niños en edad preescolar deben declarar en una época próxima a la época en la que ocurrieron los hechos, y en pocas oportunidades para que sus recuerdos no se vean contaminados. Por ello, la declaración anticipada puede ser una herramienta apropiada para evitar su victimización secundaria, pero además para la eficacia de la persecución penal.

Del mismo modo, debería utilizarse la prueba anticipada en casos de niños víctimas de delitos sexuales. En efecto, los niños víctimas de delitos sexuales son especialmente vulnerables y se encuentran más expuestos a sufrir victimización secundaria, en especial debido a las múltiples declaraciones que deben prestar en las distintas diligencias investigativas y judiciales. Además, el paso del tiempo provoca en ellos múltiples sentimientos de ansiedad, angustia e incluso culpa, en casos en que el responsable sea un miembro de su familia. Por ello, es altamente recomendable que el niño víctima de estos delitos que provocan un trauma en el niño, no deba esperar a la realización del juicio oral para prestar su declaración, y pueda hacerlo de manera anticipada, y de esta manera, pueda comenzar su recuperación.

²³⁰ (37) Anticipo jurisdiccional de la prueba. Se recomienda la adaptación de los procedimientos para permitir la practica anticipada de la prueba en la que participe la persona en condición de vulnerabilidad, para evitar la reite-ración de declaraciones, e incluso la práctica de la prueba antes del agravamiento de la discapacidad o de la enfer-medad. A estos efectos, puede resultar necesaria la grabación en soporte audiovisual del acto procesal en el que participe la persona en condición de vulnerabilidad, de tal manera que pueda reproducirse en las sucesivas instan-cias judiciales.

(70) Se recomienda analizar la posibilidad de preconstituir la prueba o anticipo jurisdiccional de la prueba, cuando sea posible de conformidad con el derecho aplicable.

²³¹ La investigación no debe alterar la seguridad de la víctima y a lo largo de la misma debe valorarse la posible práctica de actuaciones de prueba anticipada para que, con garantías para todas las partes, se evite que el proceso, en su desarrollo, se convierta en causa de victimización secundaria o suponga un factor de presión sobre la víctima que le pueda llevar a abandonar el libre ejercicio de sus derechos.

Utilización del menor bajo un principio de excepcionalidad, procurando que sea un mínimo de veces (con tendencia hacia la vez única) aquel en que el menor sea interlocutor de cualesquiera actuaciones de investigación o procesales. Los procedimientos en los que estén implicados menores deben estar afectados por términos de celeridad para que el menor no tenga que soportar la pendencia y la tensión que ello supone, pudiendo iniciarse cuanto antes las actuaciones de reintegración personal y psicológica.

4) El niño se niega a prestar declaración judicial.

Cabe preguntarse si la negativa del niño a declarar es justificación suficiente para adoptar esta medida y prescindir de su declaración en juicio oral.

Uno de los principios que consagra la ley según lo analizado, es la participación voluntaria del niño y señala en el artículo 3 letra c) que la participación del niño será siempre voluntaria, en todas las etapas de investigación y juzgamiento “y no podrán ser forzados a intervenir en ellas por persona alguna bajo ninguna circunstancia”. Sin embargo, la ley no señala como se debe proceder en caso que el niño se niegue a prestar declaración judicial.

Como se analizó previamente, la Observación general número 12, sobre el derecho del niño a ser oído, el Comité de derechos del niño, reconoce el derecho del niño a expresar libremente su opinión y consagra la facultad del niño de renunciar a ese derecho. Además, establece que el tribunal debe tomar debidamente en cuenta la opinión del niño para resolver algún asunto que le afecte. Esto implica que los encargados de adoptar decisiones que afecten al niño, debe consultar al niño su opinión y ponderar el derecho del niño con el derecho del imputado a confrontar las pruebas de cargo.

Para resolver, entonces, se deberá escuchar al niño para que él pueda expresar los motivos por los que se niega a comparecer a declarar a juicio oral. El fiscal apoyado de un profesional de la URAVIT deberá informar al niño las consecuencias de su decisión, pero también las medidas de protección con las que contará al prestar declaración y con posterioridad a ella, tras lo cual se deberán esclarecer las causas por las que se niega a declarar.

En todo caso, la ley no prevé cómo se procederá en caso que el niño se niegue a prestar declaración y tampoco está previsto este caso dentro de las alternativas del artículo 18 que permiten que se exhiba la entrevista investigativa en juicio oral, en reemplazo de la declaración del niño, por lo que, en principio, si el niño mantiene su decisión se deberá prescindir de su declaración. En caso que el niño haya sido víctima de aquellos delitos donde la declaración de la víctima es prácticamente la única prueba, es posible que, ante la negativa del niño a declarar, el fiscal no siga adelante con el procedimiento y recurra a alguna de las medidas para poner término temprano al proceso. Esto es especialmente grave, toda vez que como se señaló el Estado tiene el deber de investigar y de proteger a las víctimas, por lo que se debería seguir adelante el procedimiento aún prescindiendo de su declaración.

5) Declaraciones prestadas previamente por el niño en un juicio anulado.

Cabe preguntarse a continuación, si es posible prescindir de la declaración del niño cuando este ha vertido su declaración en un juicio previo anulado. En efecto, y como se señaló, la ley 21.057 parte del supuesto que las múltiples declaraciones del niño pueden provocar su victimización secundaria y, además, retrasan su proceso de recuperación. Por ello la ley limita el número de declaraciones que debe verter el niño en el proceso, como se ha analizado. Sin embargo, nada señala respecto de las declaraciones prestadas válidamente en un juicio que con posterioridad es anulado.

En nuestro sistema penal está previsto el recurso de nulidad de manera excepcional y con ciertos límites como el que establece el artículo 387 del Código procesal penal²³². De conformidad a dicha

²³² Artículo 387.- *Improcedencia de recursos. La resolución que fallare un recurso de nulidad no será susceptible de recurso alguno, sin perjuicio de la revisión de la sentencia condenatoria firme de que se trata en este Código. Tampoco será susceptible de recurso alguno la sentencia que se dictare en el nuevo juicio que se realizare como consecuencia de la resolución que hubiere acogido el recurso de nulidad. No obstante, si la sentencia fuere*

disposición, es posible que se haya realizado un juicio en el que un niño haya declarado y como resultado de ese juicio el tribunal hubiera determinado absolver al acusado, tras lo cual se interpone recurso de nulidad por cualquiera de las causales contempladas en los artículos 372 y siguientes, que es acogido por el tribunal de alzada, declarando nulo el juicio oral. En dicho caso se realizará un nuevo juicio, en el que se deberá ante un nuevo tribunal, en el que el niño deberá declarar nuevamente. En el supuesto que realizado ese nuevo juicio condenando al acusado, y en esta oportunidad la defensa recurre de nulidad y el tribunal de alzada declara la nulidad de ese segundo juicio, tras lo cual deberá realizarse un tercer juicio oral en el que nuevamente deberá declarar el niño.

Esta situación es la que ocurrió en Chile en un controvertido caso en el que el acusado Enrique Orellana Cifuentes, un ejecutivo del Banco Central, fue acusado del delito de abuso sexual, violación impropia reiterada y abuso agravado, en contra de sus 3 hijas menores de 14 años en el año 2012. En este caso, las niñas debieron concurrir a declarar en 3 juicios orales, ya que el primer juicio en el que el acusado fue absuelto fue anulado por la Corte Suprema. Luego, tras la realización del segundo juicio en el que fue condenado por el delito de violación reiterada en contra de sus tres hijas, fue nuevamente anulado por la Corte Suprema y se debió realizar un tercer juicio, en el que el acusado fue absuelto.

En el fallo de nulidad del segundo juicio²³³, la Corte Suprema debió pronunciarse sobre la solicitud de la defensa en cuanto a que se permitiera el uso de las declaraciones previas de testigos y peritos recibidas en los juicios anteriores, no para prescindir de su declaración en el nuevo juicio, sino para que pudieran ser contrainterrogados en base a las declaraciones vertidas previamente en el juicio anulado.

Cabe hacer presente que previo a este fallo existía discusión al respecto, por cuanto había quienes rechazaban esta posibilidad argumentando que la nulidad del juicio anterior, provocaba la inexistencia jurídica y fáctica de todo lo obrado en él, por lo que no era posible utilizar las declaraciones vertidas por testigos y peritos en un juicio anterior anulado. Como señala Duce, la jurisprudencia mayoritaria hasta junio del año 2013, entendía que no era posible utilizar declaraciones de un juicio previamente anulado, debido al criterio señalado (2014, p. 120).

Este criterio cambió, con la sentencia aludida de junio del 2013, en la que la Corte Suprema declaró que sí era posible confrontar las declaraciones de testigos y peritos realizadas en juicio previo, anulado, en atención a lo dispuesto en el artículo 330 del Código procesal penal, por cuanto este autoriza la confrontación con los propios dichos del interrogado, sin limitación alguna (Considerando 20).

Además, señala que los artículos 331 y 332 del Código procesal penal autorizan a los intervinientes a reproducir declaraciones diversas, entre las que se cuentan las declaraciones anteriores de una testigo prestadas ante el fiscal, el abogado asistente o el juez de garantía para ayudar su memoria, para demostrar o superar contradicciones o para solicitar aclaraciones previas. De esta manera, señala la Corte, se satisface el estándar impuesto por la norma, por cuanto las declaraciones prestadas ante el tribunal de juicio oral en lo penal, con la asistencia de todos los intervinientes, con idénticas garantías de publicidad y bilateralidad (Considerando 20).

Agrega que, si bien el 334 del Código de procedimiento penal establece la prohibición de leer ciertos registros y documentos, de su enumeración y excepciones contempladas, a la Corte le parece evidente que con ello se ha querido reducir la introducción de elementos obtenidos al margen de la

condenatoria y la que se hubiere anulado hubiese sido absolutoria, procederá el recurso de nulidad en favor del acusado, conforme a las reglas generales.

²³³ Corte Suprema N° 2866-13, 17 de junio de dos mil trece. Disponible en www.pjud.cl

intervención de las partes o el juez, aun cuando la jurisprudencia los ha admitido cuando son invocados por la defensa en cautela de los intereses del más débil (Considerando 20).

Continúa su razonamiento, indicando que la prohibición de incorporar como medio de prueba actuaciones declaradas nulas o en cuya obtención se hubieran vulnerado garantías fundamentales, se refiere a los elementos que sirvieron de motivo a la invalidación de la sentencia y no a las declaraciones vertidas por las víctimas o de peritos que no han sido tachadas de vulneratorias de garantías fundamentales (Considerando 20).

A continuación, la Corte señala que el nuevo sistema procesal penal se sustenta en el principio contradictorio, que está integrado al derecho a defensa del acusado y que se manifiesta en el derecho de las partes al contra examen de los testigos o peritos, consagrados además en distintos instrumentos internacionales. En consecuencia, tratándose de derechos o garantías procesales que integran el debido proceso, no es posible hacer una interpretación restringida que entorpezca las facultades de la defensa, por lo que cuando la ley autoriza el contra examen con declaraciones previas, sin hacer distinción alguna, no corresponde a los jueces hacer distingos que reduzcan o limiten el legítimo ejercicio de dichos derechos (Considerando 21).

En consideración a lo señalado, en la actualidad se admite que la declaración de testigos o peritos, sean confrontados con sus propias declaraciones vertidas en juicio previo, anulado, pero no los exime de su obligación de concurrir a declarar en el nuevo juicio.

En consecuencia, si un niño declara en juicio oral que posteriormente es anulado, deberá concurrir nuevamente a declarar, y además su declaración podrá ser confrontada con la declaración vertida previamente en el juicio anulado, y con su declaración prestada en la entrevista investigativa. Esto deja al niño en una posición especialmente compleja, en particular a aquellos niños que han sido víctimas de delitos que producen efectos traumáticos en él, como los delitos sexuales, en especial cuando han sido cometidos por personas de su familia, o cuando se trata de niños muy pequeños, que tienen dificultades para elaborar un relato y tienden a ceder frente a preguntas sugestivas, como se ha señalado. Por todo ello, en estos casos se debe preferir la declaración anticipada de la prueba en niños víctimas de estos delitos y evitar el sufrimiento y angustia que produce en ellos, declarar en reiteradas oportunidades.

Cabe hacer presente que en el último fallo absolutorio en el caso Orellana²³⁴ el tribunal al referirse a las declaraciones de las niñas, consideró que los dichos de las niñas solo eran “frases escuetas, con una intención de señalar que el papá es malo porque les hacía cosas malas”, señalando que el relato de las niñas se encontraba contaminado por la influencia del grupo familiar materno que consideraba al padre como una figura negativa. En las frases que utiliza el tribunal se demuestra la desconfianza que existe en el relato del niño y la excesiva dependencia que existe en Chile respecto del relato de la víctima en delitos de tanta gravedad. Estos argumentos, pesaron más que las pruebas fisiológicas realizadas a las niñas y que los peritajes psicológicos, lo que es a todas luces contrario a los principios analizados.

En este caso, además de las múltiples declaraciones que debieron prestar las niñas, debieron someterse a múltiples pericias médicas y psicológicas, relatando en cada una de esas oportunidades los hechos que eran materia de la investigación y que inculpaban a su padre. Luego de todas esas diligencias, que pueden significar una tortura para niños de tan corta edad -las niñas en la época de la denuncia tenían 3, 4 y 9 años de edad- la sentencia resultó ser absolutoria.

²³⁴ Fallo del Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. Contra Enrique Alfredo Orellana Cifuentes. Delito: abuso sexual, violación impropia y abuso agravado, RUC 1000763258-K, RIT 282-2012, 9 de octubre de dos mil trece.

Cabe preguntarse entonces si habrá valido la pena que las niñas tuvieran que padecer todo ese sufrimiento, para que, en definitiva, no se esclareciera la ocurrencia de los hechos o la responsabilidad que se imputaba. Más allá del resultado del juicio, cabe preguntarse si el aparato estatal tuvo en consideración la dignidad de las niñas, su desarrollo, sus necesidades, su integridad física y psíquica y, en definitiva, su interés superior.

A estas alturas resulta evidente que el proceso penal chileno no respeta los derechos de los niños víctimas y testigos de delitos y los somete a un procedimiento hostil, que privilegia los fines de la persecución penal, por sobre las necesidades de los niños que son personas vulnerables que el Estado debe proteger.

En este sentido, la ley 21.057 constituye un avance significativo respecto de la intervención de los niños en el proceso penal, pero para que esta Ley cumpla su objetivo, es indispensable que quienes deben aplicarla e interpretarla, lo hagan con el prisma de la Convención sobre derechos del niño, sopesando adecuadamente los derechos y garantías que ella consagra, y en especial, teniendo como una consideración primordial, el interés superior del niño.

3.2. Medidas para evitar la doble victimización por la intervención del niño en otras diligencias de investigación.

Como se analizó en el segundo capítulo de la presente tesis, distintos instrumentos internacionales recomiendan a los Estados adoptar medidas especiales de protección en todas las etapas del proceso. En especial, dichos instrumentos recomiendan la adopción de medidas en instancias que en general, tienden a producir mayor victimización secundaria, como las pericias psicológicas o médicas. Por lo anterior las Directrices del Consejo económico y social, sobre justicia concerniente a niños y niñas víctimas de delitos, prevén que los exámenes y otras diligencias de investigación deben ser realizados por personal capacitado y en un ambiente adecuado a las necesidades del niño. Del mismo modo, la Ley modelo de justicia en asuntos concernientes a niños víctimas y testigos de delitos, establece en el artículo 14 medidas especiales de protección, señalando que los exámenes médicos y la toma de muestra sólo podrán realizarse por autorización judicial o de otra entidad que autorice, en la medida que sean estrictamente necesarios, y en la presencia de los padres del niño o de personal de apoyo.

Situación en Chile.

Como se analizó previamente, si bien nuestro Código procesal penal no contempla medidas especiales de protección para los niños que deban intervenir en la realización de diligencias de investigación, la ley 21.057, viene a suplir esta carencia de reglas al respecto y contempla medidas para proteger al niño, de manera de evitar su victimización secundaria.

Así el artículo 11 de la ley señala que la realización de otras diligencias investigativas- que no sean la declaración investigativa o judicial- en las que deba intervenir el niño, “será realizadas excepcionalmente y sólo cuando sean absolutamente necesarias”. Además, impone al fiscal el deber de dejar constancia en la carpeta investigativa de las razones y fundamentos para ordenar dichas medidas.

La misma disposición impone a los profesionales a cargo de las diligencias el deber de limitarse a su realización, sin formular al niño preguntas relativas a la participación criminal o a la agresión sufrida o en general que busquen esclarecer los hechos investigados.

Finalmente, en relación a las pericias psicológicas, impone al fiscal la obligación de justificar su decisión según instrucciones que dicte el Fiscal Nacional.

De esta manera la ley protege adecuadamente al niño que deba intervenir en otras diligencias de investigación.

3.3. Medidas para evitar la doble victimización producida por la intromisión en la vida privada del niño.

Del mismo modo, distintos instrumentos internacionales tienden a evitar la victimización secundaria que sufre el niño en el proceso penal por su intromisión en su vida privada. Así, uno de los principios de la Ley modelo en justicia conveniente a niños, es la no injerencia en su vida privada. Del mismo modo, la Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, contemplan medidas para evitar la intromisión en la vida privada del niño, como evitar las preguntas innecesarias y para el TEDH el artículo 6 del CEDH debe conciliarse con el derecho al respeto de la vida privada y familiar, consagrado en el artículo 8 del Convenio, y faculta al Estado para determinar medidas especiales de protección que limiten el derecho a defensa del imputado.

Situación en Chile

Al igual que en las medidas anteriores, el proceso penal no contempla medidas especiales para evitar la intromisión en la vida privada del niño, por cuando se ha privilegiado ciertos principios del proceso penal acusatorio, específicamente la publicidad de dicho procedimiento. Sin perjuicio de ello, por medio de leyes especiales se han adoptado algunas medidas aisladas²³⁵, y el Código procesal penal, permite que el tribunal adopte medidas de proteger la identidad de víctimas y testigos en el artículo 92.

La ley 21.057, en cambio, establece una serie de medidas para proteger la vida privada del niño víctima o testigo de delitos enumerados en el artículo 1 de la Ley, a saber:

a. Protección de la vida privada como una medida para evitar victimización secundaria: Cuando en el artículo 3 letra d) se refiere a la prevención de la victimización secundaria señala expresamente que con dicho propósito las personas e instituciones que intervengan en cualquiera de las etapas del proceso, deberán adoptar medidas para proteger la privacidad de los niños.

b. Protección de la vida privada del niño en la denuncia. En el artículo 4 inciso 2° señala que cuando la denuncia sea efectuada por un niño, se debe garantizar su participación voluntaria, pero además su privacidad.

c. Protección de la vida privada del niño en la entrevista investigativa video grabada y en la declaración judicial. El artículo 21 de la ley, en la letra a) señala expresamente que en la realización de la entrevista investigativa y en la declaración judicial se deberán realizar en condiciones que protejan la privacidad de la interacción con el niño.

d. Protección de la vida privada del niño como medida para proteger la identidad del niño o su integridad física o psíquica. La ley en el artículo 24 establece distintas medidas para proteger la intimidad del niño o su identidad, como suprimir de las actas el nombre o individualización del niño, prohibir a los intervinientes que entreguen información sobre la identidad de la víctimas, impedir el acceso de personas determinadas a la audiencia, prohibir a los medios de comunicación a la sala de audiencia, y resguardar la privacidad del niño que concurra a declarar y evitar que tenga contacto con los demás asistentes a la audiencia, en especial durante el ingreso y sala del recinto del tribunal. Para ello se le entregan facultades

²³⁵ Artículo 33 de la Ley número 19.733, sobre las libertades de opinión e información y ejercicio del periodismo, que en su parte pertinente señala “se prohíbe la divulgación, por cualquier medio de comunicación social, de la identidad de menores de edad que sean autores, cómplices, encubridores o testigos de delitos, o de cualquier otro antecedente que conduzca a ella”.

específicas al tribunal o juez de garantía para que de oficio o a petición de parte, decrete cualquiera de estas medidas.

e. Protección de la vida privada del niño en protocolos de atención institucional. El artículo 31 de la ley, al referirse a los protocolos de atención institucional, en la letra e) señala que dichos protocolos deben considerar las medidas que resguarden la privacidad confidencialidad y seguridad del niño.

f. Protección de la vida privada del niño en la reserva del contenido de la declaración investigativa y de la declaración judicial. En diversos artículos la ley establece que el contenido de la declaración investigativa y de la declaración judicial video grabada tienen el carácter de reservado, y solo podrán acceder a ella los intervinientes, como lo dispone el artículo 23 de la Ley. Pero el legislador va más allá y dispone que aquel que divulgue el contenido de la entrevista video grabada y de la declaración judicial, de tal manera que permita identificar al niño o a su familia, se expone a la pena de reclusión menor en sus grados medios a máximo.

De esta manera, la ley resguarda adecuadamente la vida privada del niño, de manera que su intervención en el proceso penal, no acarree su victimización secundaria.

2° Medidas para evitar la victimización repetida de los niños víctimas y testigos durante el proceso y con posterioridad a él.

Como se señaló en el capítulo 2 de la presente tesis, el concepto de victimización repetida fue introducido por la Resolución 2005/20 del Consejo Económico y Social que entiende por tal “la situación en que una persona sea víctima de más de un incidente delictivo a lo largo de un período determinado”. Así la Ley modelo de justicia concerniente a niños víctimas y testigos incorporando este concepto, establece la figura de un profesional de apoyo, que acompañe al niño durante todo el proceso para evitar su victimización secundaria y su victimización repetida.

Del mismo modo, la Directiva 2011/36/UE, contempla principios con el objeto de evitar la victimización secundaria o repetida. Así se establece que en lo posible se deberá evitar: (i) repetir innecesariamente interrogatorios durante la investigación o el juicio; (ii) mantener el contacto visual directo entre víctimas e imputados; (iii) testificar en audiencia pública, y (iv) plantear a la víctima, preguntas sobre su vida cuando no sea absolutamente necesario. Sin embargo, deja en libertad a los Estados para determinar las medidas para hacer efectivas estas garantías.

De esta manera se protege al niño durante el proceso, pero también con posterioridad a él, adoptando medidas para evitar que se le pueda individualizar y así, pueda sufrir un nuevo incidente delictivo.

Situación en Chile

Si bien en Chile no existen muchos estudios en la materia, recientemente se realizó la primera encuesta nacional de polivictimización en niños, niñas y adolescentes, realizada por la subsecretaría de prevención del delito, en octubre de 2017²³⁶. Según esta encuesta los niños están altamente expuestos a sufrir polivictimización, es decir, a ser víctimas de más de un delito en un año, lo que genera consecuencias negativas a largo plazo, como depresión hasta retraso en su desarrollo. Concluye que los niños polivictimizados tienen mayor probabilidad de ser victimizados en otro tipo de situaciones o a verse involucrados en hechos delictivos y, en consecuencia, son extremadamente vulnerables.

²³⁶ Disponible en: <http://www.seguridadpublica.gov.cl/media/2018/02/PPT-Primera-Encuesta-de-Polivictimizacion.pdf>

Por ello es fundamental establecer mecanismos para proteger al niño de sufrir una victimización repetida.

La ley 21.057 no sólo contempla medidas para evitar que el niño sea individualizado en el proceso, sino además, contempla medidas específicas para evitar su victimización repetida, según se detallará a continuación:

a) El artículo 4, relativo a la denuncia, establece que ella debe ser recibida en condiciones que garanticen la seguridad del niño, consagrándose así, como una garantía para evitar la victimización repetida.

b) El artículo 21 letra b), cuando se refiere a las condiciones de realización de las entrevistas investigativas video grabada y la declaración judicial, exige que estas sean realizadas en condiciones que resguarden la seguridad del niño.

c) Tal como se señaló, el artículo 31 de la ley, al referirse a los protocolos de atención institucional, en la letra e) señala que dichos protocolos deben considerar las medidas que resguarden la, entre otros, la seguridad del niño.

d) Protección especial, para los niños víctimas: Particularmente el artículo 25 de la ley faculta al juez para disponer a solicitud del fiscal, querellante, curador *ad litem* o de la propia víctima, e incluso antes de la formalización a la investigación, una o más de las siguientes medidas, en favor del niño víctima: prohibición de acercarse a la víctima por parte del presunto agresor, el abandono del hogar por parte del presunto agresor cuando corresponda, confiar el cuidado del niño a una persona de la confianza del niño, de manera de resguardar su integridad física o psíquica. En cualquier caso, el tribunal deberá remitir los antecedentes al juzgado de familia para que inicie el procedimiento pertinente para resguardar el interés superior del niño.

e) Protección especial, en favor del niño testigo de uno de los delitos enumerados en la ley: El artículo 26 de la ley, establece como una medida de protección para niños testigos de delitos, la contemplada en el artículo 14 inciso 2º, esto es, que declare en una sala especial, por sistema interconectado de comunicación, siendo interrogado por el juez presidente de la sala.

En definitiva, la ley contempla medidas para proteger adecuadamente al niño víctima del delito, sin embargo, no contempla las mismas medidas respecto del niño testigo, lo que constituye una debilidad de la ley, como se abordó con anterioridad.

4. Especialización en materias de infancia.

Como se analizó en el capítulo segundo de la presente tesis, el Comité de derechos del niño ha puesto énfasis en la necesidad de que los niños interactúen con profesionales especializados en materias de la infancia. En efecto, tanto en la Observación general número 12 relativa al derecho del niño a ser oído, y en la Observación general número 14, relativa al interés superior del niño, se refieren a la necesidad de que el personal que interviene en asuntos que afectarán al niño, tenga la debida capacitación, e idealmente que participe un equipo multidisciplinar. Del mismo modo, el sistema europeo prevé la formación de profesionales que trabajen con niños, los que deben tener una formación interdisciplinar y las declaraciones que presten los niños deben ser realizadas por personal capacitado para ello.

Situación en Chile

Antes de la entrada en vigor de la ley 21.057, el proceso penal no contemplaba personal capacitado para el trabajo con niños. Sólo, en su deber de proteger a las víctimas, el Ministerio Público cuenta con personal capacitado para el trabajo con niños que son parte de la URUVIT, como se analizó con anterioridad. Del mismo modo, la Policía de investigaciones y Carabineros cuentan con personal

capacitado para trabajar con niños víctimas de delitos sexuales. Sin embargo, de los estudios cualitativos y cuantitativos analizados con anterioridad, se advierte una escasez de profesionales especializados en infancia.

La ley 21.057 constituye un avance al determinar que en las declaraciones que debe prestar el niño durante el proceso penal, se deben ser realizadas por entrevistadores profesionales capacitados y, además, registrados en un registro de profesionales elaborado por el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, quien además deberá acreditarlos.

Del mismo modo, de conformidad al artículo 19, el entrevistador deberá tener formación especializada en metodología y técnicas de entrevista investigativa video grabada y declaración judicial a niños, según el reglamento que se dicte a tal efecto.

Asimismo, el artículo 27 dispone que la Policía de investigaciones, Carabineros y el Ministerio Público, contarán con personal calificado, y con acreditación vigente, en metodologías y técnicas de entrevistas investigativas y declaración judicial video grabada a niños.

El Poder Judicial también podrá contar con jueces y funcionarios que cumplan con los requisitos del artículo 19, que puedan participar como intermediario de la declaración judicial.

Adicionalmente, la norma exige que los entrevistadores cuenten con 3 requisitos: que sean idóneos para cumplir con su función; que realicen su función de manera exclusiva o preferente y que posean capacitación continua.

Dispone el mismo artículo que en caso de que no existan entrevistadores suficientes para garantizar el funcionamiento del sistema el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos deberá proveer de los entrevistadores necesarios, quienes deberán cumplir con los requisitos del artículo 19.

Los artículos 28 y 29 establecen los requisitos relativos a la formación de dichos profesionales y al reglamento que determinará las condiciones y requisitos de los programas de formación de los evaluadores²³⁷.

De esta manera la ley constituye un avance significativo en lo relativo a la especialización en materia de infancia, que como se señaló es una garantía que asegura la participación efectiva del niño en el proceso penal. Sin embargo, se advierte una debilidad cual es que tratándose de los jueces y funcionarios del poder judicial no contempla esta exigencia como algo obligatorio, sino sólo como una recomendación. Esto podría desvirtuar el propósito de la ley que busca avanzar hacia una justicia adaptada a los niños. Es de advertir que los jueces cumplen un rol esencial en el sistema penal, en especial en el proceso penal, por cuanto deben servir de intermediario entre el entrevistador y el niño, además deberán adoptar una serie de resoluciones en las que se deberá atender al interés superior del niño, deben fundamentar sus decisiones y, luego, fallar, para lo cual es indispensable que se especialicen en temas de infancia. Es de esperar que, en la práctica, los jueces y funcionarios opten por especializarse en estas materias, de manera de resguardar los derechos de los niños y asegurar que su intervención en el proceso no les acarree un perjuicio mayor que el mismo delito.

²³⁷ Reglamento número 471, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, publicado en el Diario Oficial el 2 de abril de 2019.

5. Derecho del niño víctima a obtener reparación

Como se analizó en el Capítulo segundo de la presente tesis, distintos instrumentos internacionales y fallos de tribunales internacionales de justicia consagran el derecho a la reparación como una garantía que el Estado debe reconocer a las víctimas de delitos. En el caso de los niños, esta garantía constituye un imperativo, toda vez que los niños víctimas de delitos son especialmente vulnerables y tras el fallo podría quedar en una situación de absoluto abandono y desprotección. Es el caso de niños que han sido víctimas de delitos sexuales cometidos por sus padres, o incluso niños testigos de parricidio, que incluso antes de la condena, se encuentra en una situación especialmente compleja, ya que la denuncia del delito significa para ellos quedar en una situación de orfandad y desamparo. Es por ello que, entre otros factores, en el caso de delitos sexuales cometidos por familiares, los niños tardan tanto en revelar los abusos que han sufrido.

Es por lo anterior que, las Directrices sobre justicia en asuntos concernientes a niños víctimas y testigos de delitos del Consejo económico y Social, establecen dentro de las garantías particulares que poseen los niños, está el derecho a obtener reparación, que incluya no sólo los perjuicios causados por la comisión del delito sino, además, debe incluir su reinserción y su recuperación. Señala además que cuando el resarcimiento de los daños no los pueda proporcionar el inculpado, el Estado deberá contar con programas de indemnización de las víctimas, pero además contar dentro de la reparación, el costo de la reinserción social y la educación del niño, así como su tratamiento médico o psicológico y servicios jurídicos. En el mismo sentido, la Ley modelo de justicia en asuntos concernientes a niños víctimas y testigos de delitos, que garantiza el derecho de resarcimiento e indemnización.

Situación en Chile

Como se analizó en el Capítulo tercero, el nuevo sistema penal no significó una mejora en la reparación de las víctimas de delitos. Aún las víctimas deben participar activamente en el proceso, por medio de un abogado habilitado, que junto a la querrela demande los perjuicios sufridos como consecuencia del delito. En el caso de los niños esto es extremadamente difícil, ya que como se señaló, la ley no lo provee de asistencia letrada, por lo que difícilmente podrá cumplir con dichos requerimientos.

La ley 21.057 no mejora la situación de los niños víctimas de los delitos que enumera, ni proporciona un sistema que permita su efectiva reparación, en los términos que establecen los instrumentos internacionales y en los términos que el Comité de derechos del niño ha recomendado a nuestro Estado en todos sus informes.

CONCLUSIONES

I

El reconocimiento de los derechos del niño ha sido un largo y lento proceso, lo que se debe, en parte, a circunstancias socio-culturales y, en parte, a la fundamentación de los derechos humanos.

En cuanto a las circunstancias socio-culturales, en la antigüedad y durante toda la edad media, los niños no serán considerados como sujetos de derechos, y la infancia será una etapa por la que el niño deba atravesar rápidamente. Su existencia estará más bien vinculada a la necesidad del padre de tener descendencia legítima o de proteger su patrimonio.

Según lo analizado, sólo a partir del siglo XVIII se generará conciencia en cuanto a la necesidad de proteger al niño, pero sobre todo de ejercer un control sobre él, ya que las tradicionales instituciones de control –familia e iglesia- fueron incapaces de ocuparse de ellos. Así, durante la revolución industrial, con el fenómeno del traslado de las familias del campo a la ciudad, proliferaron los niños que vagaban, exponiéndose a una serie de peligros, para ellos y para la sociedad. De este modo, durante el siglo XVIII, surgirán las primeras instituciones de protección de la infancia, que sentarán las bases del desarrollo de los derechos del niño durante el siglo XX.

Durante el siglo XX –en parte, porque los niños fueron quienes más sufrieron los embates de las dos guerras mundiales- se generan los primeros instrumentos en los que surge la idea de que los niños podían ser titulares de derechos propios y específicos. En adelante la humanidad tendrá obligaciones respecto de los niños, aun cuando dichos instrumentos se redactan con un enfoque estrictamente proteccionista, más que con un enfoque de derechos.

La Convención sobre derechos del niño de 1989, si bien tiene como base las anteriores declaraciones –Declaración de Ginebra de 1929 y Declaración de derechos del niño de 1959- tiene la virtud de recoger en un instrumento vinculante para los Estados, los derechos de los niños, pero se encuentra redactada de tal manera que logra adaptarse a las legislaciones de los distintos Estados, por lo cual ha sido ratificada prácticamente por todas las naciones.

Pero además de constituir un catálogo de derechos del niño, la CDN le confiere al niño la calidad de sujeto de derechos que puede ejercer por sí mismo, avanzando hacia un enfoque más liberal, al incorporar la noción de la autonomía progresiva o evolución de las facultades del niño.

De esta manera, recién en el siglo XX surge la necesidad de reconocer derechos específicos al niño, que se le habían negado por su propia condición.

En Chile, se advierte prácticamente la misma evolución en los derechos de los niños. De hecho, la infancia será una preocupación para el Estado chileno durante el siglo XIX, debido a la alta mortalidad infantil, lo que provocó la implementación de políticas sanitarias.

En el siglo XX, al igual que a nivel mundial, en Chile hay una mayor preocupación por la infancia, en especial por los niños que vagaban en las ciudades, surgiendo la categoría de “menor en situación irregular”, que provoca transformaciones institucionales y legales, con el afán de ejercer un mayor control respecto de los niños, cuando la familia era incapaz de ejercer ese rol.

Así el Estado, adoptando el modelo norteamericano, crea Tribunales de menores e instituciones que tuvieron escasa capacidad operativa y una limitada coordinación entre los distintos ministerios –

como el CONAME, que en la década del ochenta fue sustituido por el SENAME-que no mejoran la situación de los niños que transitan por el sistema y, más aún, vulneran sus derechos.

La ratificación por el Estado chileno de la Convención sobre derechos del niño ha provocado algunas transformaciones legales, aunque en una serie de aspectos, subsisten los problemas de coordinación entre las distintas instituciones que se deben enfocar en los niños, pero también se advierte una errada interpretación de los principios que conforman el nuevo paradigma de la infancia.

En cuanto a la fundamentación de los derechos humanos, durante mucho tiempo, los niños no fueron considerados como titulares de derechos, por cuanto se consideraba -Kant, Mill, Hart, MacCormick- que no poseían ni la razón ni la experiencia suficiente para ejercer su voluntad, lo que justificaba la acción paternalista del Estado.

Durante el siglo XX, y gracias al fenómeno de especificación de los derechos humanos, se vuelve la mirada hacia el niño, primero como un ser vulnerable que requiere de una protección especial, luego como un sujeto de derechos, que puede ejercer, de manera progresiva, en la medida de la evolución de sus facultades. Así la CDN que adopta una postura intermedia, entre proteccionismo y liberacionismo, reconoce al niño -en palabras de Baratta- como un ciudadano pleno, con identidad propia, diferenciada de los adultos.

En este orden de ideas, la evolución que ha tenido el modo de abordar la intervención del niño en el proceso penal, es un reflejo de los cambios que ha experimentado la idea de infancia y el concepto de niño a lo largo de la historia. Así, gradualmente el proceso penal se fue adaptando a las necesidades de los niños, lo que se advierte tanto en la justicia penal, como en la intervención del niño víctima o testigo en dicho proceso.

Respecto de los niños víctimas y testigos, se evidencia la evolución respecto de la consideración del niño, por cuanto de ser considerado un testigo poco fiable, manipulable y sin las competencias necesarias, pasó a ser considerado un testigo capaz y creíble.

Sin embargo, en el ámbito de la intervención del niño en el proceso penal como víctima o testigo, es necesario avanzar hacia una adecuada protección, lo que no ha sido una tarea fácil, por la escasez de normas en la materia, para lo cual deben interpretarse las normas de la CDN, en conjunto con las resoluciones de diversos organismos internacionales, tal cómo se ha hecho en sistema europeo y -en menor medida- en el sistema interamericano.

II

La CDN ha sido el tratado internacional multilateral que ha tenido la más rápida y generalizada adhesión por parte de los Estados, consagrando el carácter universal de los derechos del niño.

De esta forma, la CDN refuerza la idea de infancia, e impone límites a los Estados consagrando una serie de derechos específicos que el niño puede ejercer por sí mismo y otorga una amplia protección en el ámbito subjetivo -tanto respecto de los sujetos a los que se les aplica, como respecto los sujetos que resultan obligados- y en el ámbito de su contenido material.

Sin embargo, la rápida y masiva adhesión que ha tenido la CDN, en parte se debe a que sus preceptos fueron redactados en forma más o menos amplia e incluso, ambigua, entregándole a los Estados, un amplio margen de apreciación, para determinar de qué manera se le debe otorgar al niño la

protección que ella exige. Por ello, la jurisprudencia de los tribunales internacionales y resoluciones de distintos organismos internacionales han debido precisar el estándar mínimo que deben adoptar los Estados para asegurar la plena protección de los derechos del niño.

Si bien la CDN consagra el derecho del niño a intervenir – derecho a expresar su opinión y a ser escuchado- en todo proceso, no establece de qué manera el niño lo debe hacer, el Comité de derechos del niño, realizando una interpretación sistemática de las normas de la CDN, ha entregado a los Estados Parte en las Observaciones generales -especialmente la 12 y la 14-, herramientas para escuchar al niño, sin vulnerar otras normas de la Convención, en particular, el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial.

En este contexto, el Comité de derechos del niño en las Observaciones Generales ya mencionadas ha sido enfático al señalar que el derecho del niño a ser escuchado en un procedimiento judicial o administrativo debe ser interpretado en perfecta armonía con el principio del interés superior del niño. De esta manera ha señalado que no se puede escuchar eficazmente a un niño en un entorno hostil o intimidatorio, insensible o inadecuado a su edad. Por ello, señala en la Observación general número 12 que los procedimientos en los que intervengan niños deben ser accesibles y apropiados para ellos, de tal manera que la información que se le entregue al niño se debe adaptar a su nivel de madurez y desarrollo. Para ello, el personal que interviene en el proceso debe estar capacitado para atender sus especiales necesidades, además se debe adaptar el diseño de las salas del tribunal, las vestimentas de los jueces y abogados, se debe disponer de pantallas de protección visual y salas de espera separadas.

En la misma Observación el Comité agrega que una vez que el niño ha decidido expresar su opinión -puesto que es un derecho y no una obligación como se señaló- se debe decidir cómo se le escuchará, si directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, aunque debe asegurarse que, en lo posible, siempre se le brinde al niño la oportunidad de ser escuchado directamente en todo procedimiento.

Además de la interpretación del Comité de Derechos del niño en las Observaciones Generales, es necesario tener presente la existencia de otros instrumentos de interpretación, que nos permiten dilucidar de qué manera el niño debe intervenir en un proceso, para que en dicha intervención no sufra perjuicios o traumas adicionales.

Así, se analizó la Resolución 2005/20 de 22 de julio del año 2005 del Consejo Económico y Social, “Directrices sobre justicia en asuntos concernientes a niños víctimas y testigos de delitos”, que establecen un conjunto de medidas que los Estados deben adoptar para la protección de los niños víctimas y testigos. Estas medidas que, en términos generales, pretenden evitar todo contacto innecesario del niño con el proceso de justicia, han servido de base para las Directrices del Consejo de Europa sobre justicia adaptada a niños y han sido aplicadas por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH). En efecto, en varios fallos ya analizados el TEDH se ha pronunciado sobre la validez de aquellas medidas que adoptan los Estados Parte para proteger a los niños víctimas y testigos en el sentido que se encuentran incorporadas en el artículo 8 del Convenio Europeo de Derechos Humanos (CEDH) y que no vulneran el derecho a defensa del imputado.

Por su parte, en el sistema interamericano, la Corte IDH también se ha pronunciado sobre la necesidad de adoptar medidas específicas para la protección de niños víctimas y testigos, pero el desarrollo jurisprudencial ha sido menor que en el sistema europeo.

En efecto, la Corte IDH si bien ha reconocido que el niño es sujeto de derechos humanos y que requieren de medidas especiales de protección no señala qué medidas específicas deben adoptar los Estados para proteger a los niños víctimas y testigos, pero sin que con ello se vulneren los derechos de

los otros intervinientes. Sin embargo, en el caso Rosendo Cantú vs. México, en el año 2010, especificó qué medidas el Estado debe adoptar en favor de los niños víctimas y testigos, entre las que menciona que en el caso de niños víctimas de delitos sexuales o maltrato, debe asegurarse el derecho del niño a ser escuchado en un ambiente adecuado, no intimidatorio, con personal capacitado, y procurando que los niños no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar su revictimización.

De esta manera, la Corte IDH incorpora en su fallo los mismos criterios que utiliza el Comité de Derechos del niño en la Observación General número 12, cristalizando los principios que ella recoge y atribuyéndole obligaciones a los Estados.

De todo ello se desprende que los derechos del niño no sólo emanan de la Convención sobre derechos del niño, sino de un complejo entramado de normas, entre las que se incluyen las directrices y Observaciones Generales de distintos organismos internacionales, las cuales son precisadas por la jurisprudencia internacional, constituyendo obligaciones para los Estados.

De este modo, y si bien la Convención sobre derechos del niño no ha señalado de qué manera el niño debe intervenir en un proceso judicial, los diversos instrumentos internacionales analizados deben servir de guía para el proceder de los Estados en esta materia, contribuyendo a la cristalización de los principios allí reconocidos, toda vez que constituyen elementos de interpretación auténtica de conformidad al artículo 31.3. de la Convención de Viena sobre el derecho de los Tratados de 1969.

Del mismo modo, pronunciamientos de tribunales internacionales han considerado que las resoluciones de organismos internacionales con vocación universal o cuasi universal -como el Comité de Derechos del Niño- constituyen elementos de la *opinio iuris*, necesarios para la formación de una costumbre internacional. De esta manera se advierte los efectos de la interacción entre tratado y costumbre que Jimenez de Aréchaga describió y que fue recogido por la jurisprudencia de la Corte Internacional de Justicia y por el artículo 38 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los tratados.

En efecto, la aplicación de un tratado da origen a prácticas que, si son constantes y uniformes, duraderas en el tiempo y, además, se realizan con la convicción de que son jurídicamente obligatorias -*opinio iuris*- dan origen al efecto constitutivo o generador, como ha ocurrido con las resoluciones de la Asamblea General de las Naciones Unidas que han sido consideradas obligatorias para los Estados, toda vez que desarrollan y precisan las normas contenidas en la Carta de las Naciones Unidas.

Este efecto constitutivo o generador, es el que se produce cuando el Comité de Derechos del niño emite Observaciones Generales, que si bien, en principio, no son vinculantes, su observancia por parte de los Estados y de los tribunales internacionales de justicia, va generando costumbres interpretativas y, por tanto, obligaciones para los Estados.

III

Desde una perspectiva histórica, el niño fue considerado como el más peligroso de los testigos. La imagen ambivalente del niño que se analizó en el capítulo primero de la presente tesis, también se advierte en lo relativo a la declaración de los niños, que por un lado eran considerados inocente y veraces y, por otro, manipuladores, retorcidos y sugestionables. Por ello, en muchas legislaciones se prohibió su declaración hasta los 10 años, y solo a partir del siglo XX gracias a los estudios de la criminología, se considera que el niño tiene las mismas capacidades que un adulto para declarar.

En nuestra legislación si bien no ha habido impedimentos para que los niños declaren en juicio, se advierte desde el antiguo proceso penal, que no existen mecanismos eficaces de protección a las víctimas de delitos, y los niños fueron los principales perjudicados del sistema.

El nuevo proceso penal, intenta subsanar las deficiencias del antiguo sistema, sin embargo, desde su implementación distintos estudios advierten que la intervención de niños en calidad de víctimas o testigos de delitos provoca su victimización secundaria. Esta victimización secundaria se produciría por la lentitud del sistema, la falta de información proporcionada a las víctimas, a la realización de reiterados peritajes, a las múltiples entrevistas y otras diligencias en las que deben intervenir los niños, y que genera en los denunciantes una percepción negativa del sistema.

Si, bien se introdujeron normas para atenuar la doble victimización que sufrían los niños víctimas y testigos en su tránsito por el proceso penal, ellas fueron del todo insuficientes para protegerlos. Sólo a partir del año 2013, los tribunales establecieron un programa piloto de salas especiales donde declaraban los niños, amparándose en su deber de proteger a las víctimas. Luego la Corte Suprema en el año 2014, a través de un Auto acordado adoptó medidas de protección especiales para niños víctimas y testigos que intervienen en el proceso penal, donde se preveía la existencia de salas especiales para la declaración de los niños y otras medidas de protección, que tuvo como fundamento su deber de protección de las víctimas y, además, en las normas internacionales.

La Ley 21.057 constituye un importante avance en la justicia adaptada a niños, por cuanto establece mecanismos especiales de protección y tiende a reducir el contacto innecesario del niño con el sistema de justicia, para evitar su victimización secundaria. Adicionalmente prevé que las entrevistas sean realizadas por personal especializado en entrevistar niños, que se realicen en un ambiente adecuado y en un lugar especialmente acondicionado para niños, de acuerdo a su edad y grado de madurez.

Sin embargo, se advierte que en la práctica se producirán una serie de problemas de interpretación que podrían frustrar el principal objetivo de la Ley.

En efecto, no se explica que el legislador haya optado por establecer un procedimiento especial sólo en caso de ciertos delitos taxativamente enumerados y no contempló la adopción de estas medidas respecto de la intervención de los niños en todos los procesos judiciales o al menos cada vez que deba intervenir en el proceso penal. La justificación, que se advierte de la lectura del mensaje de la Ley, es que la aplicación de estas normas “desvían los objetivos generales del proceso penal”, en especial, las herramientas de la persecución penal o de defensa de los imputados.

De esta manera queda en evidencia que, si bien el objetivo de la Ley es claro – reconocer al niño como sujeto de derechos pero, a su vez, protegerlo y evitar su doble victimización- la Ley privilegia los fines de la persecución penal y el derecho a defensa del imputado, lo que es del todo errado y contrario a la CDN.

En efecto, reconocer que el niño víctima o testigo requiere un tratamiento especial en el proceso, no implica menoscabar los derechos del imputado, pero sí requiere la ponderación adecuada de los principios que están en juego: por un lado, los derechos del niño víctima o testigo y, por otro, los derechos de defensa del imputado.

Por su parte, cuando en el Mensaje se señala que limitar el número de entrevistas de los niños implican una restricción de las herramientas de la persecución penal, se advierte la excesiva dependencia que siempre ha existido de la declaración del niño víctima o testigo en el proceso penal.

A ello se debe agregar que hasta la entrada en vigencia de la Ley, el Código no restringía el número de entrevistas que se realizaba al niño en el proceso penal, y según estudios, el número de causas que termina en archivo provisional supera el 50% de los delitos denunciados y sólo el 14% de las causas en las que el niño interviene en calidad de víctima o testigo es objeto de algún pronunciamiento judicial, del cuál el porcentaje de condenas es muy inferior. Ello, sin considerar la cifra negra de delitos cometidos en contra de niños, en especial de delitos sexuales, que es muy elevado en Chile, en parte, por la percepción negativa que tienen las personas del proceso penal.

De este modo, si bien la Ley introduce innovaciones en la justicia adaptada a niños del Mensaje de la Ley se evidencia una instrumentalización del niño para fines del proceso penal, lo que es del todo contrario a los derechos consagrados en la CDN.

Por otra parte, la Ley tampoco prevé la representación judicial del niño, que cómo se analizó en el capítulo IV es una de las garantías necesarias, no sólo para entregar al niño adecuada asesoría -en lo relativo a su intervención, o en la solicitud de medidas de protección o en la reparación, por mencionar algunas materias en las que es necesario tener asesoría letrada-, sino, además, para entregar al niño la información necesaria que asegure su intervención en las condiciones que exige la CDN.

Por último, la Ley no establece ninguna medida de reparación especial, ni para la recuperación ni para la reinserción del niño, lo que como se analizó en el capítulo IV constituye una de las garantías mínimas que, tanto los instrumentos internacionales como las resoluciones de los tribunales internacionales, reconocen que los Estados deben asegurar al niño víctima.

IV

Como se señaló, hasta bien avanzado el siglo XX existía la creencia equivocada que el testimonio de los niños era fácilmente influenciado o que su memoria era limitada. En la actualidad, sin embargo, existen estudios de psicología del testimonio que demuestran que el niño puede ser un testigo idóneo, en la medida que se evalúen los factores que inciden en su declaración y que se adapte el procedimiento a dichos factores.

El paso del tiempo es un factor que incide en la memoria del niño y en su declaración. Los estudios demuestran que los retrasos o dilaciones en el proceso, pueden provocar en el niño diversos sentimientos, tales como estrés, ansiedad, angustia, temor, lo que no sólo es perjudicial para el niño, sino además para su declaración.

Además, el paso del tiempo puede provocar la pérdida de pruebas materiales o físicas, pero además el deterioro de la memoria del niño, en especial, de los niños más pequeños. En todo caso, los estudios demuestran que la exactitud del recuerdo infantil no difiere entre niños de 7 a 18 años. En cambio, tratándose de niños menores de 7 años -preescolares-, se advierte una mayor dificultad para reconstruir el pasado, por lo que requieren de adultos que le guíen en el recuerdo.

Por otra parte, el paso del tiempo puede ser perjudicial para la declaración del niño, cuando ha estado expuesto a distintas entrevistas, realizadas por distintas personas, pero además, a la influencia de terceros que podrían tener algún interés en la declaración del niño. Los estudios demuestran que los niños preescolares son fácilmente influenciados y tienen una menor capacidad para proteger su memoria de las sugerencias intrusivas, que pueden generar en ellos falsos recuerdos. Por ello, no debe transcurrir mucho tiempo entre la ocurrencia de los hechos y la declaración del niño, y tampoco debe ser entrevistado en numerosas oportunidades, y ya que ello va mermando los recuerdos del niño.

Otro factor que puede influir en la declaración el niño, es su edad. En efecto, como se señaló, la edad del niño puede influir en la calidad de su relato, por lo que la edad es un elemento que se debe tener presente para determinar de qué manera se le escuchará. Además de la amnesia infantil, que es un fenómeno que se da en niños de muy corta edad, es frecuente que mientras más pequeño sea el niño, entregue menor información o de peor calidad. Por ello es fundamental la persona que realiza la entrevista y el lugar donde se realiza.

El lugar donde se realiza la entrevista al niño es importante, por cuanto el mayor temor que expresan los niños al intervenir en el proceso, es enfrentarse a su agresor. Por ello, distintos ordenamientos han establecido medidas para que el niño declare en un ambiente protegido, como el uso de mamparas, biombos y separadores en la sala de juicio oral y la declaración del niño en una sala distinta a través de videoconferencia o de circuito cerrado de televisión. Este último mecanismo es más eficaz, por cuanto protege al niño del trauma que le puede provocar enfrentarse con su agresor, pero a la vez, permite que el tribunal presencie la entrevista y se pueda lograr que éste llegue a la convicción necesaria para dictar sentencia.

Por último, la persona que realiza la entrevista también es un factor que incide en la declaración del niño. En efecto, la persona que realiza la entrevista al niño debe tener una formación especializada, sin sesgos cognitivos o procedimentales y, en especial, que utilice un mecanismo que no contamine el recuerdo del niño. Para ello el entrevistador deberá evaluar múltiples factores, tales como la capacidad cognitiva del niño, en casos de abuso sexual, si el niño ha estado expuesto a experiencias sexuales previas, también deberá evaluar la complejidad de los hechos con la capacidad cognitiva del niño, indagar sobre los abordajes previos que podrían haber contaminado el recuerdo del niño y el paso del tiempo entre la experiencia y la revelación y, entre esta última y la exploración forense.

De lo precedentemente expuesto se desprende que para determinar el valor y la credibilidad del niño, es necesario analizar todos estos factores y no sólo la condición de niño. Durante mucho tiempo se pensó que el niño no era un testigo capaz o hábil para declarar porque existían prejuicios y se les sometía a múltiples pruebas para acreditar la validez de su relato.

En la actualidad estudios sobre psicología del testimonio demuestran que los niños tienen las competencias necesarias para declarar, pero al mismo tiempo, alertan sobre la necesidad de adoptar medidas especiales, tanto para proteger al niño, como para proteger su relato.

V

La criminología también ha hecho aportes, sobretodo en las últimas décadas, describiendo y desarrollando diversas categorías de victimización. En especial, la victimización secundaria, doble victimización o revictimización, es especialmente perjudicial para la víctima, e incluso más preocupante que la primaria, por cuanto es el propio sistema penal, que en principio debe proteger a la víctima y obtener la reparación del daño causado, la que le provoca sufrimiento frustrando sus expectativas, afectando el prestigio del sistema, y condicionando negativamente a la víctima.

En el caso de los niños, la victimización secundaria, en especial, la que se produce cuando son víctimas de delitos sexuales y de maltrato infantil, es particularmente grave, por cuanto deja secuelas a largo y a corto plazo. Cuando la victimización secundaria de niños víctimas de este tipo de delitos se produce en el proceso penal, puede agravar y cronificar las secuelas psicopatológicas producidas por el delito.

Para evitar la doble victimización de los niños víctimas o testigos en el proceso penal, se han utilizado, al menos, 2 mecanismos: la entrevista video grabada en etapa de investigación como medio de prueba en el juicio oral y la realización de prueba anticipada.

Se estudió la experiencia comparada y en aquellos Estados donde se ha implementado la entrevista investigativa en reemplazo de la declaración del niño en juicio oral, han sido objeto de diversas críticas ya que limitan el derecho a defensa del imputado.

En cambio, la prueba anticipada en reemplazo de la declaración del niño en juicio oral, ha tenido una mejor recepción en distintas legislaciones - Alemania, Argentina, Australia, Austria, Bélgica, Costa Rica, España, Noruega, Suiza y Chile, bajo ciertos supuestos- por cuanto, permite proteger al niño, pero a la vez, permite que el imputado ejerza su derecho a la confrontación. Sin embargo, este mecanismo ha sido objeto de críticas, por cuanto puede pasar mucho tiempo entre el inicio de la investigación y la entrevista o entre la declaración anticipada y el juicio, lo que podría ser perjudicial para fines de la persecución penal o incluso para el niño, si debe declarar nuevamente para completar su declaración anterior.

En definitiva, los distintos mecanismos para proteger al niño víctima o testigo, ponen en evidencia una serie de tensiones en el proceso penal, por cuanto se produce la colisión entre los derechos de los niños víctimas y testigos y los derechos del imputado.

VI

La intervención de los niños víctimas en el proceso penal, produce una serie de tensiones, debido a la necesidad de protegerlo, pero además a la necesidad de que intervenga con las garantías mínimas, de manera de no vulnerar sus derechos. La tensión entre el derecho a defensa del imputado y los derechos de los niños víctimas y testigos, es una de las más evidentes, por cuanto el imputado también posee una serie de derechos, que conforman las garantías del debido proceso.

Una de las garantías, que es considerada como un elemento esencial del debido proceso y como una de las principales manifestaciones del derecho a defensa del imputado, es el derecho a confrontar las pruebas de cargo.

Tradicionalmente, se ha considerado que el derecho a la confrontación es una de las garantías más eficaces para valorar la credibilidad del testimonio de víctimas, testigos y peritos, sin embargo, también se ha considerado que es una de las diligencias que puede provocar una revictimización en las víctimas y testigos. Si ellos son, además, niños, el daño provocado puede ser mayor aún que el provocado por el delito. Por lo anterior, en muchos sistemas jurídicos se ha limitado o restringido el derecho a la confrontación, de manera de conciliar esta herramienta de prueba con la integridad psíquica del niño.

La jurisprudencia y doctrina norteamericanas han entendido que el derecho a la confrontación contenido en la sexta enmienda comprende el derecho a interrogar cara a cara al testigo, el derecho a contrainterrogarlo y el derecho a la exclusión de la prueba de referencia como prueba de cargo.

Si bien en una primera etapa la Corte Suprema norteamericana realizó una interpretación estricta del derecho de confrontación directa *-face to face-* en el entendido que era más difícil decir una mentira a la cara del acusado que a sus espaldas, con el tiempo este derecho fue cediendo ante la necesidad de proteger a víctimas y testigos.

Los instrumentos internacionales que recogen esta garantía aseguran el derecho del imputado a contrainterrogar testigos adversos. Así lo han señalado el TEDH y el TJUE, que en diversas sentencias analizadas han establecido que las garantías contenidas en los apartados 1 y 3 letra d) del artículo 6 del Convenio Europeo exigen que se le conceda al acusado la oportunidad de desacreditar o contradecir la versión de los hechos que ofrece el testigo, ya sea en el momento de la declaración o en un momento posterior. En efecto, haciendo una interpretación evolutiva del Convenio, el TEDH advierte la necesidad de equilibrar los derechos del imputado reconocidos en el artículo 6 del Convenio, con los derechos de las víctimas y testigos, contenidos en el artículo 8 del Convenio -derecho a la integridad psíquica y moral-. Dicho equilibrio se vulneraría si la condena del acusado se funda exclusiva o decisivamente en las declaraciones de un testigo que no ha podido rebatir.

Para mantener el equilibrio entre los derechos del imputado y los derechos de los niños víctimas y testigos, la jurisprudencia del TEDH y del TJUE han admitido que los Estados adopten medidas que eviten la confrontación directa con el imputado, tales como el uso de mamparas, despejar la sala de público o la declaración del niño en una sala especial, y han señalado que estas medidas no vulneran el CEDH.

Del mismo modo, en el sistema europeo se ha admitido incorporar en el juicio oral declaraciones preconstituidas prestadas por el niño en fase de instrucción -eximiéndolo del deber de declarar en juicio-, con tal que el acusado haya tenido la oportunidad de examinar al niño o que exista corroboración. En este sentido el TEDH ha sentado jurisprudencia uniforme en el sentido que en caso de que la confrontación no pueda llevarse a cabo de conformidad a las garantías del artículo 6 del Convenio, se puede admitir la declaración prestada en fase de instrucción, si va acompañada de prueba de corroboración, que sea independiente y no recaiga exclusivamente en la declaración del niño, como única y decisiva prueba. Así, tanto el TJUE como TEDH han admitido que se limiten o se restrinjan las garantías del imputado -en especial su derecho a confrontación- en la medida que dicha limitación o restricción sea proporcional y que justifique la intromisión en el derecho del imputado. Además si la declaración del menor constituye única y decisiva prueba, se ha exigido que ella no sea la única evidencia, sino que vaya acompañada de prueba que la corrobore, de manera que no fundamente de forma decisiva la condena. Por último, la doctrina de la "única y decisiva prueba" no exime al Estado de su deber de investigar, en especial, tratándose de delitos de tanta gravedad cometidos en contra de niños, como ocurre con los delitos sexuales.

En el sistema interamericano, el derecho a la confrontación está vinculado a asegurar que el imputado tenga la oportunidad de interrogar o hacer interrogar a los testigos de cargo, bajo las mismas condiciones para ejercer su defensa. De esta manera se asegura que exista el mayor equilibrio entre las partes, para la defensa de sus intereses y derechos. Sin embargo, la Corte IDH también ha exigido que es estado adopte medidas de protección, en especial respecto de víctimas vulnerables. Así en el caso Rosendo Cantú consideró que el Estado tiene el deber de proteger al niño durante el procedimiento, y que si bien se debe asegurar el derecho del niño a ser escuchado, las entrevistas deben realizarse en un entorno seguro y no intimidatorio, hostil o insensible o inadecuado, como asimismo, el Estado debe procurar que los niños no sean interrogados en más ocasiones que las necesarias para evitar su revictimización.

Así en el sistema europeo bajo ciertas circunstancias se ha hecho prevalecer el derecho de los niños víctimas y testigos, limitando el derecho a confrontación de los imputados. En efecto, el principio del interés superior del niño, se ha impuesto por sobre el derecho de los imputados, por cuanto aplicando el test de proporcionalidad, bajo ciertas circunstancias debe ceder, frente a intereses que son primordiales, como el desarrollo del niño con pleno aprovechamiento de sus potencialidades.

Si bien, en el sistema interamericano, no se ha resuelto de qué manera debe resolverse la tensión entre el derecho a defensa del imputado y el derecho de los niños víctimas y testigos, la interpretación

más adecuada es la que realiza el TEDH y el TJUE, ya que la intervención del niño en el proceso penal no puede significar trauma adicional para este, por cuanto ello sería una abierta contravención a los principios que consagra la CDN, en especial, el interés superior del niño.

Aplicando el test de proporcionalidad recién descrito, debemos concluir que la tensión entre la eficacia de la persecución penal y la protección de los niños víctimas y testigos, debe resolverse haciendo prevalecer esta última. En efecto, y con este objetivo, la Ley 21.057 ha restringido el número de entrevistas y la intervención del niño en distintas diligencias, las que señala serán excepcionales y se realizarán sólo en la medida que sean estrictamente necesarias. Sin embargo, el gran desafío de la aplicación de la Ley será interpretarla con un enfoque en los derechos de la infancia. La excesiva dependencia que existe respecto de la declaración del niño en los procesos penales en los que interviene, sumado a la falta de coordinación entre las distintas instituciones y a la burocracia que deben enfrentar, pugnan con el principio del interés superior del niño, que como se señaló, debe ser una consideración primordial.

Finalmente, en cuanto al derecho del niño a ser oído y los mecanismos para ejercer ese derecho, también se manifiesta en el proceso penal una tensión por cuanto, existe una excesiva dependencia del relato del niño, lo que ha significado que los niños que intervienen en el proceso penal son revictimizados y, ello, no ha significado una mejor o mayor eficacia en la persecución penal. Por el contrario, los estudios señalan que existe una alta cifra negra en los delitos más graves cometidos en contra de niños, en especial, los delitos sexuales, y en parte, esa cifra se debe a la escasez de mecanismos para proteger a los niños víctimas y en la carencia de mecanismos para escucharlos eficazmente. Por ello, la Ley 21.057 constituye un gran avance en esta materia, pero como se señaló, debe ser interpretada con un enfoque en los derechos de infancia.

VII

En el último capítulo de la presente tesis, se proponen garantías mínimas para asegurar la participación del niño víctima o testigo en el proceso penal. El análisis de los instrumentos internacionales y de la jurisprudencia internacional analizada en la presente tesis, permite concluir que existen un catálogo de garantías que permiten la participación eficaz del niño en el proceso penal, y sin que dicha intervención provoque su victimización secundaria.

La primera de estas garantías es la evaluación individual o personalizada del niño. Tanto las Observaciones Generales del Comité de derechos del niño, como las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo Europeo, como los estudios de psicología del testimonio advierten sobre la necesidad de evaluar individualmente al niño, para determinar si el niño posee los conocimientos necesarios para declarar -niños en edad preescolar o que sufran de amnesia infantil-, si sufre o no de algún trastorno cognitivo que le impida expresar libremente su opinión o si requiere de una protección especial.

En Chile sólo se someten a evaluación individual o personalizada los niños víctimas de delitos sexuales. Por su parte, la Ley 21.057 no contempla expresamente esta garantía, aunque una interpretación realizada conforme a los postulados de la CDN debería llevar a la conclusión que es necesario realizar esta evaluación. En efecto, la Ley establece que las personas que intervengan en la denuncia e investigación, deberán adoptar las medidas necesarias para dar asistencia oportuna al niño y darle tramitación preferente a este tipo de causas. De ello se colige que para dar asistencia oportuna al niño, como exige la Ley es necesario realizar una evaluación individual o personalizada del niño, para determinar a capacidad cognitiva del niño y si requiere una protección especial. Esta tarea deberá ser realizada por la URAVIT de las distintas fiscalías regionales.

En todo caso, la Ley no prevé la asistencia letrada de los niños víctimas y testigos que intervienen en el proceso penal, lo que se advierte como una de las deficiencias del sistema, por cuanto la asistencia

letrada es fundamental para que el niño pueda ejercer sus derechos durante la investigación, durante el juicio y con posterioridad a él.

VIII

Otras de las garantías que los instrumentos internacionales reconocen a los niños, es el derecho del niño a ser escuchado y a que su opinión sea tomada en cuenta en el proceso penal. Como se analizó, tanto la CDN como las Observaciones Generales del Comité de derechos del niño establecen este derecho, que comprende una serie de derechos que garantizan el cumplimiento del derecho a ser escuchado.

En primer lugar, el derecho del niño a participar voluntariamente en el proceso. El niño debe ser consultado sobre si desea participar o no en el proceso y de qué manera desea intervenir. Se vulnera tanto el derecho del niño que no es escuchado, como de aquel que es escuchado en contra de su voluntad. Asimismo, para ejercer este derecho el niño deberá ser informado sobre dónde y cuándo se le escuchará, lo que se relaciona con la segunda garantía.

En Chile, si bien el proceso penal no contempla la posibilidad de que el niño se abstenga de participar en el proceso en el que es víctima o testigo, por el contrario, existe la obligación de los testigos de concurrir a declarar, la Ley 21.057, señala expresamente que en ningún caso, los niños pueden ser obligados a intervenir en el proceso y resguarda el derecho del niño de participar voluntariamente en todas las etapas del proceso, aunque sólo se aplica a los delitos enumerados taxativamente en la Ley.

En segundo lugar, el derecho del niño a ser informado. Este derecho asegura la participación voluntaria del niño víctima o testigo en el proceso penal, pero además garantiza que el niño participe en las condiciones necesarias para el disfrute pleno y efectivo de sus derechos. Por ello debe ser informado respecto de los servicios médicos, psicológicos y sociales a los cuales tiene acceso, respecto de la forma en que declarará, medidas de protección, posibilidad de reparación y de apelar o recurrir a las resoluciones. También es importante que se le informe sobre el resultado de su intervención y de que manera sus opiniones fueron tenidas en consideración. Del mismo modo, es importante informar al niño sobre la evolución y sustanciación del proceso, como asimismo de si el inculcado se encuentra detenido o no.

En Chile, el Código Procesal Penal contempla esta garantía respecto de las víctimas de delitos en general, y la Ley 21.057 tampoco consagra específicamente esta garantía. Sin embargo, una interpretación que concilie la Ley con la CDN debe necesariamente arribar a la conclusión de que se debe informar al niño que interviene en calidad de víctima o testigo de un delito, con el objeto de que pueda ejercer su derecho a expresar su opinión y a ser oído.

Un tercer derecho vinculado al derecho del niño a ser oído, es su derecho a ser oído en un contexto adecuado. Este derecho implica escuchar al niño garantizando su plena protección, con personal capacitado para hacerlo, en un entorno seguro y no intimidatorio, hostil, insensible o inadecuado. Así lo establecen las Observaciones generales del Comité de derechos del niño y la Corte IDH.

En Chile, una de las principales críticas que se ha hecho al sistema dice relación con que el Código no prevé mecanismos para escuchar al niño en un contexto adecuado. Por ello, con el tiempo se han incorporado mecanismos para proteger a los niños víctimas y testigos, de manera que su intervención no provoque la victimización secundaria del niño en el proceso penal, como la norma que determina que los niños deben ser entrevistados por el juez presidente de la sala y la posibilidad de que los niños declaren mediante prueba anticipada de testigos -norma actualmente derogada por la Ley 21.057-.

La Ley 21.057, sin embargo, introduce innovaciones sustanciales en esta materia, que permiten concluir que asegura adecuadamente el derecho del niño a intervenir en el proceso penal en un contexto adecuado. En efecto, la Ley restringe el número de entrevistas en las que debe intervenir el niño desde la denuncia, además, establece que los niños víctimas de los delitos enumerados en la Ley presten declaración - entrevista investigativa y declaración judicial- en salas especiales, que estén implementadas con la tecnología necesaria para que dicha declaración sea grabada. Además, la Ley establece que la entrevista del niño será realizada por una persona capacitada quien dirige la entrevista y puede solicitar su suspensión en caso de que sea perjudicial para el niño. Por último, en determinados casos, permite la declaración anticipada del niño con el objeto de que no concurra a juicio oral y, bajo determinadas circunstancias permite que se prescinda de la declaración del niño y que en el juicio se exhiba la grabación de su declaración, lo que constituye un avance sustancial respecto de la legislación que regía en Chile con anterioridad a su entrada en vigor.

En cuarto lugar, el derecho del niño a ser acompañado por un adulto de confianza. Este derecho también se encuentra asociado al principio del interés superior del niño, por cuanto garantiza que el niño participe en un entorno amigable y con personas de su confianza en el proceso penal. Sin embargo, se debe resguardar que el adulto no tenga conflicto de intereses con el niño, y que no sea el adulto el que quiera intervenir en la declaración del niño, por cuanto es un derecho del niño.

En Chile, nuestra legislación no establece la posibilidad que el niño declare acompañado de un adulto de su confianza. Si el niño lo solicita, se le debe escuchar y, en principio, se debería acceder como una medida de protección, a menos que el adulto tenga algún conflicto de intereses o que sea el adulto el que quiera participar.

En quinto lugar, se debe evaluar la capacidad del niño. Como se señaló para que el niño sea oído, es importante que sea evaluado individualmente, para lo cual se deberá tener en cuenta su edad y madurez, pero además la capacidad del niño para formarse su propio juicio de manera razonable e independiente. En todo caso, el testimonio del niño no debe ser considerado carente de validez o credibilidad sólo debido a su edad.

En Chile, de la lectura de los artículos de la ley 21.057 se desprende que los funcionarios de la URUVIT deben hacer la evaluación personalizada del niño para determinar si está en condiciones de prestar declaración investigativa o declaración judicial. Esta es una medida necesaria no sólo para proteger al niño sino, además, para que su participación sea eficaz.

En sexto lugar, otro derecho que se relaciona con el derecho del niño a ser oído, es la celeridad en la tramitación de las causas. Este es un derecho que también se relaciona con el principio del interés superior del niño y en el sistema europeo se le denomina principio de urgencia. Como se señaló, el paso del tiempo además de ser una fuente de ansiedad y estrés para el niño podría perjudicar su declaración, ya sea por deterioros en su memoria o porque terceros deterioren sus recuerdos de manera voluntaria o involuntaria.

En Chile, la Ley 21.057 establece expresamente que las causas en las que intervengan niños deberán tener una tramitación preferente, de manera de agilizar el procedimiento y reducir el tiempo en el que el niño deba participar en el proceso penal. Esto constituye un gran avance respecto de las normas del Código procesal penal que no establecían ningún tipo de prioridad en los procesos en los que intervenían niños, lo que provocaba un gran perjuicio para los niños que intervenían y para sus familias.

En séptimo lugar, el derecho del niño a interponer recursos es otro derecho que se relaciona con el derecho del niño a ser oído, por cuanto garantiza que el niño tenga herramientas para recurrir en caso de que sus derechos no sean debidamente respetados.

En Chile la Ley 21.057 no establece ningún recurso especial, en caso de que el niño no sea escuchado en el proceso o que su opinión no haya sido tomada en cuenta. Sólo proceden las normas generales en materia de recursos y, en consecuencia, el recurso de reposición, que resulta del todo insuficiente para proteger los derechos de los niños que intervienen en calidad de víctimas o testigos.

IX

Otra de las garantías necesarias para asegurar la participación del niño es su derecho a contar con medidas específicas de protección.

La CDN y los distintos instrumentos internacionales exigen a los Estados y a todos los que intervienen con niños, que adopten medidas para proteger al niño, por cuanto se considera un ser especialmente vulnerable. Por ello, el Comité de derechos del niño ha exigido que los procesos oficiales cuenten con garantías estrictas, en las que se pueda evaluar y determinar el interés superior del niño y evaluar sus resultados. Esto implica, entre otras cosas, que la intervención del niño en el proceso penal no debe ser perjudicial para su integridad física o psíquica.

Si bien hay muchos motivos por los cuales el niño, al intervenir en el proceso penal puede sufrir victimización secundaria, hay distintos mecanismos que se deben adoptar para reducir el riesgo de sufrir esta victimización durante la investigación, durante el proceso y con posterioridad a él.

El Código procesal penal chileno, sólo contempla algunas medidas de resguardo que son del todo insuficientes para evitar o minimizar el riesgo de que el niño sufra victimización secundaria. Sin embargo, la ley 21.057 introduce una serie de medidas para evitar la doble victimización del niño por las declaraciones que presta en juicio, o bien, por su intervención en otras diligencias de investigación o por la intromisión en la vida privada del niño.

En cuanto a las medidas para evitar la doble victimización del niño que declara en el proceso penal, desde el mensaje de la Ley 21.057, se advierte la intención del legislador de evitar los reiterados interrogatorios y cuestionamientos que le impiden al niño superar la experiencia traumática del delito, sin embargo, también se advierte la preocupación del legislador por resguardar los derechos de los imputados.

De esta manera la ley 21.057 prevé la participación del niño al menos en dos supuestos: en la entrevista investigativa y en el juicio oral. Sin embargo, la ley prevé que se prescinda de la declaración del niño en juicio oral, exhibiendo en su reemplazo, la grabación de la entrevista investigativa. Se trata de tres supuestos muy excepcionales: el fallecimiento del niño con posterioridad a la entrevista investigativa; por incapacidad grave, psíquica o física para prestar declaración, y dicha incapacidad lo inhabilita para declarar en juicio o bien que durante la declaración del niño en juicio oral, el niño sufra dicha incapacidad.

Ante el primer supuesto, el fallecimiento del niño, el legislador declara expresamente que es posible recurrir a la entrevista video grabada prestada por el niño con posterioridad a la denuncia, lo que constituye un acierto y un avance respecto de la legislación anterior vigente en Chile.

Respecto de la incapacidad mental o física en la que ha caído el niño y que lo inhabilite para comparecer en juicio o que le impida declarar, de acuerdo con la interpretación realizada por TEDH, se deben ponderar los principios que están en juego, para lo cual aplica el test de proporcionalidad que

propone Robert Alexy. En consecuencia, no cualquier incapacidad puede ser considerada como una justificación suficiente para para prescindir de la declaración el niño en juicio oral, toda vez que ello podría vulnerar el derecho a defensa del imputado.

Por ello, se distinguieron cinco situaciones que podrían ser justificación suficiente para que el niño no declare en juicio oral:

1. Imposibilidad absoluta del niño para concurrir a declarar a juicio oral, por circunstancias que se producen con anterioridad a dicha audiencia.

Este caso contemplado en el artículo 18 letra a) de la Ley supone una imposibilidad absoluta de que l impida comparecer a la audiencia de juicio oral y equiparable al fallecimiento del niño, como si se encontrara hospitalizado o en estado de shock. Por ello es fundamental que el niño sea evaluado y se justifique esta medida que desplaza el derecho a confrontación del acusado, pero además se debe tener presente que la declaración video grabada, prestada en fase de instrucción, no puede ser la única evidencia para resolver, que no fundamente de manera decisiva la condena y que vaya acompañada de prueba que la corrobore. Si el niño no se encuentra en esta situación de incapacidad absoluta, pero se encuentra seriamente afectado por el suceso, se deberá preferir la prueba anticipada.

2. Imposibilidad del niño de declarar en audiencia de juicio por una incapacidad grave, producida durante su comparecencia a la audiencia de juicio oral.

El artículo 18 b) de la Ley prevé la situación de que el niño sufra una incapacidad grave para declarar, durante su comparecencia en el juicio oral. A diferencia del caso anterior, en esta situación el tribunal podrá presenciar el estado en el que se encuentra el niño de tal manera que podrá ponderar los principios que están en juego: el interés superior del niño y el derecho a defensa del imputado. Si la incapacidad que sufre el niño en la audiencia de juicio oral es de tal magnitud que le impide declarar, podrá optar por la exhibición, la que no podrá realizarse en todo caso, en presencia del niño. Además el tribunal no podrá basar su sentencia exclusivamente en la entrevista investigativa, la que debe ir acompañada de otras pruebas que la corroboren.

Si el niño, en cambio, no sufre esta incapacidad o no es de la magnitud señalada, el tribunal deberá hacer las pausas necesarias para el descanso del niño, tras lo cual podrá ordenar su reanudación, situación prevista en el artículo 17 inciso 2 de la Ley.

3. Declaración judicial anticipada.

De conformidad al artículo 16 de la Ley, prevé la declaración judicial anticipada del niño pero a diferencia de los casos contemplados en el artículo 18, la norma no exige que el niño se encuentre incapacitado de concurrir a declarar, sino que le otorga mayor discrecionalidad al Tribunal. Sin embargo, se exige que el tribunal fundamente dicha decisión no sólo en circunstancias que dicen relación con el niño, sino además, en su interés superior.

La experienci comparada demuestra los beneficios de eta herramienta que permite que el imptado ejerza su derecho a confrontacion, pero además reduce el riesgo de que el niño sufra víctmización secundaria.

Por lo anterior, es altamente recomendable que los niños de corta edad, en especial aquellos que se encuentran en edad preescolar puedan declarar anticipadamente, en un a epoca próxima a la ocurrencia de los hechos. En efecto, los estudios demuestran que los niños en edad preescolar tienen dificultades

para individualar los hechos y el contexto en el que ocurrieron, además con el paso del tiempo, es posible que el niño se vea influenciado por terceros que deterioren sus recuerdos y generen falsos recuerdos.

Del mismo modo, los niños víctimas de delitos sexuales debería preferentemente declarar anticipadamente. En efecto, los niños víctimas de delitos sexuales son especialmente vulnerables y se encuentran más expuestos a sufrir victimización secundaria, por los múltiples sentimientos que enfrentan -miedo, ansiedad, culpa- en especial, si el inculpaado es un miembro de su familia.

4. El niño se niega a prestar declaración judicial.

Si bien la ley 21.057 no contempla expresamente cómo se resuelve la situación en que el niño víctima se niega a prestar declaración, en los principios de la Ley se advierte que el niño no puede ser obligado a intervenir en ninguna de las etapas del proceso. Sin perjuicio de ello, como se señaló en Chile existe una excesiva dependencia del relato del niño para fines de la persecución penal, por lo que si el niño se niega a declarar es posible que el fiscal decida no seguir adelante el procedimiento. Esto es especialmente grave, toda vez que como se analizó tanto en el sistema europeo como en el sistema interamericano se ha declarado la obligación de los Estados de investigar delitos que afectan a niños, en especial si se trata de delitos graves, como los delitos sexuales, que en un alto porcentaje son cometidos en contra de niños. Por lo anterior, el Estado debe seguir adelante el procedimiento aún rescindiendo de la declaración del niño.

5. Declaraciones prestadas previamente por el niño en un juicio anulado.

Como se señaló tras el fallo de la Corte Suprema N° 2866 del año 2013, en caso Orellana se admite que la declaración de testigos o peritos, sean confrontados con sus propias declaraciones vertidas en juicio previo, anulado, pero no los exime de su obligación de concurrir a declarar en el nuevo juicio. En consecuencia, si un niño declara en juicio oral que posteriormente es anulado, deba concurrir nuevamente a declarar y además, su declaración podrá ser confrontada con la declaración vertida previamente en juicio anulado, y con aquella prestada en entrevista investigativa, lo que parece a todas luces desproporcionado teniendo presente que los niños son individuos especialmente vulnerables por lo que requieren una protección adicional.

La Ley no resuelve expresamente esta situación, por lo que la declaración del niño prestada en juicio oral anulado puede ser utilizada para confrontar las declaraciones del niño en el nuevo juicio, pero no puede ser utilizada para prescindir de su declaración, por lo que el niño deberá declarar nuevamente y, por tanto, no se logra el principal objetivo de la Ley, esto es, evitar la victimización secundaria que sufren los niños por las múltiples declaraciones que deben prestar en el proceso penal.

En cuanto a las medidas para evitar la doble victimización por la intervención del niño en otras diligencias de investigación la ley 21.057 protege adecuadamente al niño, toda vez que dispone que la participación del niño en otras diligencias de investigación será excepcional, y en la medida que sean absolutamente necesarias. Además impone la obligación del fiscal de dejar constancia en la carpeta investigativa de las razones y fundamentos para ordenar dichas medidas. Del mismo modo, la Ley exige que los profesionales a cargo de dichas diligencias deben limitarse a su realización, sin formular preguntas al niño que tiendan a esclarecer la participación criminal, la agresión sufrida o los hechos investigados.

En cuanto a las medidas para evitar la doble victimización producida por la intromisión en la vida privada del niño, la Ley resguarda adecuadamente este principio toda vez que dispone de una serie de medidas para protegerlo, tales como, que al momento de la denuncia se debe resguardar la privacidad del niño, también cuando se refiere a la entrevista investigativa y a la declaración judicial o cuando se

confieren facultades para suprimir o eliminar de los registros la identidad del niño y en la reserva que deben mantener los intervinientes respecto del contenido de la declaración investigativa y de la declaración judicial, cuyo incumplimiento es sancionado con pena de reclusión menor en sus grados medios a máximo, por mencionar algunos.

Por último, en cuanto a las medidas para evitar la victimización repetida, la ley 21.057 contempla una serie de medidas para evitar la victimización repetida de los niños víctimas, tales como, las medidas de resguardo que se deben adoptar para la seguridad del niño durante el proceso, incluso, antes de la formalización como la prohibición de acercarse o el abandono del hogar por parte del presunto agresor cuando corresponda, entre otras. Sin embargo, en cuanto a las medidas de protección para los niños testigos de delitos no se contemplan medidas especiales, salvo la del artículo 26, esto es que decalcan en una sala especial y deben ser interrogados por el juez presidente de la sala.

X

Otras de las garantías necesarias para asegurar la participación del niño en el proceso penal, es la especialización en materias de infancia. Se advierte en nuestro país, la escasez de profesionales especializados en infancia, sin embargo, la Ley 21.057 constituye un gran avance en cuanto a determinar que las declaraciones que deben prestar los niños en el proceso penal, deben ser realizadas por entrevistadores capacitados, registrados y acreditados para cumplir esta labor. Del mismo modo, se refuerza la dotación de personal capacitado con el que debe contar el Ministerio Público, al Policía de investigaciones y Carabineros. Además, se establece que el Poder Judicial puede contar con jueces y funcionarios que puedan participar como intermediario en la declaración del niño.

Así, la ley 21.057 constituye un avance en la especialización en materias de infancia sin embargo, se advierte que para el Poder judicial no se impuso como una obligación esta especialización, lo que constituye una debilidad del sistema, toda vez que los jueces cumplen una importante función de intermediar entre los distintos intervinientes y el entrevistador, además deben adoptar una serie de resoluciones basándose en el interés superior del niño y deben fundamentar sus decisiones y fallar de tal manera de resguardar los derechos de los niños y asegurar que la intervención del niño en el proceso no sea perjudicial para su integridad física y psíquica.

XI

En cuanto al derecho del niño a víctima a obtener reparación, la ley 21.057 guarda silencio al respecto, rigiéndose por las reglas generales en materia de reparación de las víctimas de delitos, lo que resulta del todo insuficiente para garantizar los derechos del niño. En efecto como se señaló, la Ley no provee al niño víctima de asistencia letrada, por lo que no contará con la asesoría necesaria para obtener una efectiva reparación, lo que equivale a que se le entregue una indemnización de perjuicios proporcional al daño causado, además, su reinserción social y educación, así como tratamiento psicológico o médico en caso que lo requiera.

XII

Finalmente, es de advertir que si bien en las últimas décadas se han desarrollado de manera progresiva los derechos del niño, gracias a distintos instrumentos internacionales y a las instituciones que resguardan el cumplimiento de dichos derechos, los Estados deben avanzar hacia una protección efectiva de los derechos del niño.

Ello se logra adecuando la normativa interna a los instrumentos internacionales estudiados, acogiendo las recomendaciones de los organismos internacionales que velan por su cumplimiento, pero también, transformando la mirada hacia la infancia. Los niños son seres vulnerables y requieren de una protección especial, pero también es menester que se les considere como individuos, como sujetos de derechos.

Los instrumentos internacionales han intentado cambiar este paradigma, introduciendo lineamientos para establecer límites a los Estados, de manera que se respete la dignidad de los niños, en especial, si se trata de niños que han sufrido el trauma de ser víctimas o testigos de un delito. Sin embargo, debemos advertir que la mayoría de los instrumentos internacionales no imponen obligaciones precisas a los Estados, toda vez que al redactar dichos instrumentos, los Estados se resisten a renunciar a sus atribuciones, advirtiéndose la tensión entre soberanía del Estado y derechos humanos.

Del mismo modo, en el proceso penal, la eficacia de la persecución penal, el derecho a defensa de los imputados y el deber de los Estados de respetar los derechos del niño, en particular, a que su interés superior sea una consideración primordial, constituye una permanente tensión que debe ser equilibrada para no provocar un daño mayor en el niño que interviene en calidad de víctima o testigo de un delito, pero también para no vulnerar los derechos de los demás intervinientes.

Sin embargo, en el proceso penal se advierte una instrumentalización del niño víctima o testigo de un delito, se le considera un medio de prueba, un objeto para conseguir la condena o absolución del inculcado. Ello, no sólo es contrario a la Convención sobre derechos del niño, sino que demuestra que subsisten una serie de prejuicios respecto del niño, en especial, si debe intervenir en el proceso penal en calidad de víctima o testigo. Así, la excesiva dependencia del relato del niño en el proceso penal se debe, en parte, a la desconfianza en ese relato y, subyace en ello, la idea de que el niño no es un ser capaz o idóneo para declarar.

La presente tesis ha querido evidenciar dichas tensiones y entregar propuestas para resolverlas, valiéndose de la experiencia comparada, de la jurisprudencia de organismos internacionales y del análisis de instrumentos internacionales que tienden a equilibrar los principios en juego.

BIBLIOGRAFÍA

MONOGRAFÍAS Y ARTÍCULOS DE REVISTAS.

-A-

Aguilar Cavallo, Gonzalo, (2008): *El principio del Interés Superior del Niño y La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, Estudios Constitucionales año 6, N° 1, pp.223-247.

Albornoz, Jorge y Magdic, Marc (2013): *Marco jurídico de la utilización de videoconferencia en materia penal*. Revista Chilena de Derecho y Tecnología Centro de Estudios en Derecho Informático. Universidad de Chile. Vol. 2 Núm. 1. Pp. 229-260. Disponible en: <https://webcache.googleusercontent.com/search?q=cache:-njbDhEm7BwJ:https://rchdt.uchile.cl/index.php/RCHDT/article/download/27012/28940/+&cd=3&hl=es&ct=clnk&gl=cl&client=safari>

Aldunate, Eduardo (2010): *La posición de los tratados internacionales en el sistema de fuentes del ordenamiento jurídico chileno a la luz del derecho positivo*. Ius et Praxis, 16(2), 185-210. <https://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122010000200007>

Aldunate Lizana, Eduardo (2008): *Derechos Fundamentales*, Editorial Lexis Nexis, Santiago, Chile.

Alexy, Robert (2008): *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, España.

Alexy, Robert (1988): *Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica*. Doxa 5, pp. 139-151. Disponible en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/10871/1/Doxa5_07.pdf

Amoni, Gustavo (2013): *El uso de la videoconferencia en cumplimiento del principio de inmediación procesal*. Revista IUS, 7(31), 67-85. Recuperado en 15 de septiembre de 2019, de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1870-21472013000100005&lng=es&tling=es.

Andrés-Candelas, Mario (2016): *La construcción socio-histórica de la "infancia peligrosa" en España*. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, 14 (1), pp. 95-106.

Ariès, Philippe, y Duby, George (1992): *Historia de la vida privada*, Editorial Taurus, Madrid, España.

Ariès, Philippe, (1979): *La infancia*. Revista Estudio, http://www.terras.edu.ar/biblioteca/5/5PDGA_Aries_Unidad_3.pdf

Ariès, Philippe, (1960): *El niño y la vida familiar en el antiguo régimen* http://www.sc-name.cl/wsename/otros/obs8/OBS_8_82-110.pdf

Aristóteles (2007): *Política*. Editorial Gredos S.A., Barcelona, España.

Atienza, Manuel (1989): *Paternalismo y consenso*. En *El fundamento de los derechos humanos*, edición preparada por Gregorio Peces-Barba, Colección universitaria, Editorial Debate, Madrid, España.

-B-

Baquero, Araceli (2017): *La video conferencia en las garantías del proceso penal* (tesis doctoral) Universidad de Sevilla, España. Disponible en <https://idus.us.es/xmlui/bitstream/handle/11441/67590/La%20videoconferencia%20en%20las%20garant%C3%ADas%20del%20proceso%20penal.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Baeza, Gloria (2001): *El Interés Superior del Niño: Derecho de rango Constitucional, su recepción en la legislación nacional y aplicación en la Jurisprudencia*, en *Revista Chilena de Derecho*, Vol. 28, número 2, p. 359.

Baratta, Alessandro (1995): *Situación de la protección de los Derechos del niño*. En <https://archivos-juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/4/1836/24.pdf>

Beloff, Mary (1998): *Modelo de la protección integral de los derechos del niño y la situación irregular. Un modelo para armar y otro para desarmar*. En http://unicef.cl/archivos_documento/68/Justicia%20y%20derechos%201.pdf.

Beloff, Cillero, Cousó y otros (Comité Editorial), (1999): *Justicia y Derechos del Niño*. Número 1, UNICEF, Santiago, Chile.

Beloff, Cillero, Duce y otros (Comité Editorial), (2003): *Revista de Derechos del Niño*. Número 2, Programa de Derechos del Niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales.

Berlinerblau, Virginia, Nino, Mariano y Viola, Sabrina (2013): *Guía de buenas prácticas para el abordaje de niños/as, adolescentes víctimas o testigos de abuso sexual y otros delitos Protección de sus derechos, acceso a la justicia y obtención de pruebas válidas para el proceso*, UNICEF, Argentina, http://files.unicef.org/argentina/spanish/proteccion_Guia_buenas_practicas_web.pdf

Biblioteca del Congreso Nacional de Chile (2015): *Violencia sexual contra la infancia: el avance legislativo y sus desafíos*. Primera edición. Santiago de Chile: Ediciones Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2015.

Bidart Campos, Germán (1991): *Teoría General de los Derechos Humanos*, Editorial Astrea, Buenos Aires, Argentina.

Bobbio, Norberto (2017): *John Locke y el derecho natural*. Tirant humanidades. Valencia, España.

Bovino, Alberto (2003): *La Participación de la víctima en el proceso penal*. En *Derecho, proceso penal y victimología*, Ediciones jurídicas Cuyo, Mendoza, Argentina.

Bordalí Salamanca, Andrés (2011): *La acción penal y la víctima en el Derecho chileno*. *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XXXVII* (Valparaíso, Chile, 2o Semestre de 2011) pp. 513 – 545.

Brena Sesma, Ingrid (1994): *Intervención del Estado en la tutela de menores*. En <https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/758-intervencion-del-estado-en-la-tutela-de-menores>

Bujosa, Lorenzo (2016): *La declaración testifical del menor en el proceso penal de adultos y las nuevas tecnologías de protección*. Disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4250/28.pdf>

Bustamante, Reynaldo (2001): *Derechos fundamentales y proceso justo*. Disponible en <http://www.cor-teidh.or.cr/tablas/R13402.pdf>

Bustos Ramírez, Juan (2007): *Derecho Penal del niño-adolescente*. (Estudio de la responsabilidad penal del Adolescente), Ediciones Jurídicas de Santiago, Chile.

-C-

Cabezas Salmerón, Jordi (2011): *Superación del modelo anterior de justicia juvenil (tutelar) por el actual modelo (de responsabilidad) ¿se lo ha creído alguien?*, Revista Crítica Penal y Poder 2011, n° 1, (pp. 307) Observatorio del Sistema Penal y los Derechos Humanos, Universidad de Barcelona, España.

Campoy Cervera, Ignacio (2000): *Dos modelos teóricos sobre el tratamiento jurídico debido a los niños*. (Tesis Doctoral), en <https://e-archivo.uc3m.es/handle/10016/564>.

Campoy Cervera, Ignacio (2007): *Los derechos de los niños. Perspectivas sociales, políticas, jurídicas y filosóficas*. Editorial Dykinson, Madrid, España.

Cano Martínez Gustavo Adolfo (2014): *El interés superior del niño como presupuesto de garantía de efectividad en el sistema interamericano de Derechos Humanos*. Revista de Investigaciones en Derecho y Ciencias Políticas de la Universidad La Gran Colombia. Número 1-2014, p.152-166.

Cançado-Trindade Antonio, (2001): *El derecho internacional de los derechos humanos en el siglo XXI*, segunda edición, Editorial jurídica de Chile, Santiago, Chile.

Carmona Luque, María del Rosario (2011): *La Convención sobre los Derechos del niño: Instrumento de progresividad en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, Editorial Dykinson, Madrid, España.

Carnevali Rodríguez, Raúl (2008): *Derecho penal como ultima ratio. Hacia una política criminal racional*. Revista Ius et Praxis - año 14 - n° 1:13 -48.

Carocca, Alex; Duce, Mauricio; Riego, Cristián; Baytelman, Andrés; Vargas, Juan Enrique (2000): *Nuevo proceso penal. Incluye texto completo del nuevo Código Procesal Penal*. Lexis Nexis, Chile.

Casas, Lidia; Duce, Mauricio; Marín, Felipe; Riego, Cristian y Vargas, Macarena (2018): *El funcionamiento de los nuevos tribunales de familia: resultados de una investigación exploratoria*. Disponible en: https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=5&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjQ18HC75PiAhU0F7kGHauZBksQFjAEegQIBRAC&url=http%3A%2F%2F200.14.85.186%2Fformasprocesales%2Fimagenes%2FPublicaciones%2FLibros%2FInforme_tribunales_familia_udp2.pdf&usq=AOvVaw3M9HuQ6NXWi8k28q66I2Ep

Casanova Blanco, Hiram (2014): *El derecho fundamental de los menores de edad a participar en procedimientos judiciales. El caso del juicio de amparo*, p. 29-50, Revista de Letras Jurídicas número 29, enero de 2014.

Centro de Medición Universidad Católica (MIDE) (2009): *Percepción de los procesos de Investigación y Judicialización en los casos de agresiones sexuales infantiles en la Región Metropolitana, de Valparaíso y del Bío-Bío. La perspectiva de los niños y niñas o adolescentes afectados*. Estudio para la Fundación Amparo y Justicia. Disponible en: https://amparoyjusticia.cl/images/uploads/pdf/encu_4.pdf

Chiesa, Ernesto (2012): *Derecho procesal penal*. Revista de derecho puertorriqueño, número 2. Disponible en <http://revistajuridica.uprrp.edu/wp-content/uploads/2017/02/3.Chiesa.ProcesalPenal.81.2.pdf>

Cillero Bruñol, Miguel (2003): *De la tutela a las garantías: consideraciones sobre el proceso penal y la justicia de adolescentes*. Revista de derechos del Niño número 2, año 2003, pp. 53-86. Disponible en: http://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/Derechos2.pdf.

Cillero-Bruñol, Miguel (1998): *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*, 69-85 (Emilio García-Méndez & Mary Belloff, comps., Ediciones Temis, Ediciones Desalma, Bogotá, Buenos Aires, 1998). Disponible en: <https://ecaths1.s3.amazonaws.com/ti/1011729881.texto%20CILLERO%20BRU%C3%91OL.pdf>.

Cillero Bruñol, Miguel (1994): *Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia y adolescencia en Chile*, en "Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile. Desarrollo y perspectiva del Servicio Nacional de Menores y su relación con las políticas sociales, la sociedad civil y el marco jurídico" coordinador Francisco Pilotti. Instituto interamericano del niño, Montevideo, 1994.

Consejo Nacional de la Infancia (2015): *INFORME FINAL Comisión Técnica de Garantías de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en Procesos Judiciales*. Disponible en : www.consejoinfancia.gob.cl.

Cots, Jordi (2008): *El defensor de los Derechos del Niño*. Revista Educación Social, núm. 38 pp. 26-46. Disponible en: <https://www.raco.cat/index.php/EducacioSocial/article/viewFile/165584/371556>.

Coronado-Buitrago, María Jesús (1989): *Compatibilidad del derecho internacional con los derechos a favor de la niñez: evolución jurídica de los derechos de la infancia*, en *Exposición de los derechos del niño*, Carmen Sánchez-Moro, coord., Ministerio de Asuntos Sociales, Madrid, 1989.

Cortés Moreno, Roberto (1998): *Un análisis del derecho a confrontación puertorriqueño y la constitucionalidad de las Reglas 37 y 39 de Evidencia según enmendadas por la Ley 42 del 7 de junio de 1988*. Revista de derecho puertorriqueño, volumen 37, páginas 1-37. Disponible en <https://www.google.com/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=8&cad=rja&uact=8&ved=2ahUKEwjpu9jX2vVjAhWNLLkGHf4mC3QQFjAHegQICBAC&url=http%3A%2F%2Fwww.lexjuris.com%2Frevistaponce%2Fvolumenes%2F1998Vol37-1%2FUn%2520 analisis%2520 del%2520 derecho.pdf&usq=A0vVaw3ngxKkkVgKIvfeBVIJxdGq>

Cruz, Euménides (2003): *Del derecho penal del Antiguo régimen a la obra de Cesare Beccaria: la propuesta ilustrada*. Revista de Derecho penal contemporáneo. N° 5, p. 25 y ss.

Cuello Calón, Eugenio (1952): *El tratamiento de la criminalidad infantil y juvenil*. Revista de Derecho Universidad de Concepción, número 81, año XX (Jul-Sep, 1952). En www.revistadederecho.com/pdf.php?id=789 . http://www.boe.es/publicaciones/anuarios_derecho/abrir_pdf.php?id=ANU-P-1952-20025400305

-D-

Dávila-Balsera, Paulí y Naya-Garmendia, Luis María (2006): *La evolución de los derechos de la infancia: una visión internacional*, Revista Encounters on Education, 71-93, (2006). Disponible en: <http://ojs.library.queensu.ca/index.php/encounters/article/view/597/3498>.

Delgado, Buenaventura (1998): *Historia de la Infancia*. Editorial Ariel, España. En <https://es.scribd.com/doc/104918100/Delgado-Buenaventura-Historia-de-La-Infancia>

DeMause, Lloyd (1982): *Historia de la Infancia*. Alianza editorial, Madrid, España.

Delpiano, Cristián (2012): *Derechos e Interés Superior del Niño en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*, en <http://lasil-sladi.org/files/live/sites/lasil-sladi/files/shared/Working%20Papers/Working%20Paper%208%20Delpiano%20Lira.pdf> .

Díaz, Daniela; Santibañez, Dimas; Cortés, Alejandra; Raczynski, Georg; Contreras, Nicolás y Bozo, Natalia (2018): *Cifra Negra de Violencia Sexual contra Niñas, Niños y Adolescentes: ocultamiento social de una tragedia*. Observatorio niñez y adolescencia. Reporte I de monitoreo de derechos 2017. Disponible en: <http://www.observaderechos.cl/site/wp-content/uploads/2018/11/Reporte-ONA-2018.pdf>

Díaz Cantón, Fernando (2012): *Las manifestaciones de la víctima menor de edad como prueba en los delitos contra la integridad sexual y física. ¿Es posible conciliar el ejercicio del derecho fundamental del imputado a interrogarla con la necesidad de evitar la revictimización?* En *Acceso a la justicia de niños y niñas. Protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos*. Varios autores. UNICEF. Disponible en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/12/doctrina27667.pdf>

Díez-Picasso, Luis (2008): *Sistema de Derechos Fundamentales*, Editorial Aranzadi, tercera edición, Navarra, España.

Díez, Margarita y Alonso-Quecuty, María (1993): *Psicología Forense Experimental*. Promolibro, Valencia, España.

Domínguez Martín, Mónica ; Espín Sáez, Maravillas ; Hierro Sánchez-Pescador, Liborio L. ; Pozuelo Pérez, Laura ; Quicios Molina, Susana ; Rodríguez Pineau, Elena ; Torrecuadrada García-Lozan, Soledad (2017): *Los derechos del menor en el ordenamiento jurídico. Casos prácticos*. En <https://www.unicef.es/sites/unicef.es/files/comunicacion/unicef-educa-Los-derechos-del-menor-ordenamiento-juridico-Casos-practicos.pdf> .

Duce, Mauricio (2010): *El Derecho a un Juzgamiento Especializado de los Jóvenes Infractores en el Nuevo Proceso Penal Juvenil Chileno*. Revista de Política criminal Vol. 5, No 10 (Diciembre2010), Art. 1, pp. 280-340. [http://www.politicacriminal.cl/Vol_05/n_10/Vol5N10A1.pdf]

Duce, Mauricio (2014): *Algunas reflexiones sobre los derechos de las víctimas en el proceso penal chileno, en La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva Jurídica y criminológica*. Política criminal, volumen 9, número 18 (diciembre de 2014), Doc. 1, pp.739-815. http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18D1.pdf.

Duce, Mauricio (2014): *Derecho a confrontación y uso de declaraciones emitidas en un juicio previo anulado*. Política criminal, volumen 9, número 17, pp.118-146. Disponible en: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-33992014000100004&lng=es&nrm=iso. ISSN 0718-3399. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-33992014000100004>.

-E-

Echeburúa, Enrique y Subijana, Ignacio (2008): *Guía de buena práctica psicológica en el tratamiento judicial de los niños abusados sexualmente*. International Journal of Clinical and Health Psychology, volumen 8 n° 3, pp. 733-749.

Ellison, Louise (2001): *The Mosaic art?: cross-examination and the vulnerable witness*. *Legal Studies*, Vol. 21 N° 3. Disponible en https://www.academia.edu/25876570/The_mosaic_art_cross-examination_and_the_vulnerable_witness1

-F-

Fariás, Ana María (2002): *El difícil camino hacia la construcción del niño como sujeto de derechos*. Disponible en: <https://app.vlex.com/#vid/dificil-camino-hacia-construccion-651229925>

Fass, Paula (2006): *Niños, historia y globalización*. En Revista de Derechos del Niño, UNICEF, números 3 y 4, páginas 215-234.

Fattah, Ezzat, (2000): *Victimología: Pasado, Presente y Futuro*, en Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología, <http://criminol.ugr.es/recpc-ISSN 1695-0194>

Ferreiro, Xulio, (2005): *La Víctima en el proceso Penal*, Editorial La Ley, Madrid, España.

Fortunat, Jakob (2015): *De cómo el hombre llegó a ser persona: los orígenes de un concepto jurídico-filosófico en el derecho romano*. Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLV (Valparaíso, Chile, 2do semestre de 2015) [pp. 373 - 401] En: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3171407.pdf>

Foucault, Michel (1993): *Vigilar y castigar. Nacimiento de la prisión*. Editorial siglo veintiuno, vigésimo primera edición en español, México.

Frailé, Guillermo (1978): *Historia de la Filosofía*. Tomo III. Biblioteca de autores cristianos, Madrid, España.

Freedman, Diego y Terragni, Martiniano (2011): *Acceso a la Justicia de Niños/as víctimas. Protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia*. UNICEF, <http://www.unicef.org/argentina/spanish/OriginalLibroVictimas.pdf>

Freedman, Diego (2011): *Consecuencias del interés superior del niño en los derechos sociales de la infancia*. En <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/interes.htm>

Freedman, Diego (2005): *Funciones Normativas del Interés Superior del Niño*, en Jura Gentium, Revista de Filosofía del Derecho internacional y de la Política Global, en <http://www.juragentium.org/topics/latina/es/freedman.htm>.

Freedman, Diego (1999): *Los riesgos del interés superior del niño o cómo se esconde el "Caballo de Troya" en la Convención*, <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/los-riesgos-del-interes-superior-del-nino.pdf>.

Fundación amparo y justicia (2017): *Entrevista investigativa video grabada a niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales*. Fundamentos y orientaciones técnicas basadas en evidencia internacional. Disponible en https://issuu.com/amparoyjusticia/docs/entrevista_investigativa_videografa

Funes, J., y González, C. (1988): *Delincuencia juvenil, justicia e intervención comunitaria*. Revista de Menores, 7, 51-68. Disponible en: http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/delincuencia_juvenil.pdf

-G-

Gajardo, Samuel (1955): *Protección de menores*. Editorial Jurídica de Chile, disponible en: <https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/24228/1/18124.pdf>

Galvis, Ligia (2009): *La Convención de los Derechos del Niño veinte años después*. En Revista latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud, volumen 7 número 2, Manizales July/Dec. 2009.

García, Luis: *Los menores de edad en las Historias de Heródoto*, en <https://revistas.ucm.es/index.php/GERI/article/viewFile/GERI8383110105A/14949>

García Méndez, Emilio (1998): *Infancia. De los derechos y de la justicia*. Editores del Puerto, Argentina. En <http://docvirt.com/docreader.net/DocReader.aspx?bib=bibliotdca&pagfis=4252>

García Méndez, Emilio (*La convención internacional de los derechos del niño: del menor como objeto de la compasión-represión a la infancia-adolescencia como sujeto de derecho*). En Derecho a la infancia/adolescencia en América latina: de la situación irregular a la protección integral. En http://www.iin.oea.org/Cursos_a_distancia/La_convencion_internacional.pdf.

Ginjaume, María Alicia – Freedman, Diego (2004): *Sistema Tutelar. Un cuento sólo para menores* <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/80/sistema-tutelar-un-cuento-solo-apto-para-menores.pdf>

González Contró, Mónica (2008): *Derechos humanos de los niños: una propuesta de fundamentación*. Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2008, p.

González-Contró, Mónica, Padrón-Innamorato, Mauricio, Márquez-Gómez, Daniel, Arroyo-Casanova, Rosío, Melgar-Manzanilla, Pastora (2012): *Propuesta teórico-metodológica para la armonización legislativa desde el enfoque de derechos de niñas, niños y adolescentes* (Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM, México, en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3193/1.pdf> .

González, Marco, (1998): *Criminología*. Tomo I. Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.

Goodman, Gail (1984): *Children's Testimony in Historical Perspective*. Journal of Social Issues, vol. 40, no. 2, pp. 9-31.

Guzmán, Alejandro (1996): *Derecho Privado Romano*. Tomo I, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.

Guzmán Dalbora, José Luis y Gonzalez, Freddy (1987): *Setenta años de reformas penales*. Tesis para optar al grado de licenciado en ciencias jurídicas de la Universidad de Valparaíso.

Guzmán Dalbora, José Luis (Coord.) (2004): *El penalista liberal: controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología*. Figueiredo Dias, Jorge de [dir.] | Serrano Gómez, Alfonso [dir.] | Politoff Lifschitz, Sergio [dir.] | Zaffaroni, Eugenio Raúl [dir.]. Editor: Buenos Aires Hammurabi, 1a. ed.

-H-

Hart, H. L. A. (1974): *¿Existen los derechos naturales?* En: https://www.cepchile.cl/cep/site/artic/20160303/asocfile/20160303183129/rev37_hart.pdf

Hierro, Liborio (2017): *Los derechos del menor en el ordenamiento jurídico*. En EDUCACIÓN EN DERECHOS Y CIUDADANÍA GLOBAL Casos prácticos Propuesta formativa para los estudios universitarios de Derecho. Varios autores. UNICEF. Disponible en <https://www.unicef.es/educa/biblioteca/manual-derechos-menor-ordenamiento-juridico>

Hierro Sánchez-Pescador, Liborio (1991): *¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención sobre derechos del niño*. Revista de educación número 294. Páginas 221-233.

Hobbes, Thomas (1984): *Leviatán*. Tomo I, Traducción Juan Carlos García Borrón, Editorial Bruguera, Madrid, España.)

Horvitz, María Inés y López, Julián (2002): *Derecho Procesal Penal Chileno, Tomo I*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile.

Horvitz, María Inés y López, Julián (2008): *Derecho Procesal Penal Chileno Tomo II. Preparación del juicio, procedimientos especiales, ejecución de sentencias, acción civil*. Jurídica de las Américas. México DF.

-I-

Ijorra, Alejandra; Soto, Ariana; LaBrenz, Catherine y Sepúlveda, Paulina (2015): *Avanzando hacia la protección integral de los derechos de la infancia: Una mirada al proyecto de ley que regula entrevistas*

grabadas en video y otras medidas de resguardo a menores de edad víctimas de delitos sexuales. Revista Trabajo Social, número 88, Julio 2015.

-J-

Jiménez, María Angélica (2014): *Posiciones de la criminología respecto a la víctima en la justicia penal*, en *La víctima en el sistema de justicia penal. Una perspectiva Jurídica y criminológica*. Política criminal, volumen 9, número 18 (diciembre de 2014), Doc. 1, pp.739-815. http://www.politicacriminal.cl/Vol_09/n_18/Vol9N18D1.pdf

-K-

Kant, Immanuel (1989): *La Metafísica de las costumbres*. Editorial Tecnos, Madrid, España.

Kilbourne, Susan (1996): *U.S. Feature to ratify the UN Convention on the Rights of Childrens: Playing Politics with the Children's rights*. Transnational law and contemporary problems, vol. 6-Nº 2, pp. 456-458. Disponible en: <https://heinonline.org/HOL/LandingPage?handle=hein.journals/tlcp6&div=25&id=&page=>

-L-

Labarca, Osvaldo (1969): *La protección de la familia como objetivo de la seguridad social y como factor de la redistribución de la renta nacional*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile. Disponible en <https://books.google.cl/books?id=SBdN9IvVbyEC&pg=PA41&lpg=PA41&dq=osvaldo+labarca+hijos+ileg%C3%ADtimos&source=bl&ots=mnyPJgXK7g&sig=V6j4lOslhRE-0Kfc1g3vRpbOUfo&hl=es&sa=X&ved=2ahUKEwjA1dum5KnfAhUDgJAKHeeaACAQ6AEwB3oECAgQAQ#v=onepage&q=osvaldo%20labarca%20Chijos%20ileg%C3%ADtimos&f=false>

Lampert Grassi, María Pilar (2015): *Caracterizando la violencia sexual contra la infancia*. En Perez, Alonso (Director) *Violencia Sexual Infantil contra la infancia. El avance legislativo y sus desafíos*. Biblioteca del Congreso Nacional/BCN.

Landrove, Gerardo, (1998): *La moderna Victimología*, Tirant lo Branch, Libros, Valencia, España.

Lansdown, Gerison (2005): *La evolución de las facultades del niño*. Save the Children y UNICEF Disponible en: <https://www.unicef-irc.org/publications/pdf/EVOLVING-E.pdf>

Levín, Raúl E. (1995): *El psicoanálisis y su relación con la historia de la infancia*. En Psicoanálisis APdeBA - Vol. XVII - Nº 3. Páginas 613 a 633.

Locke, John (2004): *Segundo Ensayo sobre gobierno civil*. Editorial Losada, Buenos Aires, Argentina.
López Masle, Julián (2006): *Debido Proceso en Chile: Hacia un principio generador de reglas*, en Bordalí, Andrés (coordinador). *Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Lexis Nexis, Santiago Chile, p. 181-207.

López-Contreras, Rony (2015): *Interés superior de los niños y niñas: definición y contenido*. Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud 1, 51-70, 54 (2015). Disponible en: <http://revistaumanizales.cinde.org.co/index.php/Revista-Latinoamericana/article/view/1635/532>

-M-

- Maier, Julio (1992): *La víctima y el sistema penal*. En *De los delitos y de las víctimas*. Editorial Ad-hoc, Buenos Aires, Argentina.
- Manzanero, Antonio L. (2000): *Credibilidad y exactitud de los recuerdos de menores víctimas de agresiones sexuales*. Anuario de Psicología Jurídica, número 10, pp. 49-67.
- Manzanero, Antonio L. (2008): *Psicología del Testimonio. Una aplicación de los estudios sobre la memoria*. Ediciones Pirámide, Madrid, España.
- Manzanero, Antonio L. y González José Luis (2015): *Modelo Holístico de Evaluación de la Prueba Testifical* (Helpt). Revista Papeles del Psicólogo, 2015, vol. 36 (2), pp. 125-139. Disponible en <http://www.papelesdel psicologo.es>
- Maravall, Isabel (2019): *El derecho del niño a acogerse a la dispensa del deber de declarar Reflexiones desde el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. Revista para el análisis del derecho. Barcelona, enero de 2019. Disponible en www.indret.com
- Martín, María del Pilar (2012): *Víctima y justicia penal. Reparación, intervención y protección de la víctima en el proceso penal*. Atelier libros jurídicos, Barcelona, España.
- Martínez, María Lourdes (2008): *Régimen Jurídico de las presunciones*. Editorial Dickinson, Madrid, España. En <https://app.vlex.com/#WW/vid/37761916> .
- Mason, Mary Ann (2006): *Estados Unidos y la Cruzada Internacional por los derechos del niño: ¿a la vanguardia o a la retaguardia?* En Revista de Derechos del Niño, UNICEF, números 3 y 4, páginas 199 a 213.
- Mettifogo, Decio y Sepulveda, Rodrigo (2004): *Situación y Tratamiento de jóvenes infractores de ley en Chile*. Instituto de asuntos públicos, Universidad de Chile. Disponible en https://www.cesc.uchile.cl/publicaciones/se_07_mettifogosepulveda.pdf
- Medina Quiroga, Cecilia y Nash Rojas, Claudio (2007): *Sistema Interamericano de Derechos Humanos: Introducción a sus Mecanismos de Protección*, Universidad de Chile, Centro de Derechos Humanos, Santiago, Chile.
- Mill, John Stuart (1965): *Sobre la libertad*. Editorial Diana S.A., México.
- Muñoz, José M., González-Guerrero, Laura, Sotoca, Andrés, Terol, Odette, González, José L. y Manzanero, Antonio L. (2015): *La entrevista forense: obtención del indicio cognitivo en menores presuntas víctimas de abuso sexual infantil*. Revista Papeles del Psicólogo, 2016, vol. 37 (3), pp. 205-216. Disponible en <http://www.papelesdel psicologo.es>
- N-
- Nieva Fenol, Jordi (2012): *La declaración de niños en calidad de partes o testigos en* <http://www.ichdp.cl/wp-content/uploads/la-declaracion-de-ninos-jordi-nieva.pdf>
- Nogueira Alcalá, Humberto (2008) *Derechos fundamentales y garantías Constitucionales*, Tomo II, Editorial Librotecnia, Santiago, Chile.

Núñez, Manuel (2009): *Tratados internacionales sobre integración y derechos humanos frente al ordenamiento jurídico chileno. Estudio sobre su aplicación y principios metodológicos de evaluación, Ejecución y seguimiento. Informe de consultoría.* Disponible en: https://www.bcn.cl/obtienearchivo?id=documentos/10221.1/13509/3/CLABCN_BCNDIRARE_A_04_095_D003.pdf .

-O-

O'donnell, Daniel (2012): *Derecho internacional de los derechos humanos, normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos. 2da. Edición. Disponible en: http://www.hchr.org.mx/images/doc_pub/DerechoIntlDDHH_Odonnell_2edicion.pdf

-P-

Patiño, Manffer, Ruperto (2011): *Estado constitucional y derecho internacional de los derechos humanos. El caso particular de los niños de la calle*, Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México, año V, número 28, Julio-diciembre de 2011, p. 187-203.

Pavarini, Massimo (2003): *Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico.* 1ra edición, Siglo XXI Editores Argentina, Buenos Aires, Argentina, en <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2016/11/doctrina44437.pdf> .

Petit, Eugene (1985): *Tratado elemental de derecho romano.* Editorial Albatros, Argentina.

Pilotti, Francisco (2001): *Globalización y convención de derechos del niño: el contexto del texto.* Disponible en: <http://www.ifejant.org.pe/Aulavirtual/aulavirtual2/uploaddata/1Convencion/Francisco%20Pilloti.pdf>

Platt, Anthony (1982): *Los Salvadores del niño o invención de la delincuencia*, editorial Siglo XXI, tercera edición 1997, España.

Platón (1975). *Las Leyes.* Editorial Porrúa S.A. segunda edición. México D.F.

Policía de Investigaciones (2016): *Huellas: Cuadernos de criminodinámicas y fenómenos emergentes. Comprensión de los delitos sexuales: Una mirada desde el CAVAS Pericial.* Volumen 2-septiembre de 2016. Disponible en www.pdichile.cl

-R-

Ramirez R., Hugo (1983): *La cuestión del colegio San Jacinto y sus consecuencias políticas, sociales y religiosas. 1904-1905.* en Historia, Santiago, vol. 18, pp.193-234.

Ravetllat Ballesté, Isaac (2015): *Aproximación histórica a la construcción socio jurídica de la categoría infancia.* Editorial Universitat Politècnica de Valencia.

Rea-Granados, Sergio Alejandro (2016): *Evolución del derecho internacional sobre la infancia,* International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 147-192 (2016). <http://dx.doi.org/10.11144/Javeriana.il14-29.edisdoi:10.11144/Javeriana.il14-29.edis>

Riego, Cristian (1994): *El Proceso penal chileno y los derechos humanos*. Volumen I. Aspectos Jurídicos. Cuadernos de análisis jurídico. Escuela de Derecho Universidad Diego Portales. Chile. Alfabetá impresores.

Rivero-Hernández, Francisco (2007): *El interés del menor*. Editorial Dickinson, Madrid, España.

Rodríguez Manzanera, Luis (2002): *Victimología. Estudio de la Víctima*. Séptima edición, Editorial Porrúa, México.

Rojas, Jorge (2010): *Historia de la infancia en el Chile republicano, 1810-2010*. En: <https://www.aacademica.org/jorge.rojas.flores/9.pdf>

Rojas, Jorge (2007): *Los derechos del niño en Chile: una aproximación histórica, 1910-1930*. Instituto de Historia Pontificia Universidad Católica de Chile. Historia número 40, volumen I, enero-junio, pp. 129-164.

Rosati, Nora y Puyol, Carolina (2015): *Declaración judicial de niños, niñas y adolescentes en Tribunales orales en lo penal: Manual de abordaje*. Poder Judicial República de Chile. Maval Editora. Disponible en: <http://www.apoyovictimias.cl/media/2017/03/Manual-de-abordaje-declaracion-NNA-en-TOP.pdf>

Rousseau, Juan Jacobo (1977): *Emilio o la educación*. Editorial universo S.A., Tomos I y II, Lima, Perú.

-S-

Sabine, George (2006): *Historia de la Teoría Política*. Fondo de Cultura Económica, México.

Salado Osuna, Ana (2010): *Los derechos del niño ante la administración de justicia*, p. 73-103 en *La Protección de los Niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales*, Editorial Marcial Pons, Madrid, España.

San Agustín de Hipona (Salmo 130). Traductor Balbino Martín Pérez. En https://www.augustinus.it/spagnolo/esposizioni_salmi/esposizione_salmo_188_testo.htm

Sánchez Freytes, Fernando (2012): *Experiencias en el Poder Judicial de la Provincia de Río Negro. Acerca de la utilización de tecnología para la toma de declaraciones a menores víctimas o testigos en ilícitos penales a través de la cámara Gesell*, en *Acceso a la Justicia de Niños/as víctimas. Protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes víctimas o testigos de delitos o violencia*. UNICEF, <http://www.unicef.org/argentina/spanish/OriginalLibroVictimas.pdf>.

Santiago Mercado, Wilmer (2016): *Excepciones al derecho a la confrontación cara a cara del acusado*. Revista jurídica Universidad de Puerto Rico, volumen 85, páginas 267-289. Disponible en <http://revistajuridica.uprrp.edu/wp-content/uploads/2016/05/85-Rev.-Jur.-203-2016.pdf>

Santos Sacristán, Marta (2002): *Los malos tratos a la infancia: juristas reformadores y el debate sobre la patria potestad en el Código Civil español (1889-1936)*. En Cuadernos de historia contemporánea, volumen 24, pp. 209-232.

Serrano, Alfonso, (2006): *Introducción a la Criminología*, Dykinson, Madrid, España.

Serrano, Mercedes (2013): *Una justicia europea adaptada al menor: exploración de menores víctimas o testigos en la fase preliminar del proceso penal*. Disponible en: <http://www.raco.cat/index.php/InDret/article/viewFile/264210/351863>

Silva, Eva; Manzanero, Antonio L.; y Contreras, María José (2016): *La Memoria y el Lenguaje en Pruebas Testificales con Menores de 3 a 6 años*. Revista Papeles del Psicólogo, Vol. 37 (3), pp. 224-230. Disponible en <http://www.papelesdelpsicologo.es>

Simón-Campaña, Farith (2013): *Interés superior del menor: técnicas de reducción de la discrecionalidad abusiva*. (Tesis doctoral, Universidad de Salamanca, 2013). Disponible en: https://gredos.usal.es/jspui/bitstream/10366/124216/1/DDP_Sim%C3%B3nCampa%C3%B1a_Farith_Tesis.pdf.

Spencer, John y Flin, Rhonda (1990): *The evidence of children. The law and the psychology*. Blackstone Press Limited, London, ISBN 1 85431 040 2.

Steiner, Christian; Uribe, Patricia (coord.) (2014): *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*. Suprema Corte de Justicia de la Nación y KONRAD ADENAUER STIFTUNG Programa Estado de Derecho para Latinoamérica. Disponible en <http://www.corteidh.or.cr/tablas/30237.pdf>

-T-

Tafaro, Sebastiano (2009): *Los derechos de los niños en la experiencia jurídica romana*. Revista de Derecho Privado, ISSN-e 0123-4366, Nº. 17, 2009, págs. 177-202. En <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3171407>

Tafaro, Sebastiano (2014): *Ius hominum causa constitutum. Un derecho a medida del hombre*. En <https://books.google.cl/books?id=sxbJBAAQBAJ&printsec=frontcover&hl=es#v=onepage&q&f=false>

Tiffer, Carlos (2008): *Los Adolescentes y el Delito*. Revista de Ciencias Jurídicas. Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica. Enero – Abril 2003. Pág. 253-282. Disponible en: <http://www.iij.derecho.ucr.ac.cr/archivos/publicaciones/revista/Revista%20100.pdf>

Tomás Y Valiente, F., et al. (2000): *La tortura judicial en España*. (2a edición). Barcelona: Crítica. 2000.

Torre Cuadrada García Lozano, Soledad (2016): *El interés superior del niño*. Biblioteca Jurídica Virtual, Instituto de Investigaciones jurídicas UNAM. Disponible en: www.juridicas.unam.mx

-U-

UNICEF e Instituto de Investigación en Ciencias Sociales de la Universidad Diego Portales ICSO UDP (2006): *Niños, niñas y adolescentes víctimas de delitos sexuales, en el marco de la reforma procesal penal*. Disponible en: https://www.unicef.cl/web/wp-content/uploads/doc_wp/Informe%20final.pdf

-V-

Vega De Jesús, Athos (1996): *Abuso sexual de menores: derechos de la víctima v. derechos del acusado; ¿Se puede hacer justicia vía T.V.?* Revista de Derecho Puertorriqueño, volumen 35, pp. 146-149.

Disponible en <http://www.lexjuris.com/revistaponce/volumenes/1996Vol35-1/Abuso%20sexual%20de%20menores.pdf>

Verhellen, Eugeen, (2002): *La Convención Sobre Los Derechos Del Niño: Trasfondo, Motivos, Estrategias, Temas Principales*, Ediciones Garant, Amberes, Bélgica.

Vial Campos, Pelayo (2011): *El derecho a confrontación con declaraciones de un juicio anulado en el marco del proceso penal*. Revista de política criminal, volumen 6, N° 12, pp. 448-473. Disponible en: http://www.politicacriminal.cl/Vol_06/n_12/Vol6N12A6.pdf.

Villavicencio, Luis (2008): *¿Derechos humanos para quienes? Reflexiones sobre algunas cuestiones embarazosas*. Revista de Derecho, vol. XXI, N° 2 -Diciembre de 2008.

-Z-

Zumaquero il, Laura (2010): *El interés superior del menor en Tribunales*, p. 39-56, en "La Protección de los Niños en el derecho internacional y en las relaciones internacionales", Editorial Marcial Pons, Madrid España, 2010. ISBN: 978-84-9123-137-0.

Zermatten, Jean, (3-2003): *El interés Superior del Niño. Del Análisis literal al Alcance Filosófico*, Informe de Trabajo, pp.1-30, http://www.childsrights.org/html/documents/wt/2003-3_es.pdf.

CONVENIOS Y DECLARACIONES UNIVERSALES

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Pacto Internacional de la Asamblea General 19 de diciembre 1966.

Pacto de Derechos Económicos sociales y culturales. Pacto internacional de Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966.

Convención sobre los Derechos del Niño, Convención de las Naciones Unidas de 20 de noviembre 1989.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, de 23 de mayo 1969, U.N. Doc A/CONF.39/27 (1969).

Convenio de Ginebra de 12 de agosto 1949, Trato de prisioneros de guerra. (Convenio III).

Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, Adoptada por la Sociedad de las Naciones en 1924.

Declaración de los Derechos del niño A.G. res. 1386 (XIV), 14 U.N. GAOR Supp. (No. 16) p. 19, ONU Doc. A/4354 (1959).

Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 de diciembre de 1948 en su Resolución 217 A (III), Asamblea General de las Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

RESOLUCIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES UNIVERSALES

Resolución 1803 (XVII) de la Asamblea General, de 14 de diciembre de 1962, titulada "Soberanía permanente sobre los recursos naturales".

Resolución 2625 (XXV) de la Asamblea General de Naciones Unidas, de 24 de octubre de 1970, que contiene la declaración relativa a los principios de derecho internacional referentes a las relaciones de amistad y a la cooperación entre los Estados de conformidad con la Carta de las Naciones Unidas

CONVENIOS Y DECLARACIONES REGIONALES

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), San José, Costa Rica 7 al 22 de noviembre de 1969.

Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, Acuerdo de 7 de diciembre 2000. LCEur 2007\2329

Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, adoptada por la Asamblea General en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985., Adoptada por el Comité de Ministros el 14 de junio de 2006 en la 967ª reunión de Delegados de los Ministros.

RESOLUCIONES DE ORGANISMOS UNIVERSALES O REGIONALES

Comité Derechos Humanos

Observación General núm. 13, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 14 - Administración de justicia, 21o período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 154, 1984.

Observación General núm. 20, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Artículo 7 - Prohibición de la tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes-, 44o período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 173, 1992.

Observación General núm. 24 del Comité de Derechos Humanos denominada "Cuestiones relacionadas con las reservas formuladas con ocasión de la ratificación del Pacto o de sus Protocolos Facultativos o de la adhesión a ellos, o en relación con las declaraciones hechas de conformidad con el artículo 41 del Pacto". U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 187 (1994).

Observación general num. 29, Estados de emergencia (artículo 4), CCPR/C/21/Rev.1/Add.11 31 de agosto de 2001.

Observación General num. 32, El derecho a un juicio imparcial y a la igualdad ante los tribunales y cortes de justicia, Aprobada en la 2187a sesión, el 29 de marzo de 2004 90o período de sesiones, 2007.

Comité de los Derechos del Niño

Observación general número 4, CRC/GC/2003/4, de 21 de julio de 2003. La salud y el desarrollo de los adolescentes en el contexto de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Observación general número 5, CRC/GC/2003/5, de 27 de noviembre de 2003. Medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del niño.

Observación general número 6, CRC/GC/2005/6, de 1 de septiembre de 2005. Trato de los niños, niñas y adolescentes no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen.

Observación General No. 8, CRC/C/GC/8 (2006). El derecho del niño a la protección contra los castigos corporales y otras formas de castigo crueles o degradantes (artículo 19, párrafo 2 del artículo 28 y artículo 37, entre otros).

Observación General No. 10, CRC/C/GC/10 (2007). Los derechos del niño en la justicia de menores.

Observación General No. 12, CRC/C/GC/11 (2009). El derecho del niño a ser escuchado.

Observación General No. 13, CRC/C/GC/11 (2011). Derecho del niño a no ser objeto de ninguna forma de violencia.

Observación General No. 14, CRC/C/GC/14 (2013). Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial (artículo 3, párrafo 1).

Observaciones finales. Comité de los Derechos del Niño. Examen del informe periódico tercero presentado por el Estado chileno, de 23 de abril de 2007 - Documento CRC/C/CHL/CO/3.

Observaciones finales. Comité de los Derechos del Niño. Examen de los informes periódicos cuarto y quinto presentados por el Estado chileno, octubre de 2015 - Documento CRC/C/CHL/CO/4-5.

Consejo Económico y Social.

Resolución 2005/20 de 22 de julio del año 2005 del Consejo Económico y Social, aprobó las Directrices sobre justicia en asuntos concernientes a niños víctimas y testigos de delitos

Sistema Europeo.

Decisión Marco 2002/584/JAI, de 13 de junio de 2002 relativa a la orden de detención europea y a los procedimientos de entrega entre Estados miembros LCEur 2002\1985

Directiva 2012/13/UE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 22 de mayo de 2012, relativa al derecho a la información en los procesos penales LCEur 2012\720

Directiva 2012/29/UE del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de octubre que establece normas mínimas sobre los derechos, el apoyo y la protección de las víctimas de delitos, y sustituye la Decisión marco 2001/220/JAI. LCEur 2012\1798

Directiva 2016/343/UE, del Parlamento Europeo y del Consejo de 9 de marzo. Refuerza en el proceso penal determinados aspectos de la presunción de inocencia y el derecho a estar presente en el juicio. LCEur 2016\288

Sistema interamericano.

CIDH. Opinión Consultiva OC-9/87 del 6 de octubre de 1987. Garantías judiciales en Estados de Emergencia (arts. 27.2, 25 y 8 Convención Americana sobre Derechos Humanos).

CIDH. Opinión Consultiva OC-16/99 de 1 de octubre de 1999, solicitada por los Estados Unidos Mexicanos “el derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal”.

CIDH, Opinión Consultiva OC-17/2002 de 28 de agosto de 2002, solicitada por la comisión interamericana de derechos humanos “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”.

CIDH, Opinión consultiva OC-21/14, de 19 de agosto de 2014, solicitada por la República Argentina, la República Federativa de Brasil, la República del Paraguay y la República Oriental del Uruguay sobre derechos y garantías de niñas y niños en el contexto de la migración y/o en necesidad de protección internacional.

DOCUMENTOS EMANADOS DE OTROS ORGANISMOS

Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos. Guías de Santiago. Documento aprobado en la XVI Asamblea General Ordinaria de la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos (aiamp). República Dominicana, 9 y 10 de julio 2008.

Boletín de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. “El principio de “trato diferenciado” hacia los niños y niñas en procesos penales número 2-2013, marzo 2013.

Cumbre Judicial Iberoamericana. Reglas de Brasilia. Disponible en: <http://www.derechoshumanos.net/normativa/normas/america/reglasdeBrasilia-2008.pdf>

Estados Unidos Mexicanos. Acciones para evitar la revictimización del niño víctima del delito. Disponible en: http://www.inm.gob.mx/static/Autorizacion_Protocolos/SSP/Tomo%20IV_Acciones_para_evitar_la_revictimizacion_del_niNo.pdf, p. 68

Oficina Regional de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito para Centroamérica y el Caribe – UNODC ROPAN (2014): *El uso del anticipo de prueba para disminuir la revictimización de los niños, niñas y adolescentes en la República de Panamá*, disponible en: https://www.unodc.org/documents/ropan/Technical_Consultative_Opinions_2014/OTC_001_2014.pdf

Código Penal Chileno.

Código Procesal Penal Chileno.

Decreto Ley 2465 que Crea el Servicio Nacional de Menores y fija el texto de su Ley Orgánica. 10 de enero de 1979.

Ley 18.825. Reforma de la Constitución Política de la república. 17 de agosto de 1987.

Ley 19.617 que modifica el Código penal, el Código de procedimiento penal y otros cuerpos legales en materias relativas al delito de violación. 12 de julio de 1999.

Ley 19.733 sobre libertades de opinion e informacion y ejercicio del periodismo. 18 de mayo de 2001.

Ley 20.286 introduce modificaciones orgánicas y procedimentales a la ley nº 19.968, que crea los tribunales de familia. 28 de agosto de 2008.

Ley 20.253 modifica el código penal y el código procesal penal en materia de seguridad ciudadana, y refuerza las atribuciones preventivas de las policías. 14 de marzo de 2008.

Ley 20.507 tipifica los delitos de tráfico ilícito de migrantes y trata de personas y establece normas para su prevención y más efectiva persecución criminal. 08 de abril de 2011.

Ley 20968, tipifica delitos de tortura y de tratos crueles, inhumanos y degradantes. 22 de noviembre de 2016.

Ley 21.013, tipifica un nuevo delito de maltrato y aumenta la protección de personas en situación especial. 06 de junio de 2017.

Ley 21.057 que regula las entrevistas grabadas en video y, otras medidas de resguardo a menores de edad, víctimas de delitos sexuales. 20 de enero de 2018.

Reglamento número 471, del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, publicado en el Diario Oficial el 2 de abril de 2019.

Auto acordado sobre funcionamiento de los Tribunales de Familia. Acta 104=2005. 30 de septiembre de 2005.

Instructivo Fiscal Nacional del Ministerio Público Oficio 160/2009, de 30 de marzo del año 2009.

JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL

Sistema interamericano.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Caso Atala Riffo y niñas vs. Chile”, 24 de febrero de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, “Niños de la Calle” (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala, de 19 de noviembre de 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Hermanos Landaeta Mejías y otros vs. Venezuela, de 27 de agosto de 2014.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Bulacio vs. Argentina. Sentencia de 18 de septiembre de 2003.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Niñas Yean y Bosico Vs. República dominicana, de 8 de septiembre de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los Hermanos Gómez Paquiyauri Vs. Perú. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 8 de julio de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Villagran Morales y otros vs Guatemala” sentencia del 19 de noviembre de 1999.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Gelman Vs. Uruguay, de 24 de febrero de 2011, párrafo 130.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Instituto de Reeducción del Menor Vs. Paraguay, de 2 de septiembre de 2004.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Furlán y Familiares Vs. Argentina, de 31 de agosto de 2012.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Rosendo Cantú y otra Vs. México, de 31 de agosto de 2010.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Familia Pacheco Tineo Vs. Bolivia, de 25 de noviembre de 2013.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de los Niños y Adolescentes Privados de Libertad en el “Complexo do Tatuapé” da FEBEM respecto de Brasil, de 30 de noviembre de 2005.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Goiburú y otros vs. Paraguay. Fondo, reparaciones y costas. Sentencia de 22 de septiembre de 2006.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Genie Lacayo Vs. Nicaragua. Sentencia de 29 de enero de 1997 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Loayza Tamayo Vs. Perú. Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Fondo).

Sistema Europeo.

Sentencia Tribunal Justicia Consejo de Europa, 16.6.2005, caso Proceso penal contra María Pupino (TJCE 2005\184).

Sentencia Tribunal Europeo Derechos Humanos, 26.3.1996 (TEDH 1996\20).

Sentencia Tribunal Europeo Derechos Humanos, 2.7.2002 (TEDH 2002\43) y 27.1.2009 (JUR 2009\33841).

Sentencia Tribunal Europeo Derechos Humanos, 19.6.2007 (JUR 2007\146805).

Sentencia Tribunal Europeo Derechos Humanos, 20.12.2001, caso P. S. contra Alemania (TEDH 2001\881, párr. 23).

Sentencia Tribunal Europeo Derechos Humanos, Caso D. contra Finlandia. Sentencia de 7 julio 2009. JUR 2009\338381.

Sentencia Tribunal Europeo Derechos Humanos, 7.7.2009, caso D. contra Finlandia (JUR 2009\338381).

Sentencia Tribunal Europeo Derechos Humanos, Caso Slobodan contra Países Bajos, Decisión no. 29838/96 de 15 de enero de 1997.

Sentencia Tribunal Europeo Derechos Humanos, 20.1.2005, caso Accardi y otro contra Italia (TEDH 30598/02).

Sentencia Tribunal Europeo Derechos Humanos, 2.7.2002, caso S.N. contra Suecia (TEDH 2002\43).

Sentencia Tribunal Europeo Derechos Humanos, 14.12.1999, caso A.M. contra Italia (TEDH 1999\66).

Sentencia Tribunal Europeo Derechos Humanos, Sec. 3a, 20.12.2001, caso P. S. contra Alemania (TEDH 2001\881, párr. 24).

Sentencia Tribunal Europeo Derechos Humanos, 26.4.1991, caso Asch contra Austria (TEDH 1991\29).

Sentencia Tribunal Europeo Derechos Humanos, Sec. 1a, 4.12.2003, caso M. C. contra Bulgaria (JUR 2003\253041).

Sentencia Tribunal Europeo Derechos Humanos, Sec. 4a, 15.3.2016, caso M.G.C. contra Rumania (JUR 2016\61918).

Sentencia Tribunal Europeo Derechos Humanos, caso Lobo Machado v. Portugal, 20/02/1996, Rec. 1996-I, párrafo 31.

JURISPRUDENCIA CHILENA.

Tribunal Constitucional, Rol N° 478-2006, de 8 de agosto de 2006.

Tribunal Constitucional, Rol N° 815, de 14 de agosto de 2008.

Corte Suprema, Rol 6.349/2013.

Corte Suprema N° 2866-13, 17 de junio de dos mil trece

Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago. Contra Enrique Alfredo Orellana Cifuentes. Delito: abuso sexual, violación impropia y abuso agravado, RUC 1000763258-K, RIT 282-2012, 9 de octubre de dos mil trece.

PAGINAS WEB CONSULADAS:

https://www.eldiario.es/desalambre/Somalia-Unidos-Convencion-Derechos-Nino_0_355215165.html , octubre de 2018.

Trabajos preparatorios de la Convención sobre derechos del niño. E/CN.4/ 1989/48. En: <http://hr-travaux.law.virginia.edu/document/crc/ecn4198948/nid-139>

OPINIÓN TÉCNICA CONSULTIVA N° 001/2014 UNODC ROPAN. El uso del anticipo de prueba para disminuir la revictimización de los niños, niñas y adolescentes en la República de Panamá. Disponible en: https://www.unodc.org/documents/ropan/Technical_Consultative_Opinions_2014/OTC_001_2014.pdf