

REVISTA DE **DERECHOS DEL NIÑO**

**NÚMERO UNO
2002**

JAIME COUSO SALAS
DIRECTOR

MARTÍN BERNALES

LIDIA CASAS

MIGUEL CILLERO

JORGE CORREA

JAIME COUSO

JUAN A. GUZMÁN

GUY MASTERS

PATRICIO MILLÁN

MACARENA VARGAS

LUIS VILLAVICENCIO



**REVISTA
DE DERECHOS
DEL NIÑO**

**NÚMERO UNO
2002**

Revista de Derechos del Niño
Número Uno / 2002

Programa de Derechos del Niño
del Centro de Investigaciones Jurídicas
de la Universidad Diego Portales.

Fondo de Naciones Unidas para la Infancia.
Oficina de Área de Argentina, Chile y Uruguay.

Director:

Jaime Couso

Comité editorial:

Mary Beloff
Miguel Cillero
Mauricio Duce
Emilio García Méndez
Felipe González
Carlos Peña

Asistente editorial:

Paloma Valenzuela

Diseño:

Mónica Widoycovich

Producción gráfica:

Ana María Baraona

Ilustración portada:

Greta Niehaus

Impreso en

Andros Impresores

ISSN: 0717-9049

Inscripción N° 128.712

Publicado en Santiago de Chile, octubre 2002

Derechos reservados

1.000 ejemplares

Las opiniones vertidas en los artículos publicados
son de exclusiva responsabilidad de sus autores.

Reservados todos los derechos de esta edición
para la Universidad Diego Portales y Unicef.

INDICE

ESTUDIOS

- Derechos humanos de la infancia/adolescencia en la justicia “penal de menores” de Chile: evaluación y perspectivas
Miguel Cillero y Martín Bernales 9
- La representación de niños, niñas y adolescentes en los procedimientos para la adopción de medidas de protección
Patricio Millán y Luis Villavicencio 41
- El nuevo proceso penal y los imputados menores de edad.
Estudio exploratorio acerca de los resultados del primer año de aplicación en las regiones de Coquimbo y La Araucanía
Jaime Couso 93
- Los niños en la mediación familiar
Macarena Vargas 137
- Comentario al artículo de Macarena Vargas
Paula Correa 167
- Conductas discriminatorias, abusivas e infundadas en contra de estudiantes en la selección y marginación en los establecimientos de Educación Básica y Media.
Diagnóstico y caracterización del problema
Lidia Casas y Jorge Correa 173

ENSAYOS

- Reflexiones sobre el desarrollo internacional de la Justicia Restaurativa
Guy Masters 227
- Experiencias comparadas de Resolución de Conflictos en la Educación
Lidia Casas 243
- La fe del carbonero
Juan Andrés Guzmán 267

SEMINARIOS

- Derechos del Niño en la educación y discriminación:
muchos principios y pocas reglas
Paloma Valenzuela 283
- Coloquio sobre Modelos de Resolución de conflictos en la educación en Canadá, Argentina, Uruguay y Chile.
Paloma Valenzuela 289

LIBROS

- Priscilla Anderson y Jonathan Montgomery,
“Health Care Choices. Making decisions with children”
Patricio Millán 295

Varios Autores. Editado por Deirdre Fottrell, “Revisiting Children’s rights. 10 years of the UN Convention on the Rights of the Child” <i>Patricio Millán</i>	299
Lidia Casas, Claudia Dides y Pablo Isla, “Confidencialidad de la Información y consentimiento informado en salud sexual y reproductiva.” <i>Claudia Dides</i>	301
JURISPRUDENCIA	
Moda, Libertad de expresión y Derechos del niño en la educación en Chile, <i>con comentario de Jaime Couso</i>	309
Criterios de determinación judicial de la sanción penal juvenil en Costa Rica	327

PRESENTACIÓN

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño ha sido caracterizada como un verdadero hito histórico en la consideración social y jurídica de la infancia y la adolescencia. La recepción de este Tratado en los ordenamientos jurídicos nacionales ha promovido un debate público sobre la necesidad de desarrollar profundas transformaciones políticas, jurídicas y culturales, que garanticen la protección de los derechos de las personas menores de dieciocho años.

Los procesos de reforma legal, que con mayor o menor éxito y amplitud han tenido lugar en todos los países de Iberoamérica, se han inspirado y alimentado directamente de la doctrina de la Convención. Asimismo han sido relevantes para estas reformas los estudios críticos de la legislación e instituciones a que dio origen el derecho de menores, y la expansión de una cultura de respeto a los derechos humanos.

Los nuevos puntos de vista empezaron a desarrollarse, con la creación de nuevos conceptos y teorías sobre la legislación y las políticas públicas relativas a la infancia y la adolescencia, en el ámbito académico y profesional. Estas ideas se difunden, analizan e interpretan en actividades universitarias de formación de abogados y profesionales de las ciencias sociales, mediante investigaciones, seminarios, postítulos y diplomados.

Pese a la riqueza de estas actividades, son escasas las iniciativas destinadas a institucionalizar la producción de conocimiento y la reflexión académica sistemática sobre las complejas cuestiones teóricas y prácticas implicadas en la modificación de las concepciones que históricamente han predominado en las políticas públicas y la legislación de infancia y adolescencia.

UNICEF y la Universidad Diego Portales quieren responder a la necesidad de contar con un medio que contribuya a superar este relativo vacío con la Revista de Derechos del Niño, que se editará anualmente, y estará destinada a un público especializado de Chile y otros países de habla hispana.

El contenido de este primer número tiene a Chile como principal referencia geográfica pero, en el futuro, se espera ampliar la reflexión al ámbito iberoamericano con colaboraciones recibidas desde otros lugares. Un Comité Editorial Internacional está encargado de promover, seleccionar y revisar los estudios, ensayos y demás secciones de la Revista.

La primera sección, denominada “Estudios”, contiene investigaciones encargadas especialmente por el Comité Editorial a expertos en diversas áreas del Derecho y de las Políticas Públicas. La sección “Ensayos” se destina a difundir

colaboraciones, preferentemente inéditas, de la comunidad académica chilena y extranjera. Por último, se reseñan seminarios, libros, sentencias judiciales, leyes y proyectos de ley.

Unicef y la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales se complacen, pues, en presentar al público esta iniciativa, seguros de estar haciendo una contribución pionera en este esfuerzo por dotar de perfiles y contenidos más claros y rigurosos a los nuevos puntos de vista que el derecho y la política pública viene ensayando para hacerse cargo de los derechos del niño.

Carlos Peña

Decano Facultad de Derecho
Universidad Diego Portales

Egidio Crotti

Representante de UNICEF para
Argentina, Chile y Uruguay

ESTUDIOS

ENSAYOS

SEMINARIOS

LIBROS

JURISPRUDENCIA

DERECHOS HUMANOS DE LA INFANCIA / ADOLESCENCIA EN LA JUSTICIA “PENAL DE MENORES” DE CHILE: EVALUACIÓN Y PERSPECTIVAS¹

*Miguel Cillero Bruñol*²
*Martín Bernales Odino*³

La Informalidad del sistema tutelar de menores, que se estableció en nuestra legislación con la intención de beneficiar a los niños y adolescentes, ha permitido el surgimiento de un sistema punitivo / tutelar, que no se somete a los controles propios del sistema penal formal, y que es fuente permanente de vulneración de derechos constitucionales, tanto en el ámbito procesal, como en el de las garantías sustanciales”. (Presidente Ricardo Lagos E.⁴)

EN ESTE ESTUDIO SE SOSTIENE QUE EXISTE UNA GRAVE CONTRADICCIÓN ENTRE LAS NORMAS QUE RECONOCEN LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES Y LAS PRÁCTICAS EFECTIVAS DEL SISTEMA DE JUSTICIA PENAL DE MENORES EN CHILE.

SE LLEGA A ESTA CONCLUSIÓN LUEGO DE REVISAR CRÍTICAMENTE LOS ASPECTOS GENERALES DE LA EVOLUCIÓN DE LA LEGISLACIÓN EN CHILE Y EN EL DERECHO COMPARADO, PARTICULARMENTE DE AMÉRICA LATINA. ASIMISMO, SE OBSERVA UNA RELATIVA INCAPACIDAD DE LAS INSTANCIAS LEGISLATIVAS Y JURISDICCIONALES PARA DESARROLLAR MECANISMOS PARA ASEGURAR LA PROTECCIÓN EFECTIVA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES EN EL ÁMBITO DE LA JUSTICIA PENAL.

EL INICIO DE LA DISCUSIÓN DE UN PROYECTO DE LEY SOBRE LA MATERIA, JUNTO AL ACOGIAMIENTO DE UN RECURSO DE AMPARO POR LA CORTE DE APELACIONES DE SANTIAGO, PUEDEN SIGNIFICAR UN IMPORTANTE AVANCE EN LA ESTRUCTURACIÓN DE UN SISTEMA QUE RESPETE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LOS ADOLESCENTES Y FAVOREZCA UNA CONVIVENCIA PACÍFICA EN EL MARCO DEL RESPETO DE LOS DERECHOS DE TODOS LOS CIUDADANOS.

¹ Paras fines de este artículo se entiende por infancia a toda persona hasta los catorce años y se utiliza el término adolescencia para los mayores de catorce y menores de dieciocho años.

² Miguel Cillero Bruñol, Investigador Asociado al Centro de Investigaciones Jurídicas de la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales y Consultor Internacional de UNICEF para la Oficina de Argentina, Chile y Uruguay.

³ Martín Bernales Odino, Abogado Unidad Jurídica de la Fundación Hogar de Cristo.

Los autores de este estudio agradecen el importante apoyo de Laura Martínez-Mora en la redacción del texto final.

⁴ Mensaje del Presidente de la República Ricardo Lagos Escobar al Congreso Nacional sobre el Proyecto de Ley que establece el Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal, Santiago 2 de agosto 2002. En este estudio no se analiza en detalle el Proyecto de Ley enviado por el Ejecutivo, por cuanto su presentación coincide con la elaboración de este documento.

INTRODUCCIÓN

En agosto del año 2002 el Presidente de la República de Chile envió al Congreso Nacional el Proyecto de Ley que establece un nuevo “Sistema de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal”. En el Mensaje afirmó que las normas y prácticas del actual sistema de justicia aplicable a las personas menores de dieciocho años son *“fuente permanente de vulneración de derechos constitucionales, tanto en el ámbito procesal, como en el de las garantías sustanciales”*.⁵

La clara posición asumida por el Presidente de la República sobre la necesidad de reformar el actual sistema de “justicia penal de menores” es la mejor justificación de la pertinencia de este estudio, que pretende reunir evidencia sobre la existencia de una grave contradicción de los estándares normativos establecidos en la Constitución y los Tratados Internacionales con las Leyes de Menores y la situación efectiva de los derechos humanos de los niños y adolescentes sometidos al sistema de justicia penal de menores.

Además, se analizan los antecedentes generales y el estado de la discusión sobre la relación entre adolescentes y sistema penal en el derecho comparado; y la normativa e iniciativas de reforma en Chile, con especial atención a los discursos que predominan en la deliberación pública sobre el tema.⁶

1. LA JUSTICIA “PENAL” EN EL SISTEMA TUTELAR DE “MENORES”: ASPECTOS GENERALES

Con objeto de delimitar lo más estrictamente posible el ámbito en que se desarrolló el estudio se utiliza el término justicia “penal de menores”. Con esta denominación se hace referencia a aquella parte del sistema tutelar de menores, vigente en Chile, que organiza el control y la reacción del Estado frente a las infracciones a la ley penal cometidas por niños y adolescentes. En el estudio no se abordó la situación de los derechos humanos de los niños y adolescentes sometidos al sistema tutelar por hipótesis distintas a la comisión de una infracción a la ley penal, aún cuando a ellos puedan serle impuestas medidas coercitivas que, desde un punto de vista material, constituirían penas.

Como el problema de la discusión terminológica ha sido ocupación permanente del derecho de menores, y también de sus críticos, se ha optado por utilizar el

⁵ Este juicio, como se verá, coincide con las afirmaciones que la mayor parte de la doctrina y la jurisprudencia internacional han venido sosteniendo progresivamente en el mundo occidental desde hace casi 40 años.

⁶ Este informe es el resultado de la investigación y recopilación de múltiples testimonios normativos, jurisprudenciales, de expertos y organismos técnicos nacionales e internacionales.

término entrecomillado para destacar el carácter *sui generis* de este sistema de control/protección de la infancia y la adolescencia, respecto del cual no existe consenso sobre su denominación.⁷

El sistema tutelar de menores chileno se inspira en la experiencia iniciada a fines del siglo XIX en Estados Unidos de América, específicamente en la ciudad de Chicago, que es rápida y homogéneamente replicada en todo el continente americano durante los primeros decenios del siglo veinte.⁸

Desde el punto de vista del desarrollo del pensamiento penal, el sistema tutelar de menores es el resultado del entrecruzamiento de, al menos, dos visiones del fenómeno criminal: la corriente humanitaria y el positivismo naturalista. En Chile también persistirán en el ordenamiento jurídico elementos como el discernimiento, provenientes del retribucionismo que inspiró a la legislación penal en el s. XIX.

La corriente que podemos denominar “humanitaria”⁹ surge como una legítima indignación por las condiciones en que las personas menores de edad eran tratadas por el derecho penal clásico y que propiciaron la creación de un sistema de justicia especializado para menores. El punto central de esta preocupación fue la inexistencia de un sistema de ejecución penal que asegurara la segregación de menores de adultos.

En Chile, como ejemplo de esta preocupación se puede citar la opinión de Máximo Latorre,¹⁰ médico de prisiones, quien decía en 1890: “ante todo llama la atención la irregularidad penal que existe respecto a los jóvenes delincuentes. El límite fijado por nuestra legislación de irresponsabilidad criminal son los diez años. De aquí hasta los dieciséis hay que probar que el pequeño criminal ha

⁷ En Chile se le ha caracterizado como un sistema punitivo/tutelar que rebasa los límites propios del principio de legalidad de la intervención penal, aplicándose con relativa uniformidad para reaccionar ante infracciones a la ley penal o frente a lo que las leyes de menores denominan “irregularidades”. Ver Cillero Miguel y Egenau Paulo, *Administración de Justicia Juvenil y Daño Psicosocial en II Seminario Latinoamericano. Los derechos del niño en una sociedad democrática*, Ed. SENAME, Santiago, Chile, 1992, pgs. 272-289.

⁸ Para más antecedentes de este fenómeno ver Cillero Miguel, *Adolescentes y Sistema Penal. Proposiciones desde la Convención sobre los Derechos del Niño* en Cillero M. y Madariaga H. Compiladores: *Infancia, Derecho y Justicia*, coediciones Departamento de Sociología, Facultad de Ciencias Sociales Universidad de Chile/UNICEF, Santiago, Chile, 1999, pgs. 49-51.

⁹ Denominamos “humanitaria” a la corriente que aboga por el mejoramiento de las condiciones de vida de las personas menores de edad privadas de libertad, ya que ella refleja una clara identificación con el principio de respeto de la dignidad humana que se entronca directamente con el moderno derecho internacional de los derechos humanos y, en particular, con los derechos de la infancia y adolescencia.

¹⁰ Citado en León Marco Antonio, *Sistema Carcelario en Chile. Visiones, Realidades y Proyectos (1816-1916)*, Dibam, Santiago, Chile, 1997, pgs. 228-229. Para mayor información sobre el desarrollo histórico de la legislación chilena ver Cillero Miguel, *Evolución Histórica de la Consideración Jurídica de la infancia y Adolescencia en Chile* en Pilotti Francisco, coordinador, *Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile*, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994 y Cillero Miguel, *Comentario al Artículo 10 N°s 2 y 3 del Código Penal*, en Politoff Sergio; Ortiz Luis (directores) y Matus Jean Pierre (coordinador), *Texto y Comentario del Código Penal Chileno*, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2002, pgs. 109-126.

procedido con discernimiento. De 16 a 18 años, la edad se mira como atenuante de la pena. De modo que la plena responsabilidad penal comienza a los 18 años de vida... pero no está ahí lo más grave de nuestro sistema penal, sino en la manera en cómo se tratan los jóvenes delincuentes. La justicia por humanidad busca un pretexto en sus pocos años para atenuarles la pena; el hecho, la sociedad los condenan. Han robado, quizás asesinado o incendiado con poco o ningún discernimiento. Otros desgraciados son acusados de vagancia o mendicidad, y todos van a un mismo lugar de detención: las cárceles o el presidio. He aquí el mal que desearíamos ver remediado”, y continuaba, “el niño no debe ir a las cárceles ni aislado ni en promiscuidad con los bellacos avezados. Deben crearse lugares de detención o corrección adecuados. Los jueces no debían condenar a pena alguna a los menores de 12 años de edad. No deben olvidar que la más pequeña condena compromete el porvenir del hombre y en vez de corregirlo lo permite... en los lugares de detención los menores de 12 años deben estar absolutamente separados de los adultos y de los mayores de 16.”

Finalmente, en cuanto a la gravedad de los hechos y las consecuencias del encarcelamiento, señalaba “no es posible que siga el estado actual de las cosas en que vemos a menudo a menores condenados a las cárceles por mínimos delitos, salir de los lugares de detención con su moral ajada, la vergüenza perdida, llegando a ser más tarde verdaderos criminales.”

Esta preocupación por la “manera en que se trata a los menores de edad” es un primer acercamiento, aunque aún precario, al análisis crítico de las prácticas penales a partir de los derechos fundamentales de los niños y adolescentes. Sin embargo, es de notar que los más mínimos estándares por los que se abogaba en 1890 todavía son, como se verá más adelante, una tarea pendiente.

Junto al humanitarismo será el positivismo naturalista -que se estructura a partir del evolucionismo sociológico de corte organicista y a las explicaciones sobre el fenómeno de la criminalidad postuladas por la denominada “antropología criminal”- la corriente que ejercerá gran influencia en la creación y funcionamiento del sistema tutelar de menores. Tanto en Europa como en Estados Unidos de América existe evidencia de la influencia que las teorías de autores como Herbert Spencer, Cesare Lombroso, Enrico Ferri, Rafael Garófalo y otros, tuvieron en la legislación especial de menores de fines del s. XIX y comienzos del XX.¹¹

El propio Ferri afirma que el derecho tutelar de menores fue espacio de concreción y de experimentación -agregamos nosotros- de las nuevas ideas, al

¹¹ Ver Platt Anthony, *Los Salvadores de los Niños o la Invención de la delincuencia*, Ed. S.XXI, 1a. ed, México, 1982; De Leo Gaetano, *La Justicia de Menores*, Ed. Teide Barcelona, 1985; y García Méndez Emilio, *Derecho de la Infancia/Adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral*, Editorial Forum-Pacis, Santa Fe de Bogotá, 1994.

decir que “representa el triunfo completo de las conclusiones de la escuela positiva, que adopta para los delincuentes menores no la pena/castigo -llamada intimidatoria-, sino una serie de medidas defensivas, educadoras y curativas adaptadas no a los pretendidos grados de discernimiento y de culpabilidad moral, sino a la diversa peligrosidad y readaptabilidad social de estos sujetos conscientes, pero con voluntad no madura”.¹² En consecuencia, en el sistema de menores se consolidó la pretensión de definir al delito como patología y a la pena como tratamiento.¹³

En Iberoamérica también influyeron las teorías del denominado positivismo correccionalista, representado entre otros autores por Dorado Montero.¹⁴ Este último proclamaba la salida de los niños y adolescentes del derecho penal a través de la creación de un derecho correccional de menores que, según afirmaba, se transforma “en obra benéfica y humanitaria en un capítulo de la pedagogía, la psiquiatría y el arte del buen gobierno conjuntamente”.¹⁵ En el mismo sentido, Cuello Calón afirmaba que “tratándose de niños a quienes no se va a imponer una pena, a hacer un mal, sino a tomar una medida de protección y tutela, a tomar una medida buena, no cabe exceso ni abuso. En el bien no hay exceso”.¹⁶

La influencia del positivismo, naturalista y correccionalista, fue enorme, produciéndose, como ha sido tradicional en la historia del derecho penal, una suerte de avasallamiento de la preocupación humanitaria por medio de una retórica que pretendía abolir el sistema penal, pero que sólo terminó cambiando el nombre de sus prácticas e instituciones.

El sistema tutelar no significó -como proclamaba Dorado Montero- la salida de los menores del sistema penal. Por el contrario, el resultado fue la incorporación de los niños y adolescentes a un sistema penal reforzado que se caracteriza por mantener, bajo otros nombres, los instrumentos represivos del derecho penal de adultos, y en particular las diferentes formas de encierro. Por esta razón, este proceso de sustitución de términos sin modificar la realidad ha sido catalogado como un fraude de etiquetas y, en particular, respecto de su pretensión abolicionista, puede señalarse que el sistema tutelar configura un “abolicionismo de etiqueta”.

¹² Ferri Enrico, *Principios de Derecho Criminal*, Ed Reus, Madrid, 1928, citado por Andrés Ibáñez Perfecto; *El Sistema Tutelar de Menores como Reacción Penal Reforzada* en Jiménez Burrillo Florencia y Clemente Miguel, *Psicología Social y Sistema Penal*, Alianza Editorial, Madrid, 1996.

¹³ Ferrajoli Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Ed. Trotta, Madrid, España, 1995, pgs. 41 y sgtes.

¹⁴ Sobre el positivismo correccionalista español ver: Bustos Ramírez Juan, *Introducción al Derecho Penal*, Editorial Temis, 2ª ed. Santa Fe de Bogotá, 1994, pgs. 137-140 y sobre su influencia en el derecho penal de menores: Cantarero Rocío, *Derecho Penal y Procesal de Menores*, Editorial Montecorvo, Madrid, 1988, pg. 100.

¹⁵ Dorado Montero P., *Los peritos médicos y la justicia criminal*, Madrid, 1906, pgs. 211 y sgtes. Citado por Sánchez García de Paz María Isabel, *Minoría de Edad Penal y Derecho Penal juvenil*, Editorial Comares, Granada, 1998, pg. 101.

¹⁶ Cuello Calón Carlos, *Tribunales para Niños*, Madrid, 1917, pg. 38.

El sistema tutelar potencia las posibilidades de control y represión al asumir, por un lado, los postulados del positivismo sustituyendo el límite representado por las garantías penales y procesales por el criterio de peligrosidad pre y post delictual; y, por otro, legitimando alguna forma de violencia moral ejercida sobre el niño o adolescente, bajo la forma de tratamientos forzados orientados a la modificación de su conciencia y subjetividad.¹⁷

Este modelo entra en crisis, en distintas partes del mundo occidental, en la medida que aumenta la conciencia sobre el carácter discriminatorio e inconstitucional de la exclusión de los niños y adolescentes de las garantías penales y procesales que se le reconocen a todas las personas en la Constitución.

La experiencia internacional revela que el Sistema Judicial fue el primero en reaccionar frente a la vulneración de derechos de los sistemas tutelares de menores;¹⁸ asimismo, la comunidad internacional emitió un juicio definitivo al aprobar en 1989¹⁹ la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (de aquí en adelante “la Convención” o CIDN) que entra en abierta contradicción con las leyes de menores vigentes a la época en toda América Latina.²⁰

A partir de 1989 en la mayor parte de América Latina y varios países de Europa se han tramitado y aprobado reformas legales,²¹ que tienen por objetivo sustituir la legislación de menores por una legislación adecuada a los principios, directrices y derechos contenidos en las Constituciones nacionales, la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (artículos 37 y 40), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículos 6, 10 y 14) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículos 5 y 19),²² entre otros instrumentos jurídicos.

En el ámbito penal existe relativo “consenso” sobre la necesidad y conveniencia de desarrollar un conjunto de estrategias político-criminales, leyes e instituciones especializadas para reaccionar ante los ilícitos penales cometidos por personas menores de dieciocho años que responda a la consideración de los niños y

¹⁷ Andrés Ibañez Perfecto, ob. cit., pg. 212.

¹⁸ Ejemplo de ello son en Estados Unidos el caso *Re Gault*, 378, USA, 1967, citada por Platt Anthony, ob. cit., pgs. 44 y sgtes.; en España la Sentencia 36/1991 del Tribunal Constitucional de España; y en Uruguay la Acordada 7.236 del 29 de Junio de 1994 de la Suprema Corte de Justicia.

¹⁹ En Chile la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño fue promulgada el 14 de agosto de 1990, por el Decreto Supremo 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores y publicada en el Diario Oficial el 27 de septiembre del mismo año.

²⁰ Ver el completo estudio de García Méndez Emilio y Beloff Mary (compiladores), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Temis/Depalma, 1ª edición, Santa Fe de Bogotá, 1998.

²¹ *Ibid.*

²² El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos fue promulgado por el Decreto Supremo 778 del Ministerio de Relaciones Exteriores el 30 de noviembre de 1976 y publicado en el Diario Oficial el 29 de abril de 1989 y la Convención Americana sobre Derechos Humanos fue promulgada por Decreto Supremo 873 del Ministerio de Relaciones Exteriores el 23 de agosto de 1990 y publicada en el D.O. el 5 de enero de 1991.

adolescentes como sujetos de derecho, y a los requerimientos de seguridad jurídica y protección de los derechos de todas las personas.

En Chile, rápidamente, se tuvo conciencia de la necesidad de revisar la legislación interna luego de ratificar la CIDN. El 20 de noviembre de 1990, justo al cumplirse un año de la aprobación por la Asamblea General de las Naciones Unidas de la Convención, el Ministerio de Justicia emite un decreto por el que crea una “Comisión Intersectorial Asesora”. Esta entidad tenía entre sus funciones “estudiar y redactar los proyectos de ley necesarios para dar cumplimiento a la Convención sobre los Derechos del Niño”.²³

Como se verá más adelante, este constituye el primer, y frustrado, intento de modificar la legislación sobre niños y adolescentes en materia penal. Posteriormente, hubo diversas iniciativas, incluso de carácter parlamentario, destinadas a modificar el régimen penal de los menores de edad. La mayoría de ellas se fundaron en la idea de seguridad ciudadana, y otras, entre las que destaca el Anteproyecto del Ministerio de Justicia de 1998, tuvieron un mayor énfasis en la adecuación de la legislación a los principios, directrices y derechos de la CIDN y otros instrumentos internacionales complementarios.

2. PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA LEGISLACIÓN CHILENA

Históricamente es posible observar que la edad de las personas ha sido una característica relevante para el derecho chileno. En el derecho penal durante mucho tiempo la edad se utilizó, solamente, como un criterio para excluir o poner en duda la responsabilidad penal de las personas.²⁴ Esta situación cambia de forma bastante acelerada durante el siglo XX, primero con la irrupción del “derecho tutelar de menores”, que generó los modelos de protección²⁵ y, luego, con la adopción por el derecho internacional de la doctrina de los derechos humanos de la infancia y la adolescencia, que reconoce al niño y el adolescente como sujeto de derecho y dan origen a sistemas especiales de responsabilidad penal juvenil.²⁶

²³ Decreto Exento N° 321, Ministerio de Justicia, 20 de noviembre de 1990. Ver más adelante apartado 3.1.

²⁴ Bustos Ramírez Juan, **Hacia la Desmitificación de la Facultad Reformadora en el Derecho de Menores: por un Derecho Penal de Menores** en *Un Derecho Penal del Menor*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago, Chile, 1992. Este es el enfoque habitual de los autores clásicos y de los sistemas de discernimiento.

²⁵ Giménez Esther, *La Justicia de Menores en el Siglo XIX: Una Gran Incógnita* en Bustos Juan, *ibid.*, pgs. 12 y sgtes.

²⁶ Cillero Miguel, *Nulla poena sine culpa. Un límite necesario al castigo penal* en *Justicia y Derechos del Niño*, N° 3, UNICEF, Buenos Aires, 2001.

Como se dijo, la ratificación de la CIDN generó un conflicto muy explícito entre la legislación de menores vigente y los derechos de los niños y adolescentes reconocidos en ella.

Estas contradicciones afectan particularmente a la normativa sobre responsabilidad penal de los menores de edad, que está contenida en una multiplicidad de cuerpos jurídicos de distinta inspiración doctrinaria y jerarquía. Así hay legislación de fuente nacional e internacional; de inspiración garantista o tutelar; de carácter procesal, penal sustantivo y normas administrativas, todas ellas, superpuestas sin mayor orden ni consistencia.

Entre la normativa más relevante está la Constitución Política de la República; la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; los Códigos Penal, de Procedimiento Penal y Procesal Penal; la Ley de Menores de 1967; la Ley relativa a la “Erradicación de Personas Menores de dieciocho años de las Cárceles de Adultos”, de 1994; la Ley que establece “Normas Adecuatorias del Sistema Legal Chileno a la Reforma Procesal Penal” del año 2002; el Decreto Ley 2.465 que crea el Servicio Nacional de Menores (SENAME) de 1979 y el Decreto con Fuerza de Ley 1.385 del Ministerio de Justicia de 1980 que establece el Régimen de Subvenciones de Instituciones Colaboradoras del SENAME.²⁷

Además, existe un conjunto de normas reglamentarias entre las que se destacan los Reglamentos “de Casas de Menores”²⁸ y el “Aplicable a Menores de Edad Internos en Establecimientos Administrados por Gendarmería”.²⁹ Este último, en su artículo 10, hace un explícito reconocimiento de la vigencia de las Reglas de Naciones Unidas relativas al tema al disponer que “la actividad al interior de estos centros, en especial el trato con los menores internos, se desarrollará con las garantías y dentro de los límites establecidos por la Constitución... y a las recomendaciones y directrices aprobadas por los organismos internacionales de los cuales Chile es miembro”.³⁰

²⁷ Ley de Menores N° 16.618 de 1967; Ley N° 19.343 relativa a la “Erradicación de Personas Menores de dieciocho años de las Cárceles de Adultos”, de 1994; Ley N° 19.806 que establece Normas Adecuatorias del Sistema Legal Chileno a la Reforma Procesal Penal” del año 2002, Decreto Ley 2.465 que crea el Servicio Nacional de Menores de 1979 y Decreto con Fuerza de Ley 1.385 del Ministerio de Justicia de 1980 que establece el Régimen de Subvenciones de Instituciones Colaboradoras del SENAME.

²⁸ Decreto Supremo 730, Ministerio de Justicia, publicado el 3 de diciembre de 1996.

²⁹ Decreto Supremo 553, Ministerio de Justicia, que establece el Reglamento Aplicable a Menores de Edad Internos en Establecimientos Administrados por Gendarmería”, publicado el 22 de enero de 2002.

³⁰ En este sentido, hay un expreso reconocimiento de parte de las autoridades administrativas de la vigencia, entre otras, de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para Menores Privados de Libertad, Resolución 45/113 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 14 de diciembre de 1990. La infracción a estas Reglas fue considerada recientemente por la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Santiago al acoger un recurso presentado por las condiciones de cumplimiento de la privación de libertad de menores reclusos en el Centro de Detención Preventiva, Santiago Sur, Módulo A. Recurso de Amparo rol 53.423-2002.

Esta dispersión normativa genera inseguridad jurídica y, particularmente, debilita la tutela judicial efectiva de los derechos fundamentales. Esta situación se ve agravada por la tendencia de la práctica judicial mayoritaria de los Tribunales de Menores a aplicar preferentemente las disposiciones de las leyes de menores.

También los Tribunales superiores, en casos de conflictos normativos, han resuelto dando primacía a la ley de menores sobre otras disposiciones. Un razonamiento que ilustra esta posición se puede encontrar en el Acuerdo de la Corte Suprema denominado “Complemento a la Instrucción sobre los Menores en el Nuevo Sistema Procesal Penal”.³¹

En él se establece que “las personas que tienen una edad no superior a 18 años deben ser consideradas como menores y, por consiguiente, penalmente inimputables, salvo el caso que los mayores de 16 hayan sido declarados con discernimiento por sentencia del juez de menores, sin perjuicio de que deben ser tratados como menores en tanto no se haga tal declaración”. La Corte sostiene que el discernimiento “no es una diligencia de investigación, sino que es previa a la misma, es el presupuesto que habilita o hace posible al Ministerio Público iniciar la persecución penal en contra de ese menor y, de consiguiente, no integra la persecución penal”, agregando que “como el menor no se encuentra detenido, sino retenido, el Juzgado de Garantía no puede pronunciarse acerca de si mantiene esa medida, porque carece de facultades para hacerlo. El Juzgado de Garantía tiene facultad para disponer la libertad de una persona, para mantener su detención, para arrestarla o someterla a prisión preventiva, pero no para recogerla o retenerla, medidas estas últimas que en el caso de los menores tiene naturaleza preventiva en beneficio de estos, y queda comprendida en el ámbito de las atribuciones del Juez de Menores (artículo 26 N°8, 9, 10 y 11 de la Ley de Menores). El Juez de Garantía no está facultado para resolver la posible libertad provisional del menor retenido, porque esta institución no existe en el Código Procesal Penal... Atendido lo señalado se imparte la siguiente instrucción complementaria y aclaratoria: el Juez de Menores es el tribunal competente para pronunciarse acerca de si mantiene o no esa retención y para resolver sobre el discernimiento.”

El Tribunal por el solo hecho de definir la retención³² como una medida preventiva establecida en beneficio del “menor”, y no como la privación de la libertad de una persona que está siendo investigada penalmente, termina negando al adolescente los derechos y garantías establecidas en el nuevo Sistema Procesal Penal.

³¹ Acuerdo Corte Suprema N° 87-2001.

³² En estricto rigor la ley no establece la retención como facultad judicial, sino policial (Art. 16 Ley 16.618). A mayor abundamiento, el artículo 347 bis A del Código de Procedimiento Penal, con la modificación de 1989, resolvió este punto, señalando expresamente que la internación durante la declaración de discernimiento será considerada privación de libertad para todos los efectos legales pudiéndose pedir la libertad provisional de acuerdo a las reglas generales.

De seguir esta doctrina, las disposiciones de la Ley de Menores primarían y dejarían sin efecto el conjunto de garantías de las personas ante el sistema penal y, en particular, el derecho a pedir la libertad provisional establecido en la letra e) del artículo 19 n° 7 de la Constitución. Esta situación tuvo que ser resuelta por la citada Ley 19.806 que, reconociendo la existencia de la persecución penal durante el estudio del discernimiento, estableció la necesidad de formalizar la investigación y que el Juez de Garantías se pronuncie sobre la procedencia o improcedencia de la aplicación de medidas cautelares personales.

2.1. Edad Penal y Garantías

En materia sustantiva la regla sobre la edad penal se establece en el artículo 10 del Código Penal, que dispone que están exentos de responsabilidad criminal el menor de dieciséis años; y el mayor de dieciséis y menor de dieciocho años, a no ser que conste que ha obrado con discernimiento. En el caso de los menores declarados con discernimiento, se establece que serán juzgados según la reglas del procedimiento penal y se les impondrá la pena correspondiente a los adultos, aunque tendrán derecho a una atenuante especial.

La Ley de Menores y las leyes procesales penales regulan los procedimientos y requisitos que la ley establece para que el Juez emita su pronunciamiento. Asimismo, la Ley de Menores contempla la adopción de “medidas de protección” para los menores que se encuentren exentos de responsabilidad criminal.

De este modo el sistema se estructura sobre la base de una presunción de derecho de irresponsabilidad penal de todas las personas menores de dieciséis años y de una presunción simplemente legal de irresponsabilidad penal de los mayores de dieciséis y menores de dieciocho años.

En consecuencia, la legislación chilena no garantiza una regla básica, derivada de la interpretación conjunta de los artículos 1 y 40 de la CIDN, que impide el juzgamiento y sanción de toda persona menor de 18 años como adulto.

Esta anomalía fue observada por el Comité de los Derechos del Niño en 1994, y reiterada de forma categórica en la reciente sesión del mismo Comité, en que se revisó el segundo informe del Gobierno de Chile: “el Comité expresa asimismo su inquietud porque el derecho y el procedimiento penal para adultos pueden aplicarse también a los niños de 16 a 18 años de edad que han obrado con discernimiento, y que la recomendación anterior de que el Estado Parte se ocupara de la cuestión de la edad mínima de responsabilidad penal no se ha llevado a la práctica”.³³

³³ Observaciones y Recomendaciones del Comité sobre los Derechos del Niño sobre Chile, de 1 de febrero de 2002 (CRC/C/15/Add.173), par. 53.

Sin embargo, los problemas también alcanzan a los menores de 16 años o a los mayores de esa edad declarados sin discernimiento, en cuanto estas definiciones normativas son relativas, ya que, el mismo sistema legal que establece la exención responsabilidad penal, autoriza la imposición de medidas de protección que, desde un punto sustancial, tienen claramente contenido punitivo.

Esta peculiar situación ha originado el núcleo central del debate jurídico en Chile acerca del derecho de menores: a qué garantías debe tener derecho el menor de edad sometido al sistema tutelar de menores, cuando éste pretende imponer medidas de protección que son consecuencia de habersele imputado la comisión de una infracción a la Ley penal.³⁴

En un segundo plano de la discusión, pero no menos importante, aparece la pregunta sobre qué garantías deben tener las personas menores de edad respecto de cualquier medida coactiva, restrictiva o privativa de libertad, que imponga el sistema tutelar de menores en situaciones caracterizadas por las Leyes de Menores con términos como “irregularidad”, “necesidad de asistencia o protección”, “peligro material o moral” o “desajuste conductual”.³⁵

El Comité también observó este punto señalando su preocupación porque aún está en vigor la Ley de Menores de 1967, basada en la doctrina de la situación irregular, que no establece una distinción clara, en términos de procedimientos judiciales y de trato entre los niños que necesitan cuidado y protección y los que están en conflicto con la ley.³⁶

En síntesis, el problema básico ha sido la falta de reconocimiento del carácter punitivo del sistema de menores y las medidas que éste impone y, en consecuencia, la negación de la necesidad de limitarlo, al menos con iguales garantías que las que el derecho contempla para los adultos. Un ejemplo de este conflicto de definiciones es el citado Acuerdo de la Corte Suprema del 2001 que no consideraba la retención como privación de libertad, sino como una medida preventiva establecida en beneficio del menor.

El resultado de esta indefinición ha sido la inexistencia de mecanismos formales que permitan impedir y controlar efectivamente la vulneración de los derechos de los niños y adolescentes sometidos al sistema tutelar de menores, debido a que éste no cuenta con las instancias procesales adecuadas para hacerlo.

³⁴ Al respecto ver Cillero Miguel *Leyes de Menores, Sistema Penal e Instrumentos de Derechos Humanos* en Medina, Cecilia y Mera, Jorge (editores), *Sistema Jurídico y Derechos Humanos. El Derecho Nacional y las Obligaciones de Chile en materia de Derechos Humanos*, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 1996, pgs. 477-543.

³⁵ Ver sobre este punto a Couso Jaime, *Problemas Teóricos y Prácticos del Principio de Separación de Medidas y Programas, entre la Vía Penal Juvenil y la Vía de Protección Especial de Derechos* en *De la Tutela a la Justicia*, varios autores, Opción/UNICEF, Santiago, Chile, 1998 pgs. 71 y sgtes.

³⁶ *Ibid.*

Un ejemplo relevante son los abusos policiales, ya que en el sistema de menores no existe ningún procedimiento de verificación de la legalidad de la detención. La introducción del nuevo proceso penal, en cambio, genera instancias como la audiencia de control de detención que permiten desarrollar un control jurisdiccional de la actuación de la policía y, a su vez, entregar al niño o adolescente un reconocimiento explícito que es una persona con derechos frente a la autoridad.³⁷

Los abusos policiales, realidad conocida a fines de los ochenta y comienzos de los 90,³⁸ se mantienen en los primeros años del 2000, siendo identificada por las tres últimas investigaciones realizadas en Chile, como una práctica reconocida por los niños y los actores del sistema. Al respecto resulta elocuente que en uno de esos estudios, el 81% de los adolescentes entrevistados calificaran de malo el trato recibido por Carabineros o la Policía de Investigaciones declarando, entre otros abusos, que “le dieron golpes: patadas, puñetes, con palos, fierros (93,8%)”.³⁹

En este mismo sentido un estudio de UNICEF destaca que mientras el 47% de los adolescentes entrevistados señala, por lo que ha visto o vivido, que los funcionarios policiales habitualmente los maltratan al realizar la detención, solo el 3% afirma recibir un trato correcto.⁴⁰

2.2. Privación de Libertad. Niños y Adolescentes en Recintos Penales de los Adultos

El artículo 37.b. de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño establece que “la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.”

A su vez, la Regla 11.b. de las Reglas Mínimas de Protección de Menores Privados de Libertad, precisan el artículo 37.b. señalando que “por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir

³⁷ En estas audiencias se pueden detectar casos de maltrato y el defensor puede plantear la ilegalidad de la detención.

³⁸ Ver Cillero Miguel y Egenau Paulo, ob. cit., pg. 9.

³⁹ Jiménez M. Angélica, *Adolescentes Privados de Libertad y Justicia de Menores*, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2000. En el estudio se entrevistaron 160 adolescentes de 16 o 17 años, privados de libertad. Ver también Riego Cristián y Tsukame Alejandro, *Estudio del Sistema de Administración de Justicia de Menores*, s/f, Santiago, Chile, 1998, pg.12-13; Centro por la Justicia y el Derecho Internacional (CEJIL) y Centro de Investigaciones Jurídicas Escuela de Derecho Universidad Diego Portales (UDP), *Tortura, Derechos Humanos y Justicia Criminal en Chile. Resultados de una Investigación Exploratoria*, Santiago, Chile, 2002, pg.119.

⁴⁰ *La Voz de los Adolescentes: Percepciones sobre Seguridad y Violencia en Buenos Aires, Montevideo y Santiago de Chile en Justicia y Derechos del Niño*, N°3, Unicef, Buenos Aires, 2001, pg. 190.

al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública”.

Pese a la claridad de estas disposiciones, es un juicio compartido que la Ley de Menores 16.618 autoriza ampliamente el uso de la privación de libertad, tanto para los infractores de ley penal como para los niños y adolescentes necesitados de asistencia o protección, ya sea como medida de protección o durante el proceso.⁴¹ La gravedad de esta situación hizo que el Comité de los Derechos del Niño observara “con inquietud que la detención no se utiliza solo como último recurso, especialmente en el caso de los niños pobres y socialmente desfavorecidos”.⁴²

Otra vulneración de derechos está relacionada con la internación de personas menores de edad en recintos penales de adultos. El artículo 37.c. de la CIDN establece como primera concreción del trato digno y humanitario la separación de niños y adultos privados de libertad. Pese a ello, el artículo 71 c) de la Ley de Menores,⁴³ faculta al Presidente de la República para designar los Centros de Reclusión donde puedan estar los niños durante el examen de discernimiento, cuando no exista un Centro de Observación y Diagnóstico (COD).

Por este motivo en todas las regiones del país, con excepción de la metropolitana, existen cárceles de adultos donde se habilita una sección para los adolescentes. De los 54 Centros autorizados para privar de libertad durante el discernimiento, 38 son Centros Penitenciarios de Adultos y 16 COD, 4 de ellos ubicados en la Región Metropolitana.⁴⁴ Por esta razón aún permanecen numerosos niños y adolescentes en cárceles, precariamente separados de la población adulta, situación que afecta en mayor medida a las niñas debido a la escasez de centros especiales para ellas.⁴⁵

Según cifras oficiales de 1993, en el 83,5% de los Recintos de Gendarmería se registraban menores de edad privados de libertad. El 26,01% del total de ellos estaban internados por simple protección, aunque en el caso de las niñas el 57,19 % era ingresado por esta causal.⁴⁶

⁴¹ Ver Cillero Miguel, *Leyes de Menores*, ob. cit.

⁴² Observaciones y Recomendaciones del Comité sobre los Derechos del Niño sobre Chile, par. 53.

⁴³ Esta norma fue introducida en la Ley de Menores por la Ley 19.343 de Erradicación de Menores de la Cárcel de Adultos.

⁴⁴ Los Decretos Supremos del Ministerio de Justicia, publicados el 27 de Febrero del 2002 con números correlativos por región desde el 67 al 79, establecieron los Centros donde se puede privar a un niño durante el examen de discernimiento, sea COD o Recinto de Gendarmería de Chile.

⁴⁵ Ver CEJIL-UDP, ob. cit., p.131.

⁴⁶ Ministerio de Justicia, *Diagnóstico Nacional de Menores en Unidades de Gendarmería de Chile*, s/f, Santiago, Chile, 1993.

Para superar esta situación, se aprobó la Ley para la Erradicación de Personas Menores de Edad de las Cárceles de Adultos en 1994. Sin embargo, sus resultados han sido menores de los esperados en cuanto a la reducción del número de personas menores de edad privadas de libertad en recintos penales de adultos.

Estadísticas del SENAME indican que en todos los años, desde 1990, han permanecido niños en estos recintos y que, desde 1996, la tendencia es a que haya cada vez más. Así lo ilustran los datos siguientes:

Promedio Diario de Niños y Niñas a en Recintos de Gendarmería⁴⁷

	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
TOTAL	510	556	397	366	271	237	308	320	403	519	599	492

Ingreso Anual de Niños y Niñas a Recintos de Gendarmería⁴⁸

	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
TOTAL	5346	7891	6266	6547	4979	2459	2745	2998	3259	4026	4959	4008

También es importante revisar la proporción de privados de libertad en los distintos tipos de recintos desde 1990 como lo representa el siguiente cuadro:

Porcentaje de Ingreso Anual de Niños y Niñas a Recintos de Gendarmería o a COD.⁴⁹

Recinto	1990	1991	1992	1993	1994	1995	1996	1997	1998	1999	2000	2001
Genchi	40,6%	50,0%	43,7%	43,0%	31,0%	29,3%	40,9%	41,0%	38,8%	45,7%	45,8%	37,3%
COD	59,3%	49,9%	56,3%	56,9%	68,9%	70,6%	59,1%	58,9%	61,1%	54,2%	54,1%	62,7%

Otro problema es analizar el comportamiento de las causales de ingreso después de la Ley de Erradicación. Estadísticas del SENAME indican que si bien desde 1994 al 2000 ha disminuido el ingreso de niños por protección o inculcados de

⁴⁷ Fuente: Servicio Nacional de Menores.

⁴⁸ Fuente: Servicio Nacional de Menores.

⁴⁹ Estadísticas elaboradas a partir de datos proporcionados por SENAME. En CEJIL-UDP, ob. cit., pg. 133.

faltas a secciones de gendarmería, en el mismo período ha aumentado el ingreso de niños inculcados de delitos.

El Informe del Comité de Derechos del Niño, observó con inquietud “que a menudo se recluye a menores en centros de detención de adultos” e insta al Gobierno para que “vele porque los niños queden separados de los adultos en todos los casos”.⁵⁰

2.3. Regulación Inadecuada de las Facultades Disciplinarias

La legislación de menores autoriza a instancias públicas, y en ocasiones privadas, a ejercer distintos tipos de coacción sobre los niños y adolescentes privados de libertad que entran en contradicción con la Constitución y la normativa internacional, posibilitando la vulneración de sus derechos fundamentales.

Un claro ejemplo de esto es la regulación de las sanciones disciplinarias, reglamentadas estrictamente por la normativa internacional, que no es respetada por las normas administrativas internas.

La situación más extrema dice relación con la sanción contenida en la letra h) del artículo 40 del Reglamento Aplicable a Menores de Edad Internos en Establecimientos Administrados por Gendarmería⁵¹ y en el artículo 84 del Reglamento de Casas de Menores,⁵² que establecen el encierro en celda solitaria, hasta por 5 días, como una de las sanciones posibles de aplicar. Consecuentemente con ello, en los Recintos de Gendarmería y de SENAME se han impuesto este tipo de castigos en celdas oscuras y solitarias,⁵³ constituyéndose una práctica considerada normal y necesaria para el funcionamiento diario de los Centros.⁵⁴

Esta disposición contradice directamente la Regla 67 de las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para Menores Privados de Libertad, que señalan como ejemplo de una sanción considerada cruel, inhumana y degradante “el encierro en celda oscura y las penas de aislamiento en celda solitaria, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental del menor.”

⁵⁰ Observaciones y Recomendaciones del Comité sobre los Derechos del Niño sobre Chile, par. 54.e.

⁵¹ Decreto Supremo 553, Ministerio de Justicia, 22 de enero del 2002.

⁵² Decreto Supremo 730, Ministerio de Justicia, 3 de diciembre de 1996.

⁵³ Véase CEJIL-UDP, pg.144-146.

⁵⁴ Sobre la justificación de la necesidad del uso de celdas de aislamiento para el buen funcionamiento interno es significativo ver: Departamento de Planificación y Evaluación SENAME, *Comunidad Tiempo Joven: Evaluación (Sistemática) de sus Operaciones*, SENAME, policopiado, Santiago, Chile, 1995. Otras referencias sobre el punto se pueden encontrar en el estudio realizado por SENAME destinado a la evaluación de la Administración Privada y Estatal de los Centros de Observación y Diagnóstico que concluyó, en 1994, que “la figura del castigo tiende a ser una expresión recurrente en los modos de relación que se establecen entre los que disciplinan y los disciplinados”. Departamento de Evaluación y Planificación Sename, *Administración Privada y Estatal de los Centros de Observación, Tránsito y Diagnóstico: Un Estudio Evaluativo desde la Teoría de Sistema*, SENAME, Santiago, Chile, 1994, pg. 97.

La gravedad de las condiciones en que se aplicaba esta sanción quedó relevada en 1996, cuando el Informe del Relator Especial de Naciones Unidas indicó que “en lo que se refiere al centro de detención de menores Comunidad Tiempo Joven (en Santiago), el relator especial quedó impresionado por las condiciones en que eran mantenidos los menores asignados a celdas de castigos. Estas celdas están ubicadas en contenedores. En ellas los menores pueden permanecer durante varios días, por orden del juez, en total aislamiento, sin realizar ninguna actividad y sin que les sea siquiera permitido comunicar con el personal”.⁵⁵ En opinión del relator especial esta medida equivale a un trato cruel, inhumano o degradante, por lo que no debería decretarse. Además, los contenedores deberían ser eliminados y sustituidos por una sección de castigo con características más humanas. Luego de este informe los contenedores fueron eliminados, pero la sanción siguió siendo ejecutada.⁵⁶

El problema de la utilización de las celdas solitarias se intentó regular a través de la circular 1010 de SENAME que “Instruye Sobre Procedimiento para ser Aplicado en Caso de Maltrato en Centros de Administración Directa”.⁵⁷ que pretende limitar las sanciones a las causales establecidas en el Reglamento de las Casas de Menores, y disminuir la duración del castigo.

Con esta circular la Dirección del SENAME manifestó su voluntad política de impedir que hechos como los ocurridos en el COD-CERECO Qhaltani de Arica, quedaran sin sanción y en consecuencia se repitieran en otros recintos del país. En este Centro, SENAME instruyó un sumario fundado en la denuncia de la madre de un niño que alertó sobre “la aplicación de un nocivo método de aislamiento por cinco días a todo menor que ingresaba al recinto”.⁵⁸

Pese a la importancia de la circular del SENAME, la abolición de esta práctica está lejos de lograrse. El reciente estudio de CEJIL y la Universidad Diego Portales, realizada un año después de la circular, da cuenta que la sanción de aislamiento en celda solitaria sigue vigente.⁵⁹

Un buen refuerzo para el logro de este objetivo es el histórico pronunciamiento del 17 de Septiembre del 2002 de la Corte de Apelaciones de Santiago, que acogió

⁵⁵ Informe del Relator Especial de Naciones Unidas, Nigel Rodley, enero 1996, presentado con arreglo a la resolución 1995/37 de la Comisión de Derechos Humanos, acápite 33.

⁵⁶ En un estudio se afirmó que “la implementación de un container como celda de aislamiento” supuso un cambio de rumbo en la naciente historia del COD Comunidad Tiempo Joven, agregando que “la comunicación que se establece actualmente en Tiempo Joven entre los funcionarios y la población de menores del centro es una comunicación basada en el miedo, miedo de los menores al castigo, y también miedo de los funcionarios a que la situación se les haga incontrolable”. Departamento de Planificación y Evaluación SENAME, *Comunidad Tiempo Joven*, 1995, pg.70 y 13.

⁵⁷ Esta Circular fue dictada el 9 de noviembre del 2000.

⁵⁸ El Mercurio, Chile, 21 de septiembre del 2000.

⁵⁹ Ver CEJIL-UDP, ob. cit., pg. 144 a 146.

un recurso de amparo contra Gendarmería de Chile. En él se dispuso que “la sanción contemplada en la letra h) del artículo 40 del citado Reglamento (Reglamento Aplicable a Menores de Edad Internos en Establecimientos Administrados por Gendarmería), denominada ‘internación en celda solitaria’ resulta contraria a dichos preceptos dispuestos por el organismo técnico de las Naciones Unidas, con mayor razón si se tiene en cuenta que su ejecución práctica no se realiza en la misma celda en que habita el menor, como tampoco en otra de condiciones de higiene, iluminación y seguridad similar... por lo cual Gendarmería de Chile deberá abstenerse de aplicar en el futuro dicha sanción”.⁶⁰

Otro ejemplo de facultades coactivas autorizadas por vía reglamentaria que vulnera normativa internacional expresa, es la posibilidad de utilizar como sanción la disminución de visitas.⁶¹ Esto vulnera el artículo 37.c de la Convención sobre los Derechos del Niño que establece el derecho de todo niño a mantener contacto con su familia por medio de visitas; además, la regla 67 sobre Menores Privados de Libertad dispone expresamente que “están prohibidos, cualquiera que sea su finalidad, la reducción de alimentos y la restricción o denegación de contacto con familiares.”

3. LA REFORMA LEGAL EN CHILE: OBSTÁCULOS Y OPORTUNIDADES

La persistencia de la situación normativa y de las prácticas que vulneran los derechos de los niños y adolescentes hace urgente avanzar en la reforma de la legislación.

En las conclusiones de un estudio realizado en 1996 en que se comparaba la normativa internacional con la legislación de menores vigente en Chile, se sostenía que “en el ámbito penal las leyes de menores no logran ninguno de los objetivos de humanización del sistema penal emprendidos a través del reconocimiento de derechos fundamentales: limitar su uso a conductas punibles previamente definidas en la Ley y garantizar a los que han incurrido en estos hechos, un debido proceso y un trato humano” y que, “a través del llamado sistema tutelar se han relajado las garantías permitiendo, quizás impensadamente, que se introduzcan prácticas atentatorias a los derechos de los niños cuyos resultados han sido sistemas normativos confusos e incapaces de frenar la ampliación del control punitivo informal”.⁶²

⁶⁰ Sentencia que acoge el Recurso de Amparo presentado contra el Director Nacional de Gendarmería de Chile, considerando 7°, rol 53.423-2002. Pronunciada por los ministros Sergio Muñoz Gajardo, Lamberto Cisternas Rocha y Raúl Rocha Pérez.

⁶¹ Artículos 40 letra e) del Reglamento aplicable a Niños en Recintos de Gendarmería y 83 N° 5 del Reglamento Casas de Menores. Para más información sobre este tipo de violaciones ver CEJIL-UDP, ob. cit. pgs. 140-142.

⁶² Cillero Miguel, *Leyes de Menores*, ob. cit., pg. 543. Para la justificación de estas afirmaciones el lector puede remitirse directamente al estudio pormenorizado de la efectividad de cada una de las garantías contenidas en el estudio citado.

La Convención Internacional ha servido en América Latina para confrontar los sistemas tutelares ya no sólo con la noción genérica de derechos humanos, sino que también con la específica consideración de los niños y adolescentes como sujetos de derechos fundamentales reconocidos particularmente por el sistema jurídico internacional.

La situación chilena es, entonces, un caso paradigmático de lo que Ferrajoli denomina “lesiones legales de las garantías”.⁶³ La experiencia internacional indica que este tipo de anomalías se resuelven por dos vías: la declaración judicial de inconstitucionalidad de las normas que violan los derechos fundamentales o no los protegen efectivamente permitiendo su vulneración, y/o la aprobación de una nueva legislación conforme a los preceptos constitucionales. En ninguno de estos caminos ha sido posible avanzar.

Para solucionar este problema, en el ámbito penal se ha desarrollado una política criminal basada en la doctrina de los derechos humanos, que pretende asegurar la igual aplicación del derecho en situaciones equivalentes, de modo que se asegure para todos la igualdad de trato.⁶⁴ Sin embargo, el reconocimiento del principio de igualdad de trato en el Derecho penal exige tratar desigualmente lo que es desigual frente al poder punitivo del Estado.⁶⁵ En consecuencia, para asegurar la igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los que están los niños, lo que ha permitido la creación, con mayor o menor éxito, de un sistema penal especializado para adolescentes en distintos países de América Latina.⁶⁶

El nuevo sistema debe concebirse como un núcleo de garantías del niño ante la pretensión punitiva del Estado. Si, como se ha dicho por tantos autores, la pena es una violencia secundaria ejercida por el Estado, el niño, como todas las personas humanas, debe gozar del derecho de limitar esta violencia estatal, de oponerse al castigo, y para ello debe contar con las garantías penales y procesales de la Constitución.⁶⁷ Los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios -nunca sustitutivos- de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas.

El objetivo es, entonces, garantizar a todas las personas una aplicación justa e igualitaria de una dogmática jurídico-penal que sea percibida como una

⁶³ Ferrajoli, ob. cit., pg. 712.

⁶⁴ Silva Sánchez Jesús, *Aproximaciones al Derecho Penal Contemporáneo*, J.M. Bosch, editor, Barcelona, España, 1992, pg. 50.

⁶⁵ Ver el desarrollo de esta idea para el derecho penal alemán (artículo 3 de la Constitución Alemana) en W. Hassemmer, *Fundamentos del Derecho Penal*, Bosch, Barcelona, 1984, pg. 279.

⁶⁶ Ver García-Méndez Emilio y Beloff Mary, ob. cit.

⁶⁷ Ver artículo 41 CIDN.

“consecuencia del principio de intervención legalizada del poder punitivo estatal e igualmente como una conquista irreversible del pensamiento democrático”.⁶⁸ Esta doctrina, pese al enorme consenso que concita, no ha logrado imponerse en Chile al momento de establecer las políticas, prácticas y mecanismos legales específicos que la concreten.

Chile no ha podido superar la brecha entre la legitimidad de los principios jurídicos que fundamentan los derechos humanos de la infancia y la adolescencia y las prácticas autoritarias que imperan en la realidad. Tensión que es propia de los ordenamientos jurídicos complejos⁶⁹ y que sólo puede ser resuelta, como se dijo, a través de genuinos mecanismos de deliberación en los ámbitos legislativo y judicial, que logren estrechar la brecha entre derechos fundamentales e instituciones de control penal formal e informal.

Los desacuerdos en este punto alcanzan tanto a los fundamentos de legitimidad de las políticas y prácticas, como a sus características particulares. Esto permite decir que en este ámbito se da una fuerte pugna en que se confrontan doctrinas o ideologías que se expresan en “discursos” que inciden en el diseño de la normativa y las prácticas concretas de los distintos componentes del sistema de justicia.

De la forma en que se resuelva esta tensión dependerá el éxito de las iniciativas legales destinadas a fortalecer los derechos de todos los ciudadanos ante la pretensión punitiva estatal y, a su vez, asegurar una convivencia pacífica basada en el respeto y seguridad jurídica de todos. De no tener éxito, una vez más, es posible que el modelo garantista pueda ser “descalificado en el plano teórico y aplastado en el institucional por modelos autoritarios de derecho penal”.⁷⁰

Este riesgo es particularmente importante en Chile, y probablemente en algunos otros países de América Latina como Argentina y Uruguay, en que se produce una fuerte controversia sobre esta materia y la legislación no ha logrado avanzar como en otros países de la región hacia la construcción de sistemas más respetuosos de los derechos de los niños y los adolescentes.

En Chile tres son las posiciones principales sobre la orientación de la reforma: el modelo punitivo/tutelar tradicional que inspira la legislación vigente y pretende sobrevivir a través de la creación de sistemas “educativos”; el discurso de ley y orden que promueve la asimilación del régimen penal para adolescentes al de los adultos y una activa represión y control del delito de los adolescentes; y el garantismo que intenta desarrollar un derecho penal mínimo para adolescentes y avanzar hacia la realización de los principios, directrices y derechos contenidos

⁶⁸ Muñoz Conde Francisco, *Introducción al Derecho Penal*, Barcelona, 1975, pg. 136.

⁶⁹ Ferrajoli Luigi, ob. cit., pg.104.

⁷⁰ Ferrajoli Luigi, ob. cit., pgs. 23-24.

en los instrumentos internacionales de derechos humanos, en particular, en los artículos 37 y 40 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. A continuación se analizará cómo estas posiciones han influido en el debate nacional.

3.1. La resistencia de los sistemas tutelares a la reforma

Los defensores del sistema tutelar han pretendido adherir simultáneamente los planteamientos de la Convención y negar la necesidad de establecer un sistema que recoja las garantías penales, tanto en el ámbito procesal como sustantivo.

Mantienen la idea de la autonomía del derecho de menores, defendiendo un principio de especialidad en el sujeto (los menores son inimputables) y en el objeto (las infracciones a la ley penal cometidas por menores de edad no son delitos sino irregularidades).

En América Latina este discurso se refleja en el escaso o nulo apoyo de los operadores del sistema de menores a las reformas; al rechazo de cualquier forma de responsabilidad y a la permanente descalificación de cualquier intento de establecer un sistema de responsabilidad adolescente como una rebaja de la edad penal y una penalización de los menores. En el ámbito de las propuestas, se piden más recursos para el sistema vigente, y se aboga por medidas educativas y rehabilitadoras.

En síntesis, se trata de una resistencia al cambio y una contribución importante a la mantención del inmovilismo. No es de extrañar que los países donde más fuertemente se arraigó el sistema tutelar y se desarrollaron sus instituciones, quizás con la excepción del Brasil, sean aquellos donde ha sido más complejo avanzar en el desmonte de los sistemas tutelares. Este es el caso de Argentina, Uruguay, México y Chile.

En Chile, no existe como en Argentina o México, una articulación explícita de esta corriente que se exprese con fuerza en publicaciones, seminarios, estudios y otras formas de participación en el debate público.

Sin embargo, existe una fuente que permite reconocer los principales planteamientos de esta posición a comienzos de la década: el “Informe de la Comisión Intersectorial Asesora de 1990”,⁷¹ al que se hizo referencia anteriormente.

Esta comisión estuvo integrada por representantes de los sectores involucrados en la atención de Menores del Gobierno, las instituciones colaboradoras del SENAME, los Colegios Profesionales y la Juez del Primer Juzgado de Menores

⁷¹ Informe Comisión Intersectorial Asesora del Ministerio de Justicia, creada por Decreto Exento N° 321, Ministerio de Justicia, julio de 1991.

de Santiago. Es decir, se trató de una comisión de “expertos” que representaban intereses institucionales de los actores del sistema.

El contexto de su creación, el primer Gobierno democrático desde el año 1973, fue una importante señal de apertura y participación, aunque reducida a un debate técnico en que se podían confundir con facilidad los intereses institucionales con la necesidad de una revisión crítica del sistema con miras a “realizar una evaluación y diagnóstico de la situación actual de los menores en situación irregular, determinar las áreas deficitarias y proponer las iniciativas y acciones para lograr una protección integral y su mejor integración social”, según señalaba la convocatoria.⁷²

El sistema de trabajo de la Comisión fue dividirse en subcomisiones, a las que asistieron otros representantes de las instituciones y expertos. Se creó una subcomisión de “Evaluación y Diagnóstico del Sistema Asistencial” que “estuvo encargada de recopilar, analizar y completar los trabajos de las otras subcomisiones” y de “mantener la unidad y coherencia del informe”.⁷³ Esta subcomisión, que en la práctica definió los aspectos centrales del informe, propuso la definición del “sujeto de atención del sector justicia” como “la persona menor de edad que ve afectado su desarrollo integral por encontrarse en estado de abandono o que sus padres o encargados de su cuidado personal presentan inhabilidades físicas, psíquicas o morales que le impiden el cumplimiento de su rol y los que presenten conductas antisociales”.⁷⁴

De la sola lectura de esta definición es posible observar que, en este punto, la Comisión no asume la perspectiva de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y se mantienen, sin nombrarlas, las categorías de riesgo y peligro -“ve afectado su desarrollo integral”- ya sea por causa del abandono de sus padres o por conductas propias que son identificadas, con la mayor amplitud y adhiriendo a un enfoque positivista, como “conductas antisociales”.

Ninguna de estas categorías concuerda con la Convención y, en cambio, tienden a agudizar la distancia entre la legislación nacional y las obligaciones adquiridas por Chile al suscribirla.

Es significativo que el informe no haga referencia a la existencia de un conflicto entre la Convención y la legislación vigente y solo hacia el final plantea que “de acogerse las propuestas que se formulan en este informe haría necesario, en el largo plazo, dictar un Estatuto del Menor o Código del Menor y un Código de Familia.”

⁷² Informe, pg. 2.

⁷³ Informe, pg. 9.

⁷⁴ Informe, pg. 16.

En cambio, en el corto plazo y con carácter “urgente” se propone introducir modificaciones al Decreto Ley 2.465 del SENAME, al régimen de subvenciones a las instituciones colaboradoras y a las normas de adopción.

En el ámbito del discernimiento y la “inimputabilidad de los menores” se creó una subcomisión especial de trabajo en la que se planteó la necesidad de eliminar el trámite de discernimiento y fijar en 18 años la “edad de inimputabilidad penal”, siendo necesario crear un sistema de reemplazo. Se propone la creación de una Comisión especial “integrada por expertos en la materia, constituida específicamente para el propósito de estudiar a cabalidad y en toda su dimensión los aspectos jurídicos, sociales, presupuestarios y de toda índole, que deben ser considerados al proponer un sistema que reemplace al actualmente vigente.”

Carabineros tuvo una opinión disidente señalando que “los niños tenían conciencia para discriminar lo bueno de lo malo y que el problema no era el discernimiento sino su aplicación concreta. Además, la eliminación de este trámite traería un aumento de la delincuencia. Por ello propuso mantener la legislación tal cual está”.⁷⁵

La Comisión propuesta no llegó a constituirse durante el Gobierno del Presidente Aylwin, aunque el Ministerio de Justicia y SENAME ordenaron, como se verá más adelante, estudios en una línea que profundizaba la necesidad de reformar integralmente el sistema y adaptar la legislación a la CIDN.

3.2. El Discurso de Ley y Orden

Por diversas razones cuya explicación excede el marco de este análisis, se ha instalado en el último tiempo una nueva “cultura del control”⁷⁶ que ha influido sobre las políticas y prácticas de las instituciones de control penal y en la generación de una “demanda ciudadana” de seguridad ante el delito que se ha difundido a través de los medios de comunicación social y reflejado en encuestas de opinión y de victimización.

El término “cultura del control” se utiliza en el sentido de un reciente estudio de David Garland, que reúne evidencia sobre el fenómeno en Estados Unidos y el Reino Unido, en que postula que este tipo de políticas y prácticas podrían extrapolarse a otros países, debido a que responderían a transformaciones estructurales que serían respuesta al ordenamiento social, económico y cultural de la modernidad tardía.

En un sentido similar autores como Gray o Wacqant, han planteado la existencia de una vinculación entre el discurso de ley y orden y la precarización de la situación económica de los grupos más vulnerables de la sociedad, promovándose una

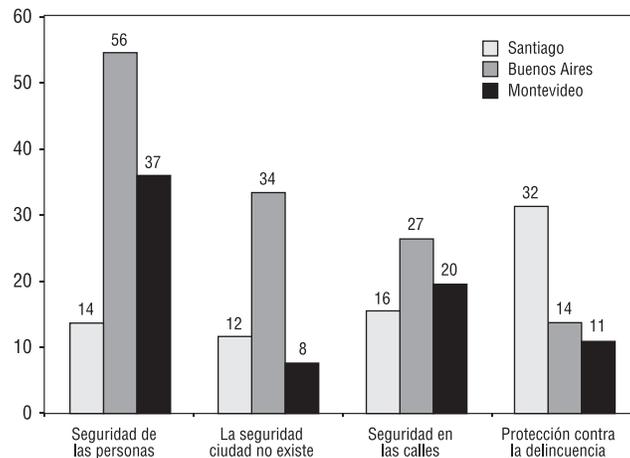
⁷⁵ Informe, pg. 74.

⁷⁶ Garland David, *The Culture of Control. Crime and Social Order in Contemporary Society*, Oxford University Press, Chicago University Press, Chicago, 2000, pgs. 6-7.

especie de sustitución de la política social de bienestar por el control penal y la política criminal.⁷⁷

Chile no ha estado ajeno a este proceso, ya que la delincuencia es, según recientes estudios de opinión, la primera preocupación de los ciudadanos y un porcentaje importante de chilenos manifiestan haber sido víctimas de delitos. Los medios de comunicación han difundido ampliamente el llamado “índice de temor ante la delincuencia” que pretende medir como un termómetro las variaciones del temor al crimen experimentado por las personas según comuna de residencia. Los medios de comunicación han, por su parte, otorgado un destacado espacio a la difusión de delitos o noticias del ámbito policial.⁷⁸

Ante esta alarma la respuesta social se asocia más con el aumento de la represión penal que con la construcción de mecanismos que permitan asegurar a todos el disfrute y protección de sus derechos. En 1999 UNICEF realizó una encuesta a adolescentes escolarizados de las ciudades de Buenos Aires, Montevideo y Santiago, que muestra como los adolescentes de Santiago asocian el concepto de seguridad ciudadana con “protección ante el delito” en lugar de relacionarlo con una amplia seguridad en el ejercicio de los derechos. Esta percepción es más aguda en Santiago que en las otras capitales estudiadas,⁷⁹ tal y como se aprecia en el siguiente cuadro:



⁷⁷ Wacquant Loïc, *Las Cárceles de la Miseria*, Editorial Manantial, Buenos Aires, 2000, sostiene que “a la atrofia deliberada del Estado social corresponde la hipertrofia distópica del Estado penal”, pg. 88. Gray, anteriormente un destacado defensor del neoliberalismo en Inglaterra, manifiesta que en Estados Unidos “se recurre a una política de encarcelamiento masivo que sustituye a los controles de las comunidades que las fuerzas desreguladas del mercado han debilitado o destruido”. Gray John, *Falso Amanecer. Los Engaños del Capitalismo Global*, Ed. Paidós, Barcelona, 2000, pg. 150.

⁷⁸ Un estudio sobre el tratamiento del fenómeno de la delincuencia en los medios de comunicación social en Chile en Ramos, Marcela y Guzmán J., *La Guerra y la Paz Ciudadana*, LOM ediciones, Santiago, Chile, 2000. Para consultar estadísticas ver www.interior.gov.cl

⁷⁹ Ver *La Voz de los Adolescentes*, ob. cit.

La irrupción de estas nuevas políticas y prácticas de control penal han tenido como uno de sus ámbitos privilegiados de acción la intervención sobre la llamada “delincuencia juvenil” y la represión y control de todos los delitos, incluidos los de menor gravedad, que son frecuentemente ejecutados por niños y adolescentes, como los hurtos y daños cometidos en la vía pública. Por tanto, se ha agudizado el carácter autoritario, discrecional y represivo que siempre ha caracterizado a los sistemas de menores.

En el ámbito de las propuestas de reformas a la legislación, esta tendencia se ha expresado fundamentalmente en la intención de rebajar la edad de la imputabilidad penal de adultos a los 14 o 12 años, tendencia que durante los comienzos de los años 90 inspiró intentos de reforma de la legislación de menores destinados a ampliar el rango de edad en que se aplica el discernimiento y, en consecuencia rebajar la edad de inicio de la responsabilidad penal de adultos.

De este modo, mientras el Ministerio de Justicia y SENAME desarrollaban -como se señaló anteriormente- estudios que apuntaban hacia una disminución de la carga punitiva aplicable a los niños y adolescentes y al fortalecimiento de sus derechos, algunos parlamentarios de distintas tendencias políticas y el propio Ministerio del Interior, proponían rebajar los límites de aplicación del régimen penal de adultos.⁸⁰

Ninguna de estas iniciativas tuvo éxito y la legislación se mantuvo sin cambios relevantes, pero el discurso de “ley y orden” jugó un importante rol de obstrucción del avance de la legislación en un sentido “garantista”.

3.3. Las Tendencias “Garantistas”. El Modelo de la Responsabilidad.

La ratificación de la CIDN marcó una nueva etapa en la discusión de la legislación y en la práctica judicial y administrativa en vigencia hasta ese momento en Chile. Se generó un fuerte movimiento por fortalecer los mecanismos de protección y garantía de los derechos humanos de la infancia y adolescencia y, paralelamente, se produjo una progresiva conciencia acerca del carácter excesivamente discrecional de la justicia de menores.

Los medios de comunicación, coincidiendo con la apertura democrática, abordan con detalle las condiciones en que se desarrolla la privación de libertad

⁸⁰ La más importante de estas iniciativas fue presentado en el marco de un Proyecto de Ley sobre Seguridad Ciudadana, la que luego de un arduo debate parlamentario en el Senado durante 1993 fue finalmente retirada por el ejecutivo, entre otras razones, por la discrepancia al interior del propio Gobierno. Un nuevo intento de aumentar la carga punitiva con absoluta discrecionalidad representa el Proyecto presentado por senadores de la oposición el presente año que establece sanciones privativas de libertad de hasta 10 y 15 años y que precedió por muy poco tiempo a la propuesta del ejecutivo del 2002.

en recintos penales de adultos, utilizando la información proveniente de diversos estudios técnicos sobre la materia.

Particular preocupación causan las condiciones de vida en que son privados de libertad los niños y adolescentes en el Centro de Detención Preventiva de Puente Alto de la Región Metropolitana y, en general, los efectos nocivos que el sometimiento de personas menores de edad a prolongados períodos de privación de libertad.⁸¹

Como se señaló anteriormente, el Ministerio de Justicia y SENAME, promovieron importantes iniciativas para difundir los derechos de la infancia, y desarrollar evaluaciones de la situación y propuestas de reforma legislativa específicas en el ámbito de la reacción penal ante los menores de edad.⁸²

Una de las instancias más relevantes fue el II Seminario Latinoamericano “Los Derechos del Niño en una Sociedad Democrática” donde expusieron y debatieron sus puntos de vista los más destacados especialistas de la región, tanto partidarios del sistema tutelar, como de la nueva corriente inspirada en los postulados de la Convención que se autodenominó “doctrina de la protección integral de los derechos de la infancia”.⁸³

Esta fue la primera oportunidad que tuvieron autoridades, académicos y especialistas chilenos, para participar de un debate público -de alcance Latinoamericano- donde se expusieron los fundamentos de las posiciones de la “doctrina de la protección integral” y de las nuevas reformas legales encabezadas por la experiencia de Brasil de 1990.

Como consecuencia de los estudios y debate público generado, el Ministerio de Justicia en 1994, bajo la conducción de la Ministra Alvear, formó una comisión para la creación de un nuevo sistema de justicia para abordar reformas a la justicia de familia, la protección de los derechos de la infancia y la responsabilidad penal

⁸¹ Ver Informe Colegio de Psicólogos presentado a la Comisión Intersectorial Asesora y Cillero Miguel y Egenau Paulo, ob. cit.

⁸² En ese tiempo SENAME y el Ministerio de Justicia realizan diversas actividades e informes destinados a asumir la perspectiva de la Convención para el análisis de la legislación y las políticas de infancia. En 1991 en conjunto con los más importantes organismos gubernamentales, intergubernamentales y no-gubernamentales especializados en derechos de la infancia en América Latina se realiza el Seminario Latinoamericano *Los Derechos del Niño y Adolescente en una Sociedad Democrática* de 1991, publicado bajo ese nombre por SENAME en 1992; en 1992 se emite Informe de Cillero Miguel y Couso Jaime *Bases para una Nueva Regulación Jurídica de las Infracciones de los Adolescentes a la Ley Penal* policopiado, SENAME, 1992 y, en conjunto al Instituto Interamericano del Niño se realiza un seminario en 1993 en que se presentan una serie de investigaciones de las políticas y leyes sobre la infancia en Chile. Estos estudios fueron publicados en 1994, Pilotti Francisco, compilador, *Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile*, IIN, Montevideo, 1994.

⁸³ Sobre la Doctrina de la Protección Integral ver García Méndez Emilio, ob. cit. La denominación Doctrina de la Protección Integral para este conjunto de ideas, según nuestra información, fue acuñada por el destacado Magistrado Brasileiro Antonio Amaral e Silva quien tuvo una destacada participación en la redacción y aprobación del Estatuto del Niño y Adolescente aprobado por Brasil en 1990.

de los niños y adolescentes. En esta comisión participaron autoridades del Ministerio, algunos especialistas en temas de infancia y adolescencia, y destacados penalistas identificados con posiciones críticas y garantistas.⁸⁴

El Ministerio definió la orientación de la reforma al aprobar las “Ideas Matrices para una Legislación sobre los Niños y Jóvenes Infractores de Ley Penal”.⁸⁵ Este documento adhiere explícitamente a las directrices y principios acordados por la comunidad internacional en la CIDN y es claramente diferente a las conclusiones de la Comisión Intersectorial de 1991.

En él se reconoce la necesidad de adecuar la legislación al señalar que la “incorporación de la CIDN a nuestra legislación nacional, en atención a lo dispuesto por la norma de recepción de los Tratados Internacionales sobre derechos humanos contenida en artículo quinto inciso segundo de la Constitución Política de la República, otorga rango constitucional a los derechos de los niños contenidos en este instrumento, haciendo necesario y urgente tener como primer criterio fundamental a considerar... la necesidad de reformar nuestra legislación para garantizar la vigencia de los derechos contenidos en la Convención”.⁸⁶

Esta Comisión recogió la evolución de los sistemas normativos en el derecho comparado, caracterizada por la superación de las ideas de irresponsabilidad y aplicación de medidas de protección y su reemplazo por las de responsabilidad, garantías ante el sistema sancionatorio y protección integral de derechos. Estos modelos reconocen como inspiración principal a la doctrina de los derechos humanos de la infancia y las ideas del derecho penal mínimo. Asimismo, asumen una visión crítica del derecho penal, siguiendo en esto el pensamiento del destacado jurista italiano Alessandro Baratta, quien se involucró con entusiasmo, compromiso y singular lucidez intelectual a este proceso de reformas en América Latina.⁸⁷

Las posiciones garantistas se vieron decisivamente reforzadas al producirse un trabajo conjunto entre los redactores del Proyecto de Código Procesal Penal y la comisión de reforma sobre infancia, con lo que se aseguró la coherencia de las reformas al sistema penal que se estaban proponiendo en Chile.⁸⁸

La adopción por el Ministerio de Justicia de las ideas de responsabilidad y garantías ante el sistema punitivo, y la superación de las nociones de

⁸⁴ Entre ellos destaca la presencia de Juan Bustos Ramírez.

⁸⁵ Ministerio de Justicia, *Ideas Matrices para una Legislación sobre los Niños y Jóvenes Infractores de Ley Penal*, Documento Interno, Chile, 1994.

⁸⁶ Ministerio de Justicia, *Ideas Matrices*, ob. cit.

⁸⁷ Baratta Alessandro, *Infancia y Democracia* en García Méndez Emilio y Beloff Mary, ob. cit.

⁸⁸ Sobre la Reforma Procesal Penal ver Riego, Cristián y Duce Mauricio *Evolución Histórica del Proceso Penal en Chile* en *El Nuevo Proceso Penal*, Cuadernos de Trabajo N°2, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, marzo de 2000.

irresponsabilidad y tutela, quedó fuertemente plasmada en la presentación con que, la entonces titular de la cartera, prologó la publicación del Anteproyecto de Ley sobre Responsabilidad por Infracciones Juveniles a la Ley Penal en una compilación internacional de derecho comparado en América Latina.

Allí reconoce que “la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño ratificada por Chile en el año 1990, equivale a la formalización, a nivel internacional, de un nuevo paradigma para la consideración de la infancia y la adolescencia desde el punto de vista de las políticas públicas”,⁸⁹ y ello implica, a su juicio, que “es urgente alcanzar el objetivo de adecuar el derecho interno a los principios y normas que emanan de la Convención. Esta tarea persigue, a fin de cuentas, una finalidad que excede la mera adecuación normativa: se trata de un primer paso para hacer realidad para los niños y adolescentes las promesas de derechos y ciudadanía que ofrece, a todos por igual, el Estado Democrático”.⁹⁰

Describiendo la propuesta señala que el Anteproyecto de Ley establece un sistema especial de responsabilidad para las personas entre 14 y 18 años, fundado en “el reconocimiento y respeto de los derechos fundamentales y garantías constitucionales establecidas a favor de toda persona humana, así como de aquellos que corresponden a los adolescentes,... especialmente las que limitan la actuación del Estado en el ámbito penal y las que regulan los procedimientos judiciales”.⁹¹

En consecuencia, en lo procesal, “el proyecto contempla un proceso oral, acusatorio, con intervención del ministerio público y en el que se salvaguarda el cumplimiento de todas las garantías del debido proceso, contenidas en la Constitución e instrumentos internacionales”, otorgando “especial importancia... al derecho del adolescente a contar con la debida defensa y asistencia jurídica durante todo el proceso y aún hasta la ejecución completa de las medidas”.⁹²

Finalmente, en su preocupación por la efectividad de los derechos, “el anteproyecto contempla los mecanismos y garantías para asegurar la vigencia de los derechos, a través de mecanismos administrativos de control, y el acceso expedito a recursos efectivos ante los tribunales destinados a amparar al adolescente ante actos u omisiones que violen o amenacen sus derechos fundamentales”.⁹³

⁸⁹ Alvear Valenzuela Soledad, *Comentario al Proceso de Reforma Legislativa en Chile*, en García Méndez Emilio y Beloff Mary, *Infancia*, ob. cit., pg. 353.

⁹⁰ Alvear Valenzuela Soledad, ob. cit., pg. 356.

⁹¹ Ibid., pg. 356

⁹² Ibid., pg. 357

⁹³ Ibid., pg. 357

En síntesis, el anteproyecto establece un sistema de responsabilidad especial para las personas entre 14 y 18 años en que se restringen las conductas punibles sólo a algunas de las consideradas crímenes y simples delitos por la ley penal de adultos; se autoriza el uso de la privación de libertad sólo para un catálogo taxativo hechos punibles y por un período de tiempo máximo de tres años. Asimismo, se establece un procedimiento y personal judicial especializado, en el marco de un proceso acusatorio y oral en que se restringe la publicidad para protección de los derechos del adolescente imputado.

Pese a la fuerte decisión política declarada por la autoridad sobre la conveniencia y urgencia de estas reformas, ellas no fueron enviadas al Congreso Nacional. Desde el punto de vista del Ministerio de Justicia, se consideró necesario posponer la discusión de este proyecto hasta que estuviera aprobada integralmente la reforma procesal penal que serviría de soporte orgánico del nuevo sistema (ministerio público, defensa y jueces especializados).

Sin embargo, la demora en la presentación del proyecto se extendió hasta el año 2002 en que el Presidente, como se dijo, envió al Congreso para su discusión el Proyecto de Ley sobre Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones a la Ley Penal. Durante ese tiempo aumentó la presión sobre el sistema judicial y político por generar una respuesta penal más severa para los adolescentes y las propuestas de rebajar la edad de responsabilidad penal.

El Proyecto de Ley del 2002 sigue gran parte de los postulados del anteproyecto de 1998, pero realiza ciertos modificaciones que importan un aumento significativo de la carga punitiva sobre los adolescentes y un debilitamiento de la especialización del sistema de enjuiciamiento.

Entre estos cambios se puede señalar el aumento del monto máximo de la duración de la pena a 5 años y la inexistencia de una garantía que asegure que la pena privativa de libertad impuesta al adolescente sea siempre inferior a la que un adulto recibiría por el mismo hecho; la inclusión de todos los crímenes, simples delito y algunas faltas al catálogo de conductas punibles; y la ampliación de los tipos penales que pueden ser sancionados con privación de libertad.

En el ámbito procesal se debilita la especialización judicial; el procedimiento se rige principalmente por las normas de los adultos y se eliminan normas especiales relativas a la regulación del procedimiento abreviado, entre otros cambios.⁹⁴

⁹⁴ Como se dijo, en el marco de este trabajo no se pretende abordar en detalle el Proyecto de Ley propuesto por el ejecutivo.

4. CONCLUSIONES:

Del análisis de la evolución y funcionamiento del sistema de justicia penal de menores en Chile se desprende que pese a la extendida conciencia de las falencias del actual, no ha sido posible desarrollar un “sistema de reemplazo”, del que ya se hablaba en 1991, que goce de legitimidad jurídica y social para reaccionar ante los ilícitos penales cometidos por niños o adolescentes.

Este inmovilismo,⁹⁵ o incapacidad de avanzar en reformas que son percibidas como estratégicas y necesarias, parece ser característico de la debilidad, o del mal funcionamiento, de los sistemas de deliberación y toma de decisiones sobre asuntos públicos de alto interés y controversia.⁹⁶

En suma, se puede apreciar una cierta incapacidad de las instituciones y de la cultura política y jurídica para encontrar los mecanismos jurisdiccionales y legislativos, que permitan arbitrar los conflictos doctrinarios y de poder que están presentes en el diseño de sistemas jurídicos relativos a la prevención, control y reacción ante la criminalidad de los adolescentes y niños.

Actualmente, la deliberación legislativa y judicial sobre asuntos penales de interés público, es frecuentemente afectada por la necesidad de aportar “señales” políticas que logren una inmediata aprobación de la ciudadanía, y, en particular, de las víctimas reales o potenciales. Aparentemente, la legitimidad y justicia de las decisiones legislativas y judiciales sobre estas complejas materias dejan de fundarse en el criterio de “imparcialidad” y pasan a regirse por la aptitud de las autoridades legislativas o judiciales para tomar decisiones que aseguren la aprobación popular y de los medios de comunicación social.

Pareciera que cada vez más la “opinión pública” percibe a la legislación y los sistemas de persecución penal como instrumentos para ser utilizados en contra de los “otros” (los desviados, los delincuentes, etc.), y no como parte integrante del conjunto de normas aplicables a todos los ciudadanos y que son parte esencial de los mecanismos de convivencia de una sociedad y un estado de derecho democrático.

Como se pudo ver anteriormente, esta situación altera el funcionamiento de las instituciones jurídicas y favorece el surgimiento de mecanismos informales de reacción que, en el ámbito de la infancia y adolescencia, refuerzan el carácter

⁹⁵ La dinámica de transacción o inmovilismo ha sido una característica de la legislación de menores y de familia en Chile. Ver Cillero Miguel, *Evolución Histórica*, ob. cit., pg. 80.

⁹⁶ Esta característica no es exclusiva de Chile ni se reduce a los aspectos penales. Según Nino “otra razón que afecta el valor epistémico de la democracia, y que es posible encontrar en todo el mundo, es la pobreza del debate público”. Nino Carlos Santiago, *La constitución de la Democracia Deliberativa*, Editorial Gedisa, Barcelona, 1997, pg. 222.

autoritario, selectivo y represivo del sistema tutelar de menores. Paralelamente, la experiencia nacional e internacional, muestra que en este contexto surgen con mayor facilidad reacciones abusivas por parte de la autoridad, que se intentan justificar como una reacción ante la impunidad de que se beneficiarían las personas menores de edad.

En este estudio hemos hecho mención a numerosas prácticas y disposiciones legales que vulneran, o permiten vulnerar, los derechos de los niños y adolescentes sometidos al sistema de justicia. Entre las primeras, encontramos diferentes formas de maltrato policial y de abuso o negligencia en los sistemas de ejecución.⁹⁷ A las segundas las hemos llamado siguiendo a Ferrajoli “lesiones legales a las garantías” y, por nombrar una sola, podemos mencionar como ejemplo al artículo 16 de la Ley de Menores relativo a la “retención”.

Dos hechos recientes pueden marcar una ruptura de este inmovilismo y una verdadera apertura hacia una deliberación que permita pensar en construir una nueva regulación de este importante tema. Por un lado, el ya mencionado envío al Congreso de un Proyecto de Ley sobre Responsabilidad Penal de los Adolescentes, y por otro, que la Corte de Apelaciones de Santiago haya acogido un recurso de amparo relativo a la violación de los derechos fundamentales de menores de edad recluidos en el Centro de Detención Preventivo Santiago Sur, Módulo A dependiente de Gendarmería de Chile.⁹⁸

Sin embargo, el largo debate al interior del ejecutivo sobre esta materia, prácticamente desde comienzos de los noventa, hace pensar que en el Congreso el debate también será muy prolongado y que corre serios riesgos de paralizarse en una estéril confrontación entre la pretensión de seguridad de las víctimas y garantía de los imputados.

Recordemos, para terminar que, Nino, luego de un amplio análisis de las teorías que fundamentan los derechos fundamentales y la democracia, concluye que “la continuidad de la práctica constitucional garantiza la eficacia de las decisiones tomadas a través del método democrático, echando luz sobre los derechos reconocidos a través de ese método. En forma adicional, la voz de la deliberación pública -el componente esencial de la democracia- y el respeto de los derechos individuales generan un profundo consenso que promueve la continuidad de la práctica constitucional”.⁹⁹

⁹⁷ Un ejemplo de este tipo de situaciones es la ocurrencia de motines, desórdenes o incendios, que han causado según nuestra información 45 muertes violentas desde el año 1988. De 38 de ellas se da cuenta en el estudio de CEJIL-UDP, ob. cit. Los autores están preparando, por encargo del UNICEF, un informe específico sobre las condiciones de vida y seguridad en recintos privativos de libertad.

⁹⁸ Recurso de Amparo rol 53.423-2002 de la Corte de Apelaciones de Santiago.

⁹⁹ Nino Carlos Santiago, ob. cit., pg. 302.

Creemos que Chile debe aspirar a diseñar y poner en funcionamiento un sistema de reacción ante las infracciones de los adolescentes a la ley penal, que sea el resultado de una auténtica deliberación pública, que reconozca los derechos individuales de los adolescentes como límite a la actividad punitiva, y asegure una convivencia pacífica, donde el estado de derecho democrático rijan para todos sus miembros sin distinción alguna basada en la edad, el sexo o la condición social.

LA REPRESENTACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCEDIMIENTOS PARA LA ADOPCIÓN DE MEDIDAS DE PROTECCIÓN.

*Patricio Millán*¹
*Luis Villavicencio*²

EN ESTE ARTÍCULO LOS AUTORES POSTULAN QUE LA FORMA DE SORTEAR CON ÉXITO EL TRÁNSITO PARA LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DESDE SU CONSIDERACIÓN COMO MENORES DE EDAD A SER ESTIMADOS COMO AUTÉNTICOS CIUDADANOS, NO PASA EXCLUSIVAMENTE POR RECONOCERLES LA CALIDAD DE SER TITULARES DE CIERTOS DERECHOS SI NO SE LES GARANTIZA, AL MISMO TIEMPO, LA FACULTAD DE PODER EJERCERLOS ANTE ENTIDADES PÚBLICAS Y PRIVADAS Y, ESPECIALMENTE, ANTE LOS TRIBUNALES. POR ESTA RAZÓN, LA REPRESENTACIÓN ESPECIAL DE LOS INTERESES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DEBE SER ESTIMADA COMO UNA GENUINA MANIFESTACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA QUE TIENE QUE RESPETARSE EN TODO TIPO DE PROCEDIMIENTOS, INCLUIDOS AQUELLOS QUE TIENEN POR OBJETO LA ADOPCIÓN DE UNA MEDIDA DE PROTECCIÓN. ESTABLECIDO LO ANTERIOR, LOS AUTORES PASAN REVISTA A DIFERENTES MECANISMOS QUE SE HAN IDEADO EN LA LEGISLACIÓN COMPARADA PARA ASEGURAR ESTE DERECHO, PRONUNCIÁNDOSE POR LOS MODELOS QUE LES PARECEN MÁS ACERTADOS PARA SUPERAR EL PARADIGMA DE LA INCAPACIDAD Y CONSOLIDAR LA EFECTIVA PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS PROTECCIONALES COMO SUJETOS TITULARES DE DERECHOS Y GARANTÍAS.

“Más tarde, cuando todo el mundo (...) me reprochó haberles hablado como a personas mayores y no haberles ocultado nada, les respondí que me daba vergüenza mentir a los niños ya que ellos, sin necesidad de nosotros, estaban al corriente de todo; no habían secretos para ellos. Pero lo aprendían de una manera que podía dañar su imaginación, y esto no ocurrió con lo que yo podía enseñarles. A este respecto, bastaría con que cada uno tratase de recordar su infancia. Sin embargo, no les convenció mi razonamiento”.

(Fedor Dostoievski, El Idiota)

¹ Patricio Millán es abogado de la Pontificia de la Universidad Católica de Chile y asesor de la unidad de reforma legislativa del Servicio Nacional de Menores de Chile.

² Luis Villavicencio es abogado de la Universidad Diego Portales de Chile, profesor de la escuela de derecho de dicha Universidad y asesor de la unidad de reforma legislativa del Servicio Nacional de Menores.

1. INTRODUCCIÓN

Tradicionalmente el tema de la defensa jurídica del niño, niña o adolescente se ha circunscrito a los asuntos que involucran a los adolescentes que cometen alguna infracción a la ley penal, obviando todos aquellos procedimientos que se refieren a la adopción de medidas de protección frente a situaciones de amenaza o vulneración de derechos como son, por ejemplo, las que ocurren por la falta, negligencia o incapacidad transitoria de los padres o de las personas que ejercen el cuidado personal de un niño, niña o adolescente o también las que acaecen por maltrato ocasionado por aquéllas o por otras personas.

Esta omisión se explica, seguramente, porque la privación de derechos es mucho más patente cuando se trata del ejercicio del poder punitivo del Estado. En cambio, tratándose de medidas de protección, que deberían decretarse siempre con el fin de proteger los derechos los niños, niñas y adolescentes, la función del Estado de brindar amparo aparece ampliamente legitimada y, por lo tanto, independizada de controles como sería algún mecanismo que asegure la representación de los intereses de los niños, niñas o adolescentes. Sin embargo, esta legitimación es dudosa tratándose de procedimientos para la aplicación de medidas de protección en los que la salvaguardia de derechos se confunde con la potestad tutelar del Estado³ cuyo objeto, si bien tiene un componente proteccional, muchas veces se transforma en un instrumento de control social e, incluso, de represión de la infancia y adolescencia postergada y *desviada* socialmente.⁴

Pero aun cuando las medidas de protección se decreten inspiradas en los principios de una protección integral⁵ de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, lo cierto es que igualmente se afectan derechos de éstos, incluso llegando a producirse -en algunos casos- el modo más intenso de intromisión en el goce de los derechos de las personas, esto es, la internación o privación de libertad. Por lo mismo, nos parece que incluso resguardados bajo el paraguas del paradigma de la protección integral, el debate sobre la representación de los intereses de los

³ La potestad tutelar del Estado consiste en una especie de patria potestad estatal que se ejerce sobre los niños, niñas y adolescentes, reemplazando el poder que las leyes civiles entregan a los padres y que éstos no pueden ejercitar por hallarse inhabilitados. Véase Cillero Miguel, *Los Derechos del Niño: De la Proclamación a la Protección Efectiva*, en *Justicia y Derechos del Niño*, N° 3, UNICEF, Buenos Aires, 2001, pgs. 51 y 52.

⁴ Véase más adelante apartado 2.1.

⁵ En términos muy generales, la protección integral se traduce en la obligación de la familia, la comunidad y el Estado de adoptar todas las medidas que sean necesarias para restablecer el goce de algún derecho del niño, niña o adolescente que se ha visto privado, perturbado o amenazado a través de mecanismos efectivos y garantistas, administrativos o judiciales, según sea el caso. Véase Beloff Mary, *Modelo de la Protección Integral de los Derechos del Niño y de la Situación Irregular: Un Modelo para Armar y Otro para Desarmar*, en *Justicia y Derechos del Niño*, N° 1, UNICEF, Santiago, Chile, 1999, pgs. 16 a 20.

niños, niñas y adolescentes es del todo relevante por cuanto casi siempre una medida de protección judicialmente determinada supondrá una decisión heterónoma que afectará derechos.

Si consideramos a los niños, niñas y adolescentes como auténticos sujetos de derechos, debemos reflexionar acerca de cómo se traduce este reconocimiento en un procedimiento determinado, respecto de la defensa jurídica de sus intereses, no sólo cuando el Estado pretende ejercer legítimamente la potestad de persecución penal sino que también cuando adopta medidas de protección con el fin -teóricamente irreprochable- de proteger derechos.

En las páginas que siguen intentaremos hacernos cargo sistemáticamente de este problema. Para ello, el trabajo se estructura, en términos generales, del modo que sigue. En primer lugar, resumiremos los argumentos críticos expuestos por autores que han analizado nuestra Ley de Menores como expresión del paradigma tutelar destacando la ausencia de reglas relativas a la representación de intereses de niños, niñas y adolescentes. Luego, en segundo lugar, plantearemos una noción dogmática del derecho a la defensa construida a partir de nuestra Constitución Política y la contrastaremos con la forma en que se recoge dicha garantía en la Convención Internacional sobre Derechos del Niño y otros tratados internacionales. Como tercer apartado, pasaremos revista a diversas legislaciones comparadas que sí se han ocupado del problema que aborda este artículo refiriéndonos, en particular, a la reglamentación existente en Estados Unidos, Australia, Inglaterra, el estado canadiense del Québec y el Derecho Comunitario Europeo. En cuarto lugar, haremos una breve alusión al actual proceso de reforma en materia de infancia y adolescencia. Y, a modo de conclusión, intentaremos esbozar los modos que nos parecen más acertados para asegurar la debida representación de los intereses de un niño, niña o adolescente en un procedimiento para la adopción de medidas de protección en Chile.

2. ANÁLISIS CRÍTICO DE LA ACTUAL LEGISLACIÓN DE MENORES. DESCRIPCIÓN DEL PARADIGMA TUTELAR CON REFERENCIAS ESPECIALES A LA REPRESENTACIÓN DE LOS INTERESES DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

2.1. Breve reseña de la Ley de Menores número 16.618

La Ley de Menores que actualmente rige en nuestro país -vigente desde el año 1967- es uno de los ejemplos típicos de los estatutos legales minoristas, herederos de la tradición legal asociada a la doctrina de la situación irregular. El antecedente más próximo de esta ley se encuentra en la primera normativa especialmente aplicable a la infancia del año 1928, la Ley número 4.447, que tuvo como objetivo hacerse cargo de los menores en situación irregular, o sea, aquel conjunto de niños, niñas y adolescentes que, por diversas razones, están expuestos a alguna especie de *desviación*

o *irregularidad* social que merece protección pero que, al mismo tiempo, debe ser controlada. Dicha legislación, la del año 1928, se mantiene en todos sus aspectos esenciales hasta nuestros días a pesar que nuestro país asumió el compromiso de adecuarla una vez que ratificó la Convención sobre Derechos del Niño.⁶

La Ley de Menores se enmarca en aquel período histórico de América Latina en que todos los países pretendieron construir una legislación especial para la infancia⁷ y, por lo mismo, debemos referirnos, brevemente, a las principales características que agrupan a estas legislaciones fundadas en una supuesta protección de la infancia en riesgo social. Siguiendo a García Méndez y Cillero^{8,9}, las legislaciones minoristas presentan ciertos caracteres distintivos que son los que siguen:

- En primer lugar, estas leyes presuponen una división conceptual al interior de la categoría de la infancia. Por un lado, se encuentran los niños, niñas y adolescentes y, por otro, los menores. Es una distinción entre aquéllos incluidos -niños, niñas y adolescentes- en la cobertura de las políticas sociales básicas y satisfechos en sus derechos, particularmente protegidos por su ámbito familiar y aquéllos -los menores- excluidos tanto de la cobertura de dichas políticas como, habitualmente, de la protección y amparo por parte de sus familias ausentes o disfuncionales.¹⁰ Nuestra Ley de Menores¹¹ se apega a esta característica. En efecto, y sólo a modo de ilustración, el artículo 1 dispone que las disposiciones de la presente ley se aplican a los menores de edad; el artículo 15, a su turno, otorga competencia a la Policía de Menores para recoger a los menores en situación irregular con necesidad de asistencia y protección; y el artículo 30 faculta al juez de menores a administrar a esos mismos menores algunas de las medidas indicadas por la ley, sin necesidad

⁶ Miguel Cillero plantea que, desde un punto de vista histórico, nuestras instituciones legales sobre la infancia pueden dividirse en tres períodos claramente diferenciados: una fase anterior a 1928; una fase que media entre el año 1928 y la ratificación de la Convención sobre Derechos del Niño en 1990; y la fase ulterior a 1990. Véase Cillero Miguel, *Evolución Histórica de la Consolidación Jurídica de la Infancia y Adolescencia en Chile*, Instituto Interamericano del Niño, Santiago, Chile, 1993 y Couso Jaime, *Los Niños en el Tiempo de los Derechos*, en *Por los caminos de la esperanza*, SENAME, Santiago, Chile, 2001. Véase también el análisis respecto de la evolución de los paradigmas de protección a la infancia realizado por Peña Carlos, *El Derecho Civil en su Relación con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, en *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídico, serie de publicaciones especiales, N° 6, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 1996, pgs. 626 a 630.

⁷ En un lapso de 20 años fueron instaurados en América Latina los estatutos legales especiales para los menores, desde la Ley de Patronato de 1919 en Argentina hasta la ley venezolana de 1939. Véase García Méndez Emilio, *Derecho de la Infancia-Adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral*, Forum Pacis, Santa fé de Bogotá, 1994, pgs. 17 y 18.

⁸ *Ibid.*, pgs. 20 y siguientes y Cillero Miguel, *Evolución Histórica*, *ob. cit.*, pgs. 7 y sgtes.

⁹ Véase Beloff Mary, *Modelo*, *ob. cit.*, páginas 14 a 16.

¹⁰ Véase Cillero, Miguel, *Leyes de Menores, Sistema Penal e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos*, en *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídico, serie de publicaciones especiales, N° 6, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 1996, pgs. 482 a 485.

¹¹ Hemos preferido utilizar la Ley de Menores en su versión actualizada con el objeto de poner aún más en evidencia la contradicción entre ésta y la Convención sobre Derechos del Niño.

de llamarlo a su presencia, del modo que más convenga a la irregularidad que presente^{12,13}. Todas estas disposiciones ratifican que nuestra legislación no se estructura a partir de una distinción jurídica entre personas adultas y personas no adultas, sino que en una ontológica separación entre dos tipos de infancia que merecen tratos distintos. Unos, no serán objetos de las leyes especiales para menores y, los otros, estarán sujetos a mecanismos que protegerán y controlarán sus conductas intentando compensar las carencias del sistema familiar y social.

- En segundo lugar, todas estas legislaciones instituyen a la figura del juez de menores como una especie de representante de la potestad tutelar del Estado, dotado de competencias amplísimas tanto para intervenir en la situación de los propios niños, niñas y adolescentes en peligro, como en sus familias. Además, el juez de menores se encuentra facultado para resolver independizado de toda garantía judicial, las que son consideradas inútiles para los fines de brindar asistencia a la infancia en situación irregular. Nuestra Ley de Menores nuevamente no se queda atrás. El artículo 22 dispone -curiosamente- que los jueces de menores deben comprobar conocimientos de psicología; el artículo 26 establece las muy variadas y diversas competencias del juez de menores, que van desde asuntos vinculados al ámbito de las relaciones de familia hasta la resolución de asuntos típicamente penales, pasando por la adopción de medidas de protección; la ley establece en su artículo 29 un difuso catálogo de medidas de protección que el juez puede decretar por tiempo indefinido; todas las anteriores medidas, reza el artículo 30, pueden aplicarse sin necesidad de llamar a la presencia del juez al menor; y, por último, el artículo 36 faculta a los jueces de menores a apreciar la prueba en conciencia y a solicitar todos los informes sociales, médicos, psicológicos u otros que estime conveniente para observar, diagnosticar y tratar a los menores demandantes de protección.

- En tercer lugar, las legislaciones minoristas privilegian la judicialización de los problemas vinculados a la infancia en situación de riesgo. Confiada la ley en la figura del juez de menores, no duda en equiparar las situaciones producidas como consecuencia de la falta de políticas sociales adecuadas con aquellos asuntos típicamente judiciales. Para graficar esta característica en nuestra Ley de Menores, baste recordar el gran catálogo de competencias encomendadas al juez de menores en el artículo 26. Esta disposición confunde y otorga igual tratamiento a materias distintas. El juez de menores resuelve cuestiones asociadas al derecho de familia como son la tuición, los alimentos, guardas y disensos; también puede determinar sobre la vida futura del menor cuando

¹² Debemos hacer presente que la Ley de Menores fue recientemente modificada por la Ley N°19.806 que estableció normas adecuatorias del sistema legal chileno a la reforma procesal penal. Precisamente, esta ley sustituyó el artículo 30 por uno nuevo que mejora substancialmente la situación de los menores de edad que han sido gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos respecto de las medidas que pueden decretarse y su control.

¹³ Con todo, la Ley N° 19.806 sólo rige, por el momento, en aquellas regiones en las que está operando el nuevo sistema acusatorio de persecución penal, excluyéndose las otras, entre ellas, la Región Metropolitana.

se encontrare en peligro material o moral; y, por último, puede aplicar medidas a niños, niñas y adolescentes infractores de la ley penal.¹⁴

- En cuarto lugar, los estatutos legales basados en el paradigma de la situación irregular confunden la pena con una medida cuyo objetivo es “proteger” a niños, niñas y adolescentes de las situaciones de abandono y criminalidad a las que están expuestos.¹⁵ Esta confusión entre la respuesta penal y la protección de la infancia en peligro moral o material, criminaliza la pobreza justificando las internaciones que son, en realidad, auténticas privaciones de libertad, por razones basadas en la pura falta o carencia de recursos materiales. En este punto se acentúan las buenas intenciones¹⁶ de las legislaciones minoristas que construyen la categoría de los menores-abandonados-delincuentes como una clase de sujetos débiles para quienes la protección es indispensable, o sea, una imposición para su propio bien. Por lo mismo, los tratamientos y las medidas de protección impuestas a los menores adolecerán -porque no son necesarias- de cualquiera de los límites y garantías básicas que toda persona tiene derecho en aquellos casos en que va ser juzgado por un supuesto delito.^{17, 18, 19} Nuevamente la Ley de Menores se muestra

¹⁴ La Ley N° 19.806 modifica el artículo 29 en varios puntos. Respecto de lo que nos interesa, se modificaron algunas de las competencias otorgadas al juez de menores. Particularmente, la hipótesis de intervención a la que se refiere el artículo 29 N° 7 fue rectificada en términos que el juez de menores deberá conocer de todos los asuntos en que aparezcan menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos. Véase nota 13.

¹⁵ Véase Couso Jaime, *Problemas Teóricos y Prácticos del Principio de Separación de Medidas y Programas, Entre la Vía Penal-Juvenil y la Vía de Protección Especial de Derechos*, en *Justicia y Derechos del Niño*, N° 1, UNICEF, Santiago, Chile, 1999, pgs. 79 a 104.

¹⁶ El paternalismo propio de las legislaciones minoristas, esto es, la posibilidad de entrometerse en el ámbito de decisión autónoma de una persona contra su propia voluntad, puede fundarse en consideraciones altruistas y sensibles frente a las situaciones dramáticas de niños, niñas y adolescentes expuestos a graves vulneraciones de sus derechos o, en cambio, puede basarse ya no en razones humanitarias sino más bien en ejercer un control sobre un cierto tipo de desviación social que se considera potencialmente peligrosa. Ambas justificaciones de la doctrina de la situación irregular se equivocan y no constituyen casos de paternalismo justificado ni aun en el interés superior del niño. Para un análisis de la consideración del interés superior del niño como un principio paternalista garantista y justificado véase Cillero Miguel, *El Interés Superior del Niño en el Marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, en *Justicia y Derechos del Niño*, N° 1, UNICEF, Santiago, Chile, 1999, pgs. 45 a 62.

¹⁷ No es el objetivo de este trabajo explayarse sobre esta característica de los sistemas tutelares basados en la protección de la infancia en riesgo social que es, probablemente, sobre la que más se ha escrito. Para revisar bibliografía sobre un análisis histórico y crítico del control socio-penal de la infancia véase García Méndez, Emilio, ob. cit., páginas 35 a 58. Sobre un análisis de los diferentes sistemas de responsabilidad juvenil en América Latina véase Beloff Mary, *Los Sistemas de Responsabilidad Penal Juvenil en América Latina en Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1998, pgs. 87 a 107 y Cillero Miguel, *Adolescentes y Sistema Penal. Proposiciones desde la Convención sobre los Derechos del Niño*, en *Justicia y Derechos del Niño*, N° 2, UNICEF, Buenos Aires, 2001, pgs. 101 a 138. Por último, para un análisis pormenorizado de nuestro sistema penal para adolescentes, véase Cillero Miguel, *Leyes de Menores*, ob. cit., pgs. 477 a 544.

¹⁸ Véase más adelante el punto 4.1.

¹⁹ Véase Cortés Julio, *A 100 Años de la Creación del Primer Tribunal de Menores y 10 Años de la Convención Internacional de los Derechos del Niño: El Desafío Pendiente*, en *Justicia y Derechos del Niño*, N° 1, UNICEF, Santiago, Chile, 1999, pgs. 63 a 78.

consistente con el paradigma que la inspira al no distinguir entre los niños, niñas y adolescentes que demandan la protección de sus derechos vulnerados y los adolescentes infractores de la ley penal. En efecto, otra vez sólo por vía ejemplar, el artículo 32²⁰ prescribe que: “Antes de aplicarse a un menor de dieciocho años las medidas contempladas en la presente ley, por un hecho que, cometido por un mayor, constituiría delito, el juez deberá establecer la circunstancia de haberse cometido tal hecho y la participación que en él ha cabido al menor.

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

- En quinto y esta vez en último lugar, las legislaciones minoristas se sustentan en la negación sistemática de los principios básicos y garantías elementales de un sistema jurídico, partiendo por todos aquellos consagrados en las constituciones. Lo anterior, sustentado en un aparataje semántico fraudulento que denomina eufemísticamente realidades convencionalmente falsificadas. Conocidas son las alegaciones de fundar un derecho de menores autónomo, por ejemplo, de las garantías procesales mínimas que son irrelevantes o, incluso más, nocivas para el buen funcionamiento de los tribunales de menores. Nuestra Ley de Menores arroja varios ejemplos sobre la negación a los menores de derechos y garantías que sí se respetan a las demás personas. Sólo como muestra, anótese el artículo 30 que faculta al juez de menores para aplicar alguna de las medidas de protección, *sin necesidad de llamar a su presencia al menor*, según más convenga a la irregularidad que presente.²¹

En suma, nuestra actual legislación en materia de infancia se enmarca dentro de la doctrina de la situación irregular, constituyéndose en una normativa destinada a un tipo especial de infancia estigmatizada cuyo objetivo, por medio de una intervención judicial excesiva, es el control de los menores delincuentes y la asistencia a los menores en peligro material o moral a través de los mismos procedimientos y medidas.²² Además, nuestra legislación minorista cumple una función claramente ideológica que consiste en suplir simbólicamente las deficiencias de las políticas públicas y reproducir las formas de criminalización primaria y las iniquidades de sociedades intensamente estratificadas y con marcadas asimetrías en sus procesos de desarrollo.²³

²⁰ Este artículo fue derogado por la Ley N° 19.806. Véase nota 13.

²¹ Véase Cillero Miguel, *Evolución Histórica*, ob. cit., pgs. 59 a 72.

²² Véase Cillero Miguel, *Los Derechos del Niño*, ob.cit., pgs. 51 a 53 y Couso Jaime, *Problemas Teóricos y Prácticos del Principio de Separación de Medidas y Programas, Entre la Vía Penal-Juvenil y la Vía de Protección Especial de Derechos*, ob. cit., pgs. 81 a 84.

²³ Peña Carlos, ob. cit., pg. 627.

2.2. La representación de los intereses de los niños, niñas y adolescentes en la Ley de Menores

Podemos distinguir al interior de la Ley de Menores dos tipos de procedimientos. Por una parte, se encuentra el procedimiento común o general que se aplica a todas aquellas materias respecto de las cuales no se contempla uno particular y, por otra, los procedimientos especiales que se aplican a cuestiones específicas como, por ejemplo, la adopción o la autorización para la salida de un menor de edad del país.

Dentro del procedimiento común o general, la Ley de Menores distingue entre aquellos asuntos en que existe una contienda entre partes y en los que no existe tal disputa. Para el primer caso, debe aplicarse el procedimiento sumario con algunas particularidades; en el segundo caso, el procedimiento debe ser verbal y sin forma de juicio, pero el juez debe dictar sus resoluciones con conocimiento de causa. Ahora bien, en la ley no aparece claramente el criterio que permite reconocer aquellas cuestiones que son contenciosas o que, por su naturaleza, permiten algún tipo de oposición. Aparentemente el carácter contencioso se reserva, exclusivamente, para las materias relativas al derecho de familia. Esta confusión es tributaria de la lógica tutelar que informa nuestra Ley de Menores.

En efecto, la legislación se sustenta en la idea que en los procedimientos de menores no existe una contienda auténtica entre partes porque el objetivo del proceso es la protección o tutela del menor. Para ello, el juez necesita estar dotado de potestades intensamente discrecionales que le permitan reconstruir su vida y su entorno para lograr la intervención más adecuada. Así, el menor de edad es, al mismo tiempo, sujeto y objeto del proceso. De este modo, los procedimientos aplicables para la resolución del discernimiento, las infracciones cometidas por menores de 16 años y la aplicación de medidas de protección carecen de las mínimas formalidades y garantías propias del debido proceso.²⁴ En particular, tratándose de las medidas de protección se aplica el procedimiento sin forma de juicio según el análisis precedente y también como se infiere del artículo 34 de la Ley.

Antes de revisar las características principales del *cuasi procedimiento* para la aplicación de medidas de protección, creemos conveniente señalar algunas ideas respecto de estas medidas, piedra angular de la prácticas asociadas a la doctrina de la situación irregular. Desde la perspectiva de la Ley de Menores, las medidas de protección emanan de la denominada potestad tutelar del Estado.²⁵ Ésta se define

²⁴ Véase Cillero Miguel, *Evolución Histórica*, ob. cit., pgs. 59 a 61.

²⁵ Véase Cillero Miguel y otros, *Niños y Adolescentes Sus Derechos en Nuestro Derecho*, Ediciones SENAME, Santiago, Chile, 1995, pgs. 47 a 78.

como un poder-deber del Estado que se ejerce a través de sus órganos²⁶ con el fin de ofrecer asistencia a los niños, niñas y adolescentes en situación irregular, los que pasan a ser objetos de protección con todas las consecuencias peligrosas que esta lógica pueden conllevar. Por de pronto, gracias a este razonamiento inicuo, no se aplica ningún criterio básico de racionalidad en la adopción de medidas de protección sobre todo en cuanto a la oportunidad, proporcionalidad y justificación de la intervención estatal. En efecto, se olvida que la familia debe ser el entorno privilegiado para la satisfacción de las necesidades y derechos de niños, niñas y adolescentes, se omite la necesidad de testear si la aplicación de una medida significará eficazmente una mejora en la superación de la situación de vulneración y, en definitiva, se prescinde de la circunstancia que justifica la intervención estatal, esto es, la necesidad de restablecer los derechos de los niños, niñas y adolescentes que han sido amenazados o vulnerados.

Las medidas de protección son, entonces, el principal instrumento a través del cual el Estado ejerce la potestad tutelar, cuyos destinatarios son los menores en situación irregular, ya sea porque han sido abandonados, se encuentran desamparados, presentan algún tipo de desajuste conductual o han infringido la ley penal siendo inimputables.

El presente trabajo se ocupa exclusivamente de las medidas de protección que los tribunales de menores pueden adoptar en ejercicio de la potestad tutelar judicial. Los sujetos destinatarios -o más bien objeto de protección- de las funciones tutelares ejercidas por los jueces de menores son, según las hipótesis contempladas en la Ley de Menores, los siguientes: a) Menores cuyos padres se encuentran inhabilitados física o moralmente para ejercer la tuición (artículos 41 y 42 de la Ley de Menores y artículo 226 del Código Civil); b) Menores cuyos padres solicitan al tribunal de menores que determine sobre la vida futura de aquellos (artículos 26 número 7 de la Ley de Menores y 234 del Código Civil); c) Menores de 16 años a los que se les imputa un hecho punible o mayores de esa edad y menores de 18 que hayan obrado sin discernimiento (artículos 26 número 9 y 28 de la Ley de Menores); y d) Menores que se encuentran en alguna situación de peligro material o moral, siendo esta es la causa genérica y residual (artículo 26 número 7 y 30 de la Ley de Menores).²⁷

Encontrándose un niño, niña o adolescente en algunas de las hipótesis recién apuntadas, el juez de menores podrá adoptar cualquiera de las medidas que la Ley de Menores contempla en el artículo 29. Dichas medidas son difusas, no existe entre ellas ningún orden de preferencia, pueden decretarse por todo el tiempo que estime

²⁶ Principalmente los Tribunales de Menores, El Servicio Nacional de Menores y sus instituciones colaboradoras, las Casas de Menores y la Policía de Menores.

²⁷ Las hipótesis señaladas han sido rectificadas por la Ley N° 19.806. No obstante, la única modificación relevante es la causal genérica -letra d)- que fue cambiada por la siguiente: el juez de menores deberá conocer de todos los asuntos en que aparezcan menores de edad gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos. Véase nota 13.

conveniente el juez mientras el niño, niña o adolescente no haya alcanzado la mayoría de edad y, por último, pueden ser revocadas, renovadas y modificadas a discreción.²⁸

Ahora bien, respecto del procedimiento que debe seguirse para poder adoptar las medidas de protección, éste presenta los rasgos principales que siguen.²⁹ La Ley de Menores contempla dos procedimientos,³⁰ como ya se dijo, dependiendo de si existe o no contienda entre partes. Ya en esta clasificación podemos percatarnos de los supuestos errados en que descansan las reglas procesales que estamos comentando. Cada vez que se aplican medidas de protección coercitivamente existe una contienda entre los diferentes intereses en juego, por un lado, la potestad tutelar del Estado y, por otro, los intereses del niño, niña o adolescente. Por lo mismo, el procedimiento debiera ser siempre contencioso, a menos que la medida se adoptara voluntariamente por los involucrados, garantizando los derechos y garantías de los que pueden ver afectados sus derechos por la aplicación de una medida de protección. Sin embargo, la Ley de Menores tributaria de la ideología que la inspira, obvia la naturaleza controversial del procedimiento y lo concibe como un mecanismo para la adopción de medidas cuyo fin es proteger y corregir paternalistamente a todos los menores en situación irregular.

No habiendo contienda entre partes, el procedimiento no tiene forma de juicio, formalmente es verbal, sin que se contemplen ninguna de las garantías mínimas del debido proceso, entre ellas, por supuesto el derecho a la defensa. El único requisito que debe sortear el juez de menores es la obligación de dictar resoluciones con conocimiento de causa. Con todo, éste en cualquier estado del juicio, aún antes de que éste se inicie, puede de oficio o a petición de parte, ejercitar la facultades señaladas en la Ley de Menores. Como se ve, la normativa carece de toda consistencia interna, por un lado, se dispone una suerte de procedimiento y, por otro, se autoriza en términos absolutamente amplios la posibilidad de prescindir del mismo.

Si llegara a producirse oposición, ya sea por parte de los padres, guardadores o de cualquier otra persona que en el hecho tenga al menor bajo su cuidado, se seguirá el procedimiento conforme a las reglas del juicio sumario. Nótese que la ley no considera como un interés relevante la oposición del propio niño, niña o adolescente.

Respecto de la posibilidad de impugnar resoluciones del tribunal, la Ley de Menores sólo contempla la posibilidad de apelar las sentencias definitivas o las interlocutorias que pongan fin al juicio o hagan imposible su continuación. Esta disposición también demuestra la precaria situación procesal del niño, niña y

²⁸ Esta disposición fue modificada por la Ley N° 19.806 restringiendo en algo la discrecionalidad del juez de menores. Véase nota 13.

²⁹ Véase Cillero Miguel y otros, *Niños y adolescentes*, ob. cit., pgs. 67 y 68.

³⁰ Véanse, principalmente, los artículos 30, 32, 34, 36, 37 y 40 de la Ley de Menores.

adolescente, por cuanto muchas de las resoluciones que afectan gravemente los derechos de éstos se adoptan por medios de autos que no son apelables y sólo pueden reponerse ante el propio tribunal.

Sobre la prueba, la Ley de Menores no es más alentadora. El artículo 36 de la ley prescribe que en todos los asuntos que conozca el juez de menores, la prueba se apreciará en conciencia, sin establecer tampoco la oportunidad y modo de rendirla.³¹

Por último, y en el aspecto específico de la representación de los intereses del niño, niña o adolescente, el procedimiento para la adopción de medidas de protección adolece de todas las deficiencias propias de la doctrina en que se inspira. El artículo 28 de la Ley de Menores establece que a los menores inimputables que hayan cometido alguna infracción a la ley penal, se le podrán aplicar cualquiera de las medidas de protección, sin considerar explícitamente participación alguna de los niños, niñas o adolescentes.

A su turno, el artículo 30 de la misma ley, dispone que cuando se recoja a un menor por hechos que no sean constitutivos de delito, el juez puede aplicar, sin necesidad de llamarlo a su presencia, alguna de las medidas contempladas en la ley. Aún más, en casos calificados el juez puede autorizar al Consejo Técnico de la Casa de Menores respectiva para que aplique alguna medida de protección en forma provisional.³²

La Ley de Menores en su artículo 36 excluye al niño, niña o adolescente como protagonista procesal³³ o, al menos, demuestra que no es necesario oírlo. En efecto, realiza una distinción, ilegítima a nuestro parecer, entre los menores púberes y los impúberes. Respecto de los primeros, el juez deberá oírlos cuando fuera posible, tratándose de los segundos, lo hará cuando lo estime conveniente. Es discriminatoria la distinción por cuanto la Convención sobre Derechos del Niño, particularmente relacionando sus artículos 5 y 12, prescribe que todo niño, niña o adolescente tiene el derecho a ser oído y a que sus opiniones sean consideradas conforme a la evolución de sus facultades.³⁴ Además, no sólo se trata de una redacción poco feliz sino que, por sobre todo, utiliza una fórmula

³¹ Véase Cillero Miguel, *Evolución Histórica*, ob. cit., pgs. 64 a 69.

³² Este precepto fue sustituido por uno nuevo de acuerdo a la Ley N° 19.806. Dicha modificación mejora substancialmente la situación de los menores de edad que han sido gravemente vulnerados o amenazados en sus derechos respecto de las medidas que pueden decretarse y su control. Véase nota 13.

³³ El artículo 36 de la Ley de Menores dispone lo siguiente en su inciso primero: “El juez de letras de menores en todos los asuntos de que conozca apreciará la prueba en conciencia y, **si fuere posible, deberá oír siempre al menor púber y al impúber, cuando lo estimare conveniente**. Además de los informes que solicite a los asistentes sociales, podrá requerir informes médicos, psicológicos u otros que estimare necesarios”.

³⁴ Véase Pinto Gimol, *La Defensa Jurídica de Niñas, Niños y Adolescentes a Partir de la Convención sobre los Derechos del Niño*, en *Justicia y Derechos del Niño*, N° 3, UNICEF, Buenos Aires, 2001, pg. 135. La autora sostiene que lo dispuesto en el artículo 12 “debe ser concebido como un derecho del niño, niña y una garantía frente al poder del Estado, por lo que la interpretación de sus manifestaciones no puede adquirir cualquier forma, sino solo la que responda concretamente a un ejercicio defensivo de sus derechos”.

excesivamente débil quedando al absoluto arbitrio del tribunal la posibilidad de escuchar a los niños, niñas y adolescentes, sin poder tampoco recurrir contra la decisión del juez de no oírlos.

El inciso final del artículo 36 profundiza la precaria situación del niño, niña y adolescente como un sujeto procesal inexistente. Este precepto establece que los menores no necesitan representante legal para concurrir ante el juez, lo que se traduce en la ausencia total de la posibilidad de una defensa técnica. Es decir, la Ley de Menores clausura el derecho a la defensa³⁵ en sus dos aspectos: la defensa material o autodefensa³⁶ y la defensa técnica.³⁷ No sólo se excluye la posibilidad de que el niño, niña o adolescente se oponga a las resoluciones y medidas adoptadas por el tribunal sino que, además, aunque existiera ese mecanismo, por ser considerado por la ley como incapaz la única forma de otorgar mandato judicial sería por intermedio de un curador ad-lítem, siendo un trámite altamente improbable que se concretice en la práctica, persistiendo todavía el dilema de la ausencia de instancias precisas para que pudiera actuar un defensor.³⁸

En síntesis, al considerarse que en los procesos en que se adoptan medidas de protección no existe un conflicto entre los intereses del Estado y los intereses de los niños, niñas y adolescentes, el procedimiento que se sigue es informal, discrecional, de duración indefinida, de naturaleza esencialmente inquisitiva en el que no se contemplan mecanismos procesales que permitan al niño, niña y adolescente participar en un procedimiento que afectara sus propios derechos.

2.3. Las prácticas judiciales en la adopción de medidas de protección

Para finalizar este punto, partiendo del supuesto que el derecho no se reduce a un conjunto de normas entrelazadas por ciertas propiedades sino que, mucho más que eso, es una práctica argumentativa donde las rutinas de los diferentes operadores del sistema normativo -en particular los jueces- son del todo relevantes para la comprensión de éste, es totalmente indispensable referirse a las prácticas de nuestros tribunales de menores en la adopción de medidas de protección.

³⁵ La noción dogmática de la defensa se analizará más adelante. Véase apartado 3.1. Respecto del reconocimiento del derecho a la defensa en la Convención véase punto 3.2.

³⁶ En general, se entiende por defensa material o autodefensa, en las palabras de Carocca, "la intervención personal y directa de las partes en el proceso, sin el ministerio o representación de su defensor técnico". Carocca Alex, *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*, José María Bosch Editor, Barcelona, 1998, pg. 446.

³⁷ La defensa técnica, se ha definido como aquella que se hace afectiva "por personas peritas en Derecho que tienen como profesión el ejercicio de esta función técnica-jurídica de defensa de las partes que actúan en el proceso, para poner de relieve sus derechos". Fenech Miguel, citado por Carocca Alex, ob. cit., pg. 492.

³⁸ Cillero Miguel y otros, *Niños y adolescentes*, ob. cit., pg. 76.

Lamentablemente, existe poca información empírica disponible, pero de la poca que pudimos revisar³⁹ las conclusiones que se obtienen son tan sombrías como el panorama de reglas que acabamos de realizar.

En efecto, ambos estudios de expedientes arrojan un porcentaje cercano al 43% en que se adopta como medida provisoria o temporal alguna modalidad de internación de los casos revisados. Este porcentaje es más elocuente por cuanto, según los datos del informe de UNICEF, la inmensa mayoría de estas internaciones provisorias (84%) son decretadas por un tiempo indeterminado, 4 de cada 10 de estas medidas se decretan sin fundamento alguno y sólo 2 de cada 10 recurren a texto legal expreso en sus fundamentos. Ambos estudios señalan que, además, en un altísimo porcentaje la internación se produce en alguna de las instituciones que se consideran por el sistema como cerradas (85% de los casos según Jiménez).⁴⁰ Por último, según UNICEF, sólo el 18,5% de las internaciones provisorias se transforman en definitivas, lo que sigue siendo un porcentaje alto pero, además, cuestiona la necesidad de adoptar tantas medidas provisorias de internación.

El Informe de UNICEF señala que sólo en el 1,6% de los casos el niño, niña o adolescente tienen abogado que los represente. Por su parte, éstos declaran solamente en el 35,5% de los expedientes revisados. Pero, sin duda, el dato más alarmante es que un exiguo 10% de los casos las sentencias invocan o toman debidamente en consideración los dichos de los niños, niñas y adolescentes. En el estudio de Jiménez se concluye que éstos declaran en el 50% de los casos. Esta diferencia se podría explicar porque en este último estudio se excluyeron para efectos de la cuantificación los niños y niñas menores de 3 años.

³⁹ UNICEF, *Estudio de Expedientes de Protección Simple*, 2001, inédito y Jiménez, María Angélica (Casas, Lidia, co-investigadora), *Prácticas Judiciales en la Justicia Tutelar*, 2001, en prensa.

Agradecemos la gentileza de los respectivos autores que autorizaron la consulta y cita de sus trabajos, los que constituyen estudios de expedientes. El presente artículo no es una investigación empírica, por lo mismo, no nos interesa validar las metodologías utilizadas para la realización de estos informes, solamente queremos relevar los problemas prácticos que se siguen de la legislación deficiente que poseemos en materia de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Con todo, desde el punto de vista metodológico, el estudio de Jiménez construyó una muestra no probabilística que fuera representativa de la distribución de la totalidad de las causas de la Región Metropolitana en todos los juzgados de menores con competencia en materia proteccional. Para ello, identificó cinco juzgados que pasaron a ser el marco del estudio y luego la muestra se determinó con la totalidad de las causas ingresadas por protección en todos los juzgados componentes del marco correspondientes a un mes calendario completo del año 2000 y que reuniesen ciertos requisitos. El universo total de la muestra ascendió a 550 expedientes examinados.

Por su parte, el estudio de UNICEF construyó el marco muestral en base a un universo de 869 casos ingresados por protección simple a seis tribunales de menores de la Región Metropolitana durante dos meses del año 1998, luego se determinó la muestra a examinar seleccionando 132 expedientes en forma aleatoria y proporcional al volumen de ingreso que tuvieron durante esos dos meses los tribunales seleccionados.

⁴⁰ Son instituciones cerradas aquellos hogares de protección que mantienen internados a niños, niñas o adolescentes que se encuentran, por lo tanto, separados de su núcleo familiar.

Ambos informes arrojan porcentajes similares sobre las primeras diligencias decretadas durante el proceso, siendo la más relevante la práctica de informes psicosociales en desmedro de las declaraciones de los propios involucrados. Aparecen consignados informes psicosociales en un 65.3% de los casos según UNICEF y 75% según Jiménez. Ésta última agrega la inutilidad de dichos informes por ser rutinarios, reducirse a repetir frases tipo y con carencia de fundamentos argumentales relacionados con el caso concreto.

Ahora bien, respecto de los fundamentos que sustentan las resoluciones judiciales de los tribunales de menores, los resultados son también muy poco alentadores. Según el estudio de Jiménez, en el 90% de los casos los tribunales de menores fundamentan sus fallos en la Ley de Menores y sólo en el 10% se cita la Convención sobre Derechos del Niño. Para el informe de UNICEF, más del 20% de las causas adolecen de toda fundamentación. En un porcentaje menor al 10% de los expedientes los tribunales fallan recurriendo a la Convención. Pero lo que más llama la atención es que en casi un 50% de los casos la resolución se funda en la cita de normas jurídicas abstractas desvinculadas de los fundamentos de hecho del caso específico. Además, el informe señala que aproximadamente en un reducido 5% de los expedientes revisados, los tribunales son capaces de fundar sus resoluciones en normas jurídicas y fundamentos de hecho. Por último, cabe resaltar que un porcentaje levemente superior al 10% de las resoluciones se funda exclusivamente en hechos.

Para UNICEF, por último, en cuanto al modo de término del proceso, un 30% de los casos termina con la prolongación indefinida de una resolución provisoria, un 15% se archiva sin resolución alguna y sólo un 50% de los casos termina por sentencia definitiva.

De los datos empíricos expuestos brevemente, podemos percatarnos, aunque sean datos preliminares, de la precariedad que sufren niños, niñas y adolescentes en la representación de sus intereses y como la defensa de éstos es irrelevante dentro del escenario que los estudios citados describen.

3. EL DERECHO A LA DEFENSA COMO FUNDAMENTO PARA EL ESTABLECIMIENTO DE UN MODELO DE REPRESENTACIÓN DE LOS INTERESES DE NIÑOS, NIÑAS O ADOLESCENTES

3.1. Noción dogmática de la defensa

Nuestra Constitución dispone en el artículo 19 número 3 la igual protección de la ley en el ejercicio de los derechos. Para nuestra doctrina constitucional, el citado numeral 3 consagra la denominada igualdad ante la justicia, esto es, la garantía para cualquier persona que recurra a la justicia de ser escuchada

por los tribunales conforme a reglas y procedimientos igualitarios.^{41,42}

Por su parte, el inciso quinto del mismo artículo 19 número 3, consagra la garantía del debido proceso en los términos que “toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado” agregando que “corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

Uno de los aspectos centrales, según la doctrina, del debido proceso es el principio de la bilateralidad de la audiencia.⁴³ Este principio se asegura, entre otros medios, permitiendo a las personas hacer valer sus derechos y defenderse en el proceso.

Ahora, específicamente el artículo 19 número 3 -en su inciso segundo- consagra el derecho a la defensa al disponer que: “toda persona tiene derecho a defensa jurídica en la forma que la ley señale y ninguna autoridad o individuo podrá impedir, restringir o perturbar la debida intervención del letrado si hubiere sido requerida (...) La Ley arbitrará los medios para otorgar asesoramiento y defensa jurídica a quienes no puedan procurárselos por sí mismos”.

Este reconocimiento es imperfecto en varios sentidos.⁴⁴ Desde luego, restringe el derecho a la defensa a la pura asistencia letrada, es decir, desconoce la autodefensa como un mecanismo fundamental para el ejercicio de este derecho. Además, no señala la etapa procesal a partir de la cual se considera indispensable el ejercicio de esta garantía. Por otro lado, establece que el derecho a una defensa jurídica surge sólo cuando ésta haya sido requerida, lo que constituye un error puesto que es el Estado el que debe asumir la obligación positiva de dotar a una persona de la asistencia letrada para asegurar el adecuado ejercicio del derecho. Y, en fin, excluye la asistencia letrada como uno de los derechos reclamables jurisdiccionalmente por medio de la acción constitucional de protección.

Con todo, la Constitución arroja los elementos necesarios para construir una noción dogmática constitucional del derecho a la defensa que permitan salvar las

⁴¹ Véase, por ejemplo, Verdugo Mario y otros, *Derecho Constitucional*, Tomo I, Jurídica, Santiago, Chile, 1994, pgs. 211 a 221; Evans Enrique, *Los Derechos Constitucionales*, Tomo II, Jurídica, Santiago, 1986, pgs. 25 a 47; y Cea José Luis, *La Igual Protección de los Derechos*, en *Revista Chilena de Derecho*, Pontificia Universidad Católica de Chile, Volumen 9, Nº 3, diciembre, 1982, pgs. 521 a 539.

⁴² Carocca considera muy deficiente la consagración de las garantías procesales en nuestra Constitución al reducir las exclusivamente a la igualdad ante la justicia. Nuestra Constitución, opinión que compartimos, no consagra el más importante de los derechos humanos de contenido procesal, esto es, el derecho a la tutela judicial efectiva o el derecho a la justicia. Véase Carocca Alex, *Derechos Humanos y Derecho Civil: Perspectiva Procesal*, Corporación de Promoción Universitaria, Santiago, Chile, 1997, pgs. 28 a 32 y pgs. 35 a 41.

⁴³ Véase Cea José Luis, ob. cit.

⁴⁴ Véase Riego Cristián, *El Sistema Procesal Penal Chileno frente a las Normas Internacionales de Derechos Humanos*, en *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, Cuadernos de Análisis Jurídico, serie de publicaciones especiales, Nº 6, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 1996, pgs. 264 a 277 y Carocca Alex, *Derechos Humanos*, ob. cit., pgs. 42 a 49.

insuficiencias y los vacíos de su reconocimiento por la Ley Fundamental.

Partamos, entonces, por contextualizar el derecho a la defensa. Los principios que inspiran el debido proceso, esto es, el conjunto de los presupuestos que deben ser exigidos para considerar -procedimentalmente- legítima cualquier decisión judicial, se estructuran y se concretizan por medio de una serie de garantías procesales indispensables para que las personas acepten razonablemente sustraer la resolución de conflictos de relevancia jurídica de la esfera privada y confiar su decisión a los órganos institucionalmente establecidos para ello, es decir, los tribunales de justicia.

Pues bien, una de las garantías procesales más relevantes es, precisamente, el derecho a la defensa. Dicha garantía supone que uno de los requisitos que todo proceso jurisdiccional debe satisfacer es que las personas que intervienen en este proceso gocen de la defensa jurídica que asegure la adecuada representación de sus intereses y la posibilidad de intervenir directa y oportunamente en el proceso con el objeto de ser escuchados.

Una garantía procesal⁴⁵ es, en términos generales, un mecanismo que asegura la satisfacción de un derecho conforme a ciertos estándares compulsivos. En este caso específico, la garantía constitucional de la defensa procesal es el medio que, entre otros, permite asegurar el derecho a un juicio justo en que se respeten los principios del debido proceso.

Como se ve, de lo recién expuesto, es dudosa que la denominación derecho a la defensa sea correcta desde un punto de vista técnico. El derecho a la defensa más que un derecho subjetivo o fundamental que opera, por lo tanto, bajo la lógica de constituir un contrapeso al poder del Estado, esto es, un límite al ejercicio del poder cuyo fin es proteger ese ámbito de inviolabilidad o autonomía personal del cual gozan todas las personas, exige muchas veces que se requiera ya no un deber de abstención por parte del Estado sino que, muy por el contrario, una acción positiva con el fin que todas las personas, incluso aquéllas impedidas de procurárselas por sí mismas, puedan optar a una defensa adecuada y oportuna. Pero no sólo desde este punto de vista la denominación del derecho a la defensa es equívoca, puesto que ésta se considera por toda la doctrina como un presupuesto o un requisito esencial del debido proceso y, por lo mismo, no es renunciable, o sea, no se satisface con la mera circunstancia que un sujeto decida autónomamente prescindir de ella.⁴⁶

⁴⁵ Carocca distingue según su objeto tres formas distintas de garantías procesales: las garantías de la actividad de las partes, las garantías respecto de la actividad jurisdiccional y las garantías del proceso. La defensa es una de las garantías de la actividad de las partes. Con todo, indudablemente es también un requisito esencial del proceso y, por lo mismo, debe considerarse al mismo tiempo como una garantía, precisamente, del proceso. Véase Carocca Alex, *ibid.*, pgs. 34 y 35.

⁴⁶ Véase Carocca Alex, *Garantía Constitucional*, *ob. cit.*, pgs. 53 a 63.

Establecida la conexión entre los principios del debido proceso y la garantía de la defensa procesal, debemos ahora conceptualizar y dotar de un significado específico a esta garantía. Probablemente ésta sea una de las garantías procesales más fundamentales y, sin duda, la que se encuentra más arraigada espontáneamente en la conciencia de las personas respecto de la idea o noción informal de un juicio justo. Ante cualquier ataque, agresión o cargo la reacción natural de cualquier individuo será buscar los medios para repeler el eventual daño que pueda seguirse de la situación perjudicial a la que se enfrenta. Nos atrevemos a sostener que la garantía de la defensa procesal se fundamenta, en última instancia, en ese instinto de conservación o supervivencia al que aludía Hart al reflexionar sobre los contenidos mínimos que todo sistema normativo debería contener, basándose precisamente en la premisa básica que todos los seres humanos organizamos nuestras vidas teleológicamente de modo tal de preservarlas; de lo contrario, conceptos opuestos como peligro y seguridad, daño y beneficio, entre otros, carecerían de todo sentido.⁴⁷

Así, la defensa consistirá en una reacción espontánea ante cualquier agresión como sería, por ejemplo, a la que se ve expuesta un niño, niña o adolescente al ser sometido a una medida de protección que traerá como consecuencia una restricción o supresión de alguno o algunos de sus derechos fundamentales. El primer y más primigenio modo de defensa consiste en la posibilidad de participar y ser oído en el proceso. Sin embargo, con la creciente complejidad de los sistemas normativos, el único modo de asegurar una defensa mínimamente adecuada pareciera ser a través de la intervención de un abogado que represente los intereses del niño, niña y adolescente.

En términos estrictamente jurídicos o propios de la dogmática procesal, la garantía de la defensa procesal consiste en “asegurar a los interesados la posibilidad de efectuar a lo largo de todo el proceso, sus alegaciones, sus pruebas y contradecir las contrarias, con la seguridad de que serán valoradas en la sentencia. Se trata, en el fondo, de la garantía de la participación de los interesados en la formación de la decisión jurisdiccional”.⁴⁸

El derecho a la defensa otorga, en términos muy generales, una serie de facultades o, dicho de otra manera, ésta supone un contenido específico.⁴⁹ En primer lugar, garantiza a las personas la posibilidad de intervenir en aquellos asuntos

⁴⁷ Hart construye un contenido mínimo de derecho natural que todo sistema jurídico debiera satisfacer para cumplir el objetivo básico de cualquier conjunto de reglas sociales que no es otro que la conservación de la vida. Hart cree que no es necesario fundamentar esta verdad evidente; sostener lo contrario supondría falsear el hecho generalizado que todos los seres humanos organizamos nuestras acciones con el fin de persistir en nuestra existencia. El derecho jamás ha sido pensado como el estatuto de un club de suicidas sino más bien como un instrumento que facilita la convivencia social entre personas dotadas de una serie de características acotadas que las obligan, en su propio interés, a acordar un conjunto de abstenciones y concesiones recíprocas y con ello asegurar que no requieren comportarse ni como ángeles ni como demonios para sobrevivir. Véase Hart H. L. A., *El Concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1977, pgs. 229 a 261 (traducción de Genaro Carrió).

⁴⁸ Carocca Alex, *Derechos Humanos*, ob. cit., pg. 43.

⁴⁹ Ibid., páginas 42 a 46. Para un análisis pormenorizado de la diferentes facultades someramente expuestas aquí véase Carocca Alex, *Garantía Constitucional*, ob. cit., pgs. 187 y sgtes.

que les interesan, por lo tanto, exige que los sujetos hayan sido debida y oportunamente emplazados y, además, que puedan intervenir en las diferentes etapas del proceso por sí mismos o a través de sus representantes letrados.⁵⁰ En segundo lugar, la garantía de la defensa se concretiza en la potestad que tienen las partes de participar en el proceso con el fin de obtener una resolución judicial favorable mediante la formulación y prueba de sus alegaciones, la posibilidad de contradecir las alegaciones de la contraparte y la obligación que surge para el tribunal de hacerse cargo en la sentencia de cada una de las argumentaciones presentadas por las partes. En tercer lugar, y para terminar, la garantía de la defensa contempla también una dimensión negativa que se traduce en la prohibición de la indefensión, esto es, impedir que se prive a una persona del ejercicio del derecho a la defensa, particularmente, por la acción del tribunal.

Por último, las facultades que confiere la garantía de la defensa procesal pueden adoptar dos modalidades principales: la autotutela o autodefensa y la defensa técnica o letrada. La autodefensa es el derecho que tienen las partes en un proceso para intervenir en forma personal y directa en las diferentes etapas del mismo, sin la necesidad de la representación por medio de un defensor técnico. Se trata, simplemente, del derecho a ser oído o el derecho de audiencia en cada una de las actuaciones a que da lugar un proceso. Por su parte, la defensa técnica consiste en aquella realizada por medio de un profesional jurídico, es decir, un abogado. Dicha persona posee los conocimientos necesarios para llevar adelante las diferentes facultades que supone el pleno ejercicio de la garantía de la defensa y su objetivo en el proceso será representar exclusivamente los intereses de su representado. La defensa técnica se satisface cumpliendo dos exigencias: la posibilidad que la parte designe o cuente con un abogado de confianza y el derecho a recibir asistencia técnica de oficio en los casos que la persona no pueda procurarse por sí misma un defensor letrado.⁵¹

3.2. La construcción del derecho a la defensa en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y otros Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos⁵²

Si bien la Constitución asegura los derechos a todas las personas y, obviamente, los niños, niñas y adolescentes son personas, la pretensión de sentar un derecho de menores autónomo junto a la doctrina de la situación irregular han contribuido a

⁵⁰ Por la expresión “defensa” podría deducirse que esta garantía sólo alcanza a la parte demandada, empero, esta conclusión es totalmente errónea puesto que ésta ampara a ambas partes por igual, aplicando estrictamente el principio de bilateralidad de la audiencia.

⁵¹ Véase Carocca Alex, *Garantía Constitucional*, ob. cit., pgs. 445 y sgtes.

⁵² Agradecemos los valiosos comentarios de Jaime Couso que enriquecieron esta parte del artículo.

una interpretación restrictiva o, todavía más, a negar directamente muchos derechos a los niños, niñas y adolescentes que se reconocen, sin ninguna duda, a los adultos.

Por lo recién apuntado, a pesar de haber definido el concepto de la garantía de la defensa procesal desde un punto de vista dogmático, nos vemos enfrentados a la obligación de intentar reconstruir una noción del derecho a la defensa a la luz de las definiciones doctrinarias ya apuntadas, a partir de una interpretación sistemática de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y otros tratados internacionales sobre derechos humanos, con el objeto de salvar la exclusión asentada en el paradigma tutelar respecto de la consideración de los niños, niñas y adolescentes como sujetos titulares de derechos.

Como se sabe, la Convención sobre Derechos del Niño inaugura un nuevo paradigma de protección integral de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que representa un salto cualitativo de enorme importancia desde un sistema tutelar de protección, basado en la intervención y control social de una determinada infancia -“los menores”- en riesgo social que debe ser objeto de amparo, a un sistema integrado de protección de los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes que implica el reconocimiento de la calidad de sujetos de derecho a éstos como, al mismo tiempo, admitir su condición de personas en desarrollo y, consecuentemente, construir un sistema de protección de derechos para toda la infancia y adolescencia sustentado en el principio de igual trato y consideración, abarcando todas las dimensiones de la vida personal, familiar y social de los niños, niñas y adolescentes.⁵³

La Convención sobre Derechos del Niño nos impone el desafío de transformar a los niños, niñas y adolescentes de menores a ciudadanos.⁵⁴ Dicha transformación no se satisface con el puro y simple reconocimiento normativo de la calidad de titulares de derechos que se les reconoce a éstos en el modelo

⁵³ No es el objetivo de este trabajo analizar en profundidad las características del nuevo sistema integral de protección de derechos que estrena la Convención sobre Derechos del Niño. Respecto de esta caracterización general hay numerosa bibliografía. Entre otras, podemos destacar los siguientes trabajos: Beloff Mary, *Modelo*, ob. cit.; Cillero Miguel, *Leyes de Menores*, ob. cit.; Cillero Miguel, *Los Derechos del Niño*, ob. cit.; Couso Jaime, *Los Niños*, ob. cit.; García Méndez Emilio, ob. cit.; y Peña Carlos, ob. cit.

⁵⁴ Por supuesto no estamos pensando en la definición constitucionalista de ciudadanía, es decir, las personas que se encuentran autorizadas por el ordenamiento jurídico para ejercer el derecho a sufragio, sino que, cosa distinta, nos referimos a una concepción mucho más amplia de ciudadanía que se relaciona con una cierta identidad política que se crea a través de la compenetración con los asuntos públicos por parte de todas las personas que forman una sociedad, que se comprometen con una noción específica de un bien público que es, de algún modo, previo a los intereses individuales e independientes de cada uno de ellos. Así, la ciudadanía de los niños y niñas es diferente a la de los adultos pero no menor en el sentido que la opinión de éstos se extiende no tan solo a los asuntos que los afectan directamente sino que, mucho más que eso, se expande a todas las cuestiones que tengan que ver con la construcción de esa identidad pública a la que nos referimos. Véase Mouffe Chantal, *El Retorno de lo Político*, Paidós, Barcelona, 1999, pgs. 89 a 105 (traducción de Marco Aurelio Galmarini) y Baratta Alessandro, *Infancia y Democracia*, en *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Temis, Santa Fe de Bogotá, 1998, pgs. 50 y sgtes.

de la protección integral sino que demanda, necesariamente, mecanismos específicos que permitan que dicho tránsito no quede relegado al puro plano normativo sin cuajar nunca en la realidad fáctica. Es decir, si los niños, niñas y adolescentes son titulares de derechos, los ordenamientos jurídicos deben contemplar mecanismos para asegurar que esos derechos serán efectivamente ejercidos. Precisamente uno de estos mecanismos es la garantía de la defensa procesal y lo es en, al menos, dos sentidos: por un lado, reconoce en términos concretos a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho y, por otro, es un presupuesto básico para que éstos vayan transitando progresivamente hacia una ciudadanía plena e integrada.

El primer eslabón que nos permitirá construir una noción del derecho a la defensa es el reconocimiento por parte de la Convención que los niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho y, por lo mismo, éstos no son definidos por sus carencias o por considerar a la infancia y a la adolescencia como etapas de preparación para la vida adulta sino que, por el contrario, constituyen formas auténticas de existencia como es la etapa adulta o madura de una vida.^{55,56}

No obstante lo anterior, todos los ordenamientos jurídicos reconocen que debido a circunstancias fácticas no es posible dotar a los niños, niñas y adolescentes de una autonomía plena, lo que resulta difícil de conciliar en

⁵⁵ Véase Cillero Miguel, *Infancia, Autonomía y Derechos: Una Cuestión de Principios*, en *Derecho a tener Derechos*, UNICEF-IIN, Montevideo, 1999, tomo IV, pgs. 31 y sgtes.

⁵⁶ Nótese la coincidencia entre la lógica de la Convención y lo postulado por Carlos S. Nino. El autor argentino planteaba que la mayoría de los autores sostienen que los derechos humanos son una clase de derechos morales que se conceden tomando en cuenta como única propiedad relevante de sus beneficiarios la de pertenecer a la especie humana, de aquí se infiere que todos los hombres y mujeres poseen un título igual a esos derechos en la medida en que todos exhiben en el mismo grado esa propiedad relevante. Ahora bien, cómo sabemos cuándo X es un hombre o mujer. Frente a este dilema parece haber dos alternativas: una, caracterizar al hombre y la mujer desde la perspectiva de su racionalidad o de la capacidad de proponerse planes de vida, pero esto nos lleva a la conclusión chocante que hay personas que valen más que otros hombres y mujeres; y otra, considerar al hombre como tal según algunas características biológicas, mas no se advierte con claridad cual sería esa característica. En opinión de Nino, la solución a este problema es disolverlo como tal, puesto que lo importante es determinar cuáles son los principios morales de los que los derechos humanos básicos se derivan y luego definir a las personas morales como la clase de todos aquellos individuos que poseen las propiedades que son necesarias para gozar o ejercer tales derechos. En otras palabras, los principios morales de los que los derechos humanos derivan son categóricos, en el sentido de que ellos no condicionan la titularidad de tales derechos a la posesión de una u otra característica, estos principios son erga omnes, o sea, se aplican a todos y a todo. En definitiva, quiénes sean personas morales dependerá de quiénes pueden gozar de los derechos generados por los principios morales básicos. Véase Nino Carlos, *Los Titulares de los Derechos Humanos: el Concepto de Persona Moral*, en *Filosofía del Lenguaje, de la Ciencia, de los Derechos Humanos y Problemas de su Enseñanza*, Sociedad Filosófica Iberoamericana, Universidad Nacional Autónoma de México, México, 1987, pgs. 127 a 146 y también Baratta Alessandro, ob. cit., pgs. 44 y 45. Éste último postula que los niños, niñas y adolescentes han sido excluidos del pacto social de la modernidad. La diferenciación entre entes racionales e irracionales, que sustenta el fundamento normativo del contractualismo moderno ha omitido, por un lado, a los niños y, por otro, a los animales no humanos. Aunque ambos son considerados como centros de valor, sólo los seres humanos adultos merecerían el reconocimiento de sujetos del ordenamiento jurídico y moral. La lucha por la igualdad de los niños, niñas y adolescentes debe pasar entonces, necesariamente, por el reconocimiento de su diferencia.

cuanto, por una parte, reconocemos la calidad de titulares de derechos a éstos y, por otro, basados en razones fundadas en la madurez física y psíquica de los niños, niñas y adolescentes, consideramos que no podemos concederles todos los derechos en plenitud como a una persona adulta. Frente a este dilema la Convención nos dota de los elementos necesarios para erigir una directriz argumentativa e interpretativa que nos permite salvarlo, se trata de la noción de autonomía progresiva.⁵⁷

En efecto, del artículo quinto de la Convención se puede deducir que el ejercicio de los derechos de los niños, niñas y adolescentes es progresivo en razón de la evolución de sus facultades y que a los padres o demás responsables en su caso, les corresponde impartir la orientación y dirección apropiadas para que aquéllos ejerzan los derechos reconocidos por la Convención. Además, el mismo artículo consagra el principio de no intervención del Estado en las responsabilidades, derechos y deberes de los padres y la familia, en su caso, para cumplir adecuadamente el rol que ya ha sido apuntado.

Los niños, niñas y adolescentes son, entonces, sujetos de derecho que desarrollarán gradualmente el ejercicio de sus derechos conforme al principio de autonomía progresiva. Para asegurar este tránsito, la Convención encomienda a los padres o la familia un específico deber de orientación destinado precisamente a preparar el camino hacia una ciudadanía plena. Por lo mismo, las funciones parentales de orientación y apoyo decrecerán de modo inversamente proporcional a la evolución de las facultades de los niños, niñas y adolescentes.⁵⁸ En suma, los titulares de los derechos son los niños y niñas y no otros sujetos o algún tipo de interés colectivo o difuso difícil de determinar, y el desarrollo de éstos implica un proceso continuo en que irán adquiriendo un mayor grado de autonomía hasta llegar a la plena capacidad de autogobierno que les permitirán dotarse para sí de los planes de vida que parezcan más conformes a sus convicciones y modos de habitar el mundo. Este principio rector⁵⁹ cruzará transversalmente, por su importancia, cualquier problema en la aplicación o asignación de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

⁵⁷ Cillero Miguel, *Infancia, Autonomía y derechos*, ob. cit.

⁵⁸ Véase Peña Carlos, ob. cit., pgs. 624 a 630.

⁵⁹ Frente a cualquier derecho reconocido en algún catálogo es indispensable, en nuestra opinión, debido a la generalidad y abstracción con que éstos son consagrados, tener como instrumentos de interpretación ciertos principios que permitan echar luz sobre el piso y techo que supone la exigibilidad de los derechos. De este modo, los principios entendidos como proposiciones normativas que prescriben que algo deba ser de algún modo y que constituyen exigencias de alguna concepción de la justicia o moralidad, los cuales pueden estar contenidos explícitamente en un sistema normativo o contruidos a partir de las normas vigentes –o sea, encontrarse implícitos en el ordenamiento– cumplen como funciones primordiales las de suplir vacíos normativos, servir como directrices de interpretación y convertirse en un metacriterio para la resolución de posibles conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

De los principios señalados en los párrafos anteriores, fluye lógicamente la distinción entre niño, niña y adolescente.⁶⁰ Esta diferenciación, construida a partir de criterios cronológicos, cumple la importante tarea de precisar categorías y reducir la discrecionalidad en la consideración de la autonomía progresiva desde el punto de vista tanto del ejercicio de los derechos como el de la responsabilidad. Así, por ejemplo, en virtud de esta distinción se puede establecer un sistema de responsabilidad criminal para adolescentes infractores de la ley penal, el reconocimiento efectivo de los derechos de participación y expresión y trazar una línea que justifique intervenciones paternalistas legítimas.⁶¹

Pues bien, una aplicación de esta distinción debiera traducirse en un trato diferenciado para niños y adolescentes, respecto del mecanismo procesal que asegure la debida representación de sus intereses en un proceso cuyo objeto sea la aplicación de una medida de protección. Parece plausible que tratándose de un niño o niña, quien represente sus intereses en el proceso no sea una persona que defienda su interés manifiesto sino que su mejor interés. A la inversa, tratándose de un adolescente, el sujeto que asuma su representación debería tender a defender su interés manifiesto o particular y, además, el adolescente debería intervenir directamente en su elección con el objeto de asegurar una relación de confianza.

En plena armonía con lo expuesto más arriba, la Convención también consagra otro principio fundamental que se articula, como parte integrante de la misma bisagra, con el principio que reconoce a los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho, nos referimos al interés superior del niño. Éste⁶² no es sólo una enunciación inspiradora o programática, por el contrario, es una norma imperativa que impone un cierto deber de conducta que consiste en la satisfacción plena de los derechos de los niños y, además, la consideración primordial de sus intereses y derechos por sobre otros.⁶³ Así, el interés superior del niño debe entenderse de modo tal que produzca la mejor satisfacción de sus derechos y, por lo mismo, radica en el propio interés del niño que este progresivamente vaya asumiendo su ciudadanía plena y un mecanismo para lograrla se relaciona directamente con el derecho del niño, niña y adolescente a formarse un juicio propio, a expresar su propia opinión y a ser escuchado los

⁶⁰ En general, se ha considerado, en la legislación extranjera, como niño o niña a toda persona menor de 12 años y adolescente a aquella de 12 años o más. Este criterio es seguido, entre otras leyes, por el Estatuto del Niño y del Adolescente en Brasil, la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente en Venezuela y el Código de la Niñez y Adolescencia en Costa Rica.

⁶¹ Cillero Miguel, *Infancia, Autonomía y Derechos*, ob. cit.

⁶² El artículo 3.1. de la Convención dispone lo siguiente: “En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será *el interés superior del niño*”.

⁶³ Cillero, Miguel, *El Interés Superior*, ob. cit.

que constituyen, a su vez, los fundamentos directos del reconocimiento para éstos del derecho a la defensa.⁶⁴

En fin, la Convención también consagra el principio de efectividad que consiste en la obligación de los Estados de adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de cualquier otra índole para dar efectividad a los derechos de los niños, niñas y adolescentes.⁶⁵ De conformidad con este principio, los Estados infringen la Convención no tan sólo cuando ejecutan acciones que vulneran derechos sino que, por sobre todo, la infringen cuando se abstienen de construir los mecanismos que aseguren el debido ejercicio de sus derechos y las garantías para la plena satisfacción de éstos.⁶⁶ Entonces, todos los Estados tienen la obligación de realizar las reformas legales que sean necesarias para reconocer a los niños, niñas y adolescentes la garantía de la defensa procesal.

Comentados los principios generales en que se enmarca el derecho a la defensa, analizaremos las disposiciones específicas de la Convención que nos permiten sistematizar el derecho a la defensa como una de las formas en que se materializa el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de derechos.⁶⁷

El artículo doce de la Convención⁶⁸ consagra en términos precisos el aspecto material de la defensa procesal, esto es, la autodefensa. Esta disposición reconoce que todo niño, niña y adolescente, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, tiene el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan, teniéndose debidamente en cuenta su opinión en función de su edad y madurez. Y agrega específicamente que uno de los asuntos que afectan al niño, niña o adolescente en los que debe ser escuchado es, precisamente, cualquier procedimiento judicial o administrativo relacionado con él o ella. Como se ve, la facultad de ser oído y de intervenir directamente en cada una de las etapas de un

⁶⁴ Véase Baratta Alessandro, ob. cit., pgs. 42 a 57.

⁶⁵ El artículo cuatro de la Convención prescribe que “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos económicos, sociales y culturales, los Estados Partes adoptarán esas medidas hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”.

⁶⁶ Peña Carlos, ob. cit., pgs. 625 y 626.

⁶⁷ Véase Pinto Gimol, ob. cit. y Maier Julio, *Los Niños como Titulares del Derecho al Debido Proceso*, en *Justicia y Derechos del Niño*, número dos, UNICEF, Buenos Aires, 2001, pgs. 9 a 18.

⁶⁸ El artículo 12 establece: “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 judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

procedimiento –que constituyen los dos aspectos más relevantes de la autodefensa– están plenamente reconocidos en la Convención.⁶⁹

En nuestra opinión, la autodefensa consagrada en la Convención debe ser interpretada de un modo amplio y no debe circunscribirse exclusivamente a la idea que el juez debe escuchar al niño, niña y adolescente respecto de los puntos que a él le interesan, como si la opinión de éstos fuera un medio de prueba más. Por el contrario, creemos que la única interpretación consistente con el artículo analizado es darle al niño, niña y adolescente la más amplia oportunidad de defenderse y plantear sus intereses de conformidad con el mecanismo procesal que corresponda, según sea el caso.

Este aspecto material de la defensa se encuentra recogido concretamente en varios preceptos de la Convención, entre los más relevantes, el artículo 9.2.⁷⁰ respecto a la circunstancia que el niño, niña o adolescente es una de las partes a ser tomada en consideración en el procedimiento judicial que decida sobre la potencial separación de los padres en contra de sus voluntades.

No sucede lo mismo con la faz técnica de la defensa. Al respecto el artículo 12 es menos claro y preciso.⁷¹ Si bien en el párrafo dos algo se esboza, no se hace en términos lo suficientemente unívocos. En efecto, el artículo 12.2. dispone –en lo pertinente– que en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño se dará la oportunidad de escucharlo por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

La redacción de la Convención no es del todo específica porque implica dos formas distintas de interpretar el modo de representar intereses, pudiendo llegar a ser contrapuestas. Por un lado, la de un defensor general del mejor interés de los

⁶⁹ Para un análisis crítico muy interesante del aparentemente innovador artículo doce de la Convención desde la perspectiva de una construcción de una ciudadanía plena para niños, niñas y adolescentes véase Baratta Alessandro, *ob. cit.*

⁷⁰ En lo pertinente el artículo noveno de la Convención prescribe: “1. Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño.

2. En cualquier procedimiento entablado de conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones”.

⁷¹ Debemos en este punto hacer una aclaración. Por las características propias de la Convención, es muy dudoso que ésta hubiera podido regular en términos más precisos el derecho a ser oído. Ya constituye un gran paso adelante que estableciera el principio que todo niño, niña o adolescente debe ser escuchado en cualquier procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, dejando a cada Estado determinar el sistema preciso para cumplir esta directriz general. Con todo, lo que intentamos sostener es que la Convención se muestra insuficiente por sí misma para construir la noción más adecuada del derecho a la defensa como forma específica de representar los intereses de los niños, niñas y adolescentes.

niños, niñas y adolescentes y, por otro, la de un defensor específico de los intereses manifiestos y particulares de éstos en un procedimiento determinado.⁷² Éste último requeriría ser de la confianza del niño, niña y adolescente y defender sus intereses en forma independiente de consideraciones abstractas vinculadas al interés superior.⁷³ A nuestro juicio, la fórmula utilizada por la Convención en el artículo 12.2. constituye el piso mínimo que deben considerar los Estados para establecer modelos de representación judicial de los niños, niñas y adolescentes. A partir de este mínimo, se establece una auténtica obligación positiva para los Estados destinada a que éstos diseñen mecanismos legales efectivos para garantizar este derecho. Esta interpretación guarda plena armonía con el principio de efectividad de los derechos, reconocido expresamente por la Convención, y que inspira transversalmente la interpretación de los mismos, asegurando el tránsito desde la mera declaración a su protección efectiva. Por ende, creemos que cualquier regulación legal de esta materia debe ser clara respecto de las calidades o requisitos que debe reunir ese representante, por cuanto se corre el peligro de omitir la referencia explícita a que dicha persona puede ser un simple curador ad-litem o puede ser un abogado, incluso en términos dogmáticamente correctos, un letrado especializado en infancia.

Desde la perspectiva del tribunal ahora, debe resolverse qué grado de vinculación para el juez que tiene la opinión expresada por el niño, niña o adolescente, a través o no de un representante especial. Consideramos que, tratándose de asuntos en que no se ventilan efectivamente conflictos de relevancia jurídica, el parecer del representante de los intereses del niño, niña o adolescente debería ser vinculante para el tribunal por cuanto éste último se limitaría, exclusivamente, a ratificar y controlar que los consentimientos para adoptar la medida de protección sean voluntarios. Estamos pensando en aquellas medidas respecto de las cuales no tiene sentido adoptarlas ni cumplirían sus objetivos sin la aceptación autónoma de los involucrados.^{74,75} Fuera de estos casos, pareciera más razonable considerar que la opinión del representante de los intereses del niño, niña o adolescente no sea vinculante para el tribunal como no lo es el juicio de un abogado en cualquier proceso.

⁷² Véase Juste Marian, *Bases para una Nueva Legislación en Materia de Protección Especial a la Infancia y Adolescencia*, serie Justicia y Derechos del Niño, N° 2, Ministerio de Justicia y UNICEF, Santiago, Chile, 1996, pgs. 32 a 35.

⁷³ El problema queda, por el momento, solamente planteado. En el apartado 4 analizaremos el modo en que la legislación extranjera ha solucionado este conflicto y, posteriormente, en las conclusiones del presente trabajo nos pronunciaremos sobre la forma más adecuada de asegurar debidamente la representación de los niños, niñas y adolescentes.

⁷⁴ Véase Juste Marian, ob. cit., pgs. 10 a 12 y 27 y sgtes. Véase más adelante punto 4.4.

⁷⁵ No es el objetivo del presente artículo pronunciarse sobre esta cuestión, pero creemos que, idealmente, estas materias deberían ser sustraídas del conocimiento jurisdiccional por aplicación del principio de desjudicialización y ser trasladadas a sede administrativa.

Por último, debido a las insuficiencias ya apuntadas del artículo 12, debemos interpretar sistemáticamente la Convención y recurrir al artículo 40 para poder reconstruir adecuadamente la garantía de la defensa en la Convención. En especial, es relevante lo dispuesto en el artículo 40.2.b.II, III y IV que estatuyen una serie de garantías mínimas para el juzgamiento de adolescentes infractores de la ley penal. Estas garantías se refieren tanto a la autodefensa o defensa material como a la defensa técnica. Respecto de la primera, por ejemplo, la Convención establece que el adolescente será informado sin demora de los cargos que pesan sobre él; que no será obligado a prestar testimonio o declararse culpable; y que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y descargo. Sobre la segunda, la Convención establece que el adolescente deberá disponer durante todo el proceso de una asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa y que el juicio se llevará a cabo en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado.

Particularmente, nos interesa destacar el aspecto técnico de la defensa que aparece contemplado en la Convención. Creemos que esta garantía, la que aparece en el texto restringida exclusivamente para aquellos adolescentes que se ven enfrentados al sistema de persecución penal, debe extenderse a todo niño, niña o adolescente que se vea afectado ya sea por un procedimiento administrativo o judicial y, por lo tanto, se incluyen aquellos procedimientos judiciales cuyo fin es la adopción de alguna medida de protección.

Razones que apoyan esta interpretación extensiva, en nuestra opinión, son variadas e intensas. Queremos destacar algunas de ellas. Por de pronto, muchas de las medidas de protección que se adoptan son genuinas privaciones de libertad⁷⁶ y, por lo mismo, quedan totalmente cubiertas por la garantía del artículo 40. Aún más, si el estándar que establece la Convención para adolescentes infractores exige la defensa letrada, por analogía debe aplicarse también para aquellos niños, niñas y adolescentes respecto de los cuales ni siquiera existe una imputación de naturaleza penal. Por último, como se trata de procedimientos -los de protección- que obviamente afectan derechos fundamentales de los niños, niñas y adolescentes, debemos interpretar las reglas del artículo 40 de la Convención atribuyendo a éstas la naturaleza propia de las reglas sobre derechos humanos y, por lo tanto, en aplicación del interés superior del niño, debe adoptarse una posición que garantice de la mejor manera posible los derechos de los niños, niñas y adolescentes y, por

⁷⁶ Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad son clarísimas respecto de lo que debe entenderse por privación de libertad, más allá del nombre efectivo que tenga la medida. El numeral once de estas Reglas dispone: "Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad, administrativa u otra autoridad pública".

otro lado, interpretar ampliamente estas reglas por cuanto al tratarse de un catálogo de potestades, todas las disposiciones que confieren derechos deben maximizar los derechos de libertad y circunscribir el poder estatal.⁷⁷

Con todo, la regla contenida en el artículo 40 de la Convención sobre la defensa técnica tampoco es totalmente apropiada.⁷⁸ En efecto, la Convención utiliza una redacción equívoca al sostener que el adolescente infractor dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa. Es confusa porque no se refiere específicamente a la asistencia de un abogado, entiende que podrían existir como alternativa otras asistencias apropiadas que no alcanzamos a atisbar cuáles podrían ser, tampoco garantiza la presencia de un abogado especializado y, por último, omite asegurar que aquellos adolescentes que no tengan acceso a un abogado puedan obtenerlo de oficio.

En suma, la construcción de la garantía de la defensa dentro de la Convención arroja algunas insuficiencias. Por lo mismo y aplicando expresamente el artículo 41 de la Convención,⁷⁹ es necesario revisar otros instrumentos internacionales para lograr la mejor y más precisa reglamentación del derecho a la defensa.

Hemos analizado, hasta ahora, el modo en que está recogida la garantía de la defensa procesal en la Convención sobre los Derechos del Niño. Dicho reconocimiento adolece de ciertas deficiencias que han sido explicadas y, por lo mismo, se hace absolutamente indispensable recurrir también a otros tratados internacionales con el objeto de definir esta garantía dentro del ámbito de la protección del derecho internacional de los derechos humanos, promoviendo una interpretación armónica y sistemática de la Convención con las demás normas de derecho internacional que son perfectamente aplicables a los niños, niñas y adolescentes como personas titulares de derechos humanos.

El derecho a la defensa se encuentra consagrado en los dos tratados internacionales generales sobre derechos humanos más importantes, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁸⁰

La Convención Americana establece, en términos generales, el derecho irrenunciable a un abogado defensor libremente designado o a un defensor

⁷⁷ Véase Guastini Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de Teoría y Metateoría del Derecho*, Gedisa, Barcelona, España, 1999, pgs. 287 a 303 (traducción de Jordi Ferrer i Beltrán) y Wróblewski Jerzy, *La Constitución y Teoría General de la Interpretación Jurídica*, Civitas, Madrid, 1985 (traducción de Arantxa Azurza).

⁷⁸ Véase nota 71.

⁷⁹ El artículo 41 de la Convención establece: “Nada de lo dispuesto en la presente Convención afectará a las disposiciones que sean más conducentes a la realización de los derechos del niño y que puedan estar recogidas en: a) El derecho de un Estado Parte; o b) El derecho internacional vigente con respecto a dicho Estado.”

⁸⁰ Sobre este punto véase O’Donnell Daniel, *Protección Internacional de los Derechos Humanos*, Comisión Andina de Juristas, Lima, 1988, pgs. 151 a 204.

proporcionado por el Estado si no se nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley [artículo 8.2. d) y e)]. También contempla la garantía de concederle al inculpado el tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa como así también el derecho a defenderse personalmente [artículo 8.2. c) y d)].

Por su parte, el Pacto Internacional consagra las mismas garantías en términos muy similares. El artículo 14.3.b. establece que la persona inculpada deberá disponer del tiempo y los medios adecuados para la preparación de su defensa y comunicarse con un defensor de su elección. Y el artículo 14.3.d. dispone que el inculpado tiene derecho a estar presente en el proceso, a defenderse personalmente o ser asistido por un defensor de su elección o de oficio, en su caso.

Si bien las disposiciones comentadas, tanto de la Convención Americana como del Pacto Internacional, se refieren a materias penales, deben aplicarse también a asuntos no criminales como es el caso de los procedimientos para la aplicación de medidas de protección, puesto que ambos tratados aseguran el derecho a un recurso efectivo que garantice “las debidas garantías”⁸¹ y, por supuesto, dentro de éstas se encuentra el derecho a la defensa.⁸²

3.3. Exigencias mínimas para tomarse en serio el derecho a la defensa: la defensa técnica

Hasta ahora hemos intentado definir dogmáticamente el derecho a la defensa y contrastarla con diferentes estatutos normativos aplicables a los niños, niñas y adolescentes. De este análisis hemos concluido algunas deficiencias en la recepción normativa de este principio del debido proceso respecto de los niños, niñas y adolescentes, particularmente respecto de la consagración en términos adecuados de la defensa técnica o letrada.

⁸¹ El artículo 2.3.a. del Pacto dispone: “Cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto se compromete a garantizar que: a) Toda persona cuyos derechos o libertades reconocidos en el presente Pacto hayan sido violados podrá interponer un recurso efectivo, aun cuando tal violación hubiera sido cometida por personas que actuaban en ejercicio de sus funciones oficiales”. A su turno, el artículo 14.1. del mismo tratado establece: “Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil (...)”.

Por su parte, el artículo 8.1. de la Convención Americana prescribe que: “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”. Por último, el artículo 25.1. de la misma Convención reconoce que: “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, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúan en ejercicio de sus funciones oficiales”.

⁸² Véase O’Donnell Daniel, ob. cit., pgs. 191 y sgtes.

Una concepción garantista y completa de este derecho no puede obviar el aspecto más importante de la defensa que es, en nuestra opinión, la defensa técnica. Si bien ésta puede considerarse como una de las modalidades posibles de la autodefensa, lo cierto es que la continua complicación de los procedimientos exige la presencia de un abogado especializado para efectos de desarrollar y preparar una estrategia eficaz. Con todo, esto no debe llevar a la conclusión errada que el defensor letrado representa algún tipo de interés imparcial en el proceso o vela por algún tipo de interés público, por el contrario, el defensor técnico se encuentra totalmente subordinado a los intereses de su patrocinado.⁸³

En las líneas que siguen, analizaremos la forma en que algunas legislaciones extranjeras han abordado la representación de los intereses de niños, niñas y adolescentes.

4. LA REPRESENTACIÓN ESPECIAL DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN LOS PROCESOS DE PROTECCIÓN EN EL DERECHO COMPARADO

Establecido que la garantía del derecho a la defensa reconocida en nuestra Constitución y en los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile, alcanza a aquellos niños, niñas y adolescentes afectados por la adopción de una medida de protección, intentaremos analizar los distintos modelos de defensa jurídica y representación de niños, niñas y adolescentes existentes en la legislación comparada.

La metodología empleada consiste en examinar aquellos sistemas jurídicos que, de alguna forma, han consagrado legalmente el derecho de los menores de edad a ser representados en los procesos de carácter proteccional, cualquiera sea la denominación que esta clase de procedimientos reciban en los distintos países.

Esta temática es de reciente preocupación y las formas en que ha sido abordada son variadas. No es posible analizar todos los sistemas legales, por lo que hemos optado por describir aquellos que han dado un salto cualitativo respecto de lo dispuesto en el artículo 12 de la Convención, consagrando un verdadero derecho a la representación especial de los niños, niñas y adolescentes. Sin duda, ello ha ocurrido en los sistemas legales anglo-americanos, donde ha existido la preocupación no sólo de garantizar el derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos, sino de dotarlos de un representante que vele adecuadamente por sus intereses.

⁸³ Véase Carocca Alex, *Garantía Constitucional de la Defensa Procesal*, ob. cit., pgs. 492 a 500.

En fin, si bien esta es una materia que contempla diversos y variados aspectos, trataremos al menos de responder las siguientes interrogantes:

- Las diversas legislaciones, ¿han reconocido a los niños, niñas y adolescentes como sujetos titulares de garantías y derechos procesales en los procedimientos de protección?
- En este caso ¿a quién y en qué asuntos le ha sido encomendado esta función de representación?
- Por último, ¿cuál es el rol del defensor y qué le corresponde representar: el interés superior o los intereses manifiestos o particulares expresados por las personas menores de edad?

4.1. Estados Unidos de América

La garantía de la defensa jurídica de niños, niñas y adolescentes en los procesos judiciales empieza a desarrollarse en los Estados Unidos de América a partir de la segunda mitad del siglo XX, como consecuencia de importantes fallos de la Corte Suprema de Justicia que reconoció que éstos eran titulares de ciertos derechos tradicionalmente vedados para los jóvenes y, en especial, titulares de las garantías procesales propias del debido proceso.

Desde ese momento, la legislación y la práctica judicial reconocen a los adolescentes infractores de la ley penal el derecho a consultar y ser representados por un abogado en los procesos tutelares por infracciones penales seguidos ante los tribunales de menores, garantía básica del debido proceso y sólo reconocido con anterioridad para los adultos.

En la actualidad, en E.E.U.U., los tribunales de menores son competentes para conocer tanto casos de niños, niñas y adolescentes en necesidad de protección (llamados procesos por abusos, maltrato o negligencia) como de infracciones a la ley penal (llamado “delinquency”), entre las cuales se distingue una categoría especial, las ofensas originadas en una cualidad adscrita: la condición de niños (denominadas “*status offenses*”).⁸⁴

El componente “delictivo” (“delinquency”) de los tribunales de menores, comprende todas aquellas conductas que de ser cometidas por un adulto corresponderían a un delito (infracciones a la ley propiamente tal); y un conjunto

⁸⁴ Siguiendo la terminología actualmente utilizada en los procesos de reforma legislativa en América Latina hemos optado por distinguir entre procesos de protección y procesos por infracciones a la ley penal. La literatura y legislación norteamericana, en cambio, distinguen entre el componente delictivo (“delinquency”) y el componente de dependencia (“dependency”) de los tribunales de menores.

de infracciones que sólo tienen el carácter de tal por la circunstancia de verse involucrado un menor de edad (“*status offenses*”). Estas ofensas consisten tanto en acciones u omisiones -escaparse de la casa, no ir a la escuela, posesión o uso de alcohol o drogas- como en circunstancias propias de la forma de ser de niños y adolescentes -ser inmanejable, indisciplinado o vago.

Como estas categorías no se basan en conductas, el lenguaje legal es generalmente impreciso y abierto y, en consecuencia, objeto de ataques por su ambigüedad e inconstitucionalidad. Como puede observarse, las hipótesis de intervención del poder estatal sobre la vida de niños, niñas y adolescentes, es de la más amplia latitud, lo que es una característica propia de un sistema tutelar como el norteamericano.

4.1.1. Orígenes de los procesos de protección

Dada la notoria influencia que ha tenido el sistema legal norteamericano en el desarrollo de las leyes de menores en Latinoamérica, nos detendremos con algún detalle en analizar la evolución que ha sufrido el derecho de menores en dicho país, especialmente en lo que se refiere a la protección de la infancia y la adolescencia.

La creación en el Estado de Illinois del primer tribunal de menores en 1899 no consideró la separación entre procesos de protección y aquellos por infracciones a la ley penal, construyendo la confusión que posteriormente se consolidaría en toda América Latina. Según Marvin Ventrell,⁸⁵ la filosofía de estos primeros tribunales era la de salvar a los menores de edad de convertirse en futuros criminales, independiente de que éstos fueran infractores a la ley penal o se encontraran en necesidad de protección. El componente proteccional de los tribunales de menores y, por lo tanto, la distinción entre ambas clases de procedimientos, recién aparecería en la segunda mitad del siglo XX.

De acuerdo a este autor, el derecho de familia norteamericano fue transplantado desde Inglaterra en los siglos XVII y XVIII. El sistema legal inglés era uno de tipo dual: caracterizado por la distinción de las familias en ricas y pobres. Las primeras no sufrían intervención alguna del Estado, salvo cuando era necesario garantizar el pago de impuestos en el traspaso de la propiedad entre las distintas generaciones.⁸⁶ Respecto de las segundas, la intervención del Estado era autorizada a través del retiro de aquellos niños y niñas pobres de sus familias con el objeto de

⁸⁵ Véase Ventrell Marvin, *Evolution of the Dependency Component of the Juvenile Court*, en *A Centennial Celebration of the Juvenile Court 1899-1999*, Juvenile and Family Court Journal, 1998, Volumen 49, N° 4, pgs. 3 y sgtes. En www.nacchildlaw.org/documents/ventrell.doc Visitada el 12 de junio de 2002.

⁸⁶ Así se refleja en la preocupación por la libre circulación de los bienes cuando el causante o el heredero es menor de edad, consagrando la figura del curador ad-lítem.

aliviar las mismas situaciones de miseria. Obviamente, la situación de la infancia y la adolescencia de las clases medias, y, por lo tanto, la protección de sus derechos, no eran preocupación del sistema legal.

En los Estados Unidos, el sistema legal se caracterizó por la sola presencia de intervención estatal sobre las familias pobres, sin la intención, tampoco, de lograr una protección de los derechos de niños, niñas o adolescentes, sino su salvaguardia frente a las carencias materiales, que permitiere consecuentemente el logro del bien común. La mayoría de niños y adolescentes no recibían protección en casos de abusos, maltrato o negligencia.

En el siglo XIX se empieza a desarrollar la infancia como una clase social. La industrialización, la urbanización y el asentamiento de inmigrantes en las grandes ciudades dieron origen a la clase de la infancia pobre urbana. Surge así el movimiento reformista liderado por las casas de refugiados (*“House of Refuge Movement”*) en la primera mitad de dicho siglo. En 1825 se abre la primera casa de refugiados en Nueva York expandiéndose rápidamente por distintas ciudades de Estados Unidos. La filosofía que los impulsaba radicaba en la creencia que la pobreza era la causa principal de la delincuencia y, por ende, la principal amenaza para el Estado. Las distintas legislaciones autorizaron a estas sociedades a internar a niños vagos, pobres o delincuentes, sin distinguir entre menores delincuentes o en necesidad de protección, sin las garantías del debido proceso, bastando la orden administrativa o la propia decisión de los padres. Como lo afirma Ventrell, ello se justificaba ya que el fin último era salvar a los niños pobres de la criminalidad.

Ventrell enfatiza que la práctica judicial legitimó la filosofía de los movimientos reformistas e instauró la doctrina de *“parens patriae”* según la cual el Estado estaba autorizado a intervenir en la relación familiar, cuando éstos no cumplían adecuadamente sus roles, en beneficio del menor.^{87, 88}

Por ello, al crearse el primer tribunal de menores se había legitimado una legislación basada en la intervención en el ámbito familiar para salvar a los niños de la pobreza a través del internamiento y la interrupción en el ejercicio de los derechos parentales. El centro del enfoque de la legislación de Illinois que creó los primeros tribunales de menores era la pequeña criminalidad y la pobreza. A su vez, de acuerdo a Ventrell, surge una incipiente preocupación por los casos de abusos y negligencia que afectan a menores de edad y que se manifiesta principalmente en el caso de la niña Mary Ellen Wilson en 1874,

⁸⁷ Se trata de la potestad tutelar ya definida antes en el ámbito de las legislaciones latinoamericanas.

⁸⁸ Ver fallo Ex Crouse de 1839, considerado el primer fallo judicial norteamericano que legitima la filosofía reformista.

así como en la fundación de la Sociedad de Nueva York para la Prevención de la Crueldad hacia los Niños.⁸⁹

4.1.2. La transformación: El caso Gault

La distinción entre procesos de protección y procesos criminales se origina en la década de los sesenta con dos famosos casos fallados por la Corte Suprema de los Estados Unidos: *Kent vs United States*(1966) e *In Re Gault* (1967).

In Re Gault constituye la primera decisión de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos en extender las reglas del debido proceso a niños, niñas y adolescentes y marca un hito en la relación de la infancia y la adolescencia con el Estado. Este fallo reconoce, por primera vez, que a niños y adolescentes les asiste el derecho a obtener defensa legal en los procesos tutelares por infracciones penales.

En 1964, Gerald Francis Gault (de 15 años) y su amigo Ronald Lewis fueron llevados bajo custodia por el alguacil del Condado de Gila. Gerald se encontraba en libertad condicional (“probation”) como resultado de haber acompañado a otro adolescente que había robado una billetera.

En este nuevo caso, la acción policial se basó en una denuncia efectuada por una vecina de ambos que señalaba haber recibido llamadas obscenas e inmorales por parte de los muchachos. Ambos fueron recogidos, mientras sus padres se encontraban trabajando, y ningún aviso se les dejó. Luego de buscarlo, sus padres fueron informados que se encontraba detenido y que la audiencia sería al día siguiente. La petición del superintendente para la intervención del tribunal, se basó en que “Gerald era menor de 18 años, en necesidad de protección y que era un delincuente juvenil”.

De la audiencia no se dejó transcripción alguna, no compareció el denunciante y ninguno de los intervinientes declaró bajo juramento. Gerald estuvo detenido cuatro días y luego fue enviado a su casa. La audiencia se fijó para tres días después. En ella, Gerald testificó que sólo había hecho la llamada y luego le había pasado el teléfono a su amigo. El denunciante no se encontraba presente, el padre del menor solicitó su presencia, solicitud que el juez desestimó por estimarlo innecesario. Finalmente lo sentenció como un delincuente juvenil confiándolo al cuidado de una escuela industrial del Estado

⁸⁹ Tradicionalmente se sostiene que el caso de la niña Mary Ellen, es el primer caso de abuso sexual y negligencia llevado ante los tribunales de menores y que significó la posterior dictación de leyes para la protección de niños, niñas y adolescentes frente a este tipo de situaciones. La falta de legislación en la materia fue suplida por teorías relacionadas con la protección de los animales (así, por ejemplo, se afirma en *Atención Abuso Sexual Infantil*, Instituto Madrileño del Menor y la Familia, Conserjería de Servicios Sociales, 2001, pg. 50). Ventrell discrepa de lo anterior y señala que a esa fecha ya existían algunos casos relacionados con el componente protectorial del tribunal de menores, aun cuando bastante incipiente.

hasta su mayoría de edad (21 años). Un adulto, por la misma conducta, podía recibir un máximo de 50 dólares de multa y dos meses de prisión. De acuerdo a la ley no procedía apelación.

El abogado de Gerald presentó un “habeas corpus” basado en que el Código Juvenil de Arizona era inconstitucional, ya que violentaba las garantías del debido proceso establecida por la enmienda catorce de la Constitución y específicamente:

- a) El derecho a ser notificado de los cargos en su contra.
- b) El derecho a defensa legal.
- c) El derecho a examinar las pruebas y contrainterrogar a los testigos.
- d) El privilegio de la no incriminación.
- e) El derecho a la apelación.

El recurso fue rechazado por la Corte Superior y por la Corte Suprema de Arizona. Sin embargo, la Corte Suprema Federal -en un fallo histórico- determinó que las reglas del debido proceso no eran solamente aplicables para los mayores de edad.

4.1.3. Los procesos de protección después de “In Re Gault”

Esta decisión significó un cambio radical en el sistema penal juvenil norteamericano, aun cuando el mismo fallo reconoce no tener la pretensión de abarcar todas las relaciones entre el Estado y los jóvenes.⁹⁰

Sin embargo, a partir de este caso, se produce un importantísimo efecto, comienza a separarse el componente infraccional y el proteccional de los tribunales de menores. Esta circunstancia, según Ventrell, significaría el comienzo del fin de la intervención predelinuencial y la sustitución, en la segunda mitad del siglo XX, de un sistema de protección basado en la intervención judicial en la vida de las familias pobres por uno en que predomina la protección frente al maltrato y la negligencia en el interior de las familias.⁹¹ Con todo, Ventrell deja claro lo que Re Gault no hizo; no desmanteló la intervención estatal basada en la filosofía del “*parens patriae*”.

⁹⁰ Un análisis sobre los efectos que tuvo el caso Re Gault en el sistema penal juvenil norteamericano lo hace Cortés. Véase Cortés Julio, *Infancia y Derechos Humanos: Discurso, Realidad y Perspectivas*, Corporación Opción, Santiago, Chile, septiembre de 2001, pgs. 149 a 152.

⁹¹ Ventrell destaca entre los principales hitos históricos para este cambio de paradigma los siguientes:

- a) La publicación en el año 1962 de un artículo por el Doctor Henry Kempe llamado “El Síndrome del niño maltratado”;
- b) La adopción en los distintos Estados de leyes que obligaban a los médicos y otros profesionales a reportar aquellos casos en que existieran sospechas de abusos o maltrato de niños o adolescentes; y
- c) La adopción de la Ley Federal para la Prevención y el Tratamiento del Abuso Infantil (“Child Abuse Prevention Treatment Act”) en 1974.

4.1.4. Evolución del derecho a representación especial

Transcurridos más de treinta años desde esta histórica decisión, aún es posible sostener que en materias proteccionales y civiles el papel de la representación de los menores de edad no es del todo claro, a diferencia de lo que ocurre en el sistema penal juvenil.

En 1974, se dicta la “Ley de Prevención y Tratamiento del Abuso Infantil” (“*Child Abuse Prevention Treatment Act*”), que establece la obligación que en esta clase de procesos se designe a los niños, niñas y adolescentes un “guardian ad litem” para representarlos.

Al efecto, la sección 1340.14 letra (g) de esa acta dispone “*que en todo caso relativo a un niño que ha sido abusado o ha sufrido de negligencia que se ventile en un proceso judicial, los Estados deberán asegurar se designe un guardian ad litem u otra persona a quien el Estado reconozca como tal para cumplir las mismas funciones que un guardian ad litem, para representar y proteger los derechos y el interés superior del niño*”.⁹²

Los conceptos de abusos, dependencia y negligencia, que constituyen las causales genéricas de intervención en materia proteccional, son definidos en las distintas legislaciones de cada Estado. En términos generales, el término abuso comprende el abuso físico y sexual, y en algunos Estados el abuso emocional. A su vez, el término dependencia comprende los casos de abandono y aquellos en que el ambiente o el comportamiento de los padres, guardianes o custodios es peligroso para su bienestar o el de otros. El término negligencia, por último, se equipara al de dependencia con la salvedad que la falta de padres o personas responsables solamente puede ser considerado como un caso de dependencia.⁹³

A partir de esta legislación federal, los distintos Estados han adoptado diversos tipos de representación para dar cumplimiento a este mandato. Así, es posible distinguir los siguientes modelos:

- a) ***El guardian ad litem abogado.*** Consiste en la designación de un abogado que representa el interés superior (“best interest”) de niños, niñas y adolescentes, es decir, lo que el representante piensa es mejor para el interés del menor de edad. Este modelo es aplicado en aproximadamente un 60 % de las jurisdicciones de E.E.U.U.
- b) ***El guardian ad litem no abogado.*** Opera mediante la designación de un representante -que no es abogado- que representa lo que él o ella piensa es

⁹² La traducción de esta disposición es nuestra.

⁹³ Para más información acerca de las causales para adopción de medidas de protección y las distintas etapas del proceso véase Krause Harry, *Family Law*, West Publishing Co, 1977, capítulo 20, pgs. 232 y sgtes.

el interés superior del menor de edad. Este modelo es utilizado en algunos Estados como Florida, Hawai y Maine.

- c) **Conjunción entre el guardian ad litem abogado y el abogado tradicional.** Este modelo de representación mixto implica la designación de un guardian ad litem abogado que representa el interés superior del menor y un abogado tradicional en casos excepcionales. En 1998, el Estado de Michigan adoptó este modelo de representación.

Este último sistema opera mediante la figura de un guardian ad litem abogado que debe ser designado en todos los casos y que representa el interés superior (“best interest”) del niño, niña o adolescente. Pero, además, la legislación permite la designación de un abogado tradicional -que, en consecuencia, representa los intereses manifiestos de su cliente- en aquellos casos en que el niño o adolescente tenga la madurez suficiente (“*mature child*”) y está en desacuerdo con la identificación de su interés superior hecha por el guardian ad litem.

El guardian ad litem abogado, sin embargo, está sujeto a reglas rígidas de desempeño. En efecto, se encuentra obligado a hacer saber al tribunal los deseos del niño, niña o adolescente, aun cuando éstos contravenga su propia opinión y debe siempre pesar la opinión del niño conforme su edad y madurez al determinar cual es su interés superior.

En cambio, cuando los intereses son contrapuestos y al niño se le asigna un abogado tradicional, éste representa los intereses propios del menor y guarda, por ende, las obligaciones de lealtad y confidencialidad propias del abogado tradicional.

d) **Abogado Tradicional.** Representa los deseos declarados de sus clientes y debe ceñirse a sus instrucciones. Este modelo es utilizado en Oregon, aunque no en todos los casos. También se utiliza en Massachussetts, pero en conjunto con un guardian ad litem.

En 1996, la “Asociación Americana de Abogados” (“*American Bar Association o ABA*”)⁹⁴ adoptó un modelo de representación denominado “**el abogado del niño**”. Este modelo se recoge en el documento “Estándares para la práctica de Abogados que Representan a Niños en Casos de Abuso y Negligencia”.

Estos estándares están destinados a ser aplicados en aquellos casos en que se designe un abogado a un niño en un proceso legal basado en: a) una petición para la protección de un niño; b) una solicitud a los tribunales par modificar la custodia legal, los derechos

⁹⁴ La ABA es una asociación voluntaria de profesionales cuya misión es “ser el representante nacional de la profesión legal y cuyo fin es servir al público y a la profesión de abogados, a través de la promoción de la justicia, la excelencia profesional y el respeto por la ley”. En la actualidad tiene más de 400.000 afiliados y engloba al menos a la mitad de los abogados de Estados Unidos.

de visita o la guarda de un niño basada en alegaciones de abuso o negligencia; c) una acción destinada a terminar los derechos parentales sobre un hijo o hija.

En términos generales, postulan la necesidad de dotar a niños, niñas y adolescentes de un abogado tradicional para representarlos en los procesos de protección, el que debe seguir los deseos, preferencias e instrucciones expresados por éstos, con algunas salvaguardas para protegerlos en casos específicos en que una autonomía excesiva pueda resultar perjudicial.⁹⁵

El modelo del “**abogado del niño**” (modelo ABA) postula:

- La designación en los procesos protectores de un abogado que provee servicios legales para un menor de edad y que tiene los mismos deberes de lealtad, confidencialidad y competencia que un abogado de adultos (estándar A-1).
- El abogado debe identificar los intereses particulares de niños, niñas y adolescentes, aconsejarlos y guiarlos. Al litigar debe ceñirse a los *intereses particulares* expresados por éstos y seguir sus direcciones durante el curso de la litigación (estándar B-4).
- Si el menor de edad no puede expresar una preferencia el abogado deberá hacer un esfuerzo para determinar sus deseos y litigar conforme a ellos o solicitar la designación de un guardian ad litem [estándar B-4(1)]. V. gr. niños muy pequeños.
- Si el menor no desea expresar o no expresa una preferencia en un asunto específico, el abogado del niño debe determinar y representar el interés legal de éste (“*child’s legal interests*”)⁹⁶ [estándar B-4(2)]. La diferencia con el número anterior radica que en estos casos el niño está en condiciones de expresar una preferencia pero, por ejemplo, no desea hacerlo para no herir a sus padres u otros intervinientes.

⁹⁵ Estos postulados están recogidos en “Standards of Practice for Lawyers who represent Children in Abuse and Neglect Cases”, American Bar Association, 1996. En www.naccchildlaw.org/documents/abastandardsnaccrevised.doc Visitado el 6 de mayo de 2002.

⁹⁶ El interés legal de un niño debe ser determinado sobre la base de un criterio objetivo en la forma establecida en la ley y en relación con los propósitos del procedimiento de que se trate. Este criterio debe considerar sus necesidades e intereses, el objetivo de lograr una solución expedita para que el menor pueda permanecer o regresar a su hogar o ser puesto bajo cuidado, la necesidad de educación y crianza, la preferencia de un ambiente permanente y el uso de las alternativas menos perjudiciales y restrictivas existentes (estándar B5). En esta parte la ABA reconoce (en los comentarios al estándar) que el abogado se encuentra en una posición no tradicional al tener que litigar en forma independiente de su cliente. Estando en esta posición, sin embargo, debe basar su defensa en criterios objetivos relacionados con las necesidades e intereses del niño, y no con sus propios valores, creencias o filosofía personal. Las necesidades e intereses de los niños pueden encontrarse en conflicto y deben ser sopesados unos con otros. Se señala, incluso, que aquellos niños que aún no pueden hablar, pueden comunicar sus conductas a través de comportamientos o niveles de desarrollo. De esta forma, la ABA pretende, en estos casos inclusive, mantener una posición consistente con el modelo del abogado tradicional. El concepto de “interés legal” y el estándar B-5 son rechazados por la NACC.

Si el abogado determina que la preferencia expresada por el menor pudiese ser *seriamente dañina* para éste, puede solicitar la designación de un guardian ad litem en forma separada y continuar representando la preferencia expresada, salvo que su preferencia sea prohibida por la ley o carezca de fundamentos fácticos [estándar B-4(3)]. Estos estándares y el modelo del abogado del niño fueron revisados y adoptados en 1999, con reservas, por la “Asociación Nacional para la Asesoría de Niños” (“National Association of Counsel for Children” -NACC-).⁹⁷ Para la NACC los estándares de la ABA daban mucha autonomía a los niños y eran poco realistas en aquellos casos en que los niños eran muy pequeños.

Por ello postulan que:

- a. Si el niño, niña o adolescente no puede expresar una preferencia, el abogado debe basarse en un proceso de sustitución de juicio (similar al papel que cumple un guardian ad litem) o solicitar la designación de un guardian ad litem dependiendo de las circunstancias. Esta formulación debe hacerse sobre la base de criterios objetivos y no meramente atendiendo a la intuición o experticia. Como puede observarse, en estos caso la NACC opta por una defensa del interés superior del niño (similar al guardian ad litem), y no por un interés propio del niño, deducido o determinado presuntivamente por el abogado (“hacer un esfuerzo para determinar sus deseos”) postulado en estos casos por la ABA en el estándar B-4(1).
- b. Si el niño, niña o adolescente no puede participar en la formulación de una posición (ya sea porque aún no habla, es muy niño o por cualquier circunstancia es incapaz de juzgar o comunicar una preferencia), el abogado debe sustituir su propia apreciación por la que sirva mejor al niño y formular y defender una posición que sirva su interés superior (“*child’s best interest*”). Si durante el curso de la relación con el niño o el adolescente, éste pasa a poder expresar una preferencia, el abogado deberá pasar de su propia interpretación a los deseos expresados del niño. En este caso la NACC mantiene coherencia con un modelo que sirva el interés superior del menor de edad a diferencia de la ABA que postula la representación de un interés legal [estándar B-4(2)].
- c. Si el abogado del niño determina que la preferencia expresada por éste, pudiese causarle serio daño, **deberá**, de fracasar los intentos de prestarle asistencia jurídica, solicitar la designación de un guardian ad litem y continuar representando su interés particular salvo que esta preferencia esté prohibida por la ley o carezca de fundamentación fáctica. El abogado, en este caso, no puede dar a conocer los fundamentos que lo llevaron a solicitar la designación de un guardian ad litem. En

⁹⁷ La NACC es una asociación profesional sin fines de lucro fundada en 1977 y cuya función es proveer a niños y adolescentes de representación y protección en el sistema legal. En la actualidad posee aproximadamente unos 2000 asociados y tiene presencia en los 50 estados de la Unión.

esta última situación, de acuerdo a la NACC, la solicitud para que se designe un guardian ad litem es obligatorio para el abogado y no facultativo como lo señala el estándar B-4(3) de la ABA.

4.2. Australia

Al igual que en los Estados Unidos, los modelos de representación de niños y adolescentes en los procesos de protección difieren en cada Estado. Esta función es generalmente desarrollada por abogados. En 1996, la Comisión Australiana para la Reforma de la Ley (“*The Australian Law Reform Commission*”) y la Comisión de Derechos Humanos e Igualdad de Oportunidades (“*Human Rights and Equal Opportunity Commission*”) emitieron un informe titulado “Hablando por nosotros mismos: Niños y el Proceso Legal”.⁹⁸

Este informe da cuenta de que en Australia rigen distintos modelos de representación, algunos basados en las instrucciones directas de niños y adolescentes y otras en su interés superior.

Así, se da cuenta que en Australia Sur, el menor de edad debe ser representado en todos los procesos de protección, salvo que el mismo niño haya tomado una decisión debidamente informado e independiente para no ser representado y el tribunal esté satisfecho con esta decisión. El representante actúa de acuerdo a las instrucciones proporcionadas por el propio niño, salvo que éste no sea capaz de instruir adecuadamente a su representante en cuyo caso debe actuar de acuerdo a su propia visión del interés superior del niño. En Tasmania, la situación es similar, salvo que en este último escenario el representante deberá ser asesorado por un trabajador social para identificar su interés superior. El niño o adolescente es parte en este tipo de procedimientos.

En Victoria, los menores de edad deben ser representados cuando tienen la madurez suficiente para dar instrucciones, en cuyo caso los representantes deben actuar de conformidad a las instrucciones proporcionadas por el niño o niña. Niños, niñas y adolescentes que no son considerados competentes carecen de representación alguna.

En Australia Occidental, la “Ley relativa a la representación legal de niños” de 1977 (“*Legal Representation of Infants Act*”), permite que el tribunal nombre un guardian ad litem cuando aparezca que los intereses del menor puedan verse

⁹⁸ En www.austlii.edu.au/other/alrc/publications/reports/84/07.html Visitado el 26 de abril de 2002. Este informe fue solicitado por el Procurador General de la Nación con el objeto de identificar las medidas legislativas y administrativas que fueren necesarias de implementar en materias relacionadas con los niños y el proceso legal, incluyendo la representación de éstos en los procesos legales.

afectados. En la práctica los menores son representados sobre la base de sus propias instrucciones, pudiendo el tribunal ordenar se represente su interés superior.

El informe luego de analizar los distintos modelos existentes en el derecho interno y comparado, recomienda que en esta clase de procedimientos el menor de edad sea representado por un **abogado**. Asimismo, aboga para que se prefiera un modelo de representación basado en las direcciones entregadas por niños, niñas o adolescentes.

Cuando el menor de edad sea muy joven o no desea expresar una opinión, el informe sugiere que se permita al tribunal poder determinar que sea representado de acuerdo a su interés superior. En este caso, el abogado debe consultar con el menor de edad ante cualquier nuevo contacto a fin de verificar si ya está en condiciones de expresar una preferencia para así dar instrucciones a su representante.

A este respecto, el informe concluye que “en los procesos proteccionales, a diferencia de otras materias de familia, se da una relación constante y continua entre el niño y el tribunal o el respectivo servicio social, lo que conlleva la necesidad de que el niño, niña o adolescente mantenga una relación continua con su abogado”.⁹⁹

Al mismo tiempo, se señala la necesidad de contar con servicios sociales *independientes* que asistan al tribunal y a los representantes en la determinación del interés superior de niños, niñas y adolescentes.¹⁰⁰

4.3. Inglaterra¹⁰¹

La representación de los derechos de niños y adolescentes en los tribunales ingleses es un fenómeno reciente en la legislación, pero con mayor desarrollo que en el caso norteamericano. El sistema es mixto, conocido como el “tandem system”, caracterizado por la existencia de dos representantes: un “guardian ad litem” (generalmente un trabajador social especializado) y un abogado llamado “solicitor”.

Niños, niñas y adolescentes han tenido el carácter de partes en los procesos proteccionales desde la entrada en vigencia de la Ley de Niños y Jóvenes de 1969 (“*Children and Young Persons Act*”), aun cuando en la práctica esta representación era ejercida por los padres, quienes paradójicamente no eran partes ni titulares de representación legal.¹⁰² La representación judicial de niños y adolescentes era ejercida por abogados *solicitors* quienes, en los hechos, recibían

⁹⁹ Párrafos 13.119, 13.120 y recomendación N° 82 del informe.

¹⁰⁰ Párrafo 13.121 recomendación N° 83 del informe.

¹⁰¹ Muchas de las explicaciones acerca del sistema legal inglés en esta materia nos fueron directamente proporcionadas por Judith Masson, profesora de derecho de la Universidad de Warwick a quien agradecemos su gentileza.

¹⁰² Solo los niños y la autoridad local eran partes en estos procesos. Los padres fueron considerados partes de los procesos proteccionales en 1998. Con anterioridad sólo podían participar contestando aquellas alegaciones dirigidas a ellos como causantes de la situación que justificaba la adopción de una medida de protección.

instrucciones de los propios padres y no de los mismos niños, niñas y adolescentes involucrados en dichos procesos.

En 1975, la “*Childrens Act*” introduce la figura del “guardian ad litem”, en respuesta a la inquietud que a los tribunales no se les proveía de la información necesaria para tomar las medidas adecuadas en los procesos de protección. Fue una respuesta al caso de la niña María Colwell. Esta niña vivía con unos parientes por haber sido abusada por sus padres. Su madre se casó nuevamente y solicitó al tribunal el regreso de su hija. La agencia local de protección de derechos no participó en los procedimientos pensando que la niña sería devuelta de todas maneras y la menor fue entregada a su madre donde fue abusada y posteriormente murió. Ello, implicó el desarrollo de la figura de los “*guardians ad litem*” y de los servicios sociales de protección de la infancia.

El acta de 1975 constituyó el marco legal para la implementación de este sistema de representación, pero esta figura no fue completamente desarrollada sino hasta mediados de los años 80 cuando se crearon los primeros paneles profesionales de “*guardians ad litem*”. En sus inicios, los *guardians ad litem* se designaban sólo ante solicitudes de protección sin respuesta, para luego ser ampliado a todos los procedimientos de carácter proteccional, pero siempre a discrecionalidad del propio tribunal.

El “solicitor” era quien actuaba ante los tribunales, recibía instrucciones del *guardian ad litem* y debía seguir estas instrucciones durante el curso de la litigación, salvo en aquellos casos en que el menor fuera competente y deseaba dar instrucciones que contrarrestaban con las del guardian ad litem.

El “*Children Act*” de 1989 desarrolló este sistema de representación. En la práctica, en la mayoría de los casos se designa a un *guardian ad litem*, quien representa el interés superior del menor y debe instruir a un *solicitor* sobre este punto para la actuación ante el tribunal. Su papel, en consecuencia, es instruir al abogado, investigar el caso, aconsejar a los tribunales en las diversas materias incluidos los deseos de los niños y preparar un reporte en este sentido. La sección 4.1(1) dispone que “***para los propósitos de los procedimientos especificados (entre los que se encuentran los proteccionales)***¹⁰³, ***el tribunal deberá designar un guardian ad litem para el menor involucrado, salvo que estime que no es necesario en orden a salvaguardar sus intereses***” La sección 41(2) de acta dispone que la labor del guardian ad litem es “***salvaguardar los intereses del menor de conformidad a las reglas de la corte***”.

A su vez, el tribunal se encuentra facultado para ordenar una representación separada del “solicitor”, con el objeto de actuar directamente de acuerdo a las

¹⁰³ Lo señalado entre paréntesis es nuestro.

instrucciones del menor de edad. De conformidad a los artículos 41(3) y 41(4), el tribunal puede a su vez designar un abogado “solicitor” cuando *“al menor no le ha sido asignado un guardian ad litem o tiene la suficiente capacidad de entendimiento para instruir a un solicitador y desea hacerlo o aparece al tribunal que sería mejor para el interés superior del menor (“child best interests”) que fuera representado por un solicitador.”* El “solicitor” debe representar al menor de acuerdo a las “reglas de la corte”.

4.4. Québec

El sistema de protección de niños y adolescentes en este estado canadiense se caracteriza por un fuerte componente administrativo en la aplicación de medidas de protección, que es ejercida por la Dirección de Protección de la Juventud (DPJ).

La Ley de Protección de Niños y Jóvenes (LPJ) entrega a este órgano administrativo la facultad de adoptar medidas de protección con el acuerdo de las partes involucradas, es decir, de los padres y el niño, niña o adolescente. En consecuencia, la intervención administrativa está marcada por el principio de la voluntariedad en la adopción de las medidas, lo que significa necesariamente una forma y perspectiva distinta de intervención.¹⁰⁴

La ley permite la adopción de medidas de protección cuando la seguridad o el desarrollo de un menor de edad se encuentran comprometidos de conformidad al artículo 38 de ese cuerpo legal. Las situaciones que corresponden a estas hipótesis se encuentran señaladas en la propia ley, las que por exceder los objetos de este artículo no presentaremos.¹⁰⁵

Recibida una denuncia por el órgano competente de la Dirección de Protección de la Juventud, se da inicio a la investigación del caso a fin de determinar si la seguridad o desarrollo del menor de edad se encuentra o no comprometida por las propias causales establecidas en la ley. Verificada la hipótesis de intervención, la DPJ puede -de estimarlo necesario- proponer al menor y a sus padres la aplicación de una medida de protección. Los padres o el adolescente mayor de 14 años se encuentran facultados para rechazar la propuesta del DPJ y solicitar el pronunciamiento del tribunal. De no haber acuerdo y de estimarlo apropiado la DPJ deberá solicitar el pronunciamiento del tribunal.¹⁰⁶

¹⁰⁴ Una excepción la constituye la adopción de medidas de emergencia, las cuales pueden ser decretadas por el ente administrativo aun cuando no se obtengan los consentimientos requeridos por la ley, debiendo ser ratificado por el tribunal en un plazo no superior a 24 horas.

¹⁰⁵ Los artículos 38 y 38.1 de la Ley de Protección de Niños y Jóvenes dan la pauta en esta materia

¹⁰⁶ Las medidas de protección que pueden ser adoptadas están contenidas en el artículo 54 de la Ley de Protección de Niños y Jóvenes.

En la elaboración de un acuerdo es necesario el consentimiento de los padres y del menor de edad cuando tiene más de 14 años. El consentimiento del adolescente debe ser libre y consciente, existiendo, además, el derecho a consultar a un abogado.

En sede judicial, el procedimiento se caracteriza por audiencias orales en las cuales deben estar presentes las partes interesadas o todo aquel que tenga algo que decir en relación a lo que se está discutiendo.¹⁰⁷

La Ley de Protección de Niños y Jóvenes de 1977 fue la primera ley quebequense en establecer el derecho de niños y adolescentes a ser representados por un abogado.¹⁰⁸ El niño o adolescente tiene esta potestad tanto tratándose de la intervención en sede administrativa como judicial. Ello queda de manifiesto de la lectura de los artículos 5 y 78 de la ley. El artículo 5 obliga a todas las personas que mantienen responsabilidades hacia un niño, niña o adolescente a informarle de su derecho a consultar un abogado.

A su vez, el artículo 78 de la Ley de Protección de Niños y Jóvenes dispone que en estos procedimientos el tribunal ***“debe informar a los padres y al niño o adolescente de su derecho a ser representado por un abogado”***.

En ciertos casos, la ley va mas allá y obliga al tribunal a asegurarse de que ello efectivamente ocurra. De acuerdo al artículo 80 en todos aquellos casos en que el ***“tribunal establezca que los intereses del menor de edad se encuentran en oposición con los de sus padres, deberá velar que le sea designado un abogado para la defensa de sus intereses y que éste no actúe al mismo tiempo como defensor o consejero de sus padres”***.¹⁰⁹ De esta forma, se garantiza una representación independiente. Lo mismo ocurre en aquellos casos en que el niño, niña o adolescente ha sido excluido del proceso en atención a que su presencia en la sala pueda causarle daño (artículo 84) y en aquellos casos en que el tribunal prohíba la transmisión al menor de edad de todo o parte de los contenidos de un estudio u opinión pericial (artículo 88).

Como se ve, todos los niños, niñas y adolescentes, cualquiera sea su edad, están debidamente representados por un abogado en las audiencias propias del proceso. Niños, niñas y adolescentes pueden renunciar a este derecho y en ese caso son informados por el tribunal de las consecuencias que pueden derivar de esa decisión.

¹⁰⁷ Un completo análisis de la ley se encuentra en *La Ley de Protección de Niños y Jóvenes en Quebec-Canadá*, Proyecto de Intercambios Ecco Jeunesse, enero de 2002 (traducción de Ruben Michea).

¹⁰⁸ El derecho de niños, niñas y adolescentes a ser representados por un abogado está garantizado en todos los procesos protectores y aquellos por infracciones a la ley penal. En materias de familia y civiles sólo en algunos casos. Véase *The Quebec Bar Committee on the Legal Representation of Children*, en *The Legal Representation of Children*, Barreau du Québec, 1994 (traducción de Robin Ward).

¹⁰⁹ La traducción del inglés es nuestra.

4.5. Derecho Comunitario Europeo

Existe una constante preocupación en el derecho extranjero por consagrar un verdadero derecho de representación de niños, niñas y adolescentes en todos los procedimientos que puedan afectarles, ya sean estos administrativos o judiciales. Dicho interés se ha extendido, incluso, al ámbito comunitario dentro de Europa.

Precisamente, en Estrasburgo, durante el año 1996, el Comité de Ministros del Consejo de Europa adoptó el **“Convenio Europeo sobre el Ejercicio de los Derechos de los Niños”**, en respuesta a la recomendación de los Ministros de Justicia de Europa de poner especial atención, en el marco del derecho de familia, a los intereses superiores de niños, niñas y adolescentes.¹¹⁰

Este convenio le concede a los niños verdaderos derechos procesales necesarios para poder ejercer sus derechos sustantivos. Al efecto, el capítulo primero numeral segundo del convenio dispone que *“el objeto del presente Convenio es el de promover, en aras del interés superior de los niños, sus derechos, de concederles derechos procesales y facilitarles el ejercicio de esos derechos velando por que los niños, por sí mismos, o a través de personas o órganos, sean informados y autorizados para participar en los procedimientos que les afecten ante una autoridad judicial”*.¹¹¹

Es importante señalar que el ámbito de aplicación de este convenio se refiere a los *“procedimientos de familia, en particular los relativos al ejercicio de responsabilidades parentales tales como las que se refieren a la residencia y al derecho de visita respecto de los niños”*.¹¹²

En este marco, el derecho a designar un representante especial es considerado un verdadero derecho procesal necesario para el ejercicio de derechos sustantivos tales como el derecho a información, el derecho a ser oído y el derecho a expresar libremente sus opiniones en las materias que les afecten.

Así queda de manifiesto en el artículo 4 del Convenio, que dispone lo siguiente: ***“Derecho a solicitar la designación de un representante especial.***

1. Sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 9, el niño tendrá derecho a solicitar, personalmente o a través de otras personas u organismos, la designación de un representante especial en los procedimientos que le afecten ante una autoridad judicial, cuando el derecho interno prive a los titulares de las responsabilidades parentales de la facultad de representar

¹¹⁰ Este convenio entró a regir el 1 de julio de 2000. Hasta la fecha ha sido ratificado por seis países: República Checa, Alemania, Grecia, Latvia, Polonia y Eslovenia. En Alemania regirá a partir del 1 de agosto de 2002. Véase en <http://conventions.coe.int/treaty/EN/> Visitado el 14 de abril de 2002.

¹¹¹ La traducción de esta parte y las que siguen del Convenio son nuestras.

¹¹² Artículo 1º numeral 3º.

al niño, como consecuencia de un conflicto de intereses con éste.

2. Los Estados podrán disponer que el derecho a que se refiere el apartado 1 se aplique únicamente a aquellos niños a quienes el derecho interno considere que tienen el discernimiento suficiente”.

En este mismo sentido el artículo 5° menciona otros derechos procesales posibles que los Estados partes pueden conceder a niños niñas y adolescentes, entre ellos, el *“derecho a nombrar su propio representante”*(letra c).

El Convenio no se pronuncia por un modelo único de representación, el que deja al arbitrio del derecho interno de cada uno de los países integrantes.¹¹³ Sin embargo, en su artículo 9 numeral segundo recomienda que *“Las Partes examinarán la posibilidad de disponer que, en los procedimientos que afecten a un niño, la autoridad judicial esté facultada para designar a un representante distinto, un abogado cuando proceda, para representar al niño”*.

Nos ha parecido importante mencionar este Convenio, ya que si bien no se refiere específicamente a materias proteccionales, muestra que el derecho a representación de niños, niñas y adolescentes se ha extendido en el derecho comparado a materias propias del derecho de familia. Así es posible sostener, que esté ya no es un tema que se debata en el ámbito de la adopción judicial de medidas de protección, que como hemos tenido la oportunidad de revisar someramente, ya ha sido incorporado en las legislaciones de muchos países. El estado del debate, hoy en día, es como consagrar un verdadero derecho de representación especial en materias de familia, de conformidad a las particularidades propias de esta temática y, en especial, respecto de la relación existente entre padres e hijos.

5. ALGUNOS COMENTARIOS AL ACTUAL PROCESO DE REFORMA EN MATERIA DE INFANCIA Y ADOLESCENCIA

Como se sabe, actualmente en nuestro país se están realizando esfuerzos importantes en la discusión parlamentaria de algunos proyectos de ley vinculados a la infancia y la adolescencia y, al mismo tiempo, el poder ejecutivo se encuentra abocado en la preparación de proyectos de ley, que intentarán adecuar el ordenamiento interno a las exigencias impuestas después de la ratificación de la Convención sobre derechos del niño. Dichas propuestas se encuentran en diferentes niveles de preparación.¹¹⁴

¹¹³ Así consta en las notas explicatorias del Convenio.

¹¹⁴ Están siendo discutidos en el Congreso el proyecto de Ley que Establece un Sistema de Atención a la Niñez y Adolescencia a Través de la Red de Colaboradores del SENAME y su Régimen de Subvención y el proyecto de Ley que Crea los Tribunales de Familia. Por su parte, el poder ejecutivo se encuentra redactando -en diferentes niveles de avance- el proyecto de Ley que Establece un Sistema de Responsabilidad Juvenil para Adolescentes Infractores de la Ley Penal y el proyecto de Ley de Protección de los Derechos de la Infancia y Adolescencia.

A propósito de uno de los proyectos que está siendo discutido en el Congreso Nacional, nos pronunciamos críticamente respecto de la opción que ha adoptado el Proyecto de Ley que Crea los Tribunales de Familia¹¹⁵ en materia de representación de los intereses de los niños, niñas y adolescentes. Este proyecto constituye un avance puesto que consagra, en primer lugar, la regla general¹¹⁶ que en todos los asuntos de competencia de los tribunales de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas y adolescentes, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados. Además, establece una regla que se hace cargo de la posibilidad que existan intereses contrapuestos entre el niño, niña o adolescente y a quien le corresponda su representación, estableciendo en estos casos la facultad del juez cuando lo estime necesario, por motivos fundados, de designar una persona distinta de aquella a quien corresponda legalmente la representación, la que actuará como curador ad-lítem.

Creemos, sin embargo, que este adelanto, al menos en el ámbito proteccional, es insuficiente. Desde luego, nos parece que la figura del curador ad-lítem no es la adecuada; debiera ser necesariamente un abogado que esté en condiciones de representar técnicamente los intereses expresados del niño, niña y adolescente. Incluso más, idealmente la representación debería ser a través de un abogado especializado, de la confianza, particularmente del adolescente, que participaría directamente en su designación. No nos parece, tampoco, que la calificación de la necesidad de designar al curador quede entregada exclusivamente a la decisión del tribunal aunque sea por motivos fundados. Aunque esta deficiencia se aminora porque cualquier persona que tenga interés en ello pueden reclamar de la falta de designación.

Ahora bien, consideramos que en algunas de las iniciativas que conforman la reforma integral en materia de infancia, particularmente en el proyecto de ley de protección de derechos,¹¹⁷ debiera consagrarse en términos generales el derechos de los niños, niñas y adolescentes de acceder a la tutela judicial y a recibir asistencia técnica especializada en todos los asuntos que le competen.

6. CONCLUSIONES

La ratificación, por parte de nuestro país, de la Convención Internacional de los Derechos del Niño significó el reconocimiento de niños, niñas y

¹¹⁵ El proyecto se encuentra actualmente en trámite en el Congreso Nacional.

¹¹⁶ La disposición que estamos comentando se consagra en las disposiciones generales del proyecto. Una disposición similar se reproduce en el párrafo reservado al procedimiento especial para la aplicación de medidas de protección.

¹¹⁷ Este proyecto de ley que pretende reemplazar la actual Ley de Menores, establecería un catálogo de derechos para los niños, niñas y adolescentes y regularía un conjunto de mecanismos administrativos y jurisdiccionales para la protección de sus derechos.

adolescentes como sujetos de derecho. Esta afirmación, que en la actualidad pudiera parecer una obviedad, significó sin embargo, un giro de ciento ochenta grados respecto de la percepción que la sociedad tenía de la infancia, que antaño sustentó las bases para que se concediera a los niños, niñas y adolescentes el estatus legal de meros objetos de protección, receptáculos de la buena voluntad y bondad de los adultos.

La plena incorporación interna de la Convención supone adecuar nuestro ordenamiento a las exigencias que nos impone el nuevo paradigma de protección integral de la infancia y adolescencia. Esta obligación requiere reformas profundas y estructurales en variados apartados de nuestra legislación y prácticas judiciales concordantes pero, al mismo tiempo, exige modificaciones específicas que transformen en realidad la declaración de principios que todos estamos dispuestos a suscribir en abstracto. Para que los niños, niñas y adolescentes se conviertan en verdaderos ciudadanos, no basta con concederles la aptitud de ser titulares de ciertos derechos si no les garantizamos, al mismo tiempo, la facultad de poder ejercerlos ante todas las entidades públicas y privadas pero, particularmente, ante los tribunales de justicia.

Ello no ha ocurrido en los procesos para la adopción de medidas de protección en nuestro país, ya que la Ley de Menores jamás los contempló como sujetos procesales titulares de derechos y garantías. Niños, niñas y adolescentes toparon siempre con un impedimento insalvable: el de la incapacidad.

Las legislaciones minoristas de otros países siguieron una evolución similar. Con todo, podemos sostener que hoy, discutir si este derecho existe o no, ya no es objeto de debate en el ámbito proteccional. Más bien, el derecho a la defensa jurídica o representación especial se ha extendido a otras esferas del derecho de familia tales como los procesos de separación y divorcio, de cuidado personal y aquellos que regulan el derecho de todo niño niña y adolescente a mantener una relación directa y regular con sus padres.

En la actualidad existe un relativo consenso que las normas civiles relacionadas con la incapacidad de las personas menores de edad no tienen aplicación en los procedimientos para la adopción de medidas de protección. Ello se logró a través de la creación de estatutos especiales tales como la Ley de Prevención y Tratamiento del Abuso Infantil en Estados Unidos y la Ley de Protección de Niños y Jóvenes en Canadá.

Creemos que lo anterior se funda en las siguientes consideraciones:

- El derecho a la defensa jurídica o representación especial es un auténtico derecho fundamental de naturaleza procesal, integrante de la garantía del debido proceso y que permite que las personas menores de edad puedan gozar y ejercer efectivamente sus derechos sustantivos.

- Cualquiera sea la denominación que reciban, los procesos para la adopción de medidas de protección implican el ejercicio del poder del Estado, ya sea representado por la administración o por la figura del juez, que significa la intromisión, aunque sea por motivos muy loables, en la vida de las personas menores de edad y de sus familias. Esta intromisión debe siempre considerar las garantías de un debido proceso para su legitimación frente a la comunidad.
- Los procesos proteccionales en muchos casos pueden conllevar la privación o restricción de derechos fundamentales como es la libertad personal. Las reformas legislativas de los últimos años junto con establecer causales específicas para la adopción de esta clase de medidas y de ampliar el tipo de medidas a imponer, siempre consideran la posibilidad de que se decrete el internamiento de un menor de edad en un centro residencial. Una medida de tal gravedad requiere al menos haber ponderado los intereses y derechos de niños, niñas y adolescentes.
- En el ámbito proteccional es donde quizás con mayor frecuencia y nitidez se manifiesta la contraposición de intereses entre padres y personas responsables del cuidado y los propios niños, niñas y adolescentes. En muchos casos incluso son los propios padres o responsables los causantes de la situación de vulneración de derechos. En estos casos resulta evidente que el menor de edad no puede ser representado por ellos y requiere de una representación independiente.

Establecido que el derecho a la defensa jurídica es un derecho fundamental de toda persona humana y que existe consenso en su consagración en el ámbito proteccional, la discusión hoy se centra, más bien, en la forma en que este derecho efectivamente debe ser implementado.

El estudio de legislación extranjera que presentamos por medio de este trabajo nos muestra distintas formas y modelos de implementación.

En primer lugar, es posible optar por la figura del amigo de la corte (“amicus curiae”) que es una persona imparcial y objetiva cuya función primordial es la de intermediar entre el menor de edad y el juez, a fin de que este último se encuentre lo suficiente informado para la toma de una decisión. Esta figura, sin duda, no es un mecanismo que permita el efectivo e imparcial ejercicio de derechos.

Una segunda alternativa es la de la figura del “guardian ad litem”, constituido por un trabajador social cuya función es la de defender en tribunales el interés superior de niños, niñas y adolescentes.

Una tercera figura posible, es la del abogado tradicional, cuya función es la defender el interés particular de su cliente, cualquiera sea su edad, guardando con él las obligaciones de lealtad y confidencialidad propias de una relación contractual profesional.

Finalmente, a partir de lo anterior, es posible conjugar distintas formas de representación. En algunos casos, y sólo a modo ejemplar, es posible considerar

la intervención de un abogado y un “guardian ad litem” (sistema inglés), un abogado tradicional que en ciertos casos (especialmente dependiendo de la edad) defiende el interés superior, abogados que siempre defienden el interés superior o el interés manifiesto y otros.

Cualquiera sea el modelo que un sistema adopte en un momento determinado, creemos que a partir de una cierta edad, establecida legalmente, se debería presumir que niños, niñas y adolescentes están capacitados para ser representados por un abogado tradicional competente y especializado, que defienda su interés particular expresado ante el tribunal y que, en consecuencia, mantenga con él o ella una relación de lealtad, confidencialidad y eficiencia propia de una relación entre adultos. Esta conclusión se sigue, ciertamente, de la aplicación del principio de la autonomía progresiva y, por lo mismo, podría establecerse la distinción que proponemos basándose en la diferenciación que varias legislaciones hacen entre niños y niñas, por una parte, y adolescentes, por otra. De esta forma, cuando se trate de un adolescente el abogado representará el interés manifiesto y particular de él.

En nuestra opinión, no existe ninguna razón para excluir a los adolescentes de un derecho consagrado para los adultos y permitirles efectivamente hacer valer sus derechos e intereses. Ahora bien, por debajo de esa edad, tampoco pensamos que debiera excluirse la representación a través de un abogado tradicional aun cuando se deberían considerar mecanismos que permitan a los tribunales contar con toda la información necesaria en los casos que un niño, niña o adolescente no quiera o no pueda expresar una opinión. Así, por ejemplo, una fórmula posible es que en los procedimientos concurren, al mismo tiempo, un abogado que represente los intereses del niño o niña y un defensor que represente la opinión del Estado respecto de cual debería ser el interés superior del niño o niña en cada caso específico.

En fin, respecto de la vinculación que tiene para el juez la opinión de niños, niñas o adolescentes, nos parece que tratándose de asuntos que no tienen una naturaleza controversial ni suponen la constitución de estados jurídicos nuevos, la preferencia expresada por éstos o por su representante debe ser vinculante para el tribunal por cuanto éste se limitará, exclusivamente, a ratificar y controlar que los consentimientos para adoptar la medida de protección sean efectivos y libres. Pensamos, por ejemplo, en medidas como la asistencia a cursos, programas o servicios de orientación y apoyo; tratamientos médicos, psiquiátricos o psicológicos ambulatorios; reintegración a la enseñanza regular u otras similares que no tienen sentido ni cumplirán sus objetivos sin la aceptación voluntaria de los involucrados. Fuera de estos casos, nos parece que el criterio acertado pasa por estimar la opinión del representante de los intereses del niño, niña o adolescente como voluntaria para el tribunal como es el raciocinio de un abogado en cualquier proceso común.

Sabemos que estos planteamientos no serán fáciles de asimilar. Aparecerán los viejos defensores de la incapacidad, aquellos que desconfían de abogados y trabajadores sociales, aquellos que defenderán a ultranza la naturaleza benefactora de los procedimientos de protección y, por supuesto, aquellos que verán una excesiva intromisión de personas ajenas en el desempeño de la función jurisdiccional. Chocaremos a su vez, con la falta de recursos para implementar un verdadero derecho a la representación jurídica, con las dificultades para asegurar su efectiva implementación y las consabidas prioridades de otro tipo.

Creemos, eso sí, que cualquier reforma en este ámbito no puede conformarse tan sólo con garantizar una mera representación formal, ejercida por amigos de la corte o la actual figura del curador ad-lítem, que sólo apunte a otorgar visos de legalidad a la actividad jurisdiccional. Dar efectividad a los derechos de la infancia y la adolescencia exige mayores esfuerzos.

En esta época de profundos cambios en la legislación sobre la infancia y adolescencia, es el momento ideal para consagrar adecuadamente el derecho a la defensa de los niños, niñas y adolescentes como uno de los tantos aspectos que transforman a éstos en auténticos sujetos activos de derechos. Para ello es fundamental asumir el desafío de reconocer, como afirma Baratta, al niño, niña y adolescente no como un ciudadano futuro sino como un ciudadano en el sentido pleno de la palabra. La clave es interpretar la Convención sistemáticamente, así concluiremos que el niño, en cualquier fase de su desarrollo, incluso el niño pequeño, tiene una ciudadanía plena.

Esperamos, por último, que las reformas en preparación sean llevadas adelante con éxito, pero sabemos que al mismo tiempo se camina, inevitablemente, cerca del abismo y debe evitarse por todos los medios caer en él. De hacerlo, nuestra deuda con la infancia y la adolescencia corre el peligro de ser saldada de una forma que no merecen los niños, niñas y adolescentes de nuestro país.

EL NUEVO PROCESO PENAL Y LOS IMPUTADOS MENORES DE EDAD. ESTUDIO EXPLORATORIO ACERCA DE LOS RESULTADOS DEL PRIMER AÑO DE APLICACIÓN EN LAS REGIONES DE COQUIMBO Y LA ARAUCANÍA.¹

*Jaime Couso*²

ESTE TRABAJO SE PROPONE EXAMINAR QUÉ ESTÁ PASANDO EN EL NUEVO SISTEMA PROCESAL PENAL CON LOS POCOS MENORES DE EDAD QUE ACTUALMENTE QUEDAN SUJETOS A SUS REGLAS: LOS MAYORES DE 16 Y MENORES DE 18 AÑOS QUE HAN SIDO DECLARADOS “CON DISCERNIMIENTO”. EL OBJETIVO ES EXAMINAR LA CAPACIDAD DEL NUEVO MODELO PROCESAL PENAL Y DE SUS INSTITUCIONES PARA SER EMPLEADO EN CONSONANCIA CON LOS PRINCIPIOS DE UN “DERECHO PENAL MÍNIMO PARA ADOLESCENTES”, QUE RELEGUE EL USO DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD COMO UN ÚLTIMO RECURSO Y QUE ADEMÁS EVITE OTRO TIPO DE INTERVENCIONES JUDICIALES CUANDO PUEDA RECURRIRSE A MEDIDAS NO PENALES, ASEGURANDO EN CAMBIO LAS GARANTÍAS PENALES Y PROCESALES CUANDO SE PROSIGA POR LA VÍA JUDICIAL. ESTE MODELO ES UNO DE LOS QUE MÁS INFLUENCIA PARECE HABER TENIDO EN LA DISCUSIÓN PRELEGISLATIVA DEL PROYECTO DE LEY QUE EL GOBIERNO DE CHILE ACABA DE PRESENTAR AL CONGRESO NACIONAL SOBRE LA MATERIA.

VARIAS DE LAS INSTITUCIONES PROCESALES DEL NUEVO PROCESO PENAL CHILENO, SI SE ADAPTAN A LAS PERSONAS MENORES DE 18 AÑOS DE EDAD, EN PRINCIPIO OSTENTAN UNA CAPACIDAD NADA DESPRECIABLE PARA DESARROLLAR UN MODELO DE DERECHO PENAL MÍNIMO DE ADOLESCENTES. A PARTIR DE ESTE ESTUDIO EXPLORATORIO, EMPÍRICAMENTE FUNDADO, EL CUADRO GENERAL RESULTANTE ES RELATIVAMENTE POSITIVO. SIN EMBARGO, EN ALGUNOS CASOS LOS ACTORES DE LA REFORMA NO LES SACAN A LAS INSTITUCIONES DEL NUEVO CÓDIGO PROCESAL PENAL TODO EL PARTIDO QUE PODRÍAN -Y DEBERÍAN-, DE MODO QUE TODAVÍA SE PRODUCEN EXPOSICIONES INNECESARIAS DE LOS IMPUTADOS MENORES DE EDAD A LOS MEDIOS DE CONTROL PENAL.

¹ Versión revisada del documento presentado al coloquio *El nuevo proceso penal y los menores de edad*, el 21 de noviembre de 2001, organizado por el Programa de Derechos del Niño del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales y el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (Unicef). Para el diseño de este estudio, la obtención de varios de los datos considerados y la discusión de algunas de las conclusiones, conté con la valiosa ayuda de Sofía Libedinsky, Directora del Programa de Resolución Alternativa de Conflictos (CREA) de la Universidad Católica de Temuco.

² Abogado y Doctor en Derecho. Profesor e investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales y Director del Programa de Derechos del Niño del mismo Centro.

1. INTRODUCCIÓN: OBJETIVOS Y NATURALEZA DEL ESTUDIO

El 16 de diciembre del año 2000, se comenzó a aplicar el nuevo proceso penal en dos regiones del país. Con ello se dio inicio a una forma de perseguir y enjuiciar la responsabilidad criminal cuyas diferencias con el sistema inquisitivo tradicional son de una enorme significación. Habitualmente se destaca que las diferencias se traducen en los siguientes aspectos: a) el desarrollo de las garantías del debido proceso³; b) una mayor eficacia de la acción investigadora; y, c) la racionalización de la persecución penal, orientándola a la criminalidad que más la merece y la necesita.

La evaluación general del primer año de implementación de la reforma es positiva. Pese a la existencia de algunos casos de inercia, que se traducen en la reproducción de algunas prácticas propias del sistema procesal inquisitivo, que la reforma se propuso superar, el panorama general da cuenta de que los objetivos que la inspiraron se están cumpliendo satisfactoriamente.⁴

Ahora bien, ¿qué está pasando en la reforma procesal penal con los menores de edad declarados con discernimiento?

Ésa es la pregunta que motivó y que guió al estudio exploratorio del que este informe da cuenta.

A esa pregunta subyace la idea de que es relevante la diferencia -la de la minoría de edad del imputado- como para que tenga sentido buscar notas peculiares en las causas recaídas en esas personas, frente a lo que ocurre con cualquier otro imputado en el marco del nuevo proceso penal. Pero también subyace la idea de que la reforma, el nuevo proceso penal, es una diferencia relevante respecto del tratamiento legal al que están sujetos los menores de edad que no son juzgados de acuerdo con él, esto es, tanto los que están sujetos a la Ley de Menores como los que siguen siendo juzgados de acuerdo con el “viejo” Código de Procedimiento Penal.

Desde un punto de vista político-criminal la pregunta es particularmente relevante, teniendo en cuenta que se acaba de iniciar la discusión parlamentaria de un proyecto de ley que propone la creación de un sistema de responsabilidad y de enjuiciamiento especial para adolescentes infractores de ley penal. Sobre todo si se considera que ese nuevo sistema, para alcanzar sus objetivos estratégicos, busca

³ La base de este desarrollo es la implementación de la garantía del derecho al juicio (oral, público, concentrado, contradictorio, etc.) y a un juez imparcial, a través de la separación de las funciones de investigar y acusar (radicadas en el fiscal), de garantizar los derechos frente al poder del órgano investigador (radicada en el juez de garantía), y de juzgar (radicada en el tribunal de juicio oral en lo penal). Ello permite, entre otras, dar efectividad a la garantía de la presunción de inocencia (sólo un juez imparcial frente a la pretensión penal es capaz de actuar consistentemente con esa presunción), de la que a su vez depende la garantía de la libertad del imputado, frente a una posible aplicación indiscriminada de la prisión preventiva.

⁴ Al respecto, véase Baytelman Andrés (Redactor), *Evaluación de la Reforma Procesal Penal Chilena*, Centro de Estudios de la Justicia, Escuela de Derecho, Universidad de Chile-Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2002.

el aprovechamiento, e incluso un empleo mucho más intenso, de varios de los instrumentos creados por la reforma procesal penal. En ese sentido saber “qué está pasando con los menores de edad en el nuevo proceso penal” permitiría anticipar impresiones de lo que podría ser, del rendimiento que podría ofrecer, un futuro sistema de enjuiciamiento especial para esas personas.

Esa información también puede servir para orientar la discusión de ese proyecto de ley. Muchos aspectos del mismo seguramente serán objeto de debate, y a ese debate subyacen distintas “apuestas”, expectativas y temores acerca del rendimiento que el nuevo sistema de justicia penal de adolescentes tendrá, especialmente en relación con la mayor o menor carga punitiva que impondrá a los adolescentes.

La pregunta formulada es, sin embargo, demasiado amplia como para servir de guía a un estudio, incluso si este se define como “exploratorio”. Y el hecho es que esa pregunta se especifica en la elección de ciertos indicadores empíricos y en determinadas preguntas formuladas en las entrevistas hechas a los operadores del nuevo proceso penal. En ambos casos es evidente que me guía no sólo la curiosidad de saber “qué está pasando”, sino también una idea preconcebida sobre lo que se supone que debería estar pasando, o lo que a mí me gustaría que estuviese pasando.

En el plano del “deber ser” normativo, y también de las expectativas personales, la aplicación del nuevo proceso penal a los imputados menores de edad debería traducirse, entre otras cosas, en una mayor racionalidad en el uso del aparato de persecución penal, en un empleo menos extendido de la privación de libertad, concentrándola sólo en la criminalidad más grave, y en una mayor aptitud de la justicia penal para discriminar oportunamente los casos en los que se emplearán estos medios, evitando de entrada la innecesaria y perjudicial exposición a tales medios de personas a las que en definitiva no corresponderá aplicárselos.

El nuevo proceso penal “debería” ofrecer esas ventajas, para superar los defectos del “viejo sistema”, que se nos representa como una justicia de menores y una justicia criminal que, en forma combinada, producen una extensa exposición de los menores de edad a los medios de control penales o pseudo penales, en la forma de detenciones (o “retenciones”) principalmente por causales no delictivas, o de internamientos de diagnóstico privativos de libertad sin que existan “presunciones fundadas” de su participación criminal, o de prisiones preventivas de mediana o larga duración que frecuentemente no pueden ser imputadas a una pena privativa de libertad que efectivamente se vaya a cumplirse en el encierro, y que resultan ser “prisiones sin condena” o “penas sin juicio”.⁵

⁵ Precursor para la construcción de esta imagen es el estudio de Cillero Miguel y Egenau Paulo, *Administración de Justicia Juvenil y daño Psicosocial*, II Seminario Latinoamericano Los Derechos del Niño en una Sociedad Democrática, Ediciones Sename, Santiago, Chile, 1992. Una evaluación más reciente, inédita, del circuito policial y judicial en el tratamiento de los menores de edad retenidos en la Región Metropolitana, la ofrecen Riego Cristián y Tsukame Alejandro en *Circuito de los menores de edad en el Sistema de Administración de Justicia de Menores de la Región Metropolitana*, Ministerio de Justicia-Unicef, 1998, inédito.

El “deber ser” propuesto, en este caso viene dictado por las exigencias establecidas por los artículos 37, letra b), y 40 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño (en adelante, “la Convención”), y del modelo de justicia juvenil cuyos principios y normas ella establece. Es cierto que el tratamiento penal de los menores de edad declarados con discernimiento en las regiones con reforma procesal penal se aparta en muchos sentidos del sistema de justicia exigido por la Convención, y por ello, el “deber ser” de la Convención no puede ser un parámetro para analizar la situación penal y procesal de aquellos. Sin embargo, en lo que dice relación con las salidas preliminares y las salidas alternativas del nuevo proceso penal, así como en relación con las restricciones impuestas al empleo de la prisión preventiva, sí es posible examinar la medida en que este sistema procesal penal se acerca al deber ser de un sistema de justicia juvenil inspirado en la Convención.

Las expectativas personales vienen de la idea, sostenida por sus impulsores, de que la reforma procesal penal, pese a los movimientos ambiguos producidos durante su tramitación, y sus modificaciones contingentes, efectivamente ofrece herramientas poderosas para promover esos objetivos, particularmente respecto de los menores de edad, cuya posición legal es apta para una mayor racionalización de la persecución penal y un uso más reducido de la privación de libertad, a causa de que normalmente aparecen como “primerizos” y se ven beneficiados por una importante rebaja de pena (establecida en el Código Penal), lo que tiene efectos potenciales en un mayor empleo de las salidas preliminares y alternativas así como en mayores restricciones al uso de la prisión preventiva.

Así pues, el estudio quiere asomarse a los primeros resultados de la aplicación de la reforma procesal penal, para ver si esas expectativas se están cumpliendo, al menos de manera tendencial, así como para examinar la disposición de los actores de la reforma en el sentido de utilizar las herramientas que podrían permitir que así sea.

El estudio es “exploratorio”. Con ello quiero expresar que el estudio metodológicamente no está diseñado para ser capaz de respaldar de manera concluyente alguna tesis sobre las preguntas que lo guían. Busca indicios sobre las respuestas y en el mejor de los casos puede sugerir tendencias, que podrían convertirse en hipótesis plausibles para nuevos estudios, esta vez más concluyentes. Esta exploración también aportó alguna información sobre el estado (más bien precario) de las fuentes de información que quise emplear para el estudio.

Específicamente, para la composición del cuadro de esta exploración, recurrí a los registros estadísticos del Ministerio Público, de la Defensoría

Penal Pública y del Servicio Nacional de Menores.⁶ También utilicé, como antecedente complementario, las opiniones de jueces de garantía y fiscales, quienes fueron entrevistados en el marco de una reciente evaluación de la reforma procesal penal chilena.⁷ Como un insumo adicional, conté con las observaciones a la primera versión de este informe, formuladas por los comentaristas y participantes en el coloquio “El nuevo proceso penal y los menores de edad”, realizado el 21 de noviembre de 2001, en la Universidad Diego Portales, algunos de los cuales son actores del nuevo proceso penal. El detalle de este “cuadro” se puede consultar en la sección 3 “Resultados de la exploración empírica”.

Ahora bien, fuera de esta aproximación empírica, el estudio también se propuso desarrollar un cierto marco teórico que sirva para la evaluación del rendimiento del nuevo proceso penal en materia de racionalización de la persecución penal, en el caso específico de los menores de edad. Así, en la sección 2, tras una breve exposición de la naturaleza y regulación legal de las instituciones del nuevo Código Procesal Penal (en adelante, NCPP) que permiten racionalizar la persecución, propongo algunos criterios dogmáticos que sirven de fundamento a una aplicación más intensa de los mismos cuando se trata de imputados menores de edad.

En la sección 4 “Conclusiones” sintetizo los resultados que me parece posible extraer de esta exploración empírica sobre la situación de los imputados menores de edad en el nuevo proceso penal.

Si tuviera que resumir estos resultados en una frase podría decir que la situación de este grupo de imputados, considerándola desde el punto de vista del rendimiento potencial del nuevo proceso penal en términos de racionalización de la persecución penal y del empleo de la privación de libertad, “no está nada mal, pero podría ser bastante mejor”.

En efecto, y no obstante la relativa provisionalidad de esta conclusión en un estudio de estas características -un “estudio exploratorio”-, las herramientas

⁶ Los datos del Ministerio Público sobre imputados menores de edad, que utilicé en este estudio, fueron facilitados por este organismo a la Dirección Nacional de Sename, y por ésta a mí. Agradezco las gestiones de Sename y la gentileza del Ministerio Público. La disposición de los datos sobre causas formalizadas con imputados menores de edad y su forma de resolución, así como los relativos a las medidas cautelares adoptadas, los debo a la gentileza de Claudio Pavlic, entonces Defensor Público Nacional (s), y a la valiosa colaboración de Verónica Venegas, investigadora de esa institución. Por último, a los datos sobre menores declarados con y sin discernimiento accedí por gentileza de Carmen Andrade, Jefa del Departamento de Derechos y Responsabilidad de Adolescentes del Servicio Nacional de Menores, y gracias a la colaboración de Alejandra Montero, de la Unidad de Informática.

⁷ Para ello conté con la gentil cooperación de Andrés Baytelman, director del equipo investigador encargado de esa evaluación, quien incluyó algunas preguntas específicas sobre este tema dentro del instrumento empleado. Véase Baytelman Andrés (Redactor), ob. cit. También tuve la oportunidad de entrevistar a algunos fiscales personalmente.

ofrecidas por el nuevo proceso penal para la racionalización del control penal y la reducción del uso de la privación de libertad respecto de los menores de edad, aparecen dotadas de gran significación para alcanzar este fin, y en muchos casos han sido utilizadas en ese sentido. Sin embargo, en otros casos no se les saca todo el partido que podría -y debería- sacárseles, si se las entendiera desde las exigencias de la Convención y desde una visión político-criminal más razonable, que evite las exposiciones inútiles de los imputados menores de edad a los medios de control penal.

Con todo, como se verá, uno de los aspectos en que ha sido más deficiente la aplicación de las normas del NCPP desde el punto de vista de la racionalización de la intervención penal, y que se refiere al tránsito entre la justicia penal y la justicia de menores, queda satisfactoriamente resuelto por las Normas Adecuatorias que se promulgaron en mayo de este año, cuando el estudio ya había sido realizado, y que prometen mejorar bastante la situación, comparándola con el (ya relativamente satisfactorio) cuadro resultante de esta exploración.

Ahora bien, más allá de esta conclusión general, en la última sección (4, "Conclusiones") considero otras imágenes que resultan de esta mirada, inclusive unas que no se aprecian a simple vista, sino sólo tras un examen del problema en el contexto más amplio del fenómeno del control social de la desviación infanto-juvenil.

2. MARCO TEÓRICO. LA RACIONALIZACIÓN DE LA PERSECUCIÓN PENAL RESPECTO DE MENORES DE EDAD EN EL NUEVO PROCESO PENAL

2.1. Racionalización de la intervención del sistema penal y reducción de la privación de libertad respecto de los menores de edad, como criterios político-criminales para la evaluación de los sistemas de justicia penal para adolescentes

La Política criminal para adolescentes infractores de ley penal es objeto de viva discusión en casi todo el mundo, desde hace varias décadas. El sentido de las reformas que se consideran necesarias varía en medida apreciable en cada caso. Sin embargo, es cada vez más común en Europa y América Latina la implementación de sistemas de responsabilidad penal especial para adolescentes, centrados en el enjuiciamiento y sanción de la criminalidad de mediana o alta gravedad, que intentan ser combinados con modalidades de intervención social en el nivel local para la resolución de otro tipo de conflictos o de infracciones menos graves; intervenciones que están dirigidas tanto a la eventual resolución de conflictos interpersonales como a la generación de oportunidades de inserción familiar y social y de participación comunitaria y

de ejercicio de derechos económico-sociales para niños y jóvenes, evitando su exposición al sistema penal.⁸

En ese modelo, el papel del sistema penal aparece circunscrito a los casos más importantes de la criminalidad de adolescentes mayores de doce o catorce años. La expresión “Derecho penal mínimo para adolescentes”⁹ refleja esa idea, y es entendida como una expresión de los principios y normas de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, que postula una forma de resolución de los conflictos delictuales que relegue el uso de la privación de libertad como un último recurso (Artículo 37, letra b) y que además evite otro tipo de intervenciones judiciales cuando pueda recurrirse a medidas no penales de carácter comunitario, asegurando en cambio las garantías penales y procesales cuando se prosiga por la vía judicial (Artículo 40).

En la discusión pre-legislativa chilena, las proposiciones de reforma a la justicia de menores también se han planteado en esos términos, si bien matizadas por llamamientos a una intervención penal más extensa.

Es por ello que, como se señaló en la Introducción, el lente a través del cual se exploran los resultados de la aplicación de la reforma procesal penal a los imputados menores de edad, es precisamente el de su capacidad para racionalizar el empleo del sistema penal y de reducir el uso de la privación de libertad, sacando del proceso penal oportunamente a aquéllos respecto de los cuales no se utilizará en definitiva el medio penal más característico: la pena privativa de libertad.

La idea de “racionalización”, sin embargo, es necesario advertirlo, implica no sólo que el sistema penal deje de emplear sus instrumentos en los casos que no merecen la pena, sino también que los emplee en los casos en que sí está justificado hacerlo.¹⁰ Esta dimensión del aspecto “racionalizador”, si bien no es objeto de análisis en este estudio, por cuanto depende de aspectos más generales del nuevo

⁸ Sobre esta estrategia diferenciada de intervenciones públicas, se puede consultar mi trabajo *Derecho penal de adolescentes: ¿educación, ayuda o sanción?*, en coautoría con Ana María Farías y colaboradoras, Facultad de Ciencias Sociales U. de Chile - UNICEF, Santiago, Chile, 1999. También analicé el problema, aunque con más énfasis en la distinción entre políticas de protección a la infancia y política criminal, en *Problemas teóricos y prácticos del principio de separación de medidas y programas, entre la vía penal-juvenil y la vía de protección especial de derechos*, contenido en el libro colectivo *De la tutela a la Justicia*, Editorial LOM, Santiago, Chile, 1998.

⁹ Véase, por todos, Albrecht Peter-Alexis, *El Derecho penal de menores*, traducción de la primera edición alemana por Bustos Ramírez, PPU, Barcelona, 1990 (hay segunda edición alemana: “Jugendstrafrecht”, 2ª edición, C.H. Beck, München, 1993); Albrecht Peter-Alexis, *Respecto del futuro del Derecho penal de menores -peligros y chances-*, traducción de Bustos Ramírez, y el propio Bustos Ramírez Juan, *Hacia la desmitificación de la facultad reformadora en el derecho penal de menores: por un derecho penal del menor*, ambos artículos en Bustos Ramírez Juan, *Un Derecho penal del menor*, Editorial Jurídica Conosur, Santiago de Chile, 1992.

¹⁰ Este argumento corresponde a una objeción válida, pero no decisiva, que Juan Enrique Vargas formuló en relación con la forma que definí el foco de este estudio (la racionalización de la persecución penal y del uso de la privación de libertad), en la sesión del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, a la que él fue invitado para comentar este trabajo.

proceso penal (sobre todo, el relativo incremento en la capacidad investigativa del sistema de persecución penal), y no de aspectos diferenciales de la persecución penal sobre los menores de edad, también se ve favorecida por el hecho de que el sistema se vea descargado de todas las causas en las que no se justifica la persecución, o se teme que ella sea contraproducente, sobre todo si esa descarga se produce oportunamente, es decir, en las primeras etapas del proceso.

2.1.1. Racionalización de la persecución penal y reducción del uso de la privación de libertad en el Anteproyecto chileno

Como se ha señalado, el régimen legal al que están sometidos los menores de edad que cometen ilícitos penales, es objeto de una extendida crítica. De acuerdo con ella, la justicia de menores y la administración que le es auxiliar, conforman un verdadero sistema penal encubierto (que para “proteger” controla y sanciona, incluso con la cárcel), paralelo al que se regula en la legislación penal, y desprovisto de toda garantía material y procesal. Apoyado en una retórica proteccionista, este sistema se dirige en forma exclusiva en contra de niños y jóvenes marginales sobre la base, no de hechos delictivos probados, sino imputaciones informales de actos desviados (no necesariamente delictivos) asociadas, en su caso, a pronósticos de peligrosidad o desadaptación social más o menos arbitrarios.

Sistemas muy similares al chileno, de hecho, han sido objeto de reformas en todo el mundo, desde que, hace algunas décadas, los tribunales con competencia constitucional, de diversos países (EEUU en 1967, España en 1991), comenzaron a declarar inconstitucionales las Leyes de Menores que los sustentaban, por permitir aplicar medidas de contenido indudablemente punitivo, sin las garantías del debido proceso.

En Chile, por su parte, existe un acuerdo más o menos generalizado acerca de la necesidad de sustituir el sistema tutelar por uno que exija responsabilidad a los adolescentes (de entre 14 y 18 años) por los ilícitos penales que cometan, a través de un procedimiento que contemple todas las garantías, e imponiéndoles, en su caso, sanciones especiales. De hecho, el Ministerio de Justicia viene anunciando reiteradamente que presentará un Proyecto de Ley de Responsabilidad de los Adolescentes por Infracciones (en adelante proyecto de LRA), cuyo texto en borrador se ha dado a conocer públicamente.¹¹

¹¹ El borrador se publicó en 1998 Chile, como anteproyecto del Gobierno, por una Administración con la que la actual guarda, en esta materia, evidente continuidad. La publicación fue acompañada de comentarios de representantes de diversos sectores políticos y académicos, favorables en lo sustancial, a la idea de implementar un sistema de justicia como el allí propuesto. Véase el texto del Anteproyecto y el comentario de la entonces Ministra de Justicia, Soledad Alvear, en García Méndez Emilio y Beloff Mary (compiladores), *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, Temis-Depalma, Bogotá-Buenos Aires, 1998, pgs. 353 y sgtes.

Este Proyecto pretende recoger una doble corriente normativa: la de la tradición garantista del derecho penal liberal y el proceso penal acusatorio, y la de las normas internacionales que reconocen a los niños (menores de 18 años de edad) derechos especiales que atienden a su condición de personas en desarrollo. En lo que atañe al sistema de enjuiciamiento, por tanto, el proyecto recoge los principios y varias de las principales instituciones consagradas por el nuevo Código Procesal Penal, las que en algunos casos son adaptadas sin embargo a los especiales derechos de los adolescentes (por ejemplo, el derecho a la protección de su privacidad y el derecho a una resolución más rápida del asunto). Los órganos competentes para la investigación, el control de la instrucción, el juicio y la defensa, serán fundamentalmente (salvo en lo relativo a la integración del tribunal de juicio oral) los mismos que se crearon para la Reforma Procesal Penal.¹²

2.2. Mínima intervención del sistema penal y reducción de la privación de libertad, como particularidades del sistema de responsabilidad de los adolescentes

Las adaptaciones de las instituciones procesales del NCPP a los especiales derechos de los adolescentes, tienen una orientación muy precisa: evitar en la mayor medida posible la exposición de estas personas a los efectos negativos del juicio y de la sanción penal, especialmente a la privación de libertad, a través de una amplia acogida del principio de oportunidad y de las salidas alternativas. Gráficamente se podría decir que el proceso penal de adolescentes está regulado “con la clara voluntad de *no tener lugar*”.¹³

En el derecho internacional de los derechos humanos de los niños, esta orientación está ampliamente reconocida, a través de la institución de la “remisión”,¹⁴ que se refiere a las diversas formas de suspender o terminar con el

¹² Ello no obsta a la exigencia -planteada por el proyecto de LRA- de que esos actores, en la medida que se dedicarán parcialmente (o completamente, en algún caso) al conocimiento de “infracciones a la Ley Penal” cometidas por adolescentes, reciban formación especial sobre aspectos normativos y criminológicos necesarios para un abordaje más adecuado de estos asuntos.

¹³ Cuello Contreras, comentando la nueva ley española del año 2000, quien añade a continuación que “desde el principio, desde antes, hasta el final pretende no celebrarse y, en su caso, sobrepasarse”. Véase Cuello Contreras Joaquín, *El nuevo derecho penal de menores*, Cuadernos Civitas, Madrid, 2000, pg. 89.

¹⁴ Recogida en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y en las Reglas Mínimas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia Juvenil (Reglas de Beijing), la remisión recoge la institución de la *diversion* del derecho anglosajón, que expresa la idea de *desviar* o sacar al imputado (especialmente al joven o primerizo) del proceso antes del juicio, sin reconocimiento de culpabilidad ni declaración de inocencia, para evitar los efectos perjudiciales del juicio (especialmente la *estigmatización*). La forma habitual es la suspensión condicional del procedimiento. Véase *Barron's Law Dictionary*, 3ª ed., Nueva York, 1991, voces “diversionary programs” y “pre-trial interventions”. Sin embargo, en el derecho penal de adolescentes es frecuente emplear en su lugar el principio de oportunidad, con el objeto de evitar que la amenaza permanente de volver al proceso mantenga inconvenientemente “atado” al adolescente a la justicia penal (y estigmatizado por ello), entorpeciendo su reinserción social.

proceso, derivando el conflicto, en su caso, a instancias no penales, o simplemente evitando toda intervención.

Junto con el criterio de la reducción de la sobrecarga a la justicia, uno de los principales argumentos en apoyo de estas instituciones procesales orientadas hacia una intervención mínima del sistema penal, es la denuncia criminológica acerca de los perjudiciales efectos que el proceso penal, sus medidas cautelares, y las sanciones (por distintas que sean de las de los adultos) tienen sobre las oportunidades futuras de los adolescentes de insertarse socialmente. A ello se suman razones de justicia, fundadas en una exigencia de mayor tolerancia social frente a los ilícitos penales de adolescentes, que tienen menores competencias sociales para desenvolverse respetando las leyes, y merecen un trato más benigno.¹⁵

En lo que respecta a las medidas cautelares y sanciones, el proyecto de LRA se propone evitar la privación de libertad en la mayor medida posible, acogiendo así las normas de derecho internacional sobre derechos humanos del niño.¹⁶ Para ello, el proyecto define un reducido listado de delitos -de entre los más graves de la legislación penal- por los cuales se permitirá la imposición de una sanción privativa de libertad. La medida cautelar de internación provisoria (equivalente a la prisión preventiva del NCPP), por su parte, sólo podrá aplicarse cuando sea probable que se impondrá en definitiva una sanción privativa de libertad, y siempre que no bastare con una medida cautelar no privativa de libertad.

2.3. Instrumentos para la racionalización de la persecución penal

Si se entiende la racionalización de la persecución penal en un sentido amplio, abarcando la focalización tanto del trabajo de los operadores del proceso penal como del empleo de las penas privativas de libertad, se pueden incluir como instrumentos para la racionalización, en general, todas las facultades del fiscal para seleccionar las causas de las que se ocupará,¹⁷ así como también las llamadas “salidas alternativas”, que evitan el juicio y la sentencia, resolviendo el problema en sede procesal, y el procedimiento abreviado.

¹⁵ Véase al respecto Albrecht Peter-Alexis, *El Derecho Penal de Menores*, ob.cit., pgs. 43-44.

¹⁶ La CDN señala un criterio general, en conformidad con el cual la privación “se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda” (Art. 37, b, CDN); y las Reglas de Beijing especifican que puede aplicarse sólo en caso de una condena “por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos”, pero aún en esos casos, la privación de libertad sólo procederá “siempre que no haya otra respuesta adecuada” (Regla 17, c).

¹⁷ Sobre este aspecto de la racionalización en el NCPP, véase Duce Mauricio, *Los mecanismos de descongestión y su uso en el nuevo Sistema Procesal Penal*, conferencia para el Seminario *Evaluación y desafíos futuros para la Reforma Procesal Penal*, Universidad Católica de Temuco y Programa Acceso, Temuco, 27 y 28 de octubre de 2001, http://www.acceso.uct.cl/congreso/docs/mauricio_duce.doc

En el NCPP, el fiscal cuenta con diversas facultades para seleccionar las causas en las que focalizará su actividad:

i) El archivo provisional de “aquellas investigaciones en las que no aparecieren antecedentes que permitieren desarrollar actividades conducentes al esclarecimiento de los hechos” (Art. 167 NCPP);¹⁸

ii) La facultad de no iniciar la investigación, cuando los hechos denunciados no son constitutivos de delito o cuando la responsabilidad criminal está extinguida (Art. 168 NCPP);

iii) El principio de oportunidad, que les permite “no iniciar la persecución penal o abandonar la ya iniciada” cuando se trate de “un hecho que no comprometiére gravemente el interés público” y cuya pena mínima no exceda la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo, es decir, de 540 días (Art. 170 NCPP).¹⁹

Estas tres facultades se pueden ejercer por el fiscal desde un comienzo, apenas tome conocimiento del hecho. Pero, mientras las dos primeras deben ejercerse antes de que el juez de garantía haya intervenido en el procedimiento, el principio de oportunidad -según las instrucciones impartidas por el Ministerio Público²⁰ - puede ejercerse en cualquier momento de la investigación, incluso después de formalizada, hasta antes de su cierre.²¹

Por su parte, las salidas alternativas contempladas en el nuevo CPP son las siguientes:

i) La suspensión condicional del procedimiento; acordada entre el fiscal y el imputado (y sujeta a aprobación judicial), y sujeta al cumplimiento de determinadas condiciones por el imputado,²² durante un plazo fijado por el juez. Si las condiciones

¹⁸ Una vez cerrada la investigación, el fiscal cuenta con la facultad de “no perseverar en el procedimiento”, por “no haberse reunido durante la investigación los antecedentes suficientes para fundar una acusación” (Art. 248, c, NCPP). No la incluyo dentro de los mecanismos de selección o focalización, porque en algún sentido se trata de casos en los que se llevó adelante la investigación hasta el final, pero no se reunió antecedentes suficientes para acusar.

¹⁹ Según la misma disposición, tampoco procederá esta facultad respecto de “un delito cometido por un funcionario público en el ejercicio de sus funciones”.

²⁰ *Instructivo N° 35, Oficio N° 245*, 15 de diciembre de 2000, punto 2 (“Procedimiento”).

²¹ Aunque no parece tener sentido esperar hasta después de la formalización para ejercer esta facultad, salvo en el caso de que nuevos antecedentes, desconocidos antes de la formalización, hagan posible o recomendable ejercerla con posterioridad a ella.

²² De acuerdo con lo dispuesto por el Art. 238 del NCPP, el juez de garantía puede disponer el cumplimiento de una o más de las siguientes condiciones: “a) Residir o no residir en un lugar determinado; b) Abstenerse de frecuentar determinados lugares o personas; c) Someterse a un tratamiento médico, psicológico o de otra naturaleza; d) Tener o ejercer un trabajo, oficio, profesión o empleo, o asistir a algún programa educacional o de capacitación; e) Pagar una determinada suma, a título de indemnización de perjuicios, a favor de la víctima o garantizar debidamente su pago. Se podrá autorizar el pago en cuotas o dentro de un determinado plazo, el que en ningún caso podrá exceder el período de suspensión del procedimiento; f) Acudir periódicamente ante el ministerio público y, en su caso, acreditar el cumplimiento de las demás condiciones impuestas, y g) Fijar domicilio e informar al ministerio público de cualquier cambio del mismo.”

se incumplen de forma grave o reiterado o el imputado comete un nuevo delito, se revoca la suspensión y el procedimiento retoma su curso. Esta institución es entendida como una forma de aceleración del proceso, que junto con descargar a la administración de justicia, expresa el propósito de reservar las sanciones penales, particularmente las privativas de libertad, como una *última ratio*²³ (Arts. 237 a 240 NCPP).

ii) Los acuerdos reparatorios celebrados entre el imputado y la víctima (también sujetos a aprobación judicial), institución que, junto con expresar propósitos similares a los enunciados para la suspensión condicional, recoge una creciente tendencia a asignar un papel más central a la satisfacción de los intereses de la víctima, que en ciertos casos incluso prevalecen sobre el eventual interés público en juzgar y sancionar penalmente el hecho (Arts. 241 a 244 NCPP).

Ambas salidas alternativas sólo se pueden decretar después de la formalización de la investigación. Y ambas tienen limitaciones en cuanto al tipo de delito para el cual pueden ejercerse, pero éstas son menos restrictivas que las que afectan al principio de oportunidad. La suspensión condicional, además, está sujeta a la restricción de que sólo puede decretarse si el imputado no hubiere sido condenado anteriormente por crimen o simple delito.

Por último, el procedimiento abreviado consiste en la posibilidad de las partes de acordar una anticipación del juicio mediante un debate simplificado, no frente al tribunal de juicio oral en lo penal, sino frente al juez de garantía, al término del cual éste pronunciará sentencia. Procederá cuando el fiscal pida una pena que no exceda de los cinco años de privación de libertad y el imputado acepte los hechos materia de la acusación así como los antecedentes de la investigación que la fundan, y siempre que el juez de garantía pueda comprobar que el imputado prestó su consentimiento de forma libre e informada.²⁴

El procedimiento abreviado se podrá solicitar por el fiscal al cerrar la investigación o en la audiencia de preparación del juicio oral.

2.4. Instrumentos de racionalización en el NCPP y política criminal para adolescentes

Ahora bien ¿qué permeabilidad tienen estas instituciones procesales a los objetivos político-criminales promovidos por la Convención para el caso de los adolescentes? O dicho de otra manera, ¿qué posibilidades ofrece cada uno de los

²³ Véase Duce Mauricio, *La suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios en el Nuevo Código Procesal Penal*, en el libro colectivo *Nuevo Proceso Penal*, Conosur, Santiago, Chile, 2000, pgs. 143-144.

²⁴ Véase Riego Cristián, *El procedimiento abreviado*, en *ibid.*, pgs. 209 y sgtes.

instrumentos de racionalización recién descritos para ser ejercidos con mayor “generosidad” por parte de fiscales y jueces cuando el imputado es menor de edad?.

Si bien el archivo provisional y la facultad de no iniciar la investigación son, por así decirlo, relativamente “neutras” desde el punto de vista de las valoraciones político-criminales, pues dependen de circunstancias relativamente “objetivas” -los hechos denunciados no son delito, el plazo de prescripción ya se cumplió, no hay antecedentes suficientes para comprobar los hechos, etc.-, como se verá, las restricciones para el empleo de otros mecanismos de selección pueden incidir en un uso “político-criminalmente intencionado” de algunos de estos, que sí tenga en cuenta la condición del imputado de ser menor de edad. Pero, fuera de esos casos, la circunstancia de que el imputado sea menor de edad, entonces, no tendrá, en principio, mayor peso en la decisión de ejercer o no estas facultades.

El principio de oportunidad, en cambio, depende mucho más de la valoración político-criminal del fiscal y de las autoridades del Ministerio Público, acerca de la necesidad, conveniencia, o incluso de la justicia, de perseguir la responsabilidad criminal del imputado en ciertos casos. En efecto, la decisión de que un hecho “no compromete gravemente el interés público” (Art. 170 NCPP) está cargada de referencias a las razones político-criminales que determinan que la continuación del juicio y, en su caso, la sanción, no sean necesarias o razonables en el caso concreto. El hecho de que el imputado sea menor de edad, y sea titular de derechos especiales frente a la persecución penal, puede ser relevante, como se verá, para esta valoración.

A este respecto, cabe plantearse la pregunta acerca de si los delitos para los cuales procederá ejercer esta facultad respecto de imputados menores de edad son los mismos que para los mayores de edad, o si acaso, considerando la significativa reducción de pena que opera para los delitos cometidos por aquéllos, las posibilidades de ejercer esta facultad son más amplias. El Art. 170 del NCPP dispone, al respecto que no procederá ejercer la oportunidad cuando “la pena mínima asignada al delito excediere la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo”. Esto ha sido interpretado por fiscales y jueces en el sentido de que se debe atender a “la pena abstracta”, esto es, la que corresponde al hecho antes de especificar la “pena concreta” que se impondrá, considerando las atenuantes y agravantes. En la práctica, como se verá, con ello se ha excluido la consideración de la rebaja del art. 72 CP, al que los fiscales consideran criterio de determinación de la “pena concreta”.

Sin embargo, dentro del concepto de pena abstracta, de acuerdo con las instrucciones impartidas por el Ministerio Público, cabe la consideración de “elementos objetivos, tales como el grado de desarrollo del delito y la posible calidad de encubridor del imputado, que rebajan la pena asignada al delito, en tanto esa penalidad apunta a circunstancias objetivas del hecho y no a características

personales de los hechos, y ello, en la medida que de los antecedentes de que se disponga, tales circunstancias aparezcan con un grado razonable de certeza”.²⁵ Es decir, en todos esos casos, aunque el delito tenga señalada una pena abstracta o *marco penal genérico* cuyo límite mínimo exceda de presidio menor en su grado mínimo, podrá ejercerse la oportunidad si por efecto de las reglas de determinación de la pena a la tentativa, a la frustración o al encubrimiento le corresponden *marcos penales concretos* (no *penas concretas*) en que el mínimo no exceda de esa pena. La pena considerada, en realidad, no es exactamente la *pena abstracta* (que es la señalada directamente para cada delito, sin considerar rebajas por grado de ejecución o forma de participación) sino lo que en la doctrina española se denomina *marco penal concreto*.²⁶ Por “pena asignada al delito” se entiende entonces, con razón, no la que se le asigna al tipo penal, normalmente en el mismo artículo que describe la conducta (y que corresponde al supuesto de un autor, mayor de edad, cuyo delito quedó consumado), sino la que se le asigna a través de las diversas normas legales que definen el *marco penal concreto*.

De lo recién expuesto, pero sobre todo, del sentido del principio de oportunidad, se puede concluir que la misma razón existe para aplicar el principio de oportunidad a delitos cuya pena abstracta (marco penal genérico) no lo permitiría, pero que por efecto de la rebaja de pena contemplada en el Art. 72 del Código Penal, adquieren un marco penal concreto que sí lo permitiría (como el robo con fuerza en las cosas en lugar no destinado a la habitación o en bienes nacionales de uso público). Esa rebaja de pena (también existente en la legislación española hasta hace un año, fecha en que se promulgó la ley que crea el nuevo sistema de derecho penal de menores), es considerada por la doctrina española, como un criterio de determinación del marco penal concreto,²⁷ del mismo modo que las rebajas penales que atienden al grado de ejecución del delito o a la forma de participación,²⁸ y no un criterio de determinación de la *pena concreta* (como sí lo son las atenuantes y agravantes de los artículos 11 y 12 del CP). Su presupuesto es, a su vez, por lo menos tan (si no más) objetivo como la circunstancia de que el delito se encuentre frustrado (y no consumado). Por último, desde el punto de vista político-criminal, el interés en llevar adelante el procedimiento es casi nulo en el caso de un delito

²⁵ *Instructivo N° 35*, citado, punto 1.1.2 (“Límite de la pena asignada”).

²⁶ Véase, en detalle, Muñoz Conde Francisco y García Arán Mercedes, *Derecho Penal. Parte general*, 3ª edición, Tirant lo Blanch, Valencia, 1998, pgs. 582, 585 y sgtes.

²⁷ *Ibid.*

²⁸ El hecho de que se considere tradicionalmente esta rebaja de pena como una “atenuante” no tiene ninguna importancia. Su objetividad y la automaticidad de su forma de operar en la determinación de la pena es, para estos efectos, del todo asimilable a la de la frustración, y no guarda ninguna relación, en cambio, con cualquier otra atenuante. Además, estrictamente, el Código Penal actualmente no la incluye entre las atenuantes, desde que el legislador penal decidió sacarla del Art. 11, número 2. En esa modificación bien puede verse una decisión de no considerarla atenuante, por lo menos en lo que respecta a su forma de operar en la determinación de la pena.

relativamente menor (por ejemplo, por un robo de radio de auto, estacionado en la calle), que con toda seguridad no será objeto de una pena privativa de libertad que se cumpla en encierro, y en el que la víctima no manifiesta su interés en la persecución. Por el contrario, seguir adelante con una causa así, normalmente sin poder recurrir a la prisión preventiva,²⁹ o exponiendo al menor de edad a terminar en ella por no comparecencia a los actos del proceso, representa una carga artificial, tanto para él como para el sistema. Esas razones, entre otras, son las que fundamentan una amplia acogida del principio de oportunidad en el proyecto de LRA del Ministerio de Justicia.³⁰

La suspensión condicional del procedimiento ofrece también la posibilidad de una aplicación político-criminalmente intencionada, más favorable a los menores de edad, quienes además normalmente cumplen con el requisito legal de no tener antecedentes penales. Sin embargo, si el plazo de suspensión es muy largo y las condiciones establecidas son muy ambiciosas o poco realistas, se expone al menor de edad a un riesgo innecesario de tener que volver a la justicia penal por incumplimiento de condiciones. Al respecto debe advertirse en contra del riesgo de pretender “ayudarlo” a través de las condiciones de la suspensión (como los tratamientos de rehabilitación conductual, que de esa manera le son impuestos bajo la amenaza de revocación), que para él pueden no tener sentido, lo que hace más probable el incumplimiento y la revocación. Por ello, si no existe interés real en hacer al menor de edad cumplir una pena, parece preferible a todas luces aplicar el principio de oportunidad y cerrar así definitivamente el asunto.³¹

Los acuerdos reparatorios abren la puerta, por su parte, a toda una dimensión de la política criminal contemporánea para adolescentes que, especialmente en países

²⁹ Ver infra, las consideraciones sobre la prisión preventiva en el NCPP.

³⁰ En el coloquio de discusión de este estudio se planteó por un participante que si bien estaría justificado considerar la rebaja de pena del Art. 72 del CP al decidir sobre la aplicación del principio de oportunidad, ello sólo podría hacerse después que el imputado haya sido declarado “con discernimiento”, pues el Art. 72 aplica la pena rebajada “al menor... que no esté exento de responsabilidad por haber declarado el tribunal respectivo que obró con discernimiento...”. La conclusión es errónea. Lo cierto es que ese artículo exige no sólo declaración de discernimiento sino incluso condena penal, porque en él se regula la imposición de una pena rebajada (y no el cálculo de una pena probable). Pero para los efectos de determinar el marco penal concreto que correspondería al imputado, **en caso de que fuese condenado**, ciertamente no se necesita condena o previa declaración “con discernimiento”. El argumento contrario equivaldría a sostener que también el imputado por un delito frustrado quedaría sujeto, para los efectos del principio de oportunidad, al marco penal del delito consumado (marco penal abstracto), pues la rebaja de pena del Art. 51 del CP literalmente está establecida para la imposición de la pena al autor de crimen o simple delito frustrado, quien sólo adquiere la calidad de tal a partir de la condena.

³¹ Albrecht advierte en contra de los riesgos de aplicar salidas alternativas artificial e innecesariamente cargadas de medidas o condiciones, en casos en los que lo razonable es prescindir abiertamente de toda intervención (en, *El Derecho penal de menores*, ob. cit., y en *Respecto del futuro del Derecho penal de menores -peligros y chances-*, ob. cit.). Contra los riesgos de imponer medidas “alternativas” en sede penal con la pretensión de “ayudar” al adolescente, me pronuncio con detalles en *Derecho penal de adolescentes: ¿educación, ayuda o sanción?*, ob. cit.

anglosajones, privilegia el empleo de mecanismos de conciliación y reparación. Se prestan, por ello, a un amplio uso respecto de imputados adolescentes.³²

Para concluir, la decisión de proponer al imputado un procedimiento abreviado, también se presta para valoraciones político-criminales, en este caso, relativas a la necesidad, conveniencia o justicia de solicitar e imponer una pena mayor a cinco años. La circunstancia de ser el imputado menor de edad, unida a la rebaja de pena del Art. 72 del CP, pueden volverse muy relevantes para ello. Es interesante también, con todo, indagar si los jueces de garantía toman mayores precauciones a la hora de verificar que el consentimiento del imputado menor de edad se presta en forma libre e informada.

2.5. Innovaciones en el nuevo CPP acerca de la prisión preventiva

Las restricciones legales a la posibilidad de aplicar la prisión preventiva a los imputados se fundan en la garantía del principio de presunción de inocencia. Según la crítica que suele hacerse al sistema procesal penal tradicional en Chile y en otros países de América Latina, las normas que permiten un uso extendido de esa medida cautelar, en cuanto a su duración y a los casos, equivalen a consagrar legalmente la institución de los “presos sin condena”, negándoles a estos imputados en la práctica el derecho al juicio previo a la reacción penal, reconocido como una de las principales consecuencias del principio de legalidad, que también prescribe “nulla poena sine iudicio” (no hay pena sin juicio).³³

La crítica se vuelve más plausible mientras mayor sea el número de casos sometidos a prisión preventiva que finalmente termina siendo absuelto, sobreesido o sancionado con alguna de las medidas alternativas a las penas privativas de libertad contempladas por la Ley N° 18.216 (especialmente, la remisión condicional de la pena y la libertad vigilada). El tiempo que esos imputados hayan pasado en prisión preventiva equivalió a una pena anticipada, que finalmente resultaba injustificada o desproporcionada para la sanción concreta que le correspondió al autor.³⁴

³² No obstante, la experiencia comparada demuestra que las virtudes de esta manera de resolver los conflictos de naturaleza criminal se desarrollan especialmente si ella es implementada fuera del contexto coactivo de la justicia penal. Ello plantea el desafío de implementar programas que cuenten con especialistas en mediación, y que, en acuerdo con los fiscales y los jueces de garantía, promuevan la búsqueda de acuerdos que, en su caso, después se validen ante el juez. Véase al respecto, Couso Jaime, *Alternativas a la pena en el Derecho Penal de adolescentes. Una perspectiva comparada*, en el libro colectivo *Adolescentes y Justicia Penal. Propuesta de Política Criminal en Chile*, Ilanud - Unicef - Unión Europea, Santiago de Chile, 2000.

³³ El análisis en detalle de esta garantía y de sus consecuencias puede verse en Ferrajoli Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez, Ruiz Miguel, Bayón Mohino, Terradillos Basoco y Cantarero Bandrés, Editorial Trotta, Madrid, 1995, pgs. 91 y sgtes.

³⁴ También podría considerarse en cierto sentido como “pena anticipada”, la prisión preventiva que afectó a imputados que finalmente sí resultaron condenados a cumplir una pena privativa de libertad, pero en este caso, la imputación legal del tiempo de aquella, a la duración de ésta, permite compensar este efecto.

Es por ello que, la principal novedad del NCPP en esta materia es la norma del Art. 141, que excluye, en principio, la procedencia de la prisión preventiva “cuando ésta aparezca desproporcionada en relación con la gravedad del delito, las circunstancias de su comisión y la sanción probable”, lo que concretamente se traduce en su improcedencia en los siguientes casos, señalados en el inciso segundo del mismo Art. 141:

“a) Cuando el delito imputado estuviere sancionado únicamente con penas pecuniarias o privativas de derechos, o con una pena privativa o restrictiva de la libertad de duración no superior a la de presidio o reclusión menores en su grado mínimo;

“b) Cuando se tratare de un delito de acción privada, y

“c) Cuando el tribunal considerare que, en caso de ser condenado, el imputado pudiere ser objeto de alguna de las medidas alternativas a la privación o restricción de libertad contempladas en la ley y éste acreditare tener vínculos permanentes con la comunidad, que den cuenta de su arraigo familiar o social.”

Con todo, el tribunal podrá imponer la prisión preventiva, aún en tales casos, si hay razones para considerar que el imputado no se presentará a los actos del procedimiento o a la ejecución de la sentencia.³⁵

La referencia a la “sanción probable”, unida a lo señalado por la letra c, deja en claro que se debe tomar en cuenta la *pena concreta*. Sin embargo, el instructivo del Ministerio Público es ambiguo al respecto. Con todo, como se verá, el criterio de los jueces de garantía ha sido claro respecto de que es ésa la pena que debe considerarse.

En el caso de los menores de edad, si se tiene en cuenta el Art. 72 del Código Penal, que establece, como ya se ha dicho, una muy significativa reducción de pena en su favor, es difícil exagerar la importancia práctica que tiene el criterio indicado por la letra c) recién citada. En efecto, al considerar esa reducción de pena, las probabilidades de que un imputado menor de edad (quien prácticamente por definición cumple con el requisito de “no haber sido condenado anteriormente por crimen o simple delito”) sea beneficiado por una

³⁵ En todo caso, la prisión preventiva no es el único medio para asegurar la comparecencia del imputado. El Art. 155 contempla otras medidas cautelares, para resguardar éste y los demás fines que se buscan con la prisión preventiva: “a) La privación de libertad, total o parcial, en su casa o en la que el propio imputado señalare, si aquélla se encontrare fuera de la ciudad asiento del tribunal; b) La sujeción a la vigilancia de una persona o institución determinada, las que informarán periódicamente al juez; c) La obligación de presentarse periódicamente ante el juez o ante la autoridad que él designare; d) La prohibición de salir del país, de la localidad en la cual residiere o del ámbito territorial que fijare el tribunal; e) La prohibición de asistir a determinadas reuniones, recintos o espectáculos públicos, o de visitar determinados lugares; f) La prohibición de comunicarse con personas determinadas, siempre que no se afectare el derecho a defensa, y g) La prohibición de aproximarse al ofendido o su familia y, en su caso, la obligación de abandonar el hogar que compartiere con aquél.”

medida alternativa a la pena privativa de libertad, son muy altas. Es muy alto el peligro, entonces, de que el tiempo que el menor de edad pase en prisión preventiva se convierta en un caso de “pena sin juicio”, que no podrá compensarse con el descuento de días de una condena a prisión que deba cumplir efectivamente en privación de libertad, pues normalmente le corresponderá un beneficio alternativo (de la Ley N° 16.618).

2.6. Calificación jurídica del hecho y determinación de la pena

En algunos sistemas de responsabilidad penal de adolescentes, estas materias son objeto de reglas de interpretación especiales, que privilegian la posición del menor de edad, y se constituyen en nuevos dispositivos de racionalización del empleo del medio punitivo.³⁶

El nuevo proceso penal no contempla, ciertamente, reglas de esa especie. Sin embargo, no parece superfluo examinar si acaso los actores del nuevo proceso penal, en la medida que actúen, al menos en parte, orientados por el objetivo político-criminal (y principio de la Convención) de reducir al mínimo la exposición del menor de edad a las penas privativas de libertad, apliquen criterios interpretativos más favorables a los mismos.

3. RESULTADOS DE LA EXPLORACIÓN EMPÍRICA

3.1. Antecedentes: los menores de edad en el nuevo sistema procesal penal

Los menores de 18 años de edad, como se sabe, están por regla general fuera del campo de aplicación del Derecho penal formal y, por tanto, del nuevo proceso penal. En efecto, de acuerdo con la legislación penal vigente, los menores de 18 años de edad están en principio exentos de responsabilidad criminal por los ilícitos penales que cometan. La respuesta jurídica contemplada en esos casos es la aplicación, si así lo considera necesario el Tribunal de Menores, de las “medidas de protección” establecidas por la Ley de Menores N° 16.618.

La excepción a esta regla la constituye el caso de los mayores de 16 y menores de 18 años de edad que, según la previa declaración del Tribunal de Menores,

³⁶ En el Derecho alemán, se admite que en la calificación jurídica del delito se tengan en cuenta las diferencias de significado que para el mundo juvenil tienen ciertos actos, como los conflictos entre adolescentes que interactúan más violentamente y se disputan objetos con valor simbólico; en efecto, calificar y sancionar en esos casos, como robo con violencia, actos que aunque formalmente pueden subsumirse en ese tipo penal, en el horizonte cultural y social de esos adolescente representan un conflicto de una entidad mucho menor (incluso para la propia víctima, que alguna vez a su vez cometió tales actos contra otros), parece del todo desproporcionado. Véase al respecto, Albrecht, *El Derecho penal de menores*, ob. cit.

hayan actuado con discernimiento. Como se sabe, en caso de declarárseles con discernimiento (lo que según una tendencia que se ha mantenido relativamente constante durante los últimos 3 años, ocurre en aproximadamente un 1/3 de los casos sometidos a examen de discernimiento), se les juzgará como mayores de edad, pero les beneficiará una reducción de pena significativa, contemplada en el Art. 72 del Código Penal.^{37,38}

3.1.1. Circuito procesal de los menores de edad

Durante el período que fue objeto de este estudio, antes de que entraran en vigencia las Normas Adecuatorias, en mayo de este año, el circuito de los menores de edad en el nuevo sistema procesal penal era el siguiente.

El proceso solía comenzar con la “retención” policial del menor sorprendido “in fraganti” (bajo una concepción muy amplia de lo que puede considerarse un delito flagrante), de acuerdo con las facultades que los artículos 15 y 16 de la Ley de Menores confieren a la Policía.

Posteriormente se celebraba la audiencia de control de la detención (en este caso, de la “retención”), ante el Juez de Garantía, y con la comparecencia del fiscal de la causa. En esta audiencia, durante los primeros 10 meses de aplicación de la reforma procesal penal, la práctica judicial fue vacilante: en algunos casos el juez entendía que, no teniendo competencia alguna respecto del imputado menor de edad, mientras no se le hubiese declarado “con discernimiento”, sólo debía tomar conocimiento del hecho y, enviar los antecedentes al juez de menores respectivo, solicitándole, a nombre del fiscal, que emita la declaración previa sobre si el menor de edad actuó o no con discernimiento. En algún caso, el juez incluso entendía que el menor de edad no podía ser objeto de la audiencia de control de la “retención”, debiendo ser puesto por la policía directamente a disposición del juez de menores. En otros (pocos) casos, el juez de garantía entendía que en la audiencia de control de la “retención” el fiscal debía decidir si solicitaba o no el discernimiento, pudiendo incluso optar por aplicar el principio de oportunidad, cuya procedencia el juez de garantía podría controlar, aún sin que se hubiese resuelto previamente sobre el discernimiento.

El juez de menores, al tomar conocimiento del asunto debía en primer lugar, pronunciarse sobre la mantención o no de la retención del menor de

³⁷ La pena inferior en un grado al mínimo señalado por la Ley para el delito de que se trate.

³⁸ Si se le declara sin discernimiento, quedan sujetos al régimen de la Ley de Menores, al que acabo de hacer referencia.

edad, y en segundo lugar, solicitar los exámenes necesarios para decidir sobre su discernimiento. La retención se realizaba en un establecimiento carcelario especial (en la IV Región) o en una sección de un establecimiento penitenciario de adultos, que está separada de la población mayor de edad.

Una vez declarado “con discernimiento” el menor de edad, por resolución ejecutoria (tras resolverse, en su caso, la consulta o apelación, por la Corte de Apelaciones respectiva), el juez de menores comunicaba su decisión al fiscal, quien debía decidir si formalizaría o no la investigación, y si acaso solicitaba o no que se decreta o mantenga la privación de libertad cautelar del menor de edad, ahora bajo la denominación jurídica de “prisión preventiva” (en la práctica, en el mismo establecimiento en que el menor de edad estaba “retenido”), cuestión que decide el juez de garantía conforme a las reglas generales del nuevo CPP.

A partir de este momento, el proceso penal continúa conforme a las reglas generales, sin perjuicio de los efectos que la rebaja de pena del Art. 72 del Código Penal, que beneficia a los menores de edad acarrea para la aplicabilidad de ciertas salidas alternativas y para la determinación de la cuantía de la pena.

En cambio, si el menor de edad es declarado “sin discernimiento”, corresponde al juez de menores decidir si le aplica una “medida de protección” de la Ley de Menores, por encontrarse aquel “en peligro material o moral”, medida que podía en su caso ser privativa de libertad (caso en que se cumple en un Centro de Rehabilitación Conductual Cerrado). Mientras el juez de menores no toma su decisión, puede mantener internado (privado de libertad) al menor de edad, por un período indefinido. En ambos casos, sin embargo, con la mayoría de edad (18 años), termina la competencia del juez de menores para “proteger” al menor de edad.

3.1.2. Datos estadísticos generales

La siguiente tabla da cuenta de la población de personas menores de 18 años que en los últimos 3 años, por la vía de la declaración con discernimiento, han sido sometidos a la justicia criminal o a la nueva justicia penal.³⁹

³⁹ El dato no es exacto, pues se refiere a los casos de menores de edad sometidos a examen de discernimiento en alguno de los sistemas de atención del Sename, siendo que excepcionalmente, en jurisdicciones alejadas de los centros y programas de Sename, algunos jueces de jurisdicción común resuelven sobre el discernimiento sin recurrir a esos centros o programas, sino a psicólogos o asistentes sociales de su propio tribunal o a otros profesionales. La consideración de esos casos podría hacer variar (si bien, muy marginalmente) los resultados. La estadística judicial del Instituto Nacional de Estadísticas lamentablemente no ofrece en la actualidad información sobre imputados menores de edad declarados con y discernimiento.

Año	Sin discernimiento		Con discernimiento		Total	
	N	%	N	%	N	%
1999	2280	68,6	1044	31,4	3324	100
2000	2659	67,7	1270	32,3	3929	100
2001*	1931	64,7	1053	35,3	2984	100

Fuente: Dirección Nacional de Sename.

* Datos correspondientes a los meses de enero a julio de 2001.

Ahora bien, en relación con el nuevo proceso penal, interesa conocer la cantidad de personas menores de edad declaradas con discernimiento en las regiones IV y IX, por delitos cometidos a partir del 16 de diciembre de 2000.

Los datos disponibles dan cuenta de las resoluciones judiciales sobre discernimiento emitidas en los primeros 7 meses del año 2001, respecto de personas atendidas en alguno de los sistemas de Sename durante el examen.⁴⁰ Sin embargo, no todos esos casos corresponden a causas regidas por el NCPP, pues deben excluirse todas aquéllas en que, a pesar de emitirse la declaración sobre discernimiento con posterioridad a la entrada en vigencia de ese cuerpo legal, el delito fue cometido con anterioridad, antecedente que no es considerado en los registros estadísticos disponibles.

Resoluciones sobre discernimiento emitidas en las regiones IV y IX de enero a julio de 2001

Región	Sin discernimiento		Con discernimiento		Total	
	N	%	N	%	N	%
IV	30	42,3	41	57,7	71	100
IX	55	55	45	45	100	100
Total	85	49,7	86	50,3	171	100

Fuente: Dirección Nacional de Sename.

⁴⁰ Los sistemas incluidos son: Centros de Observación y Diagnóstico, Centros de Tránsito y Distribución, secciones especiales para menores de Gendarmería de Chile, y Centros de Tránsito y Distribución ambulatorios. En esos sistemas se interna al adolescente y/o se le somete a las pruebas periciales solicitadas por los tribunales de menores para emitir su declaración acerca del discernimiento.

Según este dato, un número no mayor de 86 personas menores de edad fue sometido al nuevo sistema procesal penal, en calidad de imputable (es decir, declarado con discernimiento), durante los primeros 7 meses de funcionamiento. Pero fuera de que el período es demasiado corto, a decir verdad, el nuevo sistema procesal penal también interviene respecto de los menores de edad antes del examen de discernimiento.

Un acercamiento más completo, entonces, relativo a los primeros 10 meses y medio de funcionamiento del sistema, puede obtenerse al considerar los datos registrados por el Ministerio Público o por la Defensoría Penal Pública, sobre los imputados menores de edad que son objeto de actuaciones de la fiscalía o de los jueces de garantía.⁴¹ En cambio, el dato sobre los “ingresos” de causas con imputados menores de edad a las fiscalías del Ministerio Público, no está desagregado en las estadísticas oficiales de este organismo.

Así, la primera actuación de la que se disponen datos corresponde a las “salidas preliminares” decididas por los fiscales (archivo provisional, no inicio de la investigación⁴²) antes de la solicitud al tribunal de menores la declaración previa sobre el discernimiento.⁴³

Según cifras del Ministerio Público, en los primeros 10 meses y medio de aplicación de la reforma, en las regiones IV y IX, el número de personas menores de edad cuyas causas fueron objeto de salidas alternativas previas al discernimiento es el siguiente:

Facultad de No Investigar ⁴⁴	105
Archivo Provisional	76
Total salidas preliminares previas al discernimiento	181

Fuente: Ministerio Público

⁴¹ Más adelante, en la sección 3 de este documento se explica en que consiste cada una de las instituciones del NCPP en las que recaen estas actuaciones de los fiscales y jueces de garantía.

⁴² El principio de oportunidad, en cambio, por lo menos cuando se trata de imputados menores de edad que llegan “retenidos”, se aplica normalmente después del examen de discernimiento. Más adelante se explican estas instituciones, y se analiza su empleo en las causas con imputados menores de edad.

⁴³ En realidad, cuando el imputado menor de edad es retenido por la policía, la primera actuación del nuevo sistema procesal penal, es la audiencia de control por parte de los (algunos) jueces de garantía. Lamentablemente los registros estadísticos disponibles no desagregan el número de estas audiencias en las que hay un imputado menor de edad. Pero, por lo demás, como se verá, en la medida que los jueces de garantía y los fiscales se consideran incompetentes para adoptar resoluciones respecto de los menores de edad antes del examen de discernimiento, en estas audiencias no parece ocurrir nada significativo para la situación procesal del imputado. Con la inminente promulgación de las Normas Adecuatorias, que hacen explícita la competencia del juez de garantía para el control de la detención y de la internación provisoria, estas audiencias se volverán mucho más relevantes.

⁴⁴ En esta categoría, sin embargo, podrían ocultarse algunos pocos casos de imputados que resultaron ser menores de dieciséis años (sin que la policía lo notara antes de ponerlos a disposición del fiscal), que introducirían un aumento marginal indebido en esta estimación de salidas preliminares para imputados de entre 16 y 18 años de edad.

La siguiente actuación relevante de los fiscales, que tiene lugar una vez que el imputado menor de edad fue declarado con discernimiento (y casi siempre antes de formalizarse la investigación), es el ejercicio de la facultad de oportunidad. Según la misma fuente, para los primeros 10 meses y medio, el resultado es el siguiente:

Ejercicio del principio de oportunidad	175
--	-----

Fuente: Ministerio Público

Cuando los fiscales no utilizan alguna de esas tres salidas alternativas, adoptan la decisión de formalizar la investigación, esto es, de comunicar oficialmente al imputado menor de edad (ya declarado con discernimiento), en una audiencia judicial, que está siendo objeto de una investigación penal, acto que señala un importante hito en el proceso penal (que, entre otros efectos, permite solicitar medidas cautelares en contra del imputado).

En este caso, de acuerdo con cifras recientes de la Defensoría Penal Pública,⁴⁵ durante los primeros 10 meses y medio de aplicación de la reforma en las regiones IV y IX, el número de imputados menores de edad formalizados es el siguiente:⁴⁶

Menores de edad con investigación formalizada a fines de octubre de 2001	
Región	Cantidad de menores de edad formalizados
IV	21
IX	21
Total IV y IX	42

Fuente: Defensoría Penal Pública

Así, frente a los 356 imputados menores de edad cuya causa terminó antes de la formalización a través de una salida preliminar, tenemos 42 cuya causa se llevó

⁴⁵ Estoy consciente de los problemas metodológicos de la combinación de datos obtenidos a partir de fuentes distintas, en un mismo relato sobre datos empíricos. En la Introducción me hice cargo del problema. En cualquier caso, para la composición de un cuadro general, sobre la impresión que resulta de esta exploración, me parece que la combinación es justificada.

⁴⁶ Los casos de imputados atendido por la Defensoría Penal Pública representan prácticamente la totalidad de las causas, pues la defensa privada es en este caso virtualmente inexistente, y los proyectos del Sename que ofrecen defensa especial para menores de edad, dejan el caso a la Defensoría Penal Pública después de la declaración con discernimiento. Fuera de ello, las cifras en todo caso pueden tener un pequeño margen de error, por cuanto las defensorías de ambas regiones remitieron con una semana de diferencia los datos actualizados a la fecha del envío (primera semana de noviembre de 2001).

adelante, a través de la formalización de la investigación.⁴⁷ Llama la atención el pequeño número de casos formalizados, considerando la estimación (mucho mayor) de causas con menores de edad declarados con discernimiento. Una explicación podría encontrarse en los casos de utilización del principio de oportunidad con posterioridad a la resolución sobre el discernimiento, lo que iría en apoyo de la idea de que esta (“absurda”) situación no es en absoluto poco habitual (como se desprende de las entrevistas a los fiscales).

Según la misma fuente, a fines de octubre de 2001, en 8 de esos 42 casos la causa había terminado, de diversas formas, mientras que los 34 restantes tenían su causa con investigación vigente.

**Menores de edad con causas formalizadas terminadas y vigentes,
a fines de octubre de 2001**

Región	Menores de edad con causa formalizada terminada	Menores de edad con causa formalizada vigente
IV	6	15
IX	2	19
Total IV y IX	8	34

Fuente: Defensoría Penal Pública

Y las formas de término, según la misma fuente, son las siguientes:

Forma de término	Total regiones IV y IX ⁴⁸
Suspensión condicional	4
Acuerdo reparatorio	1
Condenado en proced. abreviado	2
Absuelto en proced. abreviado	0
Condenado en juicio oral	1
Absuelto en juicio oral	0
Total terminados	8

Fuente: Defensoría Penal Pública

⁴⁷ En rigor, podrían ocultarse tras esta cifra algunos pocos casos en los que el principio de oportunidad se haya ejercido después de la formalización de la investigación. Ellos aparecerían, además, registrados tanto entre las salidas preliminares como entre las causas formalizadas. Como se verá a lo largo del estudio, el número de casos en que puede estimarse que ello fue así es absolutamente marginal.

⁴⁸ De aquí en adelante, para simplificar la exposición, en los cuadros se acumulan los datos relativos a ambas regiones. Por lo demás, la frecuencia de casos es tan baja -incluso para la combinación de las dos-, que no tiene demasiado valor informativo el detalle sobre la frecuencia para cada una de ellas.

3.2. Uso de los instrumentos racionalizadores de la persecución

3.2.1. Salidas preliminares

En los primeros 10 meses y medio de funcionamiento del nuevo proceso penal, comparando con los imputados mayores de edad, en las causas de los menores de edad las salidas preliminares se emplearon con la siguiente frecuencia:

Salidas preliminares	Imputados menores de edad	Imputados mayores de edad	Total (todos los imputados)
Principio de oportunidad	175	17.471	17.646
Facultad de no Investigar	105	3.330	3.435
Archivo provisional	76	13.677	13.753

Fuente: Ministerio Público

Ahora bien, para los efectos de este estudio interesa saber si proporcionalmente, las salidas alternativas -particularmente el principio de oportunidad- se utilizan con mayor o menor frecuencia en las causas de menores de edad que en las de mayores de edad. Para esos efectos la proporción hace referencia al peso relativo del uso de estas salidas frente a al número de formalizaciones.⁴⁹

Uso de salidas preliminares en relación con el número de causas formalizadas, para mayores y menores de edad (durante los primeros 10 meses y medio):

	Imputados menores de edad	Imputados mayores de edad
Formalizados	42	2.703
Principio de oportunidad	175	17.471
Relación formalizados/oportunidad	1 a 4,2	1 a 6,4
Facultad de no Investigar	105	3.330
Relación Formalizados/no-investig.	1 a 2,5	1 a 1,2
Archivo provisional	76	13.677
Relación formalizados/archivados	1 a 1,8	1 a 5
Total salidas preliminares	356	34.478
Relación Formalizados/salidas prel.	1 a 8,4	1 a 12,7

Fuente: Elaboración propia sobre la base de datos del Ministerio Público

⁴⁹ Como se explicó más arriba, el siguiente ejercicio adolece de defectos metodológicos (a causa de la combinación de datos provenientes de distintas fuentes), pero para los efectos de esta “exploración” me parece plenamente justificado. Por su parte, también habría sido deseable establecer una razón entre ingresos y salidas preliminares, pero, como también se señaló, no existían al momento del estudio, estadísticas de ingreso (a las fiscalías) desagregadas por edad.

Como se observa en la tabla, por cada mayor de edad que llegó a la formalización otros 6,4 habían “quedando en el camino” por aplicación del principio de oportunidad, mientras que en el caso de los menores de edad, en cambio, por cada formalización sólo hubo 4,2 casos habían quedado en el camino por esa vía.

También se observan diferencias en la proporción de casos sometidos a las demás salidas preliminares, pero mientras que en un caso es favorable a los mayores de edad, en el otro lo es para los menores de edad.

Las diferencias pueden no tener un valor representativo muy significativo, si se considera que la frecuencia de casos formalizados para imputados menores de edad todavía es muy baja (42 casos), por lo que 5 formalizaciones más o menos pueden incidir en desviaciones significativas.

Sin perjuicio de ello la frecuencia relativamente menor en el empleo del principio de oportunidad para menores de edad tiene una explicación muy evidente. Esta salida es un mecanismo de filtro de la criminalidad menos grave, pero resulta que, en el caso de los menores de edad la criminalidad que es sometida a la consideración del fiscal para la aplicación de este filtro **ya viene considerablemente filtrada** por efecto de un mecanismo ajeno al NCPP que opera en forma previa: la declaración sin discernimiento que, como se vio, en las regiones IV y IX durante los primeros 7 meses de 2001 filtró el 51,4 % de todos los casos sometidos a ese examen. Así, el ejercicio de la oportunidad es un filtro complementario a éste, que permite una selección más “fina” aún de la criminalidad que importará perseguir. Con todo, como se verá, es un complemento que está llegando algo tarde.

¿En qué momento del proceso se está aplicando el principio de oportunidad?

Al momento de realizar el estudio, el momento era diferente según si el menor de edad llegaba o no retenido ante el fiscal. Pero los primeros meses mostraron vacilaciones al respecto.

Al comenzar a aplicarse el sistema del NCPP con los imputados menores de edad, algunos fiscales entendieron que podían aplicar el principio de oportunidad (al igual que con los mayores de edad) apenas tenían conocimiento de un hecho que no causaba alarma pública y se encontraba entre los delitos autorizados por el Art. 170 del NCPP, sin necesidad de solicitar previamente el discernimiento. Según ellos informan, los jueces de garantía, sin embargo, rechazan su propia competencia, y por ende la de los fiscales, para adoptar cualquier decisión respecto de un menor de edad imputado, que llegue retenido, si no se ha declarado previamente que tiene discernimiento.

El resultado, en opinión estos dos fiscales, no deja de ser absurdo, sobre todo atendiendo que la mayoría de los casos se refiere a delitos de muy poca monta:

- “Es absurdo. Recuerdo un caso de unos menores retenidos por desórdenes. La fiscalía propuso aplicar principio de oportunidad, y el juez de garantía

determinó que se carecía de competencia para ello, por lo que debía ir primero a discernimiento” (Fiscal).

- “Si son delitos chicos, en general los declaran sin discernimiento. O pasan 6 o 7 meses y no vuelven a saber del asunto. La mayoría de los casos de menores son por faltas, desórdenes, ebriedades” (Fiscal).

Otro fiscal opina que, si el Juez de Garantía se considera incompetente, en tal caso, por lo menos debería permitirse ejercer oportunidad ante el Juez de Menores.

Tal como lo advierten los fiscales, los jueces de garantía se consideran, en general, absolutamente incompetentes para conocer de cualquier asunto relativo a imputados menores de edad antes de que se les declare con discernimiento:

“...los menores no entran al juzgado de garantía... no tengo competencia para nada, ni siquiera para controlar la retención o para ampliarla” (Juez de Garantía).

Otros jueces, en cambio, según lo indicado por algunos fiscales y defensores, se entienden competentes tan sólo para controlar la retención⁵⁰ y para solicitar el discernimiento, si el fiscal lo pide. Pero como no admiten competencia para otros actos, no estarían dispuestos a seguir el procedimiento de control judicial de la aplicación del principio de oportunidad establecido por el NCPP (notificación a los intervinientes y revisión sobre si se cumplen los presupuestos relativos al tipo de delito y calidad del imputado).

Esta actitud de los jueces de garantía se produjo a consecuencia de un fallo de la Corte Suprema, recaído en una apelación de un recurso de amparo en contra de una resolución de la Corte de Apelaciones de La Serena,⁵¹ por el cual, junto con resolver que la competencia para mantener o terminar con la retención radica en el tribunal de menores y no en el juez de garantía, argumentó en el sentido de que siendo el menor de 18 años en principio inimputable mientras no se le declare con discernimiento, no correspondería realizar actos de persecución penal respecto suyo. Eso excluye desde luego la formalización de la investigación y la acreditación de los antecedentes necesarios para la prisión preventiva, y excluye además, según se parecen entender los jueces de garantía, la posibilidad de ejercicio de la oportunidad, mientras no se haya declarado al menor de edad con discernimiento.

⁵⁰ En la audiencia de control de la detención, destinada a que el juez de garantía revise la legalidad de la acción policial al detener a un imputado.

⁵¹ Sentencia de la Corte Suprema de 20 de febrero de 2001, Rol 642-01, y sentencia de la Corte de Apelaciones de La Serena de 3 de febrero de 2001, Rol 210.953, ambas citadas por Bernalés Martín, *Adolescentes presos durante el discernimiento en el nuevo proceso penal*, trabajo monográfico inédito presentado al Post-título de la Universidad Diego Portales sobre el Nuevo Proceso Penal, al que accedí por gentileza de su autor. El trabajo analiza en detalle y con agudeza el problema de la competencia de los distintos tribunales de menores y de garantía, para decidir sobre la privación de libertad o no de los imputados menores de edad antes de la declaración acerca del discernimiento.

Sin embargo, y no siendo claro que el fallo de la Corte Suprema excluya la posibilidad del ejercicio anticipado de la oportunidad, de los acuerdos complementarios de la Corte Suprema en que se instruyó a los jueces de garantía acerca del procedimiento a seguir con imputados menores de edad⁵² podría deducirse algo diferente. En efecto, en el primero de ellos la Corte sostiene que “cuando el menor privado de libertad sea puesto a disposición del Juzgado de Garantía, este tribunal deberá requerirle (la declaración sobre discernimiento) al Juez de Menores respectivo, siempre que el Fiscal del Ministerio Público así lo solicite”, mientras que en el segundo, luego de aclarar que la solicitud de que se declare el discernimiento la debía hacer el fiscal “**si lo estimaba pertinente**”, reitera que el juez del crimen “deberá ponerlo de inmediato a disposición del juzgado de menores **si el fiscal solicita que se mantenga su retención y que se emita pronunciamiento sobre su discernimiento**” añadiendo que “Si el fiscal no solicita su retención, el juez de garantía **deberá dejarlo en libertad** y el fiscal podrá pedir directamente al juez de menores la declaración de si obró o no con discernimiento” (los énfasis son míos).

De ellos bien puede derivarse que el fiscal puede ejercer oportunidad cuando “no estime pertinente” solicitar el discernimiento.

Sin embargo, no es ésta la interpretación que ha prevalecido. El resultado, en lo que respecta a la situación de la libertad del imputado menor de edad es deplorable, como lo refleja este testimonio de un Fiscal:

- “En relación con la retención, los menores se ven perjudicados. Recuerdo un caso por un delito sin importancia, en que junto al menor tenía dos imputados adultos. En la audiencia de control formalicé y los adultos se fueron con una cautelar (no privativa de libertad), y el menor se fue retenido al (Centro de Observación y Diagnóstico) Talay, para el discernimiento. Ahí puede pasar perfectamente un mes”. (Fiscal)

Además, desde que la Corte Suprema dejó en claro que los jueces de garantía no pueden pronunciarse sobre la mantención o término de la privación de libertad de los imputados menores de edad antes del examen sobre discernimiento, quedó cerrada toda puerta para una interpretación que permita obtener la libertad provisional durante en ese período.

Sin embargo, no todos parecen entender la retención como un perjuicio:

- “(hay que hacer) la distinción entre una persona que está detenida por un delito propiamente tal y la persona que tenía la calidad de infractor de una norma, como en el caso del manejo en estado de ebriedad, o un hecho cometido por un

⁵² Acuerdos del Pleno de la Corte Suprema, de fecha 1 de diciembre de 2000 y 31 de enero de 2001.

menor, porque por razones de seguridad para esa persona lo que menos puedes hacer es dejarla libre” (Fiscal).

En otros casos, no existe consciencia de que los menores de edad estén privados de libertad durante el discernimiento (“es un mito”, afirmó un fiscal). Las estadísticas de Sename, sin embargo, dan cuenta de un 78 % de imputados menores de edad privados de libertad durante este trámite.⁵³

Situación de la libertad persona de los imputados menores de edad, durante el examen de discernimiento, en regiones IV y IX, de enero a julio de 2001

	En libertad		Privados de libertad Sename		Privados de libertad Genchi		Total	
	N	%	N	%	N	%	N	%
IV Región	5	7%	61*	86%	5	7%	71	100%
IX Región	33	33%	0	0%	67	67%	100	100%
Total	38	22%	61	36%	72	42%	171	100%

Fuente: Dirección Nacional de Sename

*Estos casos corresponden a imputados menores internados en un COD/CTD.⁵⁴

Volviendo a la cuestión del momento para aplicar el principio de oportunidad, la situación parece ser muy diferente tratándose de menores de edad denunciados, pero que no llegan “retenidos”.

“Depende: Si es no flagrante: llega por denuncia en contra de un menor, se puede aplicar oportunidad, salvo que quieras derechamente investigar el asunto y pides el discernimiento. Si es delito flagrante: llega detenido... entonces el menor pasa detenido al tribunal de garantía y pides por su intermedio la declaración de discernimiento.” (Fiscal)⁵⁵

⁵³ Como se dijo en su oportunidad, esta fuente, aunque muy significativa, no es completa, pues no se incluyen los (escasos) imputados cuyo examen de discernimiento no es encomendado a programas y centros de la red del Sename y que, probablemente, no están en situación de privación de libertad.

⁵⁴ Centro de Observación y Diagnóstico combinado con Centro de Tránsito y Distribución. Según el Art. 51 de la Ley de Menores sólo el primero de ellos es privativo de libertad, pero en los centros que combinan ambas categorías en la práctica es muy difícil diferenciar regímenes. En todo caso, la sección legalmente destinada a la privación de libertad (COD) justamente es la que debe emplearse, en principio, para los menores de edad “infractores de ley penal” sometidos a examen de discernimiento.

⁵⁵ En efecto, como lo confirmó un asesor del Ministerio Público en el coloquio de discusión de este estudio, el procedimiento habitual para los casos con imputados menores de edad que no llegan retenidos, sino sólo denunciados, es plantearse inmediatamente la conveniencia o no del principio de oportunidad.

¿Los fiscales manifiestan una disposición a conceder un tratamiento más favorable a los imputados menores de edad en materia de salidas preliminares?

Ahora bien, respecto de la mayor o menos disposición que los fiscales declaran tener en relación con un uso más “generoso” del principio de oportunidad, y de las demás salidas preliminares, para los imputados menores de edad, la gran mayoría de los entrevistados no parecen hacer diferencias frente a delitos similares.

Ello lleva, como se vio, a usen esta facultad muy excepcionalmente, porque los casos que “vuelven” con discernimiento tienen por lo general una pena abstracta (marco penal genérico) con un límite mínimo superior a presidio menor en su grado mínimo:

- “Los casos que vuelven con discernimiento son más graves, así que no aplico oportunidad. Por lo menos son robos en bienes nacionales de uso público, o sea, robo de radio de autos estacionados en las calles (...). En un caso de lesiones leves sí lo apliqué” (Fiscal).

Como se ve, entonces, para los efectos del límite de pena establecido por el Art. 170 del NCPP que limita la procedencia del principio de oportunidad, los fiscales no consideran la rebaja de pena que favorece a los menores de edad por disposición del Art. 72 del CP⁵⁶ (“la pena considerada e la pena abstracta, y el 72 corresponde a la pena concreta”, sostiene un fiscal). Sin embargo, dos asesores del Ministerio Público consultados sobre el punto, consideran que esta interpretación podría discutirse.

Ahora bien, a pesar de que en general no se hace diferencia, excepcionalmente, por razones muy diferentes entre sí, un fiscal se pronunció a favor de una aplicación más extensiva, mientras que otro lo hizo a favor de una aplicación más cautelosa en algún caso:

- “Hay una intencionalidad distinta; si son menores es un buen indicio para intentar evitar la estigmatización” (Fiscal).

- “(el uso de la facultad de ejercer oportunidad) depende de muchas cosas, depende de la edad del menor, del tipo de delito... porque hay muchos menores que son retenidos por estado de ebriedad. Hay hasta inconveniente de (aplicar) el principio de oportunidad, pues le hace creer que lo que está haciendo no está mal...” (Fiscal adjunto).

⁵⁶ A pesar de que esa rebaja (como la que beneficia a los encubridores o a la tentativa) determina el *marco penal concreto* y no la *pena concreta*. Véase al respecto, las consideraciones que he hecho a partir de la legislación y la doctrina españolas, en la sección 2.1 de este estudio.

En relación con las demás salidas preliminares, no se manifiesta una disposición más favorable para los menores de edad en comparación con el uso de las mismas respecto de mayores de edad.⁵⁷

3.2.2. Salidas alternativas

Los datos de la Defensoría Penal Pública sobre el empleo de las salidas alternativas en causas formalizadas, durante los primeros 10 meses y medio, para imputados mayores y menores de edad, indican lo siguiente:

	Imputados menores de edad		Imputados mayores de edad	
	N	% sobre formalizados	N	% sobre formalizados
Total causas con investigación formalizada	42		2703	
Suspensión condicional del proced.	4	9,5 %	275	10,1 %
Acuerdos reparatorios	1	2,4 %	283	10,5 %
Total salidas alternativas	5	11,9 %	558	20,6 %

Fuente: Elaboración propia sobre la base de datos de la Defensoría Penal Pública

De estos datos llama la atención la baja proporción de casos resueltos por la vía de los acuerdos reparatorios para los imputados formalizados menores de edad (2,4 %, correspondiente a una frecuencia de un solo caso), en comparación con los mayores de edad (10,5 %, correspondiente a 283 casos). Como resultado de ello, y pese a que en el caso de la suspensión condicional la proporción es parecida a la de las causas de mayores de edad, las salidas alternativas habían beneficiado a sólo un 11,9 % de los menores de edad con investigación

⁵⁷ Un fiscal declara, sin embargo, que a consecuencia de la imposibilidad de aplicar el principio de oportunidad antes del discernimiento, habría hecho de la facultad de no iniciar la investigación un uso privilegiado en el caso de un delito típico de menores de edad, consiguiendo resultados equivalentes a los que le significaría aplicar el principio de oportunidad sin previo discernimiento:

- “En el caso de los hurtos-falta en tiendas, aplico la facultad de no iniciar la investigación, entendiendo que todos esos casos son frustrados, porque los pillan dentro del local. Sin embargo, los guardias, para evitar esto, ahora esperan que terminen para detenerlos. Y los 3 jueces de garantía tienen 3 diversas versiones sobre cuándo se entiende consumado el hurto, dependiendo de dónde dicen que termina la *esfera de custodia* del dueño: si en la caja, si en la puerta del local o si acaso fuera del local” (Fiscal).

Sin embargo, en el coloquio sostuvo un asesor del Ministerio Público que se trata de una interpretación habitual, no sólo para casos de imputados menores de edad.

formalizada, frente a un 20,6 % de mayores de edad formalizados beneficiados por esos mecanismos de racionalización.

Sobre la mayor o menor disposición de los fiscales y jueces para proponer o aprobar salidas alternativas en casos de menores de edad, si bien un juez de garantía afirma incentivarlas en mayor medida que para los mayores de edad, entre los fiscales predomina una actitud que no hace distinciones entre unos y otros:

- “Estamos absolutamente abiertos a aplicar las salidas alternativas al menor, como estamos abiertos respecto de cualquier otro imputado”, afirma un fiscal. Y si otro advierte que “sí hay una diferencia a favor del menor...”, ello ocurre “porque siempre será una persona sin antecedentes previos”, con lo se alude al cumplimiento del requisito legal de las suspensiones condicionales del procedimiento que se da casi por definición en el caso de los menores de edad (no haber sido condenado anteriormente por crimen o simple delito), más que a una valoración político-criminal privilegiada para estos imputados.

Ahora bien, sobre el tipo de condiciones impuestas en la suspensión del procedimiento, según un asesor del Ministerio Público ellas son muy homogéneas, para mayores y menores de edad; típicamente se aplican dos: obligación de concurrir a firmar periódicamente (una vez al mes) ante el fiscal, y la obligación de fijar domicilio y de informar al fiscal de cualquier cambio. Se ha reflexionado sobre la posibilidad de implementar la condición de asistir a un programa educacional, pero hasta ahora no se habría impuesto en ningún caso.⁵⁸

En relación con los acuerdos reparatorios, el mismo asesor explica que normalmente se refieren al pago de una suma de dinero a la víctima, o a un servicio en beneficio de la comunidad o a favor de la víctima, y cita el caso de unos jóvenes (por lo que se desprende de las cifras, mayores de edad) que hace un tiempo pintaron una unidad vecinal. Para los menores de edad el contenido de los acuerdos sería en principio el mismo que para los mayores.

3.2.3. Procedimiento abreviado

En los primeros 10 meses y medio, el número y la proporción de causas formalizadas resueltas por esta vía, para mayores y menores de edad, comparadas con las resueltas en juicio oral, son las siguientes:

⁵⁸ En realidad, en un caso de lesiones en riña resuelto ante el Juzgado de Letras y de Garantía de Pucón (RUC N° 20.981-4), junto con la condición de que el imputado menor de edad no resida en las comunas de Pucón y Villarrica, se aplicó de forma genérica la condición de que “ejerza una profesión, empleo u oficio o que estudie”, pero se concretó en el compromiso del imputado de ejercer su oficio de electricista en la comuna de Pitrufquén, bajo el control del Ministerio Pública de esa ciudad.

	Imputados menores de edad		Imputados mayores de edad	
	N	% sobre formalizados	N	% sobre formalizados
Total causas con investigación formalizada	42		2703	
Condenados en procedimiento abreviado del proced.	2	5 %	76	3 %
Absueltos en procedimiento abreviado	0	0 %	3	0,1 %
Total resueltos por procedimiento abreviado	2	5 %	79	3 %
Condenados en juicio oral	1	2,4 %	18	0,7 %
Absueltos en juicio oral	0	0 %	5	0,2 %

Fuente: Elaboración propia sobre la base de datos de la Defensoría Penal Pública

Así, dentro del escaso uso que ha tenido el procedimiento abreviado, en general, como forma de término de causas formalizadas, los 2 casos de menores de edad condenados por esta vía (ambos en la IV Región) logran darle mayor peso relativo en este universo (un 5 % de los menores de edad formalizados terminó su causa de esta manera) que para el caso de los mayores de edad (sólo un 3 %).

El hecho de que las causas formalizadas se resuelvan por procedimiento abreviado, como se verá, se ha traducido en que las penas impuestas en la condena tienden a ser considerablemente bajas.

3.3. Calificación jurídica del hecho y determinación de la pena

Preguntados acerca de si consideran la minoría edad del imputado a la hora de hacer la calificación del delito, los entrevistados responden que no (“el delito es lo que es no más”, sentencia un fiscal). Sin embargo, como se vio al analizar el uso de la facultad de no iniciar la investigación, en ese caso, según parece, la circunstancia de tratarse de un menor de edad parece haber sido tomada en cuenta para escoger una interpretación acerca del momento de la consumación del hurto más favorable al imputado, para compensar así la imposibilidad procesal de ejercer la oportunidad.

En relación con la determinación de la pena, los entrevistados coinciden en la enorme importancia práctica de ser menor de edad, en el marco de la legislación penal vigente, que junto con la significativa rebaja de pena del Art. 72 del CP, en la práctica favorece casi siempre a estas personas por lo menos con la atenuante

de “irreprochable conducta anterior”, pues a su edad rara vez han podido ser condenados anteriormente por un delito.

Fuera de ello, en el caso de las condenas en procedimiento abreviado, por la dinámica propia de esta institución, en la que el acuerdo entre fiscal e imputado para evitar el juicio oral implica de alguna manera la conformidad del imputado con la pena que solicita el fiscal (que de todos modos no puede ser muy alta, en atención a la rebaja de pena del Art. 72 del CP), las penas impuestas, han sido bastante moderadas.

Así en un caso de homicidio, en el que concurrían varias atenuantes, se condenó al imputado a 200 días de presidio menor en su grado mínimo. En el otro caso, por un homicidio frustrado y lesiones graves, se condenó al imputado a 3 años y un día de presidio menor en su grado máximo, con beneficio de libertad vigilada.

En el único caso en que se condenó a un menor de edad en juicio oral, la Corte de Apelaciones de Temuco, anuló la sentencia, resolviendo un recurso de nulidad, y terminó absolviéndolo.

3.4. Uso de la prisión preventiva

En el primer año de funcionamiento la reforma procesal penal muestra en términos globales una drástica reducción en el uso de la prisión preventiva, comparado con el que se hacía tradicionalmente al amparo del viejo CPP. Ello se explica, entre otras razones, por el empleo de las medidas cautelares alternativas señaladas en el Art. 155 del NCPP. Si antaño se empleaba en un 40 o 50 % de los casos, los datos existentes alcanza a aproximadamente un 17 %, frente a un 37 % de imputados que quedan en libertad y un 38 % que son sujetos a alguna de las restantes medidas cautelares.

Por lo que respecta a los imputados menores de edad, el uso relativo de la prisión preventiva, en las regiones IV y IX es el siguiente:

	Nº	%
Prisión preventiva	16	41 %
Arresto domiciliario	3	8 %
Otras medidas cautelares Art. 155	10	25,5 %
Sin medida cautelar	10	25,5 %
Total	39	100 %

Fuente: Estimación, sobre la base de datos provisorios de la Defensoría Penal Pública

Sin perjuicio de la imposibilidad de operacionalizar el “efecto filtro” producido por la declaración “sin discernimiento” en a lo menos el 50 % de los casos (los menos graves), si se considera que las causas de menores de edad que han llegado hasta esta etapa de formalización son, en consecuencia, relativamente más graves que las de los mayores de edad, el empleo de la prisión preventiva parece por lo menos tan moderado como en el caso de los adultos. Es decir, el impacto moderador del NCPP les alcanza a los menores de edad, respecto de la prisión preventiva, por lo menos de igual forma que a los mayores.

Pero en realidad, de lo declarado por los actores del nuevo proceso penal en las entrevistas, y del examen del régimen legal privilegiado que el NCPP ofrece para los menores de edad en la materia (si es correctamente interpretado), resulta la impresión de que su situación al respecto es más favorable que la de los mayores de edad.

En efecto, por una parte, la disposición del Art. 141, letra c, del NCPP, se traduce, según lo indicado por varios fiscales, en una aplicación más restrictiva de la prisión preventiva, dado que en la mayoría de los casos, la rebaja del Art. 72 del CP se traducirá en que la pena se terminará cumpliendo a través de una medida alternativa a la privación de libertad (de la Ley N° 18.216):

- “El 141, c), lo aplican considerando la atenuación del 72 (del CP). Por eso, los casos con prisión preventiva son graves. Yo tengo 3 casos: un robo calificado, un homicidio y un robo con violencia... Los jueces jamás te van a dar la prisión preventiva en casos menos graves. En esto los menores se ven beneficiados frente a los adultos. De hecho, hay un caso de homicidio en que nunca se concedió la prisión preventiva, por el 141, c), y que terminó siendo condenado a 3 años y un día, con beneficio de la Ley 18.216. El menor no pasó ni un día preso” (Fiscal).

- Otro fiscal aclara que, si bien el Art. 141, c), del NCPP, considera la rebaja del Art. 72 del CP, “nosotros igual la pedimos (la prisión preventiva) y la discusión gira en torno a eso” (Fiscal).

Sin embargo, según advierten también varios fiscales, los menores de edad tendrían problemas para cumplir con el requisito del mismo Art. 141, c), de acreditar “arraigo familiar y social”:

- “En una audiencia oral se le ofreció por todos los medios al menor (por homicidio y receptación) la posibilidad de irse acogido con un adulto que lo alojara, pero no hubo caso, y por falta de alguien con quien se fuera, se tuvo que ir a prisión preventiva” (Fiscal).

Sin embargo, al parecer predomina en los jueces de garantía un criterio menos exigente, y más favorable al imputado:

- “Se presenta el problema de la falta de arraigo familiar y social, pero igual yo estoy dispuesta a acoger el 141, aunque el arraigo no sea tan claro” (Juez de Garantía).

- “En el caso de los cabros, (el arraigo) se da poco o nada, no hay familias. Sin embargo, los tribunales han sido bien amplios de criterio” (Fiscal).

3.5. Invocación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre Derechos del Niño se ha invocado en varios casos, casi siempre para solicitar que se ponga término a la privación de libertad o que la pena se fije en la menor cuantía posible, citándose para ello el Art. 37, b, de ese tratado internacional.

Ese fue el argumento que se empleó, con éxito en un principio, para solicitar que el menor de edad no pasara retenido al tribunal de menores para el examen de discernimiento, sino que fuese devuelto a sus padres por el juez de garantía para que ellos lo condujesen al juez de menores (evitando así 3 días de encierro, si la retención policial fue practicada el viernes fuera de las horas de despacho de este tribunal). Sin embargo, a partir de las definiciones de la Corte Suprema, esta solicitud comenzó a ser denegada:

- “Al principio la invocábamos para pedir que el menor fuera entregado por el juez de garantía directamente a sus padres, sin pasar retenido al tribunal de menores, hasta el lunes siguiente. Pero con el Auto Acordado de la Corte Suprema eso ya cloteó” (Defensor Público).

También se ha invocado para oponerse a la prisión preventiva, pero este argumento no parece hacer una diferencia (por sobre el importante efecto que ya produce la consideración del Art. 141, c, del NCPP):

- “La defensa lo invocó una vez para oponerse a la prisión preventiva en un caso de dos menores involucrados en robos con violencia. Pero la circunstancia de la prevención de delitos ameritaba dictarla, y se decretó” (Fiscal adjunto).

En un caso, se invocó para la determinación de la pena (aunque lamentablemente no queda claro con cuánto éxito):

- “Fue invocada una vez para pedir, al hacer la determinación de la pena, libertad de movimientos dentro del marco penal aplicable, hacia abajo, considerando que según la privación de libertad debe durar el menor tiempo posible” (Fiscal).

Finalmente, en el siguiente caso sorprende que la Convención es invocada por la autoridad judicial que tiene el poder para hacerla prevalecer, pero finalmente cede ante otras consideraciones de un fiscal:

- “Una vez tuve una discusión con un juez de menores, al que le solicité que mantuviese la retención de un menor por homicidio y receptación sin flagrantia,

y él alegaba la Convención, que dice que la privación de libertad debe ser un último recurso, pero al final me la dio igual” (Fiscal).

4. CONCLUSIONES

4.1. Nuevo proceso penal y racionalización de la persecución penal y del uso de la privación de libertad respecto de los imputados menores de edad: impresión general

En la introducción de este informe señalé que el cuadro general resultante de esta exploración en la situación de los menores de edad en el nuevo proceso penal es positivo, si bien en determinados aspectos la capacidad del NCPP para racionalizar la persecución penal y el uso de la privación de libertad podría aprovecharse bastante mejor. Las herramientas de racionalización ofrecidas por el nuevo proceso penal se muestran capaces de lograr en una medida no despreciable ese objetivo, y los actores del nuevo proceso penal han aprovechado en buena medida esa capacidad. Pero, en algunos casos no les sacan todo el partido que podrían –y deberían-, de modo que todavía se producen exposiciones innecesarias de los imputados menores de edad a los medios de control penal, incluso en casos en los que a fin de cuentas no se impondrá una pena, o no al menos una que haya de cumplirse efectivamente en privación de libertad.

Un ejemplo de lo primero es el uso restrictivo de la prisión preventiva –según mi impresión, más restrictivo que en el caso de los imputados mayores de edad-, gracias a que la consideración de la rebaja de pena del Art. 72 del Código Penal reduce sustancialmente la pena probable a la que se debe atender según el Art. 141, letra c), del NCPP. Un ejemplo de lo segundo, en cambio, parece ser el caso del principio de oportunidad, que no se está aplicando a un conjunto de delitos a los que sí podría aplicarse, por una inadecuada interpretación del límite legal establecido por el Art. 170 del NCPP, que no atiende (como debiera) al *marco penal concreto* determinado por el mismo Art. 72 del Código Penal.

En relación con las salidas alternativas, en cambio, el volumen de casos considerados es tan bajo que no es posible hacerse una idea sobre la mayor o menor “generosidad” con que se aplican por parte del juez de garantía. Sin embargo, de la relativa baja frecuencia de los acuerdos reparatorios en causas con imputados menores de edad, de lo manifestado por los actores entrevistados, y del conocimiento que nos ofrece la experiencia comparada, sí me llevo la impresión de que la frecuencia en su aplicación estará lejos de lo que podría ser, y que ello no cambiará, si no se emprende el esfuerzo de implementar programas especiales, fuera del contexto del tribunal, que intenten conciliaciones entre víctima y delincuente y faciliten la adopción de acuerdos reparatorios más

apropiados a la edad y condiciones de un adolescente y a las verdaderas preocupaciones de la víctima que está dispuesta a intentar un encuentro reparatorio con él.

4.2. El “efecto filtro” y las dificultades de apreciar la racionalización de la persecución penal de los menores de edad mediante una mera comparación estadística con causas de mayores de edad

La impresión de que los instrumentos de racionalización de la persecución penal y del uso de la privación de libertad se han empleado de manera relativamente favorable para los menores de edad, no se deja ver de una simple comparación de las estadísticas de mayores y menores. Como se pudo apreciar en el estudio, el hecho de que para los menores de edad exista un “filtro” de las dimensiones del sistema de justicia de menores, que se queda con a lo menos un 50 % de las causas (a través de la declaración “sin discernimiento”), que en principio corresponden justamente a aquéllas en que más fácilmente se habrían aplicado los mecanismos racionalizadores en sede procesal penal, introduce una variable cuya importancia es imposible exagerar a la hora de matizar las conclusiones de esa comparación. Así, si se aprecia una diferencia no demasiado significativa en el empleo del principio de oportunidad a favor de las causas con imputados mayores de edad, en comparación con las de menores, una vez que consideramos ese “filtro” previo (que sin embargo es imposible de operacionalizar estadísticamente) en realidad nos quedamos con la impresión de que, ante casos similares en gravedad, efectivamente el principio de oportunidad se aplica con mayor “generosidad” relativa para los menores de edad, tal como lo afirman algunos fiscales en las entrevistas.

4.3. Problemas en el tránsito entre la justicia penal y la justicia de menores

Sin embargo, los mayores problemas e inconsistencias se siguen presentando en el tránsito del imputado menor de edad entre la justicia penal y la justicia de menores. Es ahí donde las decisiones de los operadores, no sólo de la segunda, sino también de la primera, redundan en exposiciones innecesarias del menor de edad, ya sea al proceso mismo o a la privación de libertad en particular.

Ello ocurre particularmente a causa de la postergación -impuesta por algunos jueces de garantía- (y “absurda”, según un fiscal entrevistado) de la decisión de aplicar el principio de oportunidad al momento posterior a la declaración de que el imputado ha obrado “con discernimiento”, lo que se traduce en no pocos casos en semanas (o meses) de internación por un delito al que el fiscal inmediatamente

después aplicará el principio de oportunidad porque “no compromete gravemente el interés público”.

También ocurre en el caso en que la “retención” policial del imputado menor de edad se convierte en una prolongada “internación”, que no queda sujeta al control del juez de garantía ni puede ser objeto, por tanto, de libertad provisional o de sustitución por una medida cautelar no privativa de libertad o por lo menos por el arresto domiciliario, aún cuando el delito de que se trata es de aquéllos que no podrá ser castigado en definitiva con una pena que efectivamente se cumpla en la cárcel. La capacidad racionalizadora del NCPP, en este caso, llega tarde, sólo una vez que el imputado -una vez declarado “con discernimiento”- “vuelve” a la justicia penal y se ve beneficiado del límite impuesto por el Art. 141, letra c).

Estas deficiencias han sido objeto de una reciente modificación legal (incluida en el Proyecto de “Normas Adecuatorias” al NCPP), que entró en vigencia en mayo de este año, que zanja los principales problemas de una manera satisfactoria: exigiendo formalizar la investigación antes de solicitar el examen de discernimiento (lo que permite al fiscal resolver primero si aplicará el principio de oportunidad), y entregando al juez de garantía el control de la privación de libertad del imputado durante dicho examen, lo que implica aplicar también a ella los límites del Art. 141, letra c) del NCPP y el derecho a solicitar su revocación.

Por ello, es posible esperar que con esta nueva regulación la situación de los menores de edad en el nuevo proceso penal será mejor aún, sin perjuicio de las deficiencias de las que no se hacen cargo las “Adecuatorias”, y que deben ser resueltas mediante una interpretación más apropiada del NCPP.

4.4. Sistema procesal penal y control penal informal

Ahora bien, la impresión general de que la situación es relativamente buena desde la perspectiva de la racionalización del control penal y del uso de la privación de libertad, no deja de ser algo superficial, si no se atiende a la relación funcional existente entre el sistema de justicia penal y el sistema de justicia de menores. La persistencia de un sistema de justicia de menores que, paralelo a una justicia penal garantista y relativamente racionalizada, conserva intactas sus facultades de intervención fuera de toda garantía y de toda planificación racional del uso de los medios penales (incluida la privación de libertad), impide hacerse una impresión demasiado optimista sobre la capacidad del nuevo sistema procesal penal para racionalizar la persecución penal y el uso de la privación de libertad respecto de los menores de edad.

En efecto, mirado en su conjunto el sistema de control penal de los menores de edad en Chile, parece combinar un extenso aparato policial, judicial-tutelar

(jurisdicción de menores) y administrativo (centros de Sename) de detención, internación y control penal informal, con un reducido aparato judicial-criminal de control penal formal, no muy intenso, sino más bien suave, por efecto de las reglas legales que benefician a los menores de edad declarados “con discernimiento”: rebaja de pena del art. 72 del C. Penal y condición formal de “primerizo” aún cuando pudieran ser clientes habituales del sistema de control penal. Ese “veranito de San Juan” parece terminar con los dieciocho años, especialmente a partir de la segunda condena, donde el control penal formal se intensifica.

En ese contexto, este estudio da cuenta de las ventajas ofrecidas por el NCPP durante ese “veranito de San Juan”, sin examinar la situación del extenso sistema de control penal informal en las regiones en las que se está implementando la reforma, el cual podría permanecer intacto o volverse más extenso aún (por ejemplo, por la mayor inversión en recursos para la policía, que la reforma procesal penal puede suponer a la larga).

Para la racionalización y el sometimiento a límites garantistas, de esa otra parte del sistema de control penal de las personas menores de edad, en la lógica de una aplicación efectiva de la Convención, es necesaria, según muchos, la sustitución del sistema de justicia tutelar por algo distinto. Por una parte, se hace necesario impulsar un sistema de políticas y programas sociales locales, orientados a fortalecer los vínculos familiares y comunitarios de niños y adolescentes y a ofrecerles apoyo para enfrentar dificultades sociales. Por la otra, hay quienes llaman la atención sobre la necesidad de implementar un sistema ágil, también gestionado a nivel local, de resolución de conflictos de convivencia generados por la comisión de faltas y delitos leves, como hurtos en tiendas, consumo de alcohol y de drogas, daños, amenazas y desórdenes en la vía pública, que no obstante “no comprometen gravemente el interés público”, sí resultan altamente irritantes para la comunidad y constituyen un incentivo para la puesta en marcha del aparato de control policial, judicial-tutelar y administrativo de los niños desde temprana edad.⁵⁹

Pero todavía pasará algún tiempo antes de que se pueda evaluar el impacto relativo de la introducción de límites y garantías al control penal formal de los menores de edad, en el contexto de una mirada global a la evolución y transformación de la justicia tutelar de menores. Por ahora tenemos que conformarnos con aislar los subsistemas para examinar su rendimiento relativo.

⁵⁹ Esta necesidad fue destacada por Cristián Riego en el coloquio de presentación y discusión del estudio del que da cuenta este informe. Su percepción coincide con la advertencia que la especialista española Esther Giménez-Salinas Colomer formuló en un Seminario organizado por Unicef en Santiago de Chile en marzo de 2000, en el que se refirió a los logros y las dificultades en el proceso de reforma español, a pocos meses de haberse promulgado la Ley Orgánica 5/2000 Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores.

4.5. Marco teórico y preguntas relevantes para futuros estudios

Me parece posible concluir que la conceptualización de la racionalización penal, como objetivo político-criminal prioritario y diferencial para los menores de edad y, por tanto, como criterio de evaluación del rendimiento de un determinado sistema de justicia penal que se les aplique, se confirmó como adecuado desde el punto de vista de la relevancia y de la factibilidad de un estudio empírico en este campo.

En efecto, los mecanismos de racionalización, considerados tanto desde las especiales reglas legales que los hacen potencialmente aplicables con mayor “generosidad” para los menores de edad, como desde los principios y normas de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, se prestan para un uso privilegiado respecto de ese grupo de imputados, y están llamados a ser empleados de ese modo. Por lo tanto, la expectativa (y la exigencia) de que efectivamente se apliquen así, hacen del marco teórico definido uno adecuado para evaluar en el futuro ese aspecto del nuevo proceso penal.

Ello es aplicable, sin duda, al principio de oportunidad, a las salidas alternativas, al procedimiento abreviado y a la decisión de no imponer (o de sustituir) la prisión preventiva. En cambio, a partir del estudio, se confirmó que no es dable esperar un tratamiento preferente en materia de archivo provisional y de decisiones de no iniciar la investigación, y es por tanto irrelevante evaluar esos aspectos. También resultó irrelevante, no obstante lo sostenido por alguna doctrina comparada (alemana, especialmente), explorar acerca de un eventual tratamiento preferente en materia de calificación jurídica del hecho. En lo relativo a la determinación de la pena, más allá de la aplicación de las reglas legales del Art. 72 del CP y de la consideración de la atenuante (virtualmente “automática” para los menores de edad) de “irreprochable conducta anterior”, no se encontró evidencia alguna de una disposición político-criminal más favorable en los actores de la reforma, por lo que una futura evaluación podría circunscribirse al examen de la consistente aplicación de aquellas reglas.

Ahora bien, sin que haya puesto en duda la relevancia y factibilidad de evaluar el rendimiento racionalizador del nuevo proceso penal respecto de los imputados menores de edad, en el coloquio de discusión se planteó por más un participante la cuestión de con qué vale la pena comparar la situación de aquéllos.

Las alternativas serían: con la situación de los imputados menores de edad en el “viejo” proceso penal; con la situación de los menores de edad en la justicia de menores; y con la situación de los mayores de edad en el nuevo proceso penal.

Este estudio se inclinó en principio por la tercera alternativa. Como se vio, ella adolece del defecto de que el “efecto filtro” de la institución del discernimiento impide hacer comparaciones estadísticas, por lo cual casi toda la capacidad

informativa diferencial proviene de lo afirmado por los entrevistados, y algunas inferencias intuitivas sobre el peso relativo del “efecto filtro” que, aunque aceptables en un estudio exploratorio, son inadmisibles en una futura evaluación empírica que pretenda comprobar o refutar una hipótesis.

La comparación con la situación de los menores de edad en el “viejo” proceso penal -preferida por varios de los participantes en el coloquio- ofrece ventajas metodológicas, pero adolece de menor relevancia, pues no está en juego ninguna decisión político-criminal en el resultado de esa comparación. En la agenda de posibles decisiones político-criminales no es imaginable que aparezca la alternativa de seguir tratando a los menores de edad de acuerdo con las reglas del “viejo” proceso penal, ni siquiera si se descubre, en contra de lo que es lógico esperar, que el viejo sistema tenía mayor “capacidad” racionalizadora, sin perjuicio de que en ese supuesto, ello no se derivaría de la existencia de reglas legales más apropiadas a ese objetivo (pues el viejo sistema ni siquiera las contempla) sino de “vicios” del mismo, imposibles de ser reconducidos a criterios racionales y “universalizables”. El principal valor de esta comparación sería “histórico”. Y tampoco significaría (aún cuando se demostrara -como es dable esperar- que el nuevo proceso penal “lo hace mejor”) un “respaldo” a la reforma procesal penal, pues se trata de un “subsistema” de la misma muy marginal.

La comparación con el sistema tutelar sí podría ser más relevante. La metodología, en este caso, debe ser distinta, pues estadísticamente la información generada por ambos modelos de justicia no es homologable. En efecto, no es comparable la situación de las decisiones de fiscales y jueces de garantía recaídas en causas con investigación formalizadas con las medidas adoptadas por la justicia de menores cuando envía a los adolescentes a un centro de rehabilitación conductual por “infracción de ley”, categoría que puede reflejar una simple imputación policial, unida a informes psicológicos y sociales sobre la “desadaptación del menor de edad”, o incluso el “estatus” adjudicado a quien con anterioridad (por una antigua imputación) había sido objeto de otra medida de la que “desertó”.

Pero también es relevante comparar la situación de los menores de edad en el nuevo proceso penal “consigo misma”. Esto puede significar dos cosas. En primer lugar, comparar el rendimiento racionalizador del nuevo proceso penal en un determinado período, con las posibilidades de racionalización que el NCPP ofrece. Se trata de un ejercicio de análisis crítico a la forma en que se están interpretando y aplicando los instrumentos de racionalización. En este estudio, se realiza un ejercicio anticipatorio en ese sentido, y se ofrece un marco teórico que sirve de base dicho análisis crítico, que es en rigor una crítica dogmática. En segundo lugar, significa comparar el rendimiento racionalizador de un período en comparación con el anterior.

4.6. Fuentes de información y registros estadísticos

Por último, un resultado relevante de esta exploración, es la comprobación personal de la deficiencia de las fuentes de información cuantitativa que consulté o intenté consultar. No pocas veces descubrí importantes lagunas, deficiencias en la capacidad informativa de los datos existentes y falta de consideración de la variable “edad”.

Por ello, la composición de un cuadro empíricamente fundado sobre la situación de los menores de edad en el nuevo proceso penal, en algunos casos debió hacerse de forma casi “artesanal”, relacionando fragmentos de información obtenidos a partir de fuentes diversas, como por ejemplo cuando se relacionan los casos de salidas preliminares -obtenidos del Ministerio Público- con los de las causas formalizadas -obtenidos de la Defensoría-.

Para una evaluación futura, empíricamente rigurosa, sería necesario contar a lo menos con información cuantitativa desagregada para menores de edad (y comparada, si corresponde, con la de los mayores), sobre: imputados ingresados a las fiscalías, distinguiendo si llega o no “retenido”; audiencias celebradas (según tipo); decisiones sobre salidas preliminares (previas y posteriores a la formalización); imputados derivados para examen de discernimiento (y duración de dicho trámite); situación de la libertad personal durante dicho examen y después del mismo (medidas cautelares adoptadas, libertades provisionales concedidas); declaraciones “con” y “sin” discernimiento; formalizaciones de la investigación; salidas alternativas y su contenido (condiciones de la suspensión y contenido de los acuerdos reparatorios); revocaciones de las salidas alternativas por incumplimiento; procedimientos abreviados (y las penas solicitadas y, en su caso, impuestas); juicios orales (y su resultado); y, duración total de los procesos.

De la disponibilidad de fuentes de información y de datos ricos y confiables dependen las posibilidades de evaluar en el futuro los diversos aspectos del desempeño de la justicia de menores y de la justicia penal respecto de los menores de edad, y de ello depende a su vez la capacidad de la autoridad de diseñar con conocimiento de causa una política pública pertinentes.

LOS NIÑOS EN LA MEDIACIÓN FAMILIAR

Macarena Vargas Pavez¹

LA PARTICIPACIÓN DE LOS NIÑOS EN PROCESOS DE MEDIACIÓN FAMILIAR ES UN TÓPICO QUE – DESDE UN TIEMPO A ESTA PARTE – SE HA IDO INCORPORANDO EN LA DISCUSIÓN ACADÉMICA Y PROFESIONAL.

A LA LUZ DE LA TEORÍA DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS SE ABRE UN NUEVO CONTEXTO DE ANÁLISIS ACERCA DEL GRADO DE PARTICIPACIÓN, INFLUENCIA Y DETERMINACIÓN DE LAS OPINIONES DE LOS NIÑOS Y JÓVENES EN LAS DECISIONES QUE TOMEN SUS PADRES ACERCA DE SU FUTURO, ANÁLISIS QUE PAULATINAMENTE HA COMENZADO A TOMAR CUERPO EN LA PRÁCTICA PROFESIONAL DE LOS MEDIADORES FAMILIARES.

ESTE ARTÍCULO PRETENDE DAR CUENTA DE ESTA DISCUSIÓN SOBRE LA BASE DE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y DE LA LITERATURA ESPECIALIZADA EN MATERIA DE MEDIACIÓN FAMILIAR, TANTO NACIONAL COMO EXTRANJERA, DE MODO DE APORTAR UNA VISIÓN ACERCA DE LA NECESIDAD Y OPORTUNIDAD DE INCORPORAR A LOS NIÑOS EN ESTE TIPO DE PROCESOS Y LAS EVENTUALES MODALIDADES A ADOPTAR PARA ELLO.

Cuando Pedro demandó a Viviana, su ex cónyuge, alegando su derecho a mantener una relación directa y personal con sus hijas de 14 y 17 años, el tribunal los citó a un comparendo de conciliación, en el que no se llegó a acuerdo.

Cuando Pedro y Viviana iniciaron un proceso de mediación familiar, la madre señaló que no era ella quien se negaba a las visitas, sino que eran las niñas las que no querían ver al padre. Al cabo de un par de reuniones, la mediadora- con el acuerdo de ambos padres - incorporó a las hijas, sosteniendo reuniones entre ellas y el padre. Luego de varias sesiones, se alcanzó un acuerdo que recogió los intereses y deseos de cada una de las niñas: la mayor mantuvo su postura de no ver al padre, mientras que la menor optó reunirse con él en forma regular, fuera de la casa materna y sin la presencia de la nueva pareja del padre.

Presentado el acuerdo ante el tribunal para su aprobación, el juez autorizó que éste fuera firmado por Pedro y sus 2 hijas.²

¹ Abogada, profesora de Derecho Procesal y de Clínicas Jurídicas de Mediación de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales y Coordinadora General del Programa de Resolución de Conflictos anexo a Tribunales del Ministerio de Justicia.

² Caso real tomado de la experiencia del Programa de Resolución de Conflictos anexo a Tribunales. Fue ingresado en el año 2000 bajo el rótulo de régimen de visitas derivado por un tribunal de menores de Santiago. Por razones de confidencialidad los nombres de los participantes han sido cambiados.

I. INTRODUCCIÓN

Cuando nos preguntamos acerca de la participación de los niños en un proceso de mediación, deberíamos hacernos cargo de todos aquellos procesos de mediación -cualquiera sea su naturaleza- en que el conflicto tratado involucra, afecta o toca los intereses o los derechos de un niño. Sin embargo, esta relación se da con especial nitidez en dos específicos campos de acción. Uno de ellos es el de la mediación escolar cuyo objetivo es la prevención de conflictos y la promoción de una mejor convivencia escolar, a través de lo que se ha denominado la mediación inter-pares. En este ámbito, los niños son los protagonistas indiscutidos del proceso de mediación, por un lado, las partes son niños y, por otro, los mediadores también son niños.

El otro campo de acción se refiere a la mediación familiar. En esta área los niños se encuentran en una situación distinta, pues ya no son las partes en discordia, ni los mediadores, pero a pesar de ello están directamente involucrados en el conflicto que dio origen a la mediación y, desde luego, les afectarán las decisiones como resultado del proceso. Por lo general, son los padres los que inician el proceso, los que participan en él y deciden los caminos a seguir. Cabe preguntarse entonces: ¿Qué grado de participación tienen los niños en el proceso? ¿Cuánta autonomía tienen respecto de las decisiones que tomen sus padres? ¿Cómo pueden ellos hacer presentes sus intereses, deseos y temores en este proceso? ¿Cómo se materializan los derechos contenidos en la Convención de Derechos del Niño en un proceso de mediación familiar?

Este artículo tiene por objeto poner sobre la mesa algunas de las interrogantes que rondan en la práctica de la mediación familiar acerca de cómo hacer para cumplir con el mandato de la Convención de los Derechos del Niño y permitir una participación activa de los niños en todos los asuntos que los involucren.

Para ello, he tomado elementos de tres teorías que considero confluyen en el tratamiento del tema: la teoría familiar sistémica, la teoría de la mediación familiar y la teoría de los derechos del niño y he desarrollado este artículo en cinco puntos. En el primer de ellos se entregan algunas consideraciones teóricas básicas acerca de la familia y la separación de pareja; en segundo lugar, se aborda brevemente los efectos de la separación en los hijos; en tercer término se analiza el proceso de mediación familiar, sus objetivos y participantes; en cuarto lugar se revisa la teoría de los derechos del niño y su relación con la mediación; para finalizar, en quinto lugar, con algunas conclusiones.

II. FAMILIA Y SEPARACIÓN DE PAREJA

El surgimiento de la Teoría General de Sistemas (TGS) produjo un cambio radical en la forma de entender el mundo y sus fenómenos. Pasamos de una epistemología tomista a una sistémica, en que no sólo los elementos del sistema

son importantes, sino que también las relaciones que existen entre ellos. De acuerdo a esta teoría, un sistema es mucho más que la suma de sus componentes, pues las relaciones que los unen ofrecen una rica fuente de información acerca de cómo éstos se comportan y vinculan.

Los sistemas son vivientes, evolucionan en el tiempo y van cambiando lo que implica que habitualmente se estén reorganizando. Cada sistema está formado a su vez por otros varios subsistemas que interactúan y se interconectan formando una red de relaciones entre ellos. Se da en ellos una relación de causalidad circular, lo que en la cibernética se denomina “retroalimentación”, de modo tal que lo que un elemento del sistema realice produce efectos en los otros y genera una reacción determinada como respuesta, la que a su vez genera otras en un proceso de retroalimentación continuo no lineal.

Desde la perspectiva de la terapia sistémica, la familia es un sistema compuesto por personas -hombres, mujeres / niños, adultos- que unidos por el propósito de procrear y cuidar de sus miembros, se da ciertas reglas de funcionamiento y comparten un conjunto de creencias y actividades que les permiten desarrollar una vida emocional, física, intelectual, social y espiritual, de modo de mantener la energía y hacer que el sistema funcione.³

Como todo sistema, la familia está compuesta por varios subsistemas que coexisten en forma simultánea, constituidos por las distintas relaciones que se dan entre los miembros de la familia. Existe el denominado *subsistema conyugal* que comprende la relación de un hombre y mujer adultos unidos por lazos afectivos, que deciden vivir juntos con la “intención expresa de constituir una familia”⁴. Existe también el *subsistema parental* que surge cuando nace el primer hijo. Los padres asumen las tareas de crianza y socialización de los hijos (alimentación, control, orientación, entre otras) y permiten el acceso de los hijos a ambos. Y finalmente se identifica el *subsistema fraterno* formado por las relaciones entre hermanos. Se suele decir que este es el primer laboratorio donde los niños comienzan a socializar con otros, en este caso, con sus iguales. Aquí aprenden, por ejemplo, a colaborar y a competir. Estos subsistemas, como partes de un mismo todo, interactúan en distintos niveles y en forma simultánea -a la vez que se es padre, se es esposo; a la vez que se es hijo, se es hermano- con las particularidades propias de cada familia.

Por otra parte, la familia posee una estructura en movimiento, que se modifica y transforma en el tiempo, que requiere ir adaptándose y reestructurándose en forma permanente para poder seguir funcionando.⁵ En la medida que sus miembros

³ Satir Virginia, *Relaciones Humanas en el núcleo familiar*, Editorial Pax-México, México, 1978.

⁴ Minuchin Salvador, *Familias y Terapia Familiar*, Ediciones Gedisa, Barcelona, 1979.

⁵ Minuchin Salvador, ob. cit.

crecen y se desarrollan, la familia va atravesando por distintas etapas que implican cambios y ajustes para todos sus integrantes, proceso no exento de dificultades y conflictos. La familia está llamada a responder a las nuevas exigencias proveyendo de mecanismos flexibles de adaptación capaz de recoger y cubrir las necesidades e intereses de todos sus integrantes.

A modo de ilustración, traigo a colación la descripción que hace la literatura especializada del ciclo vital familiar compuesto por las siguientes etapas: (a) pareja sin hijos; (b) familias con hijos en edad pre-escolar (0-5 años); (c) familias con hijos en edad escolar (6 a 12 años); (d) familias con hijos adolescentes (13 a 18 años); (e) familias con hijos en proceso de emancipación; (f) familias con el nido vacío, en que todos los hijos se han ido y (g) parejas retiradas (marido mayor de 65 años).^{6,7}

En este tránsito de la familia por distintas etapas y sus consecuentes cambios puede suceder que la pareja que dio origen a la familia decida no continuar su relación, lo que implica una re-definición del escenario familiar, en términos de modificar su organización y estructura. La separación de una pareja⁸-cualquiera que sea su origen, el número de hijos o la data de la relación- constituye un hecho que marca en forma indeleble a cada uno de sus miembros.

Tradicionalmente se asocia a la separación de una pareja con la idea de la disolución de la familia como grupo. En ciertos círculos es común escuchar cuando una pareja se separa que se hable de que se trata de una “familia rota”, lo que es consecuencia de una mirada de la familia que confunde y no distingue la parentalidad de la conyugalidad.

En cualquier sistema familiar la separación de una pareja afecta el subsistema conyugal. Son los adultos los que se separan, la ruptura se produce en la relación hombre-mujer que han decidido no continuar su vida en común y poner término a la relación afectiva que dio origen a la familia. Desde una perspectiva sistémica esta ruptura no tiene relación con el subsistema parental, el cual debiera mantenerse intacto, de modo de permitir la regularidad de las relaciones entre padres e hijos que ya no vivirán juntos. Sin embargo, la literatura refiere -avalado por la experiencia- que es frecuente que los padres no logren distinguir estas distintas dimensiones y superpongan una sobre la otra, extendiendo sus diferencias desde el subistema conyugal al parental.

⁶ Falicov Celia Jaes, *Transiciones de la Familia. Continuidad en el ciclo de vida*, Amorrortu Editores, Buenos Aires.

⁷ Satir Virginia, ob. cit.

⁸ He preferido utilizar la expresión “separación de pareja” en vez de separación conyugal pues quiero aludir a todas las uniones de hecho no matrimoniales con hijos, que dada mi experiencia acuden masivamente a los servicios de mediación familiar. Por otra, no he querido utilizar la palabra divorcio por razones de contexto legal existentes en nuestro país.

En este contexto, los teóricos de la terapia familiar distinguen dos formas en que puede llevarse a cabo la separación de una pareja. Una de ellas denominada *separación no destructiva* se produce cuando los adultos pueden continuar ejerciendo en forma eficiente su rol de padres, pues comparten las tareas de educación y crianza, los hijos no se ven involucrados en sus disputas y tienen acceso a ambos padres. Los adultos alcanzan acuerdos económicos respecto a la mantención de los hijos como a la distribución de los bienes.

Los padres están unidos en la función de proteger a los hijos frente a los cambios originados por la separación. La familia puede entonces continuar funcionando y re-organizarse. Los padres son capaces de asumir la separación como una “etapa posible dentro del ciclo evolutivo familiar, caracterizado por un desequilibrio profundo asociado a cambios, interrupciones y pérdidas”.⁹

Como contrapartida a lo anterior, existe la llamada *separación destructiva*, en la cual el conflicto de pareja se extiende inapropiadamente a los hijos. Los padres no son competentes en su rol de cuidadores de los hijos, los involucran en sus disputas, transformándolos en armas emocionales, mensajeros, objetos de negociación en el fuego cruzado que existe entre ellos. Los niños son manipulados de manera de crear coaliciones de un padre en contra del otro, poniéndolos en la difícil situación de tomar partido. La tensión está presente en forma permanente y en ocasiones, en escaladas que pueden culminar con episodios violentos.

En este escenario, no es poco frecuente que las desavenencias producto de la ruptura lleguen a los tribunales de justicia, lo que contribuye a la mantención y cronificación del conflicto. Como es posible imaginar, en este tipo de separación, los padres no logran distinguir los límites entre el subsistema conyugal y subsistema parental.

Esta distinción teórica es relevante a la hora de analizar los efectos de la separación en los niños. Tanto en una separación destructiva como en una no destructiva, los adultos y los niños sufren sus efectos, pero los especialistas sostienen que si la conducción del proceso de separación se realiza de forma no destructiva, se contribuye -de algún modo- a proteger emocionalmente a los niños, a disminuir los niveles de tensión y a evitar que la ruptura de la pareja devenga en la ruptura de la familia.

Reafirmando esta tesis, se señala que no es la separación en sí lo que provoca daño a los hijos, sino que es la forma en los padres conducen este proceso. Distintos estudios indican que las patologías que pueden surgir después de la separación se deben “a la organización disfuncional que se establece posteriormente”¹⁰ o que

⁹ Hamel Patricia et. al., *Separación Matrimonial ¿Litigar o consensuar?, Antecedentes y consecuencias* en revista *De Familias y Terapias*, Instituto Chileno de Terapia Familia, año 3, N° 6, Santiago, 1995.

¹⁰ Vargas Macarena et al., *Mediación familiar. Sistematización de una experiencia. Programa de Resolución de Conflictos anexo a Tribunales*, Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 2001.

incluso éstas ya existían con anterioridad a la separación como consecuencias de un deteriorada relación de pareja perpetuada en el tiempo.¹¹

Por ello “es fundamental que las fronteras del subsistema parental y que los padres sostengan su jerarquía para poder continuar cumpliendo funciones nutricias y normativas”,¹² es decir, que los padres sean capaces de sobrepasar sus propios temores, angustias y resentimientos para generar entre ellos acuerdos de la más diversa índole: económicos, de disciplina, de valores que protejan a sus hijos.

III. LOS EFECTOS DE LA SEPARACIÓN EN LOS NIÑOS

Los efectos de la separación en los niños es un tema de amplio debate, pues es difícil evaluar cuales habrían sido los efectos si los padres no se hubieran separado. Sin embargo, existe consenso entre los autores que la separación trae consigo una serie de consecuencias que afectan a todos los integrantes de la familia. Sentimientos de pérdida, abandono o frustración están presentes unidos a la rabia, la pena y el resentimiento. De una u otra forma, padres e hijos resienten la ruptura.

En el caso de los niños la separación es una experiencia difícil. Genera emociones confusas en ellos: miedo, inseguridad y culpa son los sentimientos predominantes. No es poco frecuente que muchos niños creen son que ellos los causantes o responsables de la separación de sus padres, que algo hicieron o dejaron de hacer que provocó la ruptura. Ese sentimiento de culpabilidad los atemoriza y paraliza si es que los padres no son hábiles en la tarea de protegerlos en esos momentos. “Desde el día en que los padres se separan, el mundo del niño se desploma. Es la conducta de los padres lo que habrá de influir en que las repercusiones de todo ello sean transitorias ... o permanentes”.¹³

La respuesta emocional de los niños ha sido estudiada en función de sus edades, pues se ha demostrado que existen reacciones comunes entre niños que se encuentran dentro de un determinado rango de edad.¹⁴ Sin embargo, los especialistas coinciden -tal como lo señala Montenegro- en que los primeros 2 años después de la separación son los que concentran el impacto emocional negativo más fuerte. Los niños presentan “un aumento de trastornos emocionales y conductuales y una disminución de sus competencias sociales y académicas”.¹⁵

¹¹ Montenegro Hernán, *Separación matrimonial y conflicto conyugal. Sus efectos en los hijos*, Editorial Mediterráneo Ltda., Santiago, Chile, 2002.

¹² Gianella Carolina y Curi Sara, *Participación de los hijos en la mediación en divorcio*, Documento inédito. Mendoza, 2001.

¹³ Beal W. Edward y Hochman Gloria, *Los hijos del divorcio en la adultez* en *Revista de Estudios Públicos*, N° 57, Centro de Estudios Públicos-CEP, Primavera, 1995.

¹⁴ Bernal Trinidad, *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Editorial COLEX, Madrid, 1998.

¹⁵ Montenegro Hernán, ob. cit.

En los *preescolares* (0 a 5 años) las sensaciones predominantes son el miedo y la ansiedad. Las reacciones frente a la separación se vinculan con la pérdida de ciertas conductas que ya habían adquirido, como por ejemplo el control de esfínteres, hábitos de alimentación, horarios del sueño. Se da también un aumento en la agresividad hacia otros niños, hermanos e incluso los adultos.

Los niños que se encuentran en la *primera edad escolar* (6 a 8 años) también experimentan con fuerza sentimientos de temor y ansiedad, siendo la tristeza la sensación predominante, aumenta el llanto y echan de menos al padre no custodio. Surgen dificultades escolares, comienzan los conflictos con el padre que vive con ellos, magnifican los hechos en forma desproporcionada. “Se suele exhibir agresiones contra el padre ausente, pero se manifiestan contra el padre conviviente”. Comienzan los conflictos de lealtades.

Entre los niños que se encuentran en la *escolaridad primaria* (9 y 12 años) el grupo de pares viene a constituir el referente más importante. Experimentan grandes dificultades para expresar sus sentimientos frente a la separación. Por lo general, se idealiza al padre no custodio y aumentan los conflictos con el padre custodio, a quien responsabilizan de la ruptura. En ocasiones comienzan a somatizar estos sentimientos a través de distintas enfermedades (cefaleas, problemas estomacales, aumento de alergias).

En los *adolescentes* (13 a 18 años) los sentimientos predominantes son el desconcierto por la separación y la ambivalencia. Surgen con fuerza los conflictos de lealtades con sus padres, se enojan y discuten con ellos. Empieza una lucha por la autonomía y la búsqueda de la opinión del grupo, junto con el despertar sexual que puede tener mayores dificultades, si uno de los padres inicia otra relación de pareja. Comienzan a tener preocupaciones respecto a los recursos económicos familiares y la distribución de ellos luego de la separación.

Ahora bien, es común que los niños cualquiera sea la edad que tengan se sientan en medio de un conflicto de lealtades con sus padres. El niño se encuentra “triangulado” o dividido entre los dos progenitores (sí vivo con uno significa que ya no quiero al otro; si me hago eco de las quejas de uno significa que descalifico al otro), en circunstancias que la eterna fantasía del niño es que sus padres vuelvan a juntarse. ¿Cómo es que las personas que más quiero, ya no se quieren?

Estos conflictos se intensifican cuando los hijos son adolescentes y comienzan a mirar a sus padres con otros ojos, a juzgarlos por sus acciones y a responsabilizarlos por la ruptura. Estos sentimientos son ambivalentes, en un momento se tienen con un padre, más tarde se pueden tener con el otro y son distintos para cada hijo. No es poco frecuente que en algunas familias, unos hijos estén aliados con la madre (generalmente los hijos mayores) y los más pequeños tiendan a aliarse con el padre.

Con relación al sexo de los niños existen estudios que indican distintas respuestas entre niños y niñas. Montenegro señala, entre otros, que las niñas preadolescentes cuando viven con la madre se adaptan más rápido que sus pares hombres a los cambios producto de la separación de sus padres. Los niños, en cambio, mantienen conductas impulsivas, agresivas, de desobediencia e incluso antisociales. Este autor entrega además interesantes datos de un estudio de seguimiento realizado en EEUU, desde la fecha de la separación hasta 10 después, acerca de los efectos del divorcio en los hijos. En general se puede decir que el período inmediatamente posterior a la separación los niños cualquiera sea su edad -preescolares, escolares, preadolescentes o adolescentes- presentan reacciones negativas: angustia, perturbación, irritabilidad, temores, problemas conductuales.

Vale la pena reafirmar nuevamente que las reacciones emocionales de los niños no se deben al hecho de la separación en sí, sino que a todo el proceso previo y posterior de ese suceso. Es necesario entender la separación como un *continuum* en el tiempo: las desaveniencias y la tensión anterior a la decisión, el hecho que gatilla la decisión de separarse, el momento de informar a los hijos de esta decisión, las relaciones y comunicación entre los padres luego de la separación, el contacto que tienen padres e hijos después de la separación, todo ello va generando una atmósfera que determinará las reacciones emocionales y conductas de los niños.

IV. LA MEDIACIÓN EN LA SEPARACIÓN DE PAREJA

La teoría de la mediación familiar desarrollada en estos últimos años ha situado su campo de acción en forma preferente -sino casi exclusiva- en aquellos conflictos que surgen luego de la separación de una pareja.¹⁶ Habitualmente se la conoce como *mediación post-divorcio* y trata todos aquellos aspectos que es necesario definir para la re-organización de la vida futura de cada uno de los miembros de la familia, en especial, de aquellos que por su edad y madurez son más vulnerables: los hijos.

La mediación post-divorcio se inscribe en la línea de ayudar a los adultos a llevar a cabo su proceso de divorcio de una manera menos destructiva y menos dolorosa. A través de este proceso se brinda a la ex pareja un espacio para que las decisiones que se tomen tengan en consideración las necesidades e intereses de todos los miembros de la familia y se llegue a un acuerdo mutuamente aceptable.

¹⁶ Se excluye de este análisis otro tipo de conflictos familiares que pueden ser mediados y que en la práctica lo son en centros de mediación comunitaria, como por ejemplo, los conflictos entre padres e hijos adolescentes por estilos y pautas de crianzas (autonomía v/s disciplina) o los que se dan entre hijos adultos y padres ancianos por quienes se hacen cargo del cuidado y mantención económica de éstos.

Por lo general, en este tipo de mediación familiar se tratan los asuntos relativos a la custodia, la mantención económica y acceso a los hijos y la distribución de los bienes comunes. Luego de la separación los padres deben definir cuál de ellos queda a cargo del cuidado personal y crianza de los hijos (tuición) y qué contacto mantiene el otro padre o madre (contacto directo y regular con el padre no custodio). En estos casos, la mediación busca ayudar a los padres a tomar decisiones que permitan que los niños puedan tener acceso y contacto directo con ambos padres, de modo que éstos contribuyan a las funciones de crianza y educación, ejerciendo en conjunto sus roles parentales.

1. ¿Quiénes participan en un proceso de mediación familiar?

La terminología procesal de “partes” nos puede ayudar a delimitar el campo de acción de las personas que intervienen en un proceso de mediación familiar. En términos generales, entendemos aquellos sujetos que intervienen en un proceso judicial, en el cual una de ellas interpone una acción (demandante) en contra de otra (demandado), quien se reacciona a ella. Se distinguen las partes directas o indirectas, según si han dado origen al proceso. Las partes indirectas, si bien no han iniciado dicho proceso, participan en él pues tienen intereses en sus resultados.

En ese contexto, los padres son -a mi juicio- las partes directas de este proceso, da vez que son ellos los que han decidido terminar su relación y desean intentar re-organizar el sistema familiar a través de un proceso de mediación.

Pero entonces cabe preguntarse ¿qué pasa con los hijos? ¿También actúan en calidad de partes directas? ¿Participan como partes indirectas, pues tienen interés en los resultados del proceso? ¿O definitivamente quedan fuera del proceso? ¿Qué rol debieran tener los niños? Esa es la pregunta.

En la teoría y en la práctica de la mediación familiar se comparte la idea de que son los adultos -los miembros de la ex pareja- los que participan del proceso de mediación familiar y toman las decisiones. Ellos son las partes directas, tal como lo afirman categóricamente algunos autores, entre ellos Trinidad Bernal: “Tomar la decisión de separarse como todos los pormenores de cómo hacerlo, incluyendo las decisiones respecto a la residencia y cuidado de los menores, corresponde únicamente a la pareja”,¹⁷ y Marínés Suares, quien en su último libro sostiene que las decisiones que se tomen en un proceso de mediación “son de absoluta responsabilidad de los adultos”.¹⁸

¹⁷ Bernal Trinidad, *La mediación. Una solución a los conflictos de ruptura de pareja*, Editorial COLEX, Madrid, 1998.

¹⁸ Suares Marínés, *Mediando en sistemas familiares*, Editorial Paidós, Buenos Aires, 2002.

Ahora bien, si desde la teoría de la mediación hay cierto consenso en que los niños no participan en calidad de partes directas del proceso, eso no significa que ellos no pueden participar de otras formas. Respecto de cómo y cuándo participar existen distintas aproximaciones en cuanto a los objetivos, la metodología y la oportunidad.

a) ¿Para qué incluir a los niños en la mediación? Objetivos

Quien fuera por muchos años juez de familia en Argentina, Eduardo José Cárdenas sostiene que la incorporación de los hijos en la mediación “debe respetar e inclusive reforzar el objetivo de la mediación familiar, que es poner a los padres en situación de conducir acordadamente la familia, en el momento de su separación de pareja”.¹⁹

Este autor sostiene que pese a los riesgos que la incorporación de los niños puede tener el proceso de mediación -como el de involucrar inadecuadamente a los hijos en el conflicto o que tomen partido por uno de los padres- en general, la participación reporta mayores ventajas que desventajas.

Entre las ventajas que Cárdenas menciona -incluso en el primer lugar de un largo listado- está el hecho que esta participación cumple con el mandato constitucional de informar a los niños y escuchar su opinión cada vez que se trata un asunto que lo concierne, en razón de la ratificación que Argentina hiciera de la Convención de Derechos del Niño. Luego, agrega otros beneficios congruentes con los postulados de la teoría de la mediación, como por ejemplo, que dicha participación permite visualizar las necesidades de los hijos y también con los postulados del enfoque sistémico de la familia en el sentido que “permite completar el circuito del sistema familiar”.²⁰

En esta misma línea, Suares sostiene que entre las razones de incluir a los niños está además de cumplir con la Convención, genera un espacio de confianza en que los niños pueden expresar todos sus sentimientos, dudas, confusiones y que los padres conozcan luego esa información y tomarla en cuenta al momento de decidir. A juicio de esta autora, en este tipo de conflictos, los adolescentes debieran participar siempre. Su presencia es “imprescindible”, incluso es recomendable que ellos firmen los acuerdos.

Por su parte -y siempre en esta línea de pensamiento - las mediadoras argentinas Carolina Gianella y Sara Curi sostienen que habría dos objetivos básicos en la inclusión de los niños en proceso de mediación: (a) la participación debe ayudar a potenciar los recursos de los padres para la toma de decisiones y (b) la participación debe

¹⁹ Cárdenas Eduardo José, *La mediación en conflictos familiares*, Ediciones Lumen Humanitas, Buenos Aires, 1998.

²⁰ Ibid.

realizarse dentro de un encuadre capaz de evitar intervenciones iatrógenas, es decir, que no obstaculice el desarrollo de las funciones parentales en forma adecuada.²¹

En Inglaterra algunos servicios de mediación incluyen a los niños en procesos de mediación, pero aparentemente no es una práctica generalizada, sino que es algo “relativamente raro”.²² Los objetivos de esta participación serían los de ofrecer a los niños un espacio para expresar sus pensamientos y sentimientos en forma libre y transmitirles tranquilidad en el sentido de que sus sentimientos son normales frente a la situación que están viviendo.²³

b) ¿Cómo escucharlos? Metodología

Siguiendo esta línea la experiencia comparada da cuenta de distintas aproximaciones en la incorporación de los niños a la mediación de sus padres.

Un enfoque pone el acento -como factor predominante- en la cultura existente al interior de la familia (Haynes, Gianella y Curi). De acuerdo a esta postura, habría que identificar -por medio de un diagnóstico- frente a qué tipo de familia se encuentra el mediador en función a la estructura, roles y jerarquía que posee, para luego determinar si es o no conveniente escuchar a los niños y cómo hacerlo.

Cada familia tiene sus ritos, sus formas de comunicarse, sus estilos en la toma de decisiones, estilo que no se modifica al momento del divorcio, lo que constituiría razón suficiente para ser considerado durante un proceso de mediación.

En este sentido, la literatura distingue tres tipos de “ser familia” en función de cómo se combina el orden y la flexibilidad en ellas: (a) democráticas o abiertas; (b) autocráticas o cerradas y (c) aleatorias o anárquicas.

Las familias democráticas son aquellas que consiguen un equilibrio entre el ejercicio del poder y la flexibilidad en la toma de decisiones, de modo que existiendo reglas y jerarquías que son respetadas por todos los miembros de la familia, existe también una consideración de las necesidades de cada uno de sus miembros. En este tipo de organización familiar -como es de imaginar- los hijos tienen algún grado de participación en la toma de decisiones que afectan al grupo.

Por otra parte, las familias autocráticas son aquellas que poseen una estructura rígida y las reglas están claramente definidas. Las decisiones son tomadas por los padres sin ningún tipo de consulta a los hijos acerca de sus intereses y deseos.

Finalmente, hay un tercer tipo de familia, las denominadas aleatorias o anárquicas, las que se caracterizan por una suerte de “laissez faire”: no existen mayores reglas y pautas de convivencia familiar y las decisiones son tomadas

²¹ Gianella Carolina y Curi Sara, ob. cit.

²² Liebmann Marian (editora), *Mediation in context*, Jessica Kingsley Publishers, United Kingdom, 2000.

libremente por cada uno de los miembros de la familia, sin mediar consulta -o de haberla, probablemente ocasional- respecto de los demás.

Como es dable suponer, ninguna de estas tipologías se da en la realidad en forma pura, la mayoría de las familias se encuentra en un punto intermedio en el cruce entre una y otra de estas categorías.

De acuerdo a este enfoque si bien los niños están legitimados para intervenir de alguna manera en los temas que afectarán su vida futura, la manera en que ha de producirse esa intervención dependerá de la forma en que esa familia tome sus decisiones.²³

Este enfoque -a mi juicio- puede ser cuestionado desde dos puntos de vistas distintos. Por una parte, deja la decisión de traer o no a los niños a mediación en manos del mediador, lo que de alguna manera se aleja del espíritu de la mediación, en tanto es un proceso voluntario, en que los participantes -en este caso, los padres- deciden por sí mismos. Por otro lado, en el caso de las familias autocráticas podría producir el efecto de legitimar la cultura existente, repitiendo los patrones de conducta que -probablemente- han sido fuente del conflicto familiar. La mediación en este sentido no cumpliría con el mandato ético de empoderar a los participantes, toda vez que se haría eco de las pautas rígidas y autoritarias existentes.

Otra mirada del tema -en que coinciden varios autores (entre ellos Cárdenas y Bernal)- apunta a dejar la decisión de incluir o no a los niños en manos de los padres, esto es, que traer a los hijos a la mediación sea una opción de los adultos y no una imposición del mediador. En este sentido, Cárdenas acuña la expresión de una “participación opcional y ordenada”. Son los padres los que deciden escuchar a sus hijos y deciden la forma de hacerlo: la participarán ellos en las entrevistas, el lugar donde se realizarán y la ponderación que darán a esas opiniones, entre otros. Este autor es de la opinión que el entrevistador debe ser un profesional experto en el trabajo con niños.²⁴

De esta misma opinión es Trinidad Bernal -directora de un Programa de Mediación para la Separación y el Divorcio en España- quien sostiene que los niños serán escuchados sólo si los padres así lo desean. En tal caso, se realizarán reuniones informativas con los hijos dirigidas por un mediador-psicólogo, cuyos objetivos serán dar a conocer a los niños en qué consiste el programa, resolver dudas y apoyar a los padres en los problemas emocionales que puedan tener sus hijos.²⁵

²³ Haynes John, *Fundamentos de la Mediación Familiar*, Ediciones GAIA, Buenos Aires, 1995.

²⁴ Cárdenas Eduardo José, ob. cit.

²⁵ Bernal Trinidad, ob. cit.

Marinés Suares, quien parte de la base que es imprescindible incluir a los adolescentes propone que quien entreviste a los niños sea preferentemente un profesional distinto del mediador -con formación en psicología o trabajo social- y luego realice una devolución de la información en una nueva reunión, preferentemente con ambos padres en conjunto y el mediador.

V. ¿Y EL DERECHO QUE DICE? UNA MIRADA DESDE LA CONVENCIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS

1. ALGUNAS CONSIDERACIONES GENERALES

La promulgación de la Convención de los Derechos del Niño en 1989 vino a concretar la aspiración de la comunidad internacional de congregar en un sólo cuerpo legal, el conjunto de principios y derechos del niño universalmente reconocidos. Hasta esa fecha, más de 80 tratados y declaraciones internacionales recogían -de distintas forma y matices- múltiples iniciativas y proyectos de derechos sobre infancia, entre los que destacan la Declaración de Ginebra de 1924 y por otra, la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959.

La Declaración de 1959 recoge principios la Declaración Universal de los Derechos del Hombre de 1948 y los orienta hacia la particular situación de los niños, enunciando una serie de derechos, tales como el derecho a disfrutar de protección especial y disponer de oportunidades y servicios que le permitan desarrollarse de forma sana normal, en condiciones de libertad y dignidad y el derecho a crecer en un ambiente de afecto y seguridad y, siempre que sea posible, al amparo y bajo la protección de sus padres.²⁶

La Convención de Derechos del Niño (en adelante, la Convención) -fruto de 10 años de trabajo y deliberaciones de distintos gobiernos, de la ONU y de otras agencias no gubernamentales- tiene como objetivos “reafirmar que los niños, como personas humanas, tienen iguales derechos que todas las personas; especificar estos derechos para las particularidades de la vida y estado de desarrollo de los niños; establecer derechos propios de los niños; regular los conflictos jurídicos derivados de la vulneración de los derechos de los niños o de su colisión con los derechos de los adultos; orientar las políticas públicas en relación a la infancia y, limitar las actuaciones de las autoridades”.²⁷

Recoge el preámbulo de la Declaración de Ginebra agregando nuevos principios y recoge también muchos artículos ya existentes de otros tratados internacionales

²⁶ Tal vez sea la expresión -tan simbólica como evocativa- con que se inicia el preámbulo de esta Declaración la que grafica el espíritu que inspiró esta Declaración “*la humanidad debe al niño lo mejor que pueda darle.*”

²⁷ Cillero Miguel, *Infancia, Autonomía y Derechos: Una cuestión de principios, en Derecho a Tener Derechos*, Tomo IV, Montevideo, UNICEF-IIN, 1999.

(Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) o de la misma Declaración de 1959.

La Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba el 20 de Noviembre de 1989 la Convención de Derechos del Niño la que comenzó a aplicarse a partir de septiembre de 1990, al ser ratificada por 20 Estados. Chile ratifica la Convención el 27 de septiembre de 1990.

La regulación allí contenida comprende no sólo las principales normas sobre derechos humanos ya existentes en otros instrumentos internacionales - como el derecho a la vida o la libertad de expresión- sino que establece derechos que vienen a cubrir las necesidades propias de los niños como personas, en sus distintas etapas de desarrollo y crecimiento, los que se han sistematizado por la literatura especializada en tres categorías: (a) derechos de sobrevivencia, (b) derechos de desarrollo, (c) derechos de protección y (d) derechos de participación.

La Convención aparece entonces como un puente entre los derechos civiles y políticos y los derechos económicos, sociales y culturales de los niños, de modo tal, que toda decisión que haya de afectar a un niño debe comprender sus derechos desde todas estas perspectivas.

2. LA CONVENCION DE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LA MEDIACION FAMILIAR

Hasta ahora el análisis acerca de la participación de los niños en un proceso de mediación se ha centrado -casi exclusivamente- en torno al artículo 12 de la Convención y sus alcances. En efecto, dicho artículo establece el derecho del niño a emitir su opinión en todos los asuntos que lo afecten, lo que en la práctica se ha traducido -también casi exclusivamente- en “escuchar” al niño, citarlo a una sesión de mediación y conversar con él acerca de sus sentimientos y pensamientos relativos a la ruptura de sus padres.

En este capítulo intentaré demostrar, en primer lugar, que hay otros derechos y principios de la Convención que se aplican en la mediación, y en segundo lugar, y a propósito de uno de estos principios (artículo 5), intentaré poner sobre la mesa los argumentos que se han esgrimido para considerar que el mandato del artículo 12 va mucho más allá que simplemente “escuchar” al niño cuando la decisión a tomar afecte su vida futura.

En efecto, la Convención ofrece un amplio espectro de derechos y principios. A mi juicio, algunos de ellos juegan un rol principal en la mediación familiar y constituyen supuestos básicos de su proceso, aún cuando -todavía- no tengan una expresión explícita en la literatura especializada. Ellos son el principio del interés superior del niño, el principio a una convivencia familiar y el principio de la participación. Todos ellos con los respectivos derechos a que dan pie configuran

una suerte de entramado o de red que se encuentra a la base de la práctica de la mediación familiar, al menos de la que yo conozco.

2.1. Principio del interés superior del niño (artículos 3, 9 y 18)

La Convención en su artículo tercero establece esta expresión, cuya finalidad es establecer un límite a la acción del Estado, a las autoridades, de modo que frente a la adopción de una decisión que afecte el desarrollo y bienestar futuro de un niño, se consideren, se respeten y se proteja el ejercicio de sus derechos.

Artículo 3: “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.”

Pero, ¿qué debemos entender por interés superior del niño? Muchos autores han sostenido que esta expresión es vaga y ambigua, que no da pistas clara acerca de que debe entender por el interés del niño. Sin embargo, otros autores, entre ellos Miguel Cillero, han sostenido que el interés superior del niño no es otra cosa que “la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos: interés y derechos, en este caso, se identifican”.²⁸

En ese mismo sentido Francisco Rivero sostiene que la noción de “interés del niño”, consagrada la legislación de familia española (Código Civil y LO 1/1996 de Protección Jurídica al Menor) constituye un criterio, una idea rectora a tener en cuenta frente a cualquier situación que involucre los derechos del niño. Este interés consiste en términos jurídicos en “salvaguardar los derechos fundamentales de la persona, los derechos de su propia personalidad”.²⁹ El interés del niño busca asegurarle el desarrollo óptimo de su personalidad, en todas sus dimensiones: afectiva, intelectual, corporal, social, espiritual.

Por su parte, el derecho inglés -de larga tradición en esta materia- ofrece también algunas directrices para comprender el sentido y alcance de este concepto. Si bien, la *Children Act* de 1989 no define legalmente que debe entenderse por “*child welfare*” (bienestar del niño) entrega un conjunto de criterios a utilizar para la correcta aplicación de este principio. Algunos de estos criterios son ilustrativos para comprender la idea en comento: (a) deseo y sentimientos de niño de acuerdo a su edad; (b) necesidades físicas, educativas y emocionales, (c) efecto probable de cualquier cambio de situación; (d) edad, sexo, ambiente y cualquier otra

²⁸ Cillero Miguel, *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño* en revista *Justicia y Derechos del Niño*, N° 1, UNICEF y Ministerio de Justicia, Santiago, Chile, 1999.

²⁹ Rivero Hernández Francisco, *El derecho de visita*, J.M. Bosch Editor, Barcelona, 1997.

característica suya que el tribunal u otro operador del sistema- funcionarios, abogados, entre otros- considere como relevante.³⁰

La mediación familiar no escapa de esa visión holística y comprensiva del interés superior del niño como la realización de sus derechos, en este caso, vinculados a la familia. Es más, uno de los mandatos de la mediación como proceso es precisamente buscar la satisfacción recíproca de los intereses de todos los participantes de un modo mutuamente aceptable.

De este modo, una solución que se ajusta al interés superior del niño será aquella que mejor proteja o satisfaga sus derechos como niño.

2.2. Principio de la convivencia familiar (artículos 5, 9, 16, 18, 20 y 27)

De la lectura de la Convención se desprende que el derecho del niño de la convivencia familiar es otra de las piedras angulares de este catálogo de derechos. Este principio enunciado en forma general comprende el derecho del niño a tener una familia, a vivir en ella, a ser cuidado por sus padres, a mantener relaciones con sus padres si estos se separan y a crecer y desarrollarse en el seno de una familia.³¹

Preámbulo de la Convención: “Convencidos de que la familia, como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesarias para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión”.

Este derecho a la convivencia familiar comprende a su vez otra serie de derechos que a continuación se mencionan.

a) Derecho a vivir en una familia (artículos 7 y 9).

Artículo 7.1: “El niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y tendrá derecho desde que nace a un nombre, a adquirir una nacionalidad y, en la medida de lo posible, a conocer a sus padres y a ser cuidado por ellos”.

Artículo 9.1: “Los Estados Partes velarán por que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, exceptuando cuando, a reserva de revisión

³⁰ Ibid.

³¹ Parafraseando a algunos autores no se trata aquí de “que los padres tengan derechos “a” sus hijos, sino que los niños tengan derecho “a” sus padres.” Ver en Cillero Miguel et al., *Niños y Adolescentes. Sus derechos en nuestro Derecho*, Servicio Nacional de Menores, SENAME, Santiago, Chile, 1995.

judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo, en los casos en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño”.

b) El derecho a ser cuidado por sus padres y a vivir preferentemente con ellos (artículos 8 y 9).

*Artículo 8.1: “Los Estados partes se comprometen a respetar el **derecho del niño a preservar** su identidad, incluido la nacionalidad, el nombre y **las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas**”.*

*Artículo 9.3: “Los Estados partes se respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o ambos padres a **mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular**, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.*

c) El derecho a que ambos padres asuman la responsabilidad de la crianza y desarrollo del niño (artículos 5, 18 y 27).

*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 y otras personas encargadas legalmente del niño, **de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, la dirección y orientación para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención**”.*

*Artículo 18.1: “Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que **ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y desarrollo del niño**. Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales la responsabilidad primordial de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño”*

*Artículo 27.2: “A los padres u otras personas **les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar**, dentro de sus posibilidades y medios económicos, **las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño**.”.*

Como es posible apreciar la Convención entiende a la familia como el entorno que debe proveer al niño un ambiente de felicidad, comprensión y amor (preámbulo), como la primera responsable de la crianza y cuidado de los niños, debiendo para ello considerar siempre el interés superior de éstos (art. 18); como proveedora de las condiciones de vida necesarias para el desarrollo del niño (artículo 27) y como el núcleo que debe brindar al niño la dirección y orientación apropiada para que pueda ejercer sus derechos de acuerdo a la evolución de sus facultades (artículo 5).

Como contrapartida a estas exigencias la Convención establece la obligación del Estado de colaborar con las familias en estas tareas y promover el ejercicio de los roles parentales, por ejemplo, es deber del Estado prestar asistencia y protección apropiadas con miras a establecer la identidad de un niño (art. 8.2); ofrecer a la familia la asistencia necesarias para desempeñar las labores de crianza del niño (artículo 18.2) y adoptar medidas apropiadas para ayudar a los padres a dar efectividad a los derechos del niño, que sean necesario (artículo 27.3).

Artículo 18.2: “A los efectos de garantizar y promover los derechos enunciados en la presente Convención, los Estados Partes prestarán la asistencia apropiada a los padres y a los representantes legales para el desempeño de sus funciones en lo que respecta a la crianza del niño y velarán por la creación de instituciones, instalaciones y servicios para el cuidado de los niños”

Artículo 27.3: “Los Estados Partes, de acuerdo con las condiciones nacionales y con arreglo a sus medios, adoptarán medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho (derecho a desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social), y en caso necesario, proporcionarán asistencia material y programas de apoyo, particularmente con respecto a la nutrición, el vestuario y la vivienda”.

La separación de una pareja trae como consecuencia que uno de los padres quede al cuidado de los hijos comunes y el otro, abandone el hogar común. Cuando hay acuerdo entre los padres respecto de quien ejercerá en forma preferente este rol y cual será la relación de los hijos con el padre o madre no custodio con los hijos, no hay mayores dificultades. El problema surge cuando los padres no están de acuerdo en este punto. Una alternativa será la de participar en un proceso de mediación familiar, caso en el cual uno de los objetivos principales es precisamente el de ayudar a los padres a continuar ejerciendo la co-parentalidad en forma conjunta, es decir, que éstos sean capaces de mantener intacto el subsistema parental para cumplir con sus funciones de guía, apoyo, control y protección de sus hijos comunes.

En la mediación familiar se estimula a los padres -principalmente al padre o madre no custodio- a preservar las relaciones familiares, a mantener una relación directa y personal con sus hijos. Cada familia construye su propio sistema en consideración a la edad de los niños, horarios y cargas laborales de los padres, horarios y cargas escolares de los niños, distancia entre el domicilio del padre o madre no custodio y el de los hijos, relación y comunicación existente entre los padres luego de la separación, entre otros aspectos a tomar en cuenta.

Todo lo que hemos dicho hasta ahora puede resumirse en el siguiente párrafo extraído del libro “Mediación Familiar. Sistematización de una experiencia” recientemente publicado por el programa donde trabajo: “En la práctica de la

mediación familiar se afirma -desde el punto de la dinámica psicosocial- ciertos aspectos que en las últimas décadas se han traducido como los derechos del niño. Así, en la mediación se ponen de relieve la responsabilidad primordial de ambos padres en la crianza de los niños y, consecuentemente, el aseguramiento de los elementos materiales necesarios para el bienestar y desarrollo del niño. Asimismo, se fomenta el respeto por las responsabilidades y los derechos de los padres de impartir al niño la orientación que estimen apropiada a la evolución de sus capacidades y la preservación del contacto directo con ambos padres si el niño estuviere separado de uno de ellos o de los dos, se valora el derecho de no-discriminación entre los hijos entre otros”.³²

2.3. Principio de participación (artículos 5, 9, 12 y 14)

Hacia el principio de la autonomía progresiva.

Este principio actualiza la concepción de que los niños dejan de ser objeto de derechos para pasar a ser sujetos de derechos. La cultura paternalista y proteccionista que está a la base de la legislación especial de menores - de nuestro país y de prácticamente toda América Latina - nos ha ofrecido por largo tiempo una visión del niño como un “algo” (persona, cosa, objeto) sobre el cual recaen derechos que otros ejercen, como un objeto respecto de la cual hay que ejercer funciones de representación, control y protección y no propiamente como un sujeto de derechos como cualquier persona humana.

Esta nueva mirada ha llevado, por ejemplo, a la importante modificación del lenguaje que utiliza la Convención, desde el momento que deja de hablar de “menores” para empezar a hablar de “niños”. La Convención rompe la distinción de niño v/s persona adulta para dar paso a una comprensión del niño como una persona con los mismos derechos de un adulto y con una batería adicional de derechos (Constitución, Tratados Internacionales, Convención de Derechos del Niño) propios de su condición de niño. Esto es congruente con la doctrina de los Derechos Humanos que establece que los derechos de las personas le deben ser reconocidos por el sólo hecho de existir, independiente de su edad, sexo u otra condición.

De esa perspectiva los niños -personas menores de 18 años, de acuerdo a la Convención³³ - son titulares de derechos y pueden ejercerlos autónomamente.

El punto a dilucidar aquí es cómo este sujeto de derechos puede llegar a ejercerlos autónomamente, en circunstancias que por su especial situación vital,

³² Vargas Macarena et. al., ob. cit.

³³ Artículo 1: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad.”

podrían no estar en condiciones de hacerlo y en circunstancias que el “propio ordenamiento jurídico no le adjudica autonomía plena, debido a consideraciones de hecho -que tienen que ver con su madurez- y jurídicas, referidas a la construcción jurídica tradicional de los niños como personas dependientes de sujetos adultos, en particular, de los padres”.³⁴

Este dilema entre la titularidad de los derechos y la forma de ejercerlos en forma autónoma y plena ha sido tratada por Miguel Cillero -de una manera, a mi juicio, sugerente- quien sostiene que el artículo quinto ofrece una puerta de salida al establecer que los padres deben orientar y guiar al niño en “*consonancia con la evolución de sus facultades*”.

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 y otras personas encargadas legalmente del niño, de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, la dirección y orientación para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención*”.

A juicio de Cillero esta afirmación final del artículo quinto de la Convención facultaría al niño a un ejercicio paulatino y gradual de los derechos de que es titular, en la medida que su edad y su madurez cognitiva e intelectual se lo permitan. De ahí la expresión de *autonomía progresiva* que propone y que considera como un principio para la interpretación y aplicación de todas las normas contenidas en la Convención.

En función entonces del principio de autonomía progresiva, se obliga a los padres, a los miembros de la familia o a quienes corresponda el cuidado del niño, a calibrar caso o caso si un niño está en condiciones de ejercer autónomamente alguno de los derechos establecidos en la Convención, en función de a su edad, madurez, estado emocional, compromiso afectivo con los padres, entorno familiar, relaciones con la familia extensa, etc.

En este sentido, derechos como los establecidos en los artículos 9.2, 12 y 14 (llamados de participación) debieran entenderse y aplicarse bajo el principio de la autonomía progresiva de los niños.

Artículo 9.2.: “*En cualquier procedimiento entablado en conformidad con el párrafo 1 del presente artículo, se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones*”.

Artículo 12: “*Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, en función de la edad y madurez del niño.*”

³⁴ Cillero Miguel, *El interés superior*, ob. cit.

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

Artículo 14: *“Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”.*

Desde esta nueva perspectiva creo necesario entonces hacerse cargo de varios puntos que conciernen la aplicación del principio de la autonomía progresiva, que en tanto criterios de participación de los niños en los asuntos que les afecte son comunes a un proceso judicial y a un proceso de mediación. Conforme a la bibliografía que he podido revisar, la participación de los niños en ambos procesos ha sido entendida como el derecho del niño a “ser escuchado”. Es decir, el niño es considerado -en la ficción que usé anteriormente- como un actor de reparto que aparece en escena en forma esporádica.

Y si esto fuera así, ¿qué valor tienen esas opiniones? ¿Desde qué edad en adelante se escucha a los niños? ¿Cuándo se puede decir que se han formado un juicio propio?

En el artículo 12 la Convención dispone que deberá ser escuchado en todos los procedimientos en que se tomen decisiones que afectan su vida futura, según su edad y madurez y siempre que estén en condiciones de formarse un juicio propio.

El español Francisco Rivera ha sostenido que -al menos en los procesos judiciales sobre visitas- oír al niño “es imprescindible cuando pueda aportar algún dato, cuando su opinión pueda ser relevante, en atención a la edad y madurez de juicio del menor”.³⁵

En nuestra legislación desde la ley n° 19.711 de 18 de enero de 2001 (que reforma la ley de menores) se establece que en los juicios de visitas el juez deberá oír al niño. En efecto, en el numeral 2 del artículo único de la nueva ley, al referirse al artículo 48 bis de la ley de menores, letra c), dispone que:

“Si al evacuar el traslado el demandado acepta llanamente las peticiones del demandante o no contradice en forma substancial y pertinente los hechos sobre los que versa el juicio, o vence el plazo sin que hubiera sido contestada la demanda, el tribunal resolverá de plano, con el mérito de los antecedentes, la petición del interesado.

Si por el contrario, la parte demandada se opone a las pretensiones del demandante con argumentos que controvierten el asunto, el juez fijará la

³⁵ Rivero Hernández Francisco, ob. cit.

oportunidad en la cual oír al menor y citará a las partes a una audiencia de conciliación y prueba para un día no anterior al”

Respecto a esta norma me surgen algunas dudas. En primer lugar se establece la obligación del juez de oír al menor sólo en los casos en que exista controversia entre las partes, es decir, no será necesario esta gestión cuando los padres acuerden un sistema de visitas, en forma extrajudicial o en el mismo comparendo. En segundo lugar, no queda claro quien o quienes entrevistarán al menor (el juez, un asistente social judicial, un funcionario del tribunal), pues la norma sólo se limita a decir que el juez fijará “la oportunidad” para escuchar al niño. Tampoco queda claro, si esta audiencia o entrevista se hará en presencia de los padres o no y si es más de un niño, si se escuchará a todos los hermanos juntos o a cada uno por separado, entre otros aspectos.

Si la intención del legislador al incorporar esta norma en el procedimiento de visitas fue dar cumplimiento al mandato del artículo 12 de la Convención, parece ser una visión más bien restringida y limitada del derecho de participación. Además no toma en consideración, un aspecto fundamental, cual es determinar si el niño por su edad y madurez, está en condiciones de formarse un juicio propio – tal como sostiene la Convención. De este modo, habría que interpretar que deben concurrir a la audiencia todos los niños cuyos padres litigan un régimen de visitas, sin excepción (preescolares, adolescentes, niños sanos, niños enfermos, etc).³⁶

En relación con la interpretación del artículo 5 de la Convención, de incorporar al niño como una parte en el proceso judicial en consonancia con sus facultades -en razón de su edad y madurez- esto parece no estar contemplado en la reforma de 2001.

Respecto al valor jurídico de las opiniones de los niños, tampoco hay norma expresa ni en la legislación chilena ni en la Convención, lo que hace necesario pasar revista -aunque sea en forma breve- de alguna jurisprudencia nacional y extranjera sobre la materia.

La jurisprudencia uruguaya nos aporta algunas luces. En efecto, varios fallos del Tribunal de Apelaciones de Familia, habiendo escuchado a los niños en virtud de lo dispuesto en la Convención, han optado por fallar en contra de esas opiniones, en consideración a otros factores que restan validez a lo expresado por los niños. Las razones esgrimidas establecen que si bien la Convención establece que los niños deben ser oídos, no obliga a que esta opinión excluya otras consideraciones, como por ejemplo, la edad del niño, la autenticidad de su opinión, las distorsiones que los adultos pueden provocar en la opinión del niño.³⁷

³⁶ Cabe señalar que hasta la fecha no se ha realizado estudios acerca de la aplicación de esta norma y sus efectos en el proceso, cosa que sería de extrema utilidad para analizar el alcance de la Convención.

³⁷ Couso Jaime, *Documento de trabajo para los talleres de análisis de casos. Material docente*, Academia Judicial de Chile, Mimeo.

Como contrapartida existen fallos en la justicia uruguaya que sí recogen la opinión del niño y fallan de acuerdo a ella basándose precisamente en una interpretación amplia del principio del interés superior del niño, argumentando que “el interés del menor es un concepto multifacético para cuya correcta actuación se debe tener en cuenta, primordialmente, que con él estamos apuntando a futuro ya que el secreto del mismo radica en predecir, en base a los hechos, cuál va a ser la solución más adecuada para el futuro del niño con el único fin de protegerlo y lograr su desarrollo físico, psíquico, moral y material, procurando una estabilidad que resulte apta para la formación equilibrada de su personalidad”.³⁸

En tanto, en EEUU la tendencia jurisprudencial se dirige hacia una creciente aplicación de la Convención principalmente en el área del derecho de familia y del derecho de inmigración. Paulatinamente los tribunales americanos han comenzado a tomar al niño como sujeto de derechos, y por ende, sus intereses y deseos han comenzado a tenerse en cuenta.

La opinión de los niños ha sido considerada en varios fallos, tal como se señala en un documento traducido por Laura Martínez-Mora, uno de los cuales transcribo a modo de ejemplo.³⁹ En un caso sobre custodia de una niña de 15 años, cuya madre rechazaba una orden que le impedía el acceso a ella, la niña fue escuchada por el juez y expresó su interés de no volver con su madre por varios motivos (drogadicción y comportamiento inadecuado de la madre). EL juez dio la custodia temporal al padre y basándose en el artículo 12 de la Convención y expuso en uno de sus considerandos: “*En este momento, lo que está claro es que tenemos una niña de quince años que desea ser escuchada... Ella también tiene un interés sobre lo que ocurre en su vida. Es una vida que no pertenece a los adultos que se casaron y la trajeron al mundo. Ellos no tienen derecho exclusivo a discutir entre ellos acerca de ella como si fuera un objeto de propiedad personal*”.⁴⁰

En nuestro país existe escasa jurisprudencia al respecto. En los materiales docentes preparados por Jaime Couso se encuentra un fallo pronunciado por la Corte de Apelaciones de Valparaíso en 1996 que recoge expresamente el artículo 12 de la Convención, sin embargo no profundiza en el alcance y sentido de este derecho de participación del niño con relación al caso en comentario. En efecto, la apelación del fallo de primera instancia en un juicio de tuición, el cual niega lugar a la petición de la madre de que su hija vuelva a vivir con ella, la Corte en uno de sus considerandos sostiene lo siguiente:

³⁸ Ibid.

³⁹ UNICEF - Nueva York, *Traduciendo a la realidad el Derecho*, documento de trabajo, traducción de Laura Martínez-Mora, en *Justicia y Derechos del Niño*, N° 3, Buenos Aires, diciembre, 2001.

⁴⁰ Ibid.

“Tercero: Que, la indicada Convención en su artículo 12 N° 1 dispone: “Los Estados Partes”. En consecuencia, éstas son las normas que regulan la opinión del menor y no las de inmadurez que supone el apelante en el numeral 11 de su recurso y que se reiteraron en estrados. Además esta medida como puede verse, al tenor de las normas legales transcritas, no tiene por objeto mejorar la prueba de la demanda ni suplir la negligencia de la parte, sino que el imperativo a que se encuentra obligado el juez de menores, no sólo por la Convención sino que por el claro texto del artículo 36 de la ley 16.618 “... si fuere posible, deberá oír siempre al menor púber y al impúber, cuando lo estimare conveniente. Además, de los informes que solicite a los asistentes sociales, podrá requerir informes médicos, psicológicos u otros de que estimaren necesarios”.

Otros fallos nacionales -anteriores a la promulgación de la Convención- dan cuenta de la declaración de los niños involucrados y que éstas hayan formado parte de los fundamentos de la decisión final.⁴¹

Si bien, como dice Couso, podría considerarse un avance el reconocimiento explícito de la necesidad de escuchar las opiniones del niño, y su relación con la normativa vigente, no se resuelve en este fallo los criterios para determinar cuando un niño está en condiciones de formarse un juicio propio como lo prescribe la Convención en su artículo 12.1.⁴²

De esta forma se puede decir, que al menos hasta la fecha, la interpretación de la Convención ha ido por la línea de escuchar al niño, es decir, conocer su opinión, pero al menos no se desprende del tenor de las normas antes citadas ni de la jurisprudencia transcrita, la intención de incorporar al niño como una parte más al proceso judicial.

En este mismo sentido, la experta en derechos del niño, Mary Ann Mason⁴³ en un libro sobre custodia de niños sostiene que tanto si el proceso es una mediación o uno judicial, el foco está puesto frecuentemente en los derechos de los adultos más que en los de los niños. A su juicio aún estamos lejos de reconocer en los niños -aunque principalmente en los adolescentes- un derecho que ella ha acuñado como el derecho de los niños a consentir (*right to consent*),⁴⁴ pues si bien se les ha dado el derecho a expresar su opinión, no se les ha dado el derecho, por ejemplo, de elegir cual de los padres ejercerá la custodia o el derecho a solicitar cambios en

⁴¹ Ver en Gaceta Jurídica n° 29, año 1979, Corte de Apelaciones de Valparaíso, 14 de septiembre de 1979. (Tuición concedida al padre de las menores) y Gaceta Jurídica N° 108, año 1989, Corte de Apelaciones Pedro Aguirre Cerda, 14 de junio de 1989. (Cuidado de hijos menores. Inhabilidad física o moral de los padres).

⁴² Couso Jaime, ob. cit.

⁴³ Mason Mary Ann. *The custody wars. Why children are losing the legal battle and what we can do about it*, Basic Books, New York, 1999.

⁴⁴ Se refiere también a este derecho cuando se trata las decisiones de jóvenes adolescentes de abortar sin la autorización o en contra de la opinión de sus padres.

el sistema de contactos con el padre no custodio acordado por los padres o fijado por el tribunal. Incluso más propone la redacción de una norma legal que consagrara el derecho de consentimiento y de iniciar acciones legales.⁴⁵

En este sentido, Mary Ann Mason critica la práctica de mediación familiar que se lleva a cabo en EEUU al señalar que salvo, excepciones, en que existe la posibilidad de que un curador ad litem represente a lo niños, en general los niños no son bienvenidos al proceso de mediación de sus padres (*children were not welcome in mediation*) y sostiene que entonces la mediación deja de ser (o definitivamente no es) un proceso familiar democrático, sino que se trata de un proceso de negociación entre los padres.⁴⁶

El punto es como damos cumplimiento al mandato de la Convención: ¿sólo escuchando al niño? ¿O habría que situar al niño en calidad de parte directa del proceso de mediación junto a sus padres?

Las alternativas entonces de la participación de los niños en la mediación parecen ampliarse. Cuando comencé este documento aparentemente sólo se visualizaban dos opciones: (a) No hacerlos participar de ningún modo, pues el conflicto es de los padres; (b) Hacerlos participar expresando su opinión, siendo informados de los objetivos del proceso de mediación que viven sus padres.

Sin embargo, a la luz de lo expuesto, se agrega una tercera: c) Hacer participar a los niños como partes directas del proceso.

Si optamos por la alternativa c) y traemos a los niños a la mediación hay varios aspectos que habría que considerar, entre ellos -y tal vez el más importante- es definir los criterios a partir de los cuales el niño pueda actuar en esa calidad: edad, madurez, capacidad de formarse un juicio propio.

Respecto a la *edad de los niños*, ¿desde qué edad en adelante podrían los niños actuar como partes directas?

Muchos criterios podrían ser utilizados. Por ejemplo, de acuerdo a los expertos la adolescencia comienza a los 13 años; en EEUU los jóvenes obtienen su licencia de conducir a los 16 años; el proyecto de ley sobre infracciones juveniles a ley penal fija la edad de imputabilidad en los 14 años; la legislación española establece que el juez deberá oír al menor “si tuviere suficiente juicio, y siempre a los mayores de 12 años”.⁴⁷

⁴⁵ Una traducción de la norma propuesta por la autora en comentario sería la siguiente: “En todas las disputas, a los deseos y sentimientos de los niños se les deberá dar preferencia en consideración con la edad y madurez del niño. Un niño maduro tiene el derecho a consentir y a iniciar acciones”.

⁴⁶ Mason Mary Ann, *From father's property to children rights. The history of Child Custody in the United States*, Columbia University Press, New York, 1994.

⁴⁷ Artículo 92 del Código Civil Español.

Respecto de la *madurez de los niños*, ¿desde qué momento, edad, etapa evolutiva de los niños, se puede asegurar que un niño es maduro intelectual y cognitivamente?

Numerosos estudios se han realizado relativos a la competencia, capacidad de comprensión o madurez de los niños, principalmente en el área de la delincuencia juvenil. A modo de ejemplo, Mary Ann Mason indica que la teoría de desarrollo cognitivo sugiere que los niños de 14 años en adelante poseen capacidades cognitivas e intelectuales suficientes para prestar su consentimiento, sin perjuicio que la mayoría de los científicos está de acuerdo en que la gran parte de los niños alcanza un nivel de desarrollo a los 12 años de edad.⁴⁸

Finalmente, el aspecto -a mi juicio- más delicado es definir cuando un niño está en *condiciones de formarse un juicio “propio”*, y pongo comillas en la palabra propio, porque es precisamente ese aspecto el que hace más difícil visualizar la participación de los niños como protagonistas, tanto en un proceso de mediación como un proceso judicial.

Durante la crisis de la separación de sus padres ¿podrán los niños tener una visión propia de lo que ocurre? ¿Qué sucede con los conflictos de lealtades que surgen como reacción emocional a la ruptura? Si el niño manifiesta su intención de no ver al padre o a la madre, ¿qué consecuencias futuras se pueden derivar de esa opción?

Sin ser especialista veo con dificultad que el niño pueda abstraerse completamente de las presiones a la que pueda estar sometido, a los prejuicios, mitos, historias que ya rondan, a sus propios temores y dudas. Me cuesta imaginar que la sensibilidad de un niño no absorba la pesada carga emocional que conlleva la separación de sus padres, sin sentirse en algún momento triangulado por uno de ellos.

En este sentido, Mary Ann Mason enumera -sin hacerse cargo- de los posibles argumentos contrarios al derecho a consentir, y entre ellos incluye precisamente que el hecho de dejar al niño la decisión de optar con cual de sus padres desea vivir invita a los padres a competir uno contra el otro para ganar la tuición, poniendo de ese modo al niño bajo presión.⁴⁹

Si esta presión -digamos que inapropiada- se suma el conflicto de lealtades propio de la separación de los padres, es bastante probable que el niño no esté en condiciones de formarse un juicio libre y propio distinto del de sus padres, es decir, la capacidad de escindir sus opiniones, deseos y temores de los que sus padres -con buena o mala intención- les hayan hecho partícipes, es relativamente baja.

⁴⁸ Mason Mary Ann, *The custody wars*, ob. cit.

⁴⁹ Ibid.

El tema de los conflictos de lealtades es a mi juicio el punto dentro de toda esta discusión que pudiera poner en discusión los beneficios -y a la luz de la Convención, el derecho- de la incorporación y participación de los niños en la mediación familiar. ¿Cómo evitar que el niño repita -incluso a veces hasta con las mismas palabras- los deseos de uno de sus progenitores? ¿Cómo cuidar su “objetividad” frente al conflicto de sus padres?

Sin embargo, este obstáculo está presente tanto si se “escucha al niño” (alternativa b), como si el niño participa en igualdad de condiciones con sus padres en la mediación, como lo propone Mason (alternativa c). No es posible soslayar los conflictos de lealtades que pudieran existir en ninguna de las dos hipótesis.

VI. A MODO DE CONCLUSIÓN

No cabe duda que poco a poco la Convención de Derechos del Niño ha comenzado a tener una creciente aplicación en el derecho de familia -tanto en nuevas iniciativas legales, como en fallos de tribunales y más recientemente en la práctica de la mediación familiar- principalmente con respecto al principio del interés superior del niño (artículo 3), al derecho del niño de no ser separado de sus padres (artículo 9) y al derecho del niño de ser escuchado y emitir su opinión en los asuntos que le afecten (artículo 12).

Respecto a este último derecho de participación, la tendencia dominante tanto en la jurisprudencia como en la mediación familiar ha sido el de escuchar al niño, darle una oportunidad para que exprese sus deseos e intereses, siendo el juez -en el caso de un proceso judicial- o los padres en conjunto con el mediador -en un proceso de mediación- quienes reciben y toman consideración estas opiniones al momento del acuerdo.

La doctrina de la autonomía progresiva (artículo 5) en relación con la aplicación del artículo 12 nos plantea nuevos desafíos sobre cómo concretar este mandato en la práctica de la mediación familiar.

Dada la naturaleza de este proceso -colaborativo, multidimensional y de intervención directa de los afectados- la participación de los niños a la luz del concepto de autonomía progresiva parece congruente, y con mayor fuerza cuando se trata de hijos adolescentes. Desde luego, mucho más que con la lógica adversarial de un litigio judicial.

Me atrevería a decir -y en esto creo coincidir con mis colegas mediadores- que la tendencia se encamina por la alternativa (b) a que se hace mención en el punto anterior, esto es, escuchar a los hijos en un ambiente de confianza y pedirles que cuenten cómo se sienten, cuáles son sus temores y aprehensiones frente al futuro, que esperarían que sus padres hicieran en esta situación, qué necesitan saber para

luego “devolver” esta información a los adultos, es decir, transmitir a los padres las opiniones, intereses, dudas e inquietudes de sus hijos.

El objetivo que está detrás de esta propuesta es permitir a los padres conocer los intereses y necesidades de sus hijos de modo tomarlas en consideración al momento de decidir. Lo que se persigue es que estos padres decidan en forma informada, así como deben estar informados acerca de los derechos y obligaciones que ambos tienen (derecho de alimentos, derecho a mantener un contacto directo, entre otros), los padres también debieran estar en conocimiento de las opiniones de sus hijos.

Cabe señalar que en el caso de los adolescentes las entrevistas han de constituir la regla general. Si bien los adolescentes no escapan en un cien por cien del influjo de los conflictos de lealtades entre sus padres, por su edad y madurez, estarían en mejores condiciones que un niño menor de 12 años, por ejemplo, para formarse un juicio propio. Los adolescentes tienen sus preferencias, su visión de los hechos, sus propias expectativas, es decir, poseen más elementos de análisis como para tener una opinión acerca de lo que está ocurriendo al interior de su familia y de las consecuencias de una u otra decisión acerca de la vida familiar futura.

En esta línea Marinés Suares sostiene que «la presencia de éstos (los adolescentes) en el proceso no sólo es necesaria, sino que es imprescindible», incluso más ella considera que ellos deben concurrir a la firma de los acuerdos junto con sus padres.

La metodología a utilizar para entrevistar a los niños y adolescentes puede variar de acuerdo al modelo de mediación que se utilice o al contexto cultural donde se inserte el servicio, como ha quedado medianamente ilustrado en los capítulos anteriores. Sin embargo, parece indispensable que las reuniones con los hijos estén en manos de profesionales con formación y experiencia en trabajo con niños, ya sea que se trate de un profesional que se encargue específicamente de esta labor o del mismo mediador que conduce el proceso.

Los esfuerzos de los mediadores familiares deben abocarse entonces a propiciar una mayor participación de los niños - y sin excepción, en el caso de los adolescentes - y a definir objetivos, estrategias y metodologías, con el fin de dar vida a la Convención en nuestra práctica profesional.

Considero que los derechos de los niños que comprende este cuerpo legal internacional - en especial, el principio del interés superior del niño - deben dejar de ser sólo declaraciones de principios compartidas y no discutidas en la comunidad política y académica para transformarse en manifestaciones concretas, deben dejar de ser elucubraciones abstractas para encarnarse en casos reales, de familias con nombre y apellido, deben dejar de ser derechos contemplados en normas legales para constituirse en una experiencia procesal del derecho.

Tal vez, si casos como aquel con el que comencé este documento -en que el padre y sus hijas adolescentes convienen los términos de un acuerdo y éste es firmado por los tres- nos dé nuevos elementos, pistas y argumentos para definir la manera apropiada de actualizar los derechos del niño en la mediación familiar.

LOS NIÑOS EN LA MEDIACIÓN FAMILIAR

(COMENTARIO AL ARTÍCULO DE MACARENA VARGAS)

Paula Correa Camus¹

El punto de vista que desarrollaré en el presente comentario al completo documento de Macarena Vargas denominado “Los niños en la mediación familiar” aunque inevitablemente personal, recoge una **incipiente** reflexión que sobre este tema hemos estado haciendo en el Centro de Mediación de la Corporación de Asistencia Judicial², programa en cual un significativo porcentaje de las mediaciones versan sobre asuntos familiares³.

Lo que me propongo entonces es, a partir de la experiencia que allí hemos desarrollado, formular algunos aportes, en primer lugar sobre lo que se entiende por mediación familiar para enseguida referirme a nuestro enfoque sobre la participación de los niños en las mediaciones post-ruptura⁴.

Sin tener la pretensión de agotar ninguno de estos temas sino que muy por el contrario intentado contribuir a la apertura de un debate necesario a fin de enriquecer nuestra práctica.

1. MEDIACIÓN FAMILIAR

La mediación familiar es quizás la rama de la mediación que más desarrollo presenta universalmente. Múltiples y conocidos son asimismo los argumentos de que da cuenta la literatura y por los que se recomienda ampliamente el uso de este sistema para el abordaje de los conflictos post-divorcio o post-ruptura, los que frecuentemente se hacen sinónimo de mediación familiar. Y es precisamente en este ámbito de la mediación familiar -conflictos post. Divorcio- que se sitúa el tratamiento del tema que hace Macarena Vargas.

Al respecto y relacionándolo directamente con el rol de los niños en mediación, creemos que no es del todo correcto asimilar mediación familiar a mediación post ruptura.

¹ Abogada y mediadora. Directora del Centro de mediación de la Corporación de Asistencia Judicial de la Región Metropolitana, docente de la escuela de derecho de la Universidad Diego Portales en Sistemas Alternativos de resolución de Conflictos y Asesora del Ministerio de Justicia para el proyecto de tribunales de Familia.

Autora con otros del libro *El Proceso de Mediación*, Editorial Jurídica, abril 2002.

² Mas antecedentes sobre la experiencia de mediación que allí se desarrolla en *El Proceso de Mediación*, Alliende y otros, Editorial Jurídica de Chile, Santiago, Chile, 2002.

³ De acuerdo a estadísticas del centro cerca del 50% -47,3%- de los casos mediados corresponden a familia, otra materias frecuentemente mediadas son vivienda, comunitarios, deudas.

⁴ Preferimos hablar de mediación post ruptura y no post divorcio en razón de la inexistencia de éste.

Alba M. Gasparino⁵ se refiere a la mediación familiar como “disciplina que se ocupa de la búsqueda de soluciones en los conflictos que se originan en el núcleo familiar.”

En efecto, tanto en nuestra práctica de mediación como en el enfoque de destacados autores como Marinés Suarez⁶ son objeto de mediación familiar una serie de otros conflictos que van más allá de las rupturas de pareja, de hecho no siempre está presente dicha ruptura, tales como problemas de herencias, cuidado de familiares mayores y conflictos de los padres u otros familiares con niños o adolescentes.

En ese sentido entendemos que caben dentro del campo de la mediación familiar **todos los conflictos interpersonales concernientes al acontecer de una familia y que puedan ser solucionados por los involucrados.**⁷

En este enfoque es perfectamente posible imaginar -y de hecho así ocurre- conflictos en que niños o jóvenes son **participantes directos (protagonistas en el símil de Macarena)** en la mediación. A modo de ejemplo podemos señalar algunos casos:

- Jóvenes que tienen un conflicto con sus padres u otros familiares a propósito de la continuidad de sus estudios.

- Conflictos derivados de los embarazos adolescentes: mantención en el hogar, condiciones, forma de relacionarse con la pareja de él o la adolescente, roles de los futuros abuelos etc.

- Se trata normalmente de jóvenes entre 12 y 18 años.

La mediación la piden indistintamente ellos o sus padres y cuando lo hacen ellos normalmente ha sido a sugerencia de alguna institución o programa especializado que conoce su situación.

En este tipo de casos nuestra experiencia es que la mediación ha mostrado ser un eficaz mecanismo de resolución de conflictos, en el que padres e hijos y/ u otros familiares logran llegar a acuerdos concretos con espacios de participación y diálogo respetuosos que pueden constituir importantes experiencias de aprendizaje.

En ese sentido cabe resaltar entonces la idoneidad de la mediación, en sus principios y procedimientos, para el ejercicio y puesta en práctica de cuotas crecientes de participación y toma de decisiones de niños y adolescentes en asuntos que les conciernen, acorde con la Convención de Derechos del Niño (artículo 5 y 12).

⁵ Médica Psicoterapeuta española, ponencia *Los adolescente y su presencia en la mediación familiar*.

⁶ Marinés Suares, *Mediando en sistemas familiares*, Paidós, Buenos Aires, 2002.

⁷ Alliende y otros, ob. cit, p. 47

Por otra parte, quisiera llamar la atención que en estos casos -de mediación familiar en un sentido amplio- no se cuestiona la inconveniencia de convocar a niños o jóvenes, ni a que estos tengan poder de decisión, ni tampoco de parte de los mediadores se observan mayores dudas sobre sus capacidades o herramientas para trabajar con estos actores especiales, lo cual me lleva a pensar y con esto me aproximo al segundo punto de este comentario, que las dudas e inquietudes que se plantean sobre los niños y la mediación post. divorcio se relacionan más bien con una cierta reticencia natural a darles poder de decisión autónomo en un conflicto que claramente no es de ellos más que con otras cuestiones de principios.

2. LOS NIÑOS EN LA MEDIACIÓN POST RUPTURA, UN APORTE DESDE LA EXPERIENCIA DE MEDIACIÓN

Ilustrativos pueden resultar los datos de un estudio realizado en 1998 por las psicólogas Marcela Estrada y Andrea Pomés denominado “La práctica de mediación en centros institucionales desde la perspectiva de los mediadores, a tres años de su inicio en Chile”. Dicho estudio incluyó una entrevista al 100% del universo de los mediadores y en ella se incluyeron preguntas relacionadas con la participación de los niños en mediación:

FRECUENCIA EN QUE NIÑOS IMPLICADOS EN EL CONFLICTO ASISTEN A SESIÓN

	Base 17 Porcentaje
Nunca	23.5%
Algunas veces	64.7%
Siempre que hay niños implicados son citados a sesión	0%
Sesiones entre el mediador y los niños, sin padres	11.7%
Total	100%

Nadie señaló que esto ocurriera siempre que hay niños implicados

OPINIÓN DE LOS MEDIADORES SOBRE LA PARTICIPACIÓN DE NIÑOS EN SESIONES

	Base 17 Porcentaje
Bien	0%
Mal	17.7%
A veces necesario	82.4%
Total	100%

Más allá de que se trató de un estudio exploratorio que no ahonda mayormente en las razones y motivaciones de los mediadores, creo que estas cifras son útiles para marcar un **punto de inicio** en la discusión en nuestro país: los mediadores chilenos estamos más acostumbrados a trabajar con adultos e intuitivamente creo yo, compartimos la posición dominante desde la teoría de la mediación, esto es que el conflicto derivado de la ruptura de pareja es de los padres, que ellos están llamados -en principio- a tomar las decisiones y que la participación de los niños es opcional.

En ese sentido y considerando la situación actual como punto de partida quiero relevar dos aspectos: la pertinencia de mantener y profundizar una reflexión más allá del importante gatillador que ha constituido el documento de Macarena, y la necesidad de contar con más datos empíricos para lo cual sería útil que los centros incorporaran una variable de participación de los niños en sus registros y mediciones cuantitativas y cualitativas.

El documento en comento intenta contestar a la pregunta sobre el tipo de participación -descontado que alguna deben tener- de los niños en la mediación familiar post. divorcio de sus padres: protagonistas, actores secundarios etc. Yo creo que también es válida y ayuda el preguntarse sobre el rol de los niños en todo el proceso de separación o ruptura de sus padres y no sólo en un momento del mismo, cual es la participación en una mediación.

En realidad es el proceso entero de ruptura de los padres el que afecta al niño por lo que me parece que su derecho de expresión y a ser escuchado debe ser mirado en un continuo más amplio que la mediación, y que normalmente involucra a los padres directamente. Son ellos quienes informan a sus hijos de la situación, de los cambios que implica, los arreglos que harán y de acuerdo a su edad y madurez abrirán con ellos espacios de más participación y decisión acorde con el estilo de esa familia en particular.

El rol de la mediación es subsidiario respecto de las posibilidades de comunicación y acuerdos directos de los padres entre sí y respecto de los hijos y en ese sentido me parece que la participación de los niños en la mediación post. ruptura de sus padres también tiene algo de subsidiario, no es per se, por sólo satisfacer un requerimiento de la convención, sino que debe estar orientada a una finalidad.

Para nosotros en las mediaciones de familia cuando hay niños involucrados, se intenta siempre que el **foco de interés** de esa mediación esté en los niños, y digo se intenta pues eso no es resorte exclusivo del mediador sino que dependerá del sistema completo: partes (padres) y mediador.

Así, creemos que la sola presencia **física** de los niños en mediación no asegura que sus intereses sean considerados, ni que en las decisiones prime el interés superior de ese niño.

En mediación también se puede ayudar a los padres a que oigan más y mejor a sus hijos sin que éstos asistan físicamente a alguna sesión, lo que no significa que crea que no deben asistir nunca.

¿Cómo lograr que los niños sean el foco de atención? Lo que más allá de los discursos no es nada fácil ni evidente. Desde ya no tengo todas las respuestas, sólo algunas ideas e instrumentos que trabajamos en el centro:

- La experiencia nos ha mostrado que para que ello ocurra, para que los padres verdaderamente piensen en sus hijos y en lo mejor para ellos y de verdad los puedan escuchar en medio del conflicto que viven, es necesario **antes acogerlos a ellos** en sus necesidades. De lo que se deriva que hay que trabajar siempre primero con los padres y con sus necesidades.

- También es útil la realización de **sesiones privadas** con cada uno de los padres, donde se trabaja el tema.

- **Suspender temporalmente** la mediación mientras se trabaja con otras ayudas complementarias y

- Obviamente la **presencia física** de los niños; es decir creemos que la presencia de los niños en la mediación puede ser, entre otras, una buena herramienta para ayudar a los padres a focalizarse en ellos.

¿Cuándo y cómo hacer participar físicamente a los niños?

No tenemos una regla rígida.

Uno de los objetivos ya dicho es el fortalecimiento de los niños como foco de la mediación. Otro objetivo frecuente y no menos importante es el **de informar** al niño acerca del proceso en que están sus padres, sus características y objetivos, reafirmando el interés por ellos y que a su vez ellos puedan comunicar de su intimidad sin que nunca deban sentir que toman la decisión ni que son informantes de la situación.

En nuestra experiencia, cuando son varios hijos y se está pensando tomar una decisión difícil como separar a los hermanos, se produce un fortalecimiento del sistema fraternal y al contrario, es más difícil cuando se trata de un hijo único.

En este sentido también nos preguntamos *¿Porqué no los hacemos participar en más ocasiones?* Y queremos compartir muy francamente las razones que tenemos:

- Por no alargar las mediaciones,
- Por un interés de confirmar a los padres en su rol, esto obviamente si no hay otro indicio de alguna situación particular y
- Por no exponer a los niños a una situación estresante

¿Quién toma la decisión?

En la práctica del centro la decisión de oírlos es siempre del mediador y de los padres, nunca la impone el mediador en contra de los padres. En general es éste quien trabaja el acuerdo o aprobación de los padres, no es demasiado común que estos lo planteen y cuando uno de ellos lo pide frecuentemente es para obtener confirmación o descalificar al otro por lo que se trabaja esto antes.

En definitiva se trata de un punto de vista basado en una rica experiencia de ya varios años que hemos querido poner a disposición de una reflexión que esperamos continúe.

CONDUCTAS DISCRIMINATORIAS, ABUSIVAS E INFUNDADAS EN CONTRA DE ESTUDIANTES EN LA SELECCIÓN Y MARGINACIÓN EN LOS ESTABLECIMIENTOS DE EDUCACIÓN BÁSICA Y MEDIA

DIAGNÓSTICO Y CARACTERIZACIÓN DEL PROBLEMA¹

Lidia Casas Becerra²
Jorge Correa Sutil³

ESTE DOCUMENTO PROCURA, A PARTIR DE ALGUNAS DISTINCIONES CONCEPTUALES, CARACTERIZAR LOS PRINCIPALES HECHOS Y ACTOS QUE CONSTITUYEN PROBLEMAS PARA EL INGRESO Y MARGINACIÓN DE ESTABLECIMIENTOS DE EDUCACIÓN BÁSICA Y MEDIA Y QUE VULNERAN EL DERECHO DE EDUCACIÓN DE LOS NIÑOS EN LOS ESTABLECIMIENTOS SUBVENCIONADOS.

SE ENTIENDE POR ACTOS DISCRIMINATORIOS AQUELLAS DIFERENCIAS QUE NO PUEDEN SER JUSTIFICADAS RAZONABLEMENTE, MIENTRAS QUE LOS ACTOS ABUSIVOS SE DERIVAN DE LA DESIGUAL RELACIÓN QUE SE CONSTRUYE EN EDUCACIÓN. UN TERCER TIPO DE ACTOS, LOS INFUNDADOS, SON AQUELLOS EN QUE NO SE EXPLICITAN LOS FUNDAMENTOS PUDIENDO SER ACTOS DISCRIMINATORIOS O ABUSIVOS.

¹ Este es un primer informe sobre un estudio de los problemas de discriminación y abuso en la selección y marginación escolar en los establecimientos de educación básica y media realizado para el Ministerio de Educación en Septiembre de 2000. Se produjeron además otros documentos : *Descripción y análisis jurídico acerca del derecho a la educación y la discriminación* y *Propuestas de políticas públicas y normativas sobre conductas discriminatorias y abusivas en la selección y marginación escolar* en *Discriminación e interés público*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie publicaciones Especiales, N° 12, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2001. Este último es el documento propositivo de este estudio.

² Lidia Casas Becerra es profesora e investigadora en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

³ Jorge Correa Sutil es profesor investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales (al momento de realizar el presente estudio) y Subsecretario del Ministerio del Interior de Chile.

1. ANTECEDENTES GENERALES

Los conflictos al interior de los establecimientos de enseñanza básica y media han provocado inquietud en el Ministerio de Educación. Algunas cifras muestran que, en diversos períodos discontinuos desde diciembre de 1996 a marzo de 1999, las denuncias por actos abusivos o discriminatorios que padres y apoderados atribuyen a la dirección de los establecimientos superan las 14.000.⁴ A ello se suma que en ocasiones estos conflictos se ventilan con gran notoriedad a través de los medios de comunicación.⁵

El tema también han sido materia de preocupación por parte de los legisladores, quienes desde 1990 lo han abordado a través de diversas mociones. De hecho, se acaba de publicar una modificación a la Ley Orgánica Constitucional de Enseñanza (LOCE)⁶ cuyo origen fue la moción de un grupo de parlamentarios, quienes en 1994 reaccionaron frente a un caso puntual -pero paradigmático- de expulsión de una joven embarazada.⁷

El Congreso se encuentra actualmente discutiendo una modificación a la LOCE y otras normas legales a fin de prohibir prácticas discriminatorias, la que ha avanzado en su tramitación.⁸ Se mantiene pendiente la discusión de otras propuestas. Una de ellas importa una reforma constitucional destinada a conferir al derecho a la educación la acción de protección. Otros proyectos buscan garantizar la gratuidad y obligatoriedad de la enseñanza secundaria para cautelar los derechos de los padres ante los cobros que realizan los establecimientos educacionales.

Hasta la fecha, ni el Ejecutivo ni el Legislativo han abordado en forma sistemática los conflictos en esta área, por lo cual las modificaciones a la LOCE y otros cuerpos legales aparecen como medidas parciales y reactivas ante determinadas coyunturas. El Ministerio ha privilegiado el rol de mediador, llamando a los establecimientos a

⁴ Según datos que constan en el documento *Ministerio de Educación, Derecho a la Educación Minuta para la Discusión, marzo de 1998*. No obstante su fecha, este documento contiene datos hasta marzo de 1999. Éstos provienen de un estudio de la Unidad Normativa de la División General de Educación sobre reclamos escritos presentados por los padres o apoderados en los Departamentos Provinciales.

⁵ Los casos más patentes en los meses de julio y agosto de 2000 han sido la expulsión de dos jóvenes embarazadas del Liceo Técnico de Puente Alto, situación en que intervinieron directamente la Ministra de Educación y el Presidente de la República y la expulsión de seis niños de un colegio municipalizado de Quinta Normal, en que se han enfrentado las posiciones del Ministerio y el Gerente de la Corporación Educacional de Quinta Normal, quien defiende la facultad de expulsar a fin de proteger al resto de la comunidad educativa.

⁶ Aprobada por la Ley 19.688, publicada en el Diario Oficial del 5 de agosto de 2000.

⁷ Loreto Campos, expulsada del Instituto Comercial Blas Cañas. Su madre dedujo recurso de protección, el que fue rechazado. Loreto recibió el apoyo del Instituto Nacional de la Juventud y la moción parlamentaria fue presentada en conferencia pública con su presencia. La modificación a la ley expresa: "El embarazo y la maternidad no constituirán impedimento para ingresar y permanecer en los establecimientos de educación de cualquier nivel. Estos últimos deberán, además, otorgar las facilidades académicas del caso."

⁸ Presentada por los diputados Letelier, Saa, Bustos, Leal, Montes y Palma. Ver *Boletín 2252-04*. Según antecedentes disponibles en agosto del 2000, el proyecto se encuentra en el Senado para su estudio.

acatar normas, muchas de las cuales sólo tienen el carácter de instrucciones o recomendaciones. Además ha recibido y procesado denuncias; ha elaborado un estudio sobre el tema,⁹ ha recibido un estudio y una propuesta de ley de la Corporación de Estudios y Gestión Ambiental para el Desarrollo, a instancias del Parlamento Juvenil¹⁰ y ha elaborado con UNICEF una cartilla destinada a informar acerca de los derechos de alumnos y apoderados frente a la discriminación.¹¹ Por otra parte, el Gobierno cuenta con una unidad de defensa de los derechos del niño que ha intervenido en casos de conflicto escolar.¹²

A modo de ejemplo, podemos decir que la cartilla elaborada por el Ministerio con UNICEF ha provocado malestar entre sostenedores, al igual que las intervenciones del Ejecutivo en los últimos casos de expulsión de mayor notoriedad. Todo ello ha permitido que salgan a la luz pública las divergencias sobre cómo enfrentar situaciones difíciles e indebidas en las escuelas.

Existe una percepción generalizada entre los diversos actores de que se trata de un problema serio, no obstante la dificultad de cuantificar el fenómeno. Para enfrentar estas situaciones, el Ministerio celebró un convenio con la Escuela de Derecho de la Universidad Diego Portales a fin de revisar aquellas situaciones conflictivas que debían ser erradicadas. Con el objeto de limitar el objeto del estudio, se acordó que sólo se abordarían situaciones indebidas en los procesos de selección y marginación (expulsión y cancelación de matrícula). Abordaremos además algunos problemas relacionados con la matrícula y cobros pero sólo en la medida en que impliquen situaciones conflictivas.

Este documento tiene por propósito hacer una descripción y análisis de los distintos problemas que se enfrentan en la selección y expulsión de niños y jóvenes en establecimientos de educación básica y media municipalizados y particulares subvencionados. En virtud del convenio se elaborará además un estudio sistematizado de la normativa vigente, incluyendo una presentación de la jurisprudencia y una evaluación de las razones culturales, sociales o políticas que subyacen en la ineficacia de las normas vigentes; se preparará un documento de principios y criterios sobre selección y expulsión que tendrá como base el debate desarrollado por los participantes en la mesa de trabajo convocada por el Ministerio, y se confeccionará un documento con propuestas de políticas públicas y legislativas.

⁹ Véase nota 1.

¹⁰ Corporación de Estudios y Gestión Ambiental para el Desarrollo, *Estudio de antecedentes para la formulación y propuesta de un Proyecto de Ley para asegurar el Derecho a la Educación*, abril 1999.

¹¹ Ministerio de Educación y Unicef, *Guía de apoyo para padres y alumnos. Estudiar es un derecho. Nadie nos puede pasar por encima*.

¹² Se trata del Centro Regional de los Derechos del Niño (CREDEN), organismo generado por iniciativa interministerial. En el caso del Ministerio de Educación depende del Departamento Provincial-Sur y de la Secretaría Regional Ministerial de la Región Metropolitana.

Para elaborar este diagnóstico se han consultado diversas fuentes. En primer lugar, se ha procurado recopilar todas las fuentes secundarias o de textos ya publicados. Entre éstos destacan los informes del Ministerio de Educación sobre reclamos de padres y apoderados; los informes del Centro Regional por los Derechos del Niño (CREDEN) y los de la Unidad de Fiscalización de Subvenciones. En segundo lugar, se han efectuado entrevistas con los principales actores, particularmente funcionarios del Ministerio. En tercer lugar, se han aprovechado las opiniones vertidas en la mesa de trabajo convocada por el Ministerio y en la que participaron legisladores,¹³ asociaciones de establecimientos particulares subvencionados,¹⁴ la asociación de municipios, el Colegio de Profesores, representantes de la FESES y Parlamento Juvenil, asociaciones de padres,¹⁵ la Asociación de Directores, la UNICEF y diversos funcionarios del Ministerio. El alto grado de interés y activa participación en esta mesa de trabajo refuerza nuestra percepción de que estos conflictos constituyen un problema serio y que las soluciones, caso a caso, pueden no resultar del todo adecuadas.¹⁶ Se suma a ello la declaración pública emitida en agosto pasado (año 2000) por el Área de Educación de la Conferencia Episcopal de Chile.¹⁷

Ni los recursos ni el tiempo destinado a este estudio han permitido realizar investigaciones empíricas de carácter muestral, lo que habría sido de gran importancia, especialmente por la dificultad de obtener datos que cuantifiquen adecuadamente estos nudos problemáticos. Esta es una cuestión que debe ser abordada adecuadamente para evitar que la falta de información sistematizada sea argumento para restar importancia o invisibilizar estos conflictos.

En primer lugar, cabe destacar que la información sobre reclamos de padres y apoderados recibida por los departamentos provinciales se encuentra registrada en períodos discontinuos¹⁸ y no se contó con información actualizada sobre estas situaciones.¹⁹

Segundo, se advierte que la forma en que se registran las denuncias de los padres y apoderados genera categorías demasiado amplias que impiden un análisis

¹³ Se integraron en distintos momentos de la discusión los diputados y diputadas Sergio Elgueta, Maximiano Errázuriz, Juan Pablo Letelier, María Rozas, Fanny Pollarolo, María Antonieta Saa y Felipe Valenzuela.

¹⁴ Incluyendo la FIDE, la CONACEP, la Asociación de Educación Primaria y un representante de la Conferencia Episcopal.

¹⁵ Participaron representantes de la Asociación de Padres Católicos, de la ONG No Me Eches y de la Unión Comunal de Renca.

¹⁶ El representante de la Unión Comunal de Renca a la mesa de trabajo convocada por el Ministerio manifestó que la Unión pretende llamar a la creación de una instancia similar a nivel local.

¹⁷ Conferencia Episcopal de Chile, Área de Educación, La Iglesia Católica frente a la discriminación en educación, Santiago, agosto de 2000.

¹⁸ Se contó con los informes sobre reclamos de padres y apoderados recibidos por los departamentos provinciales para los períodos diciembre 1996 a abril 1997 y diciembre 1998 a marzo 1999.

¹⁹ Con todo, se incluyen datos más recientes recogidos por el CREDEN sobre casos de la Región Metropolitana.

de mayor precisión. Es más, la información no se encuentra desagregada; el único período con un mayor nivel de detalle va desde diciembre de 1998 a marzo de 1999. Se observan además imprecisiones que se analizarán durante la presentación de la información, por lo que los datos sólo pueden ser considerados como indicativos de un fenómeno cuyos contornos precisos no es posible determinar.

Además de describir los nudos problemáticas en la selección y marginación de alumnos, este documento procura establecer -en el apartado que sigue- un marco conceptual para actos indebidos, clasificándolos como discriminatorios, abusivos e infundados.

La tercera sección describirá los problemas de selección, entregará cifras acerca de la magnitud del problema e intentará una caracterización de los problemas que se verifican en este proceso. En especial, describiremos algunos problemas en relación a causales normalmente consideradas problemáticas, como rendimiento académico, características conductuales o psicológicas de los niños, características de la familia, el credo, la existencia de enfermedades o discapacidad, el embarazo y la situación socioeconómica.

La cuarta sección abordará problemas relacionados con la matrícula. Los datos sobre reclamos serán analizados en relación a la naturaleza de la relación contractual que se produce entre padres y apoderados y los establecimientos educacionales y los derechos que surgen de la matrícula. Revisaremos a su vez problemas relacionados con los cobros y las presiones que se ejercen para obtener su pago.

La quinta sección analizará situaciones problemáticas que dicen relación con la selección, expulsión y cancelación de matrícula. También estudiaremos los presupuestos que debe cumplir toda medida de marginación. La sexta sección tendrá por objeto estudiar las normas de convivencia en relación a la expulsión y cancelación de matrícula. Por último, revisaremos las conductas indebidas en la selección y marginación de estudiantes y los problemas de fiscalización que se advierten en este ámbito.

Al describir y analizar los problemas procuraremos emplear las categorías conceptuales que se desarrollan en la sección que sigue. Ello no siempre será posible, toda vez que los datos existentes distan mucho de emplear estas clasificaciones y no presentan homogeneidad ni parecen responder a clasificaciones predeterminadas con grados de sofisticación.

2. MARCO CONCEPTUAL: LA IMPORTANCIA DE DISTINGUIR

La mayoría de las situaciones problemáticas en el acceso y convivencia escolar han sido caracterizadas por parlamentarios, padres, Ministerio y medios de comunicación como problemas de discriminación. Ello provoca que situaciones

tan disímiles como actos abusivos por parte de los docentes, cobro ilegal de matrícula, suspensión por problemas de conducta o expulsión a causa de embarazo o mal rendimiento sean tratadas como problemas de igual naturaleza y enfrentados, generalmente, como casos de discriminación.

Es fundamental saber que no todos los conflictos o problemas del sistema escolar son actos de discriminación. Para ello es necesario elegir una forma determinada de conceptualizar la discriminación, distinguiéndola en especial de los actos de abuso de poder que se derivan de la desigual relación que existe entre alumnos y familias, por una parte, y los establecimientos educacionales, por otra, y los conflictos naturales que se originan en todo tipo de comunidad.

Se hace necesario nuevamente advertir que sólo se revisarán aquellas áreas problemáticas del ingreso, selección y expulsión de niños y jóvenes. No nos detendremos en un sinnúmero de situaciones discriminatorias y abusivas en la convivencia escolar que pueden verificarse en la forma que se desarrolla la cátedra; en los mensajes contenidos en textos escolares o los mensajes de los docentes al impartir sus clases. Al elegir unos procesos sobre otros no queremos implicar que los primeros sean más importantes que los segundos.

Se requiere alcanzar mayor precisión acerca de qué prácticas son discriminatorias o abusivas y cuáles, en cambio, son diferencias fundadas en legítimas opciones que se adoptan en el ejercicio de la libertad de enseñanza. Esta claridad debiera dar certeza a todos los actores acerca de las consecuencias de sus actos, de lo que pueden y no deben hacer y de las conductas lícitas y las que merecen sanción.

2.1. Conceptualización de la discriminación

Existen diversas perspectivas para aproximarse a la noción de discriminación, desde la semántica a la filosófica. Por nuestra parte, nos serviremos del sentido que el concepto tiene en los principales instrumentos internacionales, tales como la Convención Relativa a la Lucha contra las Discriminaciones en la Esfera de la Enseñanza y la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer. Entendemos que en ellos la expresión tiene una connotación negativa que esos textos emplean para procurar su erradicación; que no es la única posible, pues también la palabra, en el uso común, se emplea como sinónimo de distinción. Tenemos conciencia de que no toda distinción es discriminatoria, sino sólo aquella que produce daño y que no puede ser justificada en criterios racionales. Por otra parte, sabemos que el concepto que emplean los acuerdos internacionales contienen imprecisiones que abren otros problemas sobre los cuales jueces, juristas y filósofos discrepan legítimamente, con buenos argumentos que no logran aún convencer a una audiencia cada vez más universal

y, por lo mismo, multicultural. No obstante estas limitaciones, justificamos su empleo para efectos de un texto que pretende caracterizar la discriminación en los procesos de selección y expulsión en establecimientos escolares. Fundamos este empleo, desde luego, en el carácter de autoridad de esos textos aceptados por la comunidad internacional y vinculantes para Chile. El país no cuenta, por su parte, con una definición normativa del concepto, salvo la noción de distinción arbitraria que contiene la Constitución y que los tribunales han caracterizado como carente de justificación racional. Los criterios jurisprudenciales para definir la igualdad no han sido estables ni consistentes.²⁰ En la medida en que las definiciones contenidas en los tratados sean insuficientes para caracterizar alguna situación de las que analizaremos como discriminatorias, mantendremos la situación como dudosa o procuraremos el empleo de alguna precisión doctrinaria que trataremos de identificar en cada caso.

Todos los instrumentos internacionales utilizan el vocablo “discriminación” con una connotación negativa. Ellos entienden que se trata de una conducta que diferencia en el trato (entendiendo también la exclusión o distinción) y que tiene por propósito o produce una situación de inferioridad o perjuicio. Lo que interesa aquí no es si el agente tuvo por propósito discriminar, sino si las acciones u omisiones, aunque neutrales, tienen como resultado la exclusión o menoscabo de ciertos derechos.

El principio de la no discriminación se funda precisamente en la igual dignidad que poseen todos los seres humanos. Así, es discriminatorio cualquier acto que ponga a una persona en situación degradante o incompatible con la dignidad humana.²¹ Siguiendo los tratados, entenderemos por “acto discriminatorio” las acciones u omisiones que tienen por objeto excluir, distinguir, menoscabar u otorgar preferencias o que tienen por resultado la exclusión, distinción, preferencia, menoscabo o limitación en el reconocimiento, goce o ejercicio de derechos de ciertas personas, en razón de fundamentos que se contraponen a la ética o carecen de lógica. Estas acciones u omisiones tienen por finalidad o resultado el destruir o alterar la igualdad de trato en la enseñanza.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño entiende por discriminación “toda distinción, exclusión, limitación o preferencia fundada en la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, las opiniones políticas o de cualquier otra índole, el origen nacional o social, la posición económica o el nacimiento, que tenga por finalidad o por efecto destruir o alterar la igualdad de trato en la

²⁰ Véase por ejemplo Atria Fernando, *Los Peligros de la Constitución en Cuadernos de Análisis Jurídico, serie seminarios, N° 36*, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 1997.

²¹ Artículo 1° de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza, y Art. 13 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

esfera de la enseñanza”.²² Agrega la discriminación por causa de la condición, actividades, opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familias.²³

Como puede apreciarse, los criterios diferenciadores inaceptables habitualmente contenidos en tratados son el sexo, la raza, el idioma, credo, la condición social y las opiniones políticas o de otra índole, sean personales o de padres o tutores.

La Convención relativa a la lucha contra la discriminación en la esfera de la enseñanza señala que se entenderá que hay discriminación cuando: a) Se excluye a una persona o grupo del acceso a los diversos grados y tipos de enseñanza; b) Se limita a un nivel inferior la educación de una persona o grupo; c) Se mantienen sistemas o establecimientos de enseñanza separados para personas o grupos;²⁴ o d) Coloca a una persona o grupo en situación incompatible con la dignidad humana.²⁵ Finalmente, agrega que los Estados se comprometen a “no admitir, en cualquier forma de ayuda que los poderes públicos puedan prestar a los establecimientos de enseñanza, ninguna preferencia ni restricción fundadas únicamente en el hecho de que los alumnos pertenezcan a un grupo determinado”.²⁶

La consideración de características ajenas a la voluntad de los niños para desfavorecerlos en la selección o marginación de un establecimiento, tales como sexo, forma en que fueron concebidos, discapacidad, enfermedades, características de personalidad o pertenencia a un determinado arreglo familiar es, en principio, discriminatoria. Es igualmente discriminatoria la utilización de criterios que lesionen el derecho a la privacidad, tales como el credo o la vivencia de la sexualidad, pues atentan contra el derecho a la autonomía y la autodeterminación. La sexualidad o el ejercicio de ésta sólo podrían ser invocadas en la medida en que afectaran los derechos de terceros o constituyeran figuras delictivas.

Ello significa que es discriminatorio determinar el ingreso o marginación de los establecimientos escolares en razón del origen étnico o racial, el sexo, la discapacidad, las características de una persona, la presencia de enfermedades, el credo, las opiniones políticas, la conformación familiar y la forma en que un niño ha sido concebido. La utilización de estos factores *no* constituye discriminación

²² Artículo 1º de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza.

²³ Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Artículo 2, párrafo 2.

²⁴ Esta Convención admite expresamente la creación de sistemas o establecimientos de enseñanza privados o segregados por motivos de orden religioso, lingüístico o con la intención de añadir nuevas formas de enseñanza, siempre y cuando funcionen de acuerdo con esa finalidad y que la enseñanza proporcionada se ajuste a las normas que las autoridades competentes fijen o prescriban. (Artículo 2, letras b) y c).

²⁵ Convención, Artículo 1º.

²⁶ Convención, Artículo 3º letra d).

cuando tiene por propósito lograr la igualdad entre personas que históricamente han estado en situaciones de desventaja, como las mujeres.²⁷

La Convención sobre los Derechos del Niño prohíbe la discriminación en materia de educación, pero admite acciones positivas apuntadas a erradicar la desigualdad en los procesos educativos. La adopción de medidas positivas no importa discriminación, sino al contrario, el cabal cumplimiento de las obligaciones del Estado.²⁸

Como se verá más adelante, más compleja y discutible resulta la consideración del talento o rendimiento en la selección de alumnos, así como la marginación por conductas que, sin dañar directamente a terceros, constituyen una renuencia reiterada y persistente a acatar reglas legítimas del establecimiento educacional.

La Convención contra la discriminación en la enseñanza establece que no se entenderá por acto discriminatorio la creación o mantención de sistemas o establecimientos separados por sexo, idioma o credo, siempre y cuando ello no tenga por finalidad excluir a determinados grupos sino añadir nuevas posibilidades de enseñanza.²⁹

Algunos criterios utilizados en los procesos de selección y marginación no constituyen trato discriminatorio y se pueden justificar objetiva y razonablemente siempre que sus fines sean lícitos y los instrumentos de diferenciación adecuados y proporcionales a esas finalidades. Para que estos criterios no constituyan discriminación deben ser relevantes, razonables y justificables.³⁰ Así, serían discriminatorias las conductas en que los medios escogidos no guardan proporcionalidad con los fines que persiguen, no pueden ser justificados por contraponerse a la dignidad o igualdad de las personas, o que por otros motivos no sean justificables.³¹

La jurisprudencia del sistema europeo de derechos humanos considera que para que una acción u omisión sea considerada discriminatoria deben cumplirse los siguientes supuestos: a) Los hechos descritos denotan la existencia de un trato diferencial; b) La distinción hecha no responde a un fin objetiva ni razonablemente justificable, y c) No existe proporcionalidad entre medios empleados y fines perseguidos.³² Se entiende que una distinción es justificable y razonable cuando

²⁷ Se trata de las acciones o discriminación positiva especialmente descritas en el Artículo 4 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

²⁸ Medina Cecilia, ed., *Constitución, Tratado y Derechos Esenciales*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, Chile, 1993, pg. 20.

²⁹ Artículo 2 de la Convención relativa a la lucha contra las discriminaciones en la esfera de la enseñanza.

³⁰ Figueroa Rodolfo y Gómez Gastón, *Jurisprudencia en Recursos de Protección interpuestos por situaciones de discriminación que afecten a mujeres*, Centro de Investigaciones Jurídicas, Consultoría para SERNAM, Informe Final, Santiago, Chile, enero de 1999.

³¹ Ibid.

³² Gomien Donna, Harris David y Zwaak Le, *Law and Practice of the European Convention on Human Rights and the European Social Charter*, Council of Europe Publishing, Estrasburgo, 1996, pg. 353.

persigue un fin legítimo; con todo, es necesario además que los medios sean adecuados y proporcionales.³³ La Corte Interamericana ha seguido de manera equiparable las normas de su par europea.³⁴

2.2. Conceptualización de actos abusivos

Entenderemos por abusivos -distinguiéndolos de los discriminatorios- los actos u omisiones de los establecimientos educacionales que tengan un efecto negativo sobre la educación y la igualdad de oportunidades y que se derivan de la desigual relación contractual en materia educacional.

En el acto abusivo, el establecimiento impone la violación al derecho, el acto injusto o el trato indebido sin justificación, cuestión que se explica precisamente por la desigualdad de poder (conocimiento, poder económico, capacidad cultural, etc.) entre las partes contratantes.

El proceso educacional se verifica y presta en virtud de un contrato. Éste es típicamente un contrato por adhesión, aquel en que las cláusulas son dispuestas por uno de los futuros contratantes de manera tal que el otro no puede sino sólo aceptarlas o rechazarlas. Analizaremos la naturaleza de esta relación en el acápite cuarto sobre matrícula y su naturaleza. Estos problemas se generan en la desigualdad de poder de negociación y armas de las partes, en que las familias -y por extensión los niños- se encuentran en posición desmedrada.

A diferencia de los actos discriminatorios, estos problemas no dicen relación con las características de las personas involucradas sino con su condición de partes desiguales en una relación contractual. Aunque cruzan a todo el sistema educacional, se dan con mayor fuerza en la medida en que las familias de los niños, como usuarios, tienen menos poder de negociación.

Muchos de los problemas en la relación padres-escuela se originan en la falta de una definición clara de esa relación contractual, las características que debe cumplir y las facultades del Ministerio en esta área. Los actos cuestionables cubren un amplio espectro que va desde la retención de documentos y certificados por no

³³ El punto de la proporcionalidad de los fines queda ilustrado en un caso ventilado en la Corte Europea, en que padres de distintas religiones litigaban la tuición de los hijos. Dado que la Corte Suprema del país entregó la tuición al padre basándose en la religión de la madre, la Corte Europea señaló que hubo trato diferenciado por causal de religión. La Corte, agregando que el fin perseguido por el fallo era legítimo -protección de la salud y derechos de los niños- estimó sin embargo que los medios elegidos eran desproporcionados al fin perseguido y que, en consecuencia, el fallo era discriminatorio. Caso Hoffmann, Judgement of 23 June 1993, Series A N° 255-C citado en Gomien y otros, ob. cit., pgs. 352-353.

³⁴ Espejo Nicolás, *Interpretación amplia de la no-discriminación a la luz del principio de igualdad. Un enfoque igualitario del interés público*, Centro de Investigaciones Jurídicas, Facultad de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, mayo de 2000, pg. 6.

pago a los cobros indebidos y la no renovación de matrícula por motivos económicos o de conducta, sin aplicar las normas del debido proceso.

2.3. Los actos infundados

Entenderemos por actos infundados aquellos en que los afectados no pueden discernir las razones o criterios que sustentan una decisión de la autoridad escolar. Estos actos pueden o no ser discriminatorios o abusivos; lo criticable es que no se expliciten razones.

Toda comunidad que no contemple formas de decidir conocidas por el resto puede ser calificada como autoritaria y carente de razonabilidad. La falta de publicidad de las reglas que se usan o de la oportunidad en que se aplican ciertos criterios y la falta de argumentación que justifique una medida -sea para marginar o negar el ingreso- provocan incertidumbre entre los afectados, creando la percepción de que las reglas no son claras o se aplican de modo imprevisible.

Éstos son casos de falta de transparencia sobre la forma en que se adoptan decisiones: quién las toma, cuáles fueron los criterios y si éstos fueron debidamente explicitados tanto en el tratamiento de una situación como en su resolución.

3. PROBLEMAS EN EL INGRESO

Uno de los problemas que aquejan a las familias es encontrar un establecimiento que cumpla con sus expectativas educacionales. Tanto los tratados de derechos humanos como la Constitución y las normas legales apuntan a que educar y formar a sus hijos e hijas es un derecho preferente de los padres que incluye elegir el establecimiento que pueda satisfacer sus necesidades. Pero lo cierto es que la posibilidad de elección se ve limitada por una diversidad de factores, entre ellos capacidad económica, comuna de residencia, oferta educativa y ciertos factores asociados a las especiales características del niño o niña. En muchas partes del país, para los sectores de bajos ingresos la oferta educacional es escasa.

Si bien no conocemos estudios relativos a la relación entre oferta y demanda educativa en el país, se ha constatado que en varias comunas de la Región Metropolitana la inversión en educación no ha tenido relación con el crecimiento demográfico, lo que ha provocado un desequilibrio a nivel de las comunas, algunas de las cuales muestran un marcado déficit.³⁵ Este estudio de MIDEPLAN muestra

³⁵ MIDEPLAN, *Diagnóstico y recolección de información de educación bajo la perspectiva del transporte, Informe Ejecutivo*, CITRA LTDA., noviembre 1998, pgs. 20 a 29. Se informó además de gobiernos comunales que no han construido un solo establecimiento, dependiendo la oferta educacional de la iniciativa de privados.

que en la Región Metropolitana existe un gran déficit de matrícula de enseñanza media en La Pintana, La Florida, Puente Alto, Maipú, Cerro Navia, Pudahuel, Peñalolén, La Granja, Renca, Conchalí y El Bosque. El estudio concluye que no es sólo un problema de construcción de más escuelas, sino de mejorar su calidad a fin de que éstas sean más atractivas para las familias, especialmente por la mayor dificultad relativa para llenar las plazas disponibles en comunas deficitarias.³⁶

Un reciente estudio de la Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile corrobora los hallazgos del estudio anterior y pone de relieve la existencia de un serio déficit de establecimientos municipales, en especial de enseñanza media.³⁷ Ambos estudios coinciden en indicar que, al menos dentro de ciertos sectores y mercados educacionales, hay más demanda que oferta. Así, resulta particularmente importante examinar procesos de selección que son manejados con plena autonomía por los colegios sin que exista norma que regule o limite.

Es un principio generalmente aceptado que son los padres los llamados a elegir la enseñanza de sus hijos, y por consiguiente, a elegir el establecimiento educacional. No obstante, la práctica indica que en vastos sectores es el establecimiento el que elige al niño. En el período diciembre de 1998 a marzo de 1999, las denuncias sobre denegación de matrícula constituyeron el 29%³⁸ de los reclamos recibidos por los Departamentos Provinciales del Ministerio. Entre diciembre de 1996 a Abril de 1997 éstas constituyeron el 15%.³⁹

Una opinión frecuente entre los entrevistados da cuenta de la falta de transparencia en el modo de selección de los postulantes y los criterios subyacentes. Según las observaciones de los actores, la negación de matrícula por falta de vacantes esconde las verdaderas motivaciones de negativa a aceptar a un estudiante.⁴⁰ De acuerdo a las observaciones y atención de casos por el Ministerio, la mayor parte de las veces en que el postulante no cumple con los criterios -generalmente desconocidos por la familia- se les niega matrícula aduciendo falta de vacantes. Esa es la respuesta

³⁶ Ibid.

³⁷ Muñoz Alejandra, *Preocupante déficit de colegios en comunas de la Región Metropolitana*, La Tercera, 27 de agosto, 2000, pg. 19. Este estudio señala que las comunas con mayor déficit son Huechuraba y Peñalolén. Este fenómeno ha creado subsistemas educacionales en que estudiantes de una comuna son recibidos por el sistema municipalizado de otra.

³⁸ El Ministerio registró 2.024 reclamos por denegación de matrícula en un universo de 7.050 denuncias. Cifras provenientes de número de reclamos que afectan el derecho a la educación de los alumnos y otras situaciones anómalas (diciembre 1998 a marzo de 1999).

³⁹ Entre diciembre 1998 y marzo 1999 los reclamos alcanzaron el 15% del total. Entre diciembre 1996 y abril 1997 éstos alcanzaron a 4.008 de un total de 7.940; es decir más del 50% de todas las denuncias. *División de Educación General, Reclamos en Orden Decreciente y por Situación Problemática, abril de 1997*. Véase nota 4.

⁴⁰ Entrevistas con personal de las oficinas de Información, Educación y Cultura, CREDEN, División General de Normativa y asociaciones de padres representadas en la mesa.

TABLA 1

**Reclamos de denegación de matrícula
diciembre 1998 - marzo 1999⁴¹**

Denegación de matrícula	Total nacional	Porcentaje
Carencia de vacantes	1.027	50,7
Repitencia	447	22,0
Bajo promedio de calificaciones	139	6,8
Documentación incompleta	139	6,8
Alumnas embarazadas	48	2,3
VIH/SIDA	01	0,04
Padres separados	14	0,69
Discapacidad	22	1,0
Otro	187	9,2
TOTAL	2.024	100,0

habitual que la escuela entrega a los padres como forma de evitar cuestionamientos. No obstante, cuando tienen sospechas fundadas de que la razón del rechazo es otra, algunos padres reclaman ante el Ministerio. De hecho, esta causal es la principal fuente de reclamos.

El período de diciembre 1998 a marzo de 1999⁴² registró 2.024 denuncias sobre denegación de matrícula, de las cuales casi el 51% (1.027) aducían falta de vacantes.⁴³ En los demás la decisión se justificaba en base a rendimiento académico, embarazo, VIH/SIDA, la conformación de la familia y la discapacidad (véase Tabla 1).

Analizados los datos de reclamos por región, se puede advertir que la II, IV, V, VIII y Metropolitana muestran mayor incidencia de denuncias en esta área (véase Tabla 2). Por otra parte, los datos evidencian una marcada diferencia respecto de otras regiones, en especial la I, III, X y XII, y en menor medida las Regiones IX y XI. La Región Metropolitana registra casi el 27% de todas las denuncias, la II un 11.8% y la IV el 11.5%. Para esta situación hay variadas explicaciones: es posible un subregistro de los reclamos, menos familias que

⁴¹ Encuesta a Secretarías y Departamentos Provinciales, junio de 1999. Véase nota 4.

⁴² Unico período en que los reclamos se encuentran desagregados por causal y tipo de problema.

⁴³ Los datos que se tuvieron a la vista no estaban desagregados por tipo de establecimiento educacional, nivel educacional ni sexo. Las denuncias sobre selección recibidas en el CREDEN son escasas, en atención a que su trabajo se orienta a revisar situaciones de marginación y otras de convivencia escolar. Con todo, el CREDEN informa que durante el primer semestre de 2000 se investigaron 245 casos, 14 de los cuales corresponden a problemas de ingreso, y en particular, negación de matrícula. CREDEN, *Estado de Avance, Intervención año 2000*.

TABLA 2

Reclamos de padres y apoderados, por región diciembre 1998- marzo 1999 ⁴⁴														
Secretaría Educacional														
	1ª	2º	3º	4º	5º	6º	7º	8º	9º	10º	11º	12º	RM	Nac.
Carencia de vacantes	6	108	4	145	80	73	16	67	23	5	20	—	480	1.027
Repitencia	1	20	1	38	35	43	37	45	14	4	12	9	188	447
Bajo promedio	1	1	—	13	12	2	15	23	2	—	—	8	62	139
Documentación incompleta	—	92	—	26	5	1	2	4	—	—	2	—	62	194
Embarazo	4	2	—	2	12	3	2	—	—	—	—	3	20	48
SIDA/VIH	—	—	—	—	—	1	—	—	—	—	—	—	—	1
Padres separados	1	8	—	—	1	—	2	—	—	2	—	—	—	14
Discapacidad	1	—	—	1	2	4	—	7	1	—	1	—	5	22
Otro	1	7	1	8	—	5	—	—	—	—	5	—	160	187
TOTAL	15	238	6	233	147	132	74	146	40	11	40	20	977	2.079

denuncian, o menos situaciones problemáticas respecto del ingreso. Nos inclinamos por la primera hipótesis. Las entrevistas realizadas indican que existiría algún grado de mal entendido entre funcionarios del Ministerio que parecerían pensar que mostrar situaciones problemáticas no es bueno para los Departamentos Provinciales.

El tema que subyace en todo el proceso de selección es la falta de transparencia. Los padres carecen de información sobre número de vacantes, criterios de selección y procedimientos que se utilizarán y, en caso de tenerla, de capacidad para verificar que las normas se apliquen conforme a lo anunciado.

Un problema adicional es la ausencia de normas. Los establecimientos tienen autonomía en los procesos de selección y no están sujetos a regulación ni a justificar los criterios que utilizan. Las pocas disposiciones que existen se refieren a la edad o a discriminar en razón del estado civil, embarazo, discapacidad o VIH/SIDA. No obstante, la mayoría no contempla sanciones en caso de incumplimiento ni fiscalización especial.

A continuación analizaremos los criterios más problemáticos que utilizan los establecimientos educacionales en la selección de estudiantes.

⁴⁴ Ibid.

3.1. Rendimiento escolar

La selección de un postulante está fuertemente determinada por el rendimiento o la presencia de aptitudes o talentos que permitan pronosticar su futuro académico. Se producen en verdad dos situaciones distintas: postulantes que ingresan a cursos superiores por cambio de establecimiento y los que ingresan por primera vez.

Para seleccionar a quienes ingresan por primera vez a la educación básica se utilizan una serie de pruebas destinadas a discernir características psicológicas y medir conocimientos y aptitudes. Si una escuela sólo admite a los más talentosos o inteligentes para mantener o acrecentar su prestigio o calidad, puede lograrlo. Pero ello es simplemente el resultado de recibir una “mejor materia prima” y no equivale a mejor metodología educacional.

El uso de estos criterios no siempre es considerado legítimo; de hecho, entre diciembre de 1998 y marzo de 1999 este criterio fue la segunda fuente de reclamos. Tal como se puede advertir en la Tabla 1, la denegación de matrícula por repitencia o bajo promedio representan conjuntamente cerca de un 30% de los reclamos.⁴⁵ Con todo, es posible que en esta categoría también se encuentren casos de cancelación o no renovación de matrícula por repitencia o rendimiento académico. Un estudio muestra que la selección por rendimiento académico no es percibida como un problema en la medida en que es una forma de aumentar el prestigio de la escuela.⁴⁶

Para algunos, el solo uso de criterios para pronosticar el éxito sería discriminatorio, ya que tiende a reproducir a nivel escolar la competitividad, exitismo y, sobre todo, la desigualdad imperantes en la sociedad de mercado, haciendo imposible cumplir con los objetivos de formar para la libertad, la integración y la participación ciudadana en una sociedad democrática y tolerante.

Otros actores⁴⁷ manifestaron que la selección de niños según rendimiento se justifica por la elevada demanda y la escasa oferta en ciertos establecimientos. De acuerdo a algunos entrevistados, este problema se acentuaría aún más respecto de los establecimientos técnico-profesionales, típicamente preferidos por familias de recursos bajos y bajos medios que buscan acceso a una educación media que otorgue herramientas ocupacionales.⁴⁸ Estos actores miran la competencia de los establecimientos como positiva para elevar el nivel general y justifican que los

⁴⁵ Un tercio de los casos de negación de matrícula atendidos por el CREDEN durante el primer semestre de 2000 se originaron en criterios de rendimiento. CREDEN, ob. cit.

⁴⁶ Madgenzo Abraham, *Percepción de la discriminación desde los actores*, s/f.

⁴⁷ Comentarios vertidos por la Asociación de Directores y Sostenedores en la mesa de trabajo convocada por el Ministerio.

⁴⁸ Reunión con funcionarios de Oficina de Información, Educación y Cultura del Ministerio de Educación.

establecimientos de mayor prestigio y demanda seleccionen en base al rendimiento académico, y en algunos casos, a pruebas de admisión. Para quienes así opinan, la prohibición de considerar el talento en la selección niega el derecho de los establecimientos a dirigir sus propios proyectos educativos, incluyendo orientaciones de excelencia académica.

Por nuestra parte, y sin perjuicio de las propuestas que hagamos en el documento propositivo que habremos de elaborar, quisiéramos listar desde ya aquellos casos en que la selección sobre la base de estimar talento o potencial resulta claramente discriminatoria, abusiva o indebida:

- Cuando se excluye por este motivo, sin llenar vacantes previamente determinadas. Al menos los establecimientos que reciben subvención estatal deben tener la obligación de anticipar su número de vacantes y de no excluir a nadie por rendimiento o pronóstico de rendimiento hasta tanto no haya más postulantes que vacantes.
- Cuando los criterios o tests con que se mide el talento no son razonables ni objetivamente justificables.
- Cuando el número de vacantes, el tipo de pruebas -al menos en sus rasgos fundamentales- los criterios de corrección y los resultados no son conocidos ni plenamente accesibles para los postulantes.

En otras palabras, si las pruebas de ingreso tienen por objeto utilizar un criterio objetivo para regular la demanda, deben ser utilizadas con mucha cautela y observando ciertos requisitos. Esta forma de selección debe ser seria, transparente y respetuosa de los niños y sus familias y debe sustentarse en instrumentos pedagógicos científicamente reconocidos.

Sobre las pruebas de admisión existen además problemáticas adicionales. Por ejemplo, en algunos casos se debe pagar por rendir la prueba. Ello puede significar un cobro encubierto, en circunstancias de que algunos establecimientos -p. ej., municipalizados y subvencionados particulares de enseñanza básica- no están facultados para ello. El cobro por prueba de admisión puede tener por consecuencia la marginación de niños de menores recursos.

Este es un problema complejo de resolver. No estamos seguros, por ahora, que el Estado pueda prohibir el uso de estas pruebas, pero es bastante plausible pensar que el uso de estos criterios no sólo reproduce sino que agrava las diferencias sociales. Existen indicadores que señalan que el acceso a la educación desde temprana edad redunde en mejores logros académicos.⁴⁹ De acuerdo a la encuesta CASEN, en 1996 sólo el 22,3% de los niños del quintil más pobre estaban en un

⁴⁹ Corporación de Estudio y Gestión Ambiental para el Desarrollo, ob. cit., pg. 11.

programa educativo pre-básico, mientras que el 48,4% del quintil con más ingreso participaba en la educación parvularia.⁵⁰

La selección o la negativa a matricular por repitencia puede ser fuente de dos situaciones conflictivas. La primera -y que normalmente da origen a la segunda- se produce cuando un estudiante es marginado por haber repetido el año escolar -cuestión que abordaremos en la sección sobre expulsión- ante lo cual la familia debe buscar otro establecimiento. Para los funcionarios de las Oficinas de Información de Educación y Cultura del Ministerio que pudimos entrevistar éste es un punto de preocupación, pues deben enfrentar a padres que concurren con mucha ansiedad a sus oficinas en busca de apoyo para encontrar un colegio dispuesto a aceptar a un niño repitente. En el período diciembre 1998 a marzo 1999, el 8,3% (586 de 7.050) de todos los reclamos registrados por esa repartición se originaron por esta causa.

Según cifras internacionales de 1989, en Chile sólo el 41% de los niños hasta 6º básico nunca había repetido de curso.⁵¹ Con todo, la repitencia ha disminuido. En 1997 el país registró una tasa de repetición considerablemente menor al promedio de América Latina y el Caribe.⁵² Pero el fenómeno sigue afectando a gran número de niños, lo que convierte a los criterios de rendimiento en la selección y en especial la repitencia como causal de no admisión en tema relevante.

3.2. Características conductuales o psicológicas

La utilización de criterios de selección basados en características psicológicas constituye, en principio y salvo situaciones excepcionales, un acto discriminatorio, pues atiende sólo a cualidades ajenas al control de los niños. Entendemos comprendidas en esta categoría el uso de indicadores distintos al rendimiento. El criterio puede ser justificable y razonable en la medida que persiga considerar las especiales necesidades educacionales de un niño, en particular que reciba educación en un establecimiento especial.

Distintos actores señalan que las familias con niños que presentan cuadros de déficit atencional tienen menos probabilidades de elegir el establecimiento, señalando que para establecer o detectar problemas psicopedagógicos las escuelas solicitan

⁵⁰ Casen 1996, citado en *ibid.*, pg. 11.

⁵¹ Wolff Lawrence, Schiefelbein Ernesto y Valenzuela Jorge, *Mejoramiento de la Calidad de la Educación Primaria en América Latina y Caribe: Hacia el Siglo XXI*. Banco Mundial, Washington, D.C., 1994. Citado en *El Futuro está en Juego: Informe de la Comisión Internacional sobre Educación, Equidad y Competitividad Económica en América Latina y el Caribe*, abril 1998.

⁵² Colegio de Profesores, *Evaluación de la repitición, deserción y calidad de la educación en Revista Corporación Opción*, julio 2000.

antecedentes como la hoja de vida, en donde constan algunas de estas características o problemas. Según la información recogida, algunos funcionarios del Ministerio aconsejan a los padres abstenerse de mostrar estos antecedentes al postular a fin de evitar que el colegio tome conocimiento de la situación y niegue la matrícula.

3.3. Características de la familia

Un reciente estudio del Servicio Nacional de la Mujer (SERNAM) confirmó los resultados de un estudio realizado por el Programa de Mejoramiento de la Calidad y Equidad de la Educación que señalaba que las escuelas se sienten amenazadas por una estructura familiar distinta a la “ideal”.⁵³

Algunos estudios muestran que la escuela funciona pensando que la familia biparental es la que *debe ser*, por lo que los demás tipos de estructura familiar son objeto de prejuicio.⁵⁴ Diversas fuentes indican que existen fuertes prejuicios contra niños de padres separados, no casados o que viven en estructuras familiares distintas a la “norma socialmente aceptada”.⁵⁵ Esta situación se evidencia en algunos establecimientos más en que otros, y en especial en aquellos que tienen ciertas pautas valóricas sobre lo que es socialmente aceptable.⁵⁶

Para discernir la estructura familiar o el estado civil de los padres algunos colegios solicitan la libreta de familia u otros documentos que acrediten el estado civil. Sin embargo, diversos actores, incluyendo los padres, agregan que al momento de negar matrícula los establecimientos aducen otros motivos, en particular la falta de vacantes. Ello podría explicar que entre diciembre 1998 y marzo de 1999 los departamentos provinciales sólo registraran 14 denuncias de negación de matrícula en razón de la estructura familiar. Dado que la sociedad muestra cada vez mayor tolerancia a las estructuras familiares distintas, se hace más difícil que un establecimiento admita abiertamente haber negado el ingreso por esta razón.

La selección de los niños por la forma en que han sido concebidos o la estructura de su familia es discriminatoria en conformidad a los instrumentos de derechos humanos, sobre todo si consideramos que el niño no tiene control alguno sobre estos factores.

⁵³ *Informe Comisión Nacional de la Familia*, SERNAM, 1994, citado en Ramírez Valeria, *Demandas al Sistema Educativo y Evaluación de Padres/Madres Apoderados*, SERNAM, documento N° 68, Santiago, Chile, 1999, pgs. 16-17.

⁵⁴ Gubbins Verónica, *Relación entre familia y escuela: sistematización y análisis bibliográfico*, SERNAM, Santiago, 1996, citado en Ramírez Valeria, ob. cit.

⁵⁵ Entrevistas a actores claves y *Registros de denuncias al SEREMI de la Quinta Región*.

⁵⁶ Entrevista con diversos actores.

3.4. El credo

Existen casos en que el establecimiento condiciona el ingreso a que el niño o la familia profesen un credo determinado. Para poder determinar si se cumple con requisitos de orden religioso, el colegio normalmente solicita partidas de bautismo o la realización de ciertos sacramentos a padres e hijos. En este sentido, a veces se confunden los criterios de selección -ya sea por las creencias religiosas de la familia o del niño- con la constitución de la familia.

En ocasiones la familia elige un establecimiento consciente de no profesar las mismas creencias, pero aceptando las reglas que ahí se imponen por calidad, necesidad u otro motivo. En algunos casos los establecimientos instan a las familias a desistirse de su opción. De hecho, no hay datos de denuncias por esta causal. Algunos de los entrevistados señalaron que este tipo de discriminación no es menor pero que los padres tienden a resignarse, pues perciben que un reclamo no tiene posibilidades de éxito o que la negación es legítima aunque no les guste.

A nuestro juicio, el uso del credo como criterio de selección cae dentro de aquellas prácticas prohibidas donde la luz de alerta se debe encender. No hay discriminación en la organización de establecimientos educacionales en base a una orientación religiosa, siempre y cuando no se excluya a grupos determinados y el propósito sea entregar más opciones educativas. Esta conclusión tampoco obsta para reconocer el derecho del establecimiento de exigir de los postulantes respeto y aceptación de su orientación religiosa.

3.5. Presencia de enfermedades o discapacidad

Las condiciones físicas, salud o apariencia pueden constituir una barrera en el ingreso de un niño a un establecimiento educacional. Según algunos entrevistados, existen establecimientos que no admiten a niños que padecen de una enfermedad si consideran que existe riesgo para otros, sea éste real o percibido. Esta situación es frecuente con niños seropositivos, a juicio de los entrevistados. Es interesante resaltar que esta percepción se contrapone con el hecho que el Ministerio tenía registrado sólo un caso de este tipo. Algunos sostenedores señalan que en situaciones como ésta actúan bajo presión del resto de la comunidad, la que amenaza con retirar a los niños si UNO con VIH es aceptado. Ello contrasta con los resultados de una encuesta sobre intolerancia y discriminación de la Fundación IDEAS, en que el 64.6% de los entrevistados señaló estar en desacuerdo que los niños portadores del virus del SIDA estudien en colegios segregados.⁵⁷ Es posible explicar esta aparente contradicción si se considera que las actitudes de las personas son distintas cuando perciben una amenaza de riesgo cercano.

⁵⁷ Fundación Ideas, *Primera Encuesta Intolerancia y Discriminación. Informe y Análisis*, Santiago, Chile, 1997, pg. 65.

Las dolencias que puedan importar riesgo -cáncer, diabetes, hemofilia u otras- en ocasiones son utilizadas en contra del niño al momento de decidir su ingreso. Los sostenedores señalan que no están en condiciones de aceptar a niños que puedan estar expuestos a riesgos en la escuela.⁵⁸

De acuerdo a la opinión de algunos entrevistados, el temor a aceptar a niños en estas situaciones se explica en cierta medida por la preocupación del colegio de ser civilmente responsable por los accidentes que el niño pueda tener.⁵⁹ En otros casos se trata de preocupación por la vida y la salud de niños que, según se percibe, deberían estar en colegios que ofrezcan especiales condiciones de seguridad.⁶⁰

La discapacidad física puede constituir una barrera para la integración a una comunidad educativa, pero pareciera que hay mayor conciencia sobre la exclusión por razones relativas a condiciones o discapacidad física. Entre diciembre de 1998 y marzo de 1999 se registraron 22 reclamos por esta causa. Un estudio encontró que el alumnado identifica la discapacidad y las características físicas y de personalidad como los motivos más relevantes de prácticas discriminatorias.⁶¹

Algunos sostenedores señalan que la ley sobre integración a la discapacidad no es eficaz y no ayuda a cumplir este propósito, pues no otorga financiamiento efectivo para adecuar la infraestructura.⁶² En este caso los criterios atienden a las especiales características del niño. Salvo que se esgrima justificación razonable y la medida sea proporcional a los fines, esta sería una selección por una causal discriminatoria. No juzgamos que el establecimiento educacional tenga derecho a marginar un niño aduciendo su protección, pero debe aclarar los medios con que cuenta para su cuidado y protección y adelantarse a dejar constancia de los cuidados que puede o no ofrecer. Más compleja es la situación de enfermedades contagiosas propagables por vía de actividades habituales, tema sobre el cual volveremos en el documento propositivo.

3.6. Embarazo

Entre diciembre de 1998 y marzo de 1999 se produjeron 48 reclamos de negación de matrícula por este motivo, constituyendo el 2,3% de total. Las distintas opiniones coinciden en que muchas jóvenes y sus familias ni siquiera se acercan a los establecimientos en busca de matrícula, porque anticipan el rechazo que provoca la maternidad de una adolescente.⁶³ De acuerdo a un estudio de FLACSO la

⁵⁸ Opiniones recogidas en la mesa de trabajo.

⁵⁹ Opiniones recogidas en la mesa de trabajo y entrevistas con funcionarios del Ministerio.

⁶⁰ Ibid. y opiniones vertidas en *Tensión entre Derecho a la Educación y Libertad de Enseñanza*, UNICEF, pg. 21.

⁶¹ Madgenzo, ob. cit.

⁶² Opiniones vertidas en la mesa de trabajo.

⁶³ Entrevista con diversos actores.

TABLA 3

Alumnas embarazadas en el sistema escolar, según informes de los establecimientos⁶⁴	
Año	Alumnas embarazadas
1992	4.585
1993	3.728
1994	5.275
1995	4.617

cantidad de escolares que se embarazan se mantiene estable, con algunos años de aumento, sin que ello se refleje en las cifras de nacidos vivos en mujeres de 19 años que ha ido en aumento.

Una de las consecuencia de la exclusión, sea por expulsión o negación de matrícula, es la deserción escolar. En 1995, la deserción escolar en alumnas embarazadas alcanzó al 26%, agudizando la situación de pobreza y de falta de acceso a herramientas para enfrentar la maternidad. En el mismo año nacieron 21.610 niños de menores de 20 años con escolaridad inferior a 10 años.⁶⁵ La exclusión por embarazo constituye discriminación, con la arista adicional de que sólo afecta a mujeres. Ello contraviene los instrumentos de derechos humanos, en especial la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.

3.7. Situación económica de la familia

El factor socioeconómico es una variable relevante al momento de elegir un colegio, en especial entre los sectores de menores ingresos. Si bien la educación básica es gratuita, en los colegios municipalizados y particulares subvencionados la ley permite el pago de aportes⁶⁶ aunque en la práctica no tienen la voluntariedad que la ley les atribuye. La práctica de cobrarlos o condicionar la matrícula a su pago les convierte en una barrera en el ingreso cuando los padres no están condiciones de pagar. Situaciones similares se producen a nivel de enseñanza media.

⁶⁴ FLACSO, Valdés, Olavarría, Pérez de Arce, SERNAM, *Desigualdades en Cifras*, Santiago, Chile, 1996.

⁶⁵ SERNAM, *Respuestas a las Preguntas de las Expertas del Comité de la CEDAW al Gobierno*, Informe Periódico al Comité de la CEDAW, Santiago, Chile, enero de 1999.

⁶⁶ Cuotas de centro de padres y otras.

No hemos sabido de establecimientos que directa y abiertamente excluyan a niños según el nivel de ingreso de sus padres. Diversos actores señalan que esta razón para seleccionar opera normalmente en forma encubierta, negándose la matrícula a quienes no se muestren dispuestos a pagar los llamados *aportes voluntarios*.⁶⁷ Los establecimientos normalmente aducen no tener vacantes para el nivel solicitado. Quizás porque este tipo de criterio no opera abiertamente, en el Ministerio no se registran reclamos por esta razón.⁶⁸ Nos encontramos frente a una ilegalidad y un acto abusivo que se encubre tras uno infundado.

4. LA MATRÍCULA

Salvo en lo que respecta al valor que fija anualmente el Ministerio a los colegios municipales y particulares subvencionados, los contratos de prestación de servicios educacionales no se encuentran explícitamente reglamentados.

La matrícula es un acto jurídico en virtud del cual el establecimiento y los padres, en representación de sus hijos, acuerdan la prestación de servicios y solicitan al dueño, sostenedor o director la inscripción de un estudiante en una clase o curso.⁶⁹ Al celebrar el contrato, los apoderados tienen una expectativa legítima y razonable de que, salvo razones excepcionales, se integran a la comunidad educativa por todo el ciclo. De hecho, en muchos establecimientos privados se cobran derechos de incorporación, reforzando la idea que se paga por integrarse a la comunidad por todo un ciclo.

Las agrupaciones de establecimientos educacionales privados, en especial la FIDE, sostienen que la matrícula como contrato de prestación de servicios sólo involucra un año lectivo y puede ser renovado por acuerdo expreso a través de la suscripción de uno nuevo.^{70,71} Para ello se basan en que la ley nada dice al respecto y que en consecuencia no puede ser sino anual,⁷² agregando que el arancel de matrícula se fija anualmente y los padres deben renovarla al final de cada año.

⁶⁷ Se expresa cuando los padres piden pagar la matrícula o el centro de padres en cuotas, tal como permite la ley.

⁶⁸ Las intervenciones del CREDEN durante el primer semestre de 2000 muestran que, de 14 casos por negación de matrícula, tres estaban relacionados con cobros.

⁶⁹ Vilches Juan, *Minuta sobre la Matrícula*, junio 2000.

⁷⁰ Vásquez Carlos, *Minuta Situaciones Problemáticas en la Matrícula*, junio 2000. El contrato modelo de la FIDE expresa que la relación contractual es sólo por un año y así lo reiteraron algunos de sus dirigentes en la mesa de trabajo convocada por el Ministerio.

⁷¹ El contrato tipo diseñado por la FIDE señala al efecto: "El presente contrato comenzará a regir desde la fecha de su suscripción, y durará hasta el término del año escolar. Podrá ser renovado por el mutuo y expreso acuerdo de las partes, que se demostrará por la suscripción de un nuevo contrato."

⁷² Vilches Juan, ob. cit.

Otros sostienen que la relación contractual rige hasta el término del último año del ciclo escolar, a no ser que concurra alguna de las causales que habilitan a ponerle término anticipado.⁷³ Las discrepancias sobre la vigencia del contrato reflejan más bien los problemas que se derivan de la naturaleza del contrato, cuestión que se analiza en la siguiente sección.

4.1. Naturaleza de la relación con el escuela

En la matrícula hay un acto de confianza entre los padres y el establecimiento. Los padres sienten que entregan lo máspreciado que tienen y demandan a las escuelas, por una parte, la entrega de instrucción y desarrollo de habilidades y competencias en el plano cognitivo para sus hijos, y por otra, la entrega de habilidades sociales y personales que faciliten un nivel adecuado de seguridad en sus capacidades.⁷⁴

Los padres eligen un establecimiento determinado porque cumple con una serie de expectativas. Esta elección, amparada constitucionalmente, no siempre coincide con la identificación del proyecto educativo, sino con consideraciones prácticas tales como proximidad, el costo asociado y la posibilidad efectiva de elegir dentro de una determinada oferta educacional.

No obstante ser un elemento central de la elección de los padres, el contrato de servicios educacionales no se atiene a la noción clásica de libertad de contratación. Ésta involucra la libertad de celebrar o no, de elegir a la contraparte y de determinar su contenido. En materia educacional, estas premisas no se cumplen cabalmente por la naturaleza del servicio que se presta.

Como se ha dicho, los padres se sienten obligados a celebrar este contrato; de hecho, en la educación básica tienen la obligación jurídica de hacerlo. En segundo término, la libertad de escoger a la contraparte se ve seriamente limitada, especialmente en los sectores de bajos ingresos. Por último, éste es un contrato de adhesión⁷⁵ cuyo contenido no se negocia sino que es impuesto por una de las partes. Los padres, luego de elegir un establecimiento, deben adherir a todos los planteamientos que realiza la institución en orden a que el niño sea aceptado.

Puesto en términos económicos, el mercado en el que se produce este tipo contractual dista mucho de ser libre, ya que el consumidor no puede prescindir del

⁷³ Véase la propuesta de la Corporación de Estudios y Gestión Ambiental para el Desarrollo, nota 10.

⁷⁴ Ramírez Valeria, ob. cit., pg. 19.

⁷⁵ Stiglitz Gabriel y Stiglitz Rubén, *Contratos por Adhesión, Cláusulas Abusivas y Protección al Consumidor*, Depalma, Buenos Aires, 1985, pg. 50.

servicio o bien que se le ofrece. Dado que la oferta de bienes o servicios esenciales no se rige por la simple oferta y demanda, la parte más débil no tiene más alternativa que aceptar o rechazar en bloque todas las cláusulas que se le imponen.

A los contratos forzosos con oferta limitada y contratos de adhesión en desigualdad de las partes, el Estado responde siempre con regulaciones. Es el caso de los contratos de seguro obligatorio, de transporte urbano o de seguridad social. En todos ellos, la ley limita la posibilidad que la parte fuerte, o predisponente, establezca cláusulas abusivas⁷⁶ o presente cláusulas en que se exonere de toda responsabilidad o se reserve la facultad de terminar unilateralmente la relación. La facultad de que un establecimiento educacional pueda poner término unilateral a la relación representa la desigualdad jurídica entre los contratantes.

No es el caso del contrato de matrícula, el que, salvo en materia de cobros -y esto de modo imperfecto- es un contrato no regulado y entregado a la libertad de las partes, lo que equivale a decir a la libertad que entrega a los establecimientos educacionales un mercado poco libre. Éste es un problema serio y difícil. La dificultad estriba especialmente en que muchos sostenedores perciben la desregulación como un derecho adquirido y miran cualquier reglamentación como una intervención indebida del Estado en la libertad de enseñanza.

En un documento sobre Nociones y Modelo de Contrato de Prestación de Servicios Educacionales, la FIDE explicita la facultad de los establecimientos educacionales para configurar el contrato: “La institución de educación particular goza de plena libertad en la celebración de este contrato, el mismo determinará las obligaciones y deberes, derechos y facultades que competen a ambas partes.”

No obstante, hay ciertas diferencias con otros contratos de adhesión. Desde luego, una vez que un estudiante forma parte de la comunidad educativa, tanto él como su familia tienen la facultad e incluso el derecho de participar e incluso de promover cambios a las normas de convivencia.⁷⁷ Atendiendo a la especial consideración del bien que se contrata y el principio de continuidad de la educación, sólo podría ponerse término a la relación -sea durante o al final el año escolar- por causas previamente establecidas en el Reglamento Interno. En otras palabras, la cancelación de la matrícula sin causa justificada o razonable puede constituir un acto abusivo, discriminatorio o infundado en la medida que los padres desconozcan las razones que se tuvieron para adoptar tal medida.

⁷⁶ Ibid.

⁷⁷ MINEDUC. *Breve Reseña de la Institucionalidad Vigente*. En declaración pública, el Área Educacional de la Conferencia Episcopal insta a los padres a participar en la elaboración de la normativa escolar.

4.2. Derechos que surgen de la matrícula

La matrícula es una relación que vincula a dos partes, ambas con derechos y obligaciones. Generalmente, los compromisos o contratos definen claramente las obligaciones de los padres y la familia más no así las del establecimiento. Algunos de los nudos problemáticos se generan por la falta de claridad sobre los derechos de los padres en calidad de compradores de un servicio.

A modo de ejemplo, un reglamento interno que originó conflicto y posterior reclamo al Ministerio detalla extensamente los deberes de estudiantes y apoderados y sólo hace dos menciones a derechos: “El apoderado tendrá derecho a presentar sus inquietudes e intereses propios de su condición de tal, a través de los distintos estamentos de la Unidad Educativa: Profesores de Asignatura, Profesores jefes, Inspectoría, U.T.P. y Dirección. Para tal efecto deberá solicitar oportunamente una entrevista con el estamento que lo requiera.” “El apoderado tendrá derecho a participar en forma activa en los actos oficiales (cívicos, culturales, deportivos, recreativos) que las autoridades o el Colegio programen.” Los reglamentos internos enfatizan el rol y responsabilidad de los padres en la educación de los hijos, pero muchos -como el citado- dejan en evidencia una ausencia de derechos.⁷⁸

Uno de los problemas más comunes dice relación con la facultad de los establecimientos para poner unilateralmente fin a la relación. En la sección quinta analizaremos medidas de marginación tales como expulsión y cancelación de la matrícula.

4.3. Los cobros

Si bien nuestro estudio apunta a revisar situaciones problemáticas en la selección y la marginación de alumnos de los establecimientos educacionales, nos parece útil detenernos en temas conexos que provocan conflictos entre los actores del proceso educacional o que son causa frecuente de marginación, en particular los cobros. Para analizar este tema diagnosticaremos problemas relacionados con pagos y con las formas de presión que comúnmente ejercen los establecimientos.

Los pagos están especialmente regulados en la Ley de Subvenciones, por lo cual en esta sección analizaremos someramente los cobros indebidos. Esta cuestión escapa al ámbito de este trabajo pero resulta necesaria para contextualizar los

⁷⁸ Ver Cerda Ana María, Donoso Patricio y Guzmán Isabel, *Cultura y Normativa desde los Derechos Humanos en Propuestas Temáticas para la Educación en Derechos Humanos*, Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, Santiago, Chile, 1996.

problemas relativos a la marginación por este motivo y las presiones que se ejercen sobre los padres a fin de obtener el pago. Trataremos además la marginación por no pago como criterio de exclusión escolar.

4.3.1. Cobros indebidos

La Ley de Subvenciones, a propósito del aporte que hace el Estado, regula todas las materias relacionadas a los pagos de los apoderados. Los establecimientos educacionales subvencionados, municipales o particulares de educación media pueden, por autorización expresa de la ley,⁷⁹ cobrar derechos de matrícula una vez al año.⁸⁰ A los establecimientos municipales o particulares subvencionados de educación media se les permite además cobrar derechos de escolaridad.⁸¹ El monto o cantidad por alumno la fija libremente el establecimiento.⁸²

La propia ley se encarga de definir estos derechos, señalando que "...se entenderá por derechos de escolaridad los cobros efectuados por el establecimiento educacional a los padres y apoderados y los aportes que efectúen al establecimiento y a terceras instituciones relacionadas con él, tales como centros de padres, fundaciones, corporaciones, entidades culturales, deportivas u otras y los cobros que efectúen dichas instituciones a aquéllos durante el año".⁸³

También se considerarán como tales las donaciones en dinero de los padres al establecimiento o a sus instituciones relacionadas, tales como fundaciones, corporaciones y entidades culturales o deportivas.⁸⁴ La ley dispone que no se

⁷⁹ El Artículo 16° parte señalando que "...sin perjuicio de lo dispuesto en la letra d) del Artículo 6° [que establece los requisitos para impetrar la subvención], los establecimientos de educación media regidos por las disposiciones del presente título (II), podrán percibir derechos de matrícula y derechos de escolaridad." Se advierte un error, en cuanto a que la norma debería referirse a la letra e) y no d). La letra e) del Artículo 6° dispone: "Que entre las exigencias de ingreso o permanencia no figuren cobros ni aportes económicos, directos, indirectos o de terceros, tales como fundaciones, corporaciones, entidades culturales, deportivas, etc., o de cualquier naturaleza que excedan los derechos de escolaridad y matrícula autorizados por la presente ley".

⁸⁰ Se trata de los establecimientos de educación media regidos por las disposiciones del Título I del D.F.L. 2 (Artículo 16°).

⁸¹ "Un 40% del total de los derechos de escolaridad que recaude el establecimiento educacional será descontado del monto total de las subvenciones que le corresponda percibir. En el caso de los establecimientos educacionales técnico-profesionales este descuento será de un 20%. Con todo, cuando el monto total de los derechos de escolaridad que recaude mensualmente el establecimiento educacional no supere el 10% de lo que le corresponde percibir en el mismo período por concepto de subvención, no procederá ningún descuento, y se destinará dentro del año lectivo exclusivamente a finalidades que se contemplen en el proyecto educativo del establecimiento que lo perciba" (Artículo 16°, inciso 3°).

⁸² Artículo 20° del actual Reglamento de la Ley de Subvenciones. El proyecto en elaboración de nuevo reglamento también señala que "los establecimientos subvencionados de enseñanza media podrán cobrar los derechos de escolaridad que fije **libremente** el establecimiento."

⁸³ D.F.L. 2, Artículo 17°, inciso 1°.

⁸⁴ *Ibid.*, Artículo 18° inciso 4°.

considerará derecho de escolaridad las cuotas ordinarias de los centros de padres ni el derecho de matrícula que pueden cobrar los establecimientos de educación media subvencionados, cuyo monto fija anualmente el Ministerio a través de Decreto Supremo.⁸⁵ La propia ley y su reglamento se encargan de señalar que el pago de derechos de escolaridad es voluntario, pudiendo el apoderado aceptarlos en su integridad, fijar la parte que pagará mensualmente, o rechazarlo.⁸⁶

En este contexto, durante 1999 la Unidad de Fiscalización de Subvenciones del Ministerio detectó irregularidades en los cobros -de matrícula, escolaridad declarada inferior a la recibida, cobros indebidos o derechos de escolaridad no declarados- que afectaron a cerca de 98.000 niños y niñas.⁸⁷ Ello corresponde a más del 3% de la matrícula global del país. Algunos de estos problemas afectan principalmente a los establecimientos subvencionados particulares. Si se restan los municipales, el problema de los cobros irregulares afecta a 80.662 alumnos de colegios subvencionados particulares, es decir, el 6.5% del total de la matrícula de ese sector muestra anomalías. La Unidad de Fiscalización estima que alrededor de un 12% de los establecimientos muestra problemas de este tipo.⁸⁸ La aplicación de las sanciones contempladas en la Ley de Subvenciones queda radicada en las Secretarías Regionales.⁸⁹

La Unidad ha detectado además que las escuelas no sólo cobran más de lo que deben, sino que no declaran lo cobrado o lo sub-declaran. Catorce establecimientos, diez de ellos particulares subvencionados, no declararon los derechos de escolaridad recibidos de los apoderados, situación que afectó a más de 11.000 estudiantes.⁹⁰ Otros 16 colegios fueron sorprendidos declarando valores de escolaridad menores a los recibidos. Esta situación afecta mayoritariamente a colegios particulares (15 de 16 en infracción).⁹¹ Según fuentes del Ministerio, es frecuente que los establecimientos

⁸⁵ Ibid., Artículo 17°.

⁸⁶ Ibid., Artículo 16°, inciso 2° y Reglamento de la Ley de Subvenciones, Artículo 20°, inciso 2°. Los incisos siguientes de esta misma norma disponen: "Para estos efectos, al momento de la matrícula el establecimiento deberá proporcionar un formulario que el apoderado deberá suscribir en triplicado, en el que se exprese la calidad de voluntario de los pagos que se compromete a efectuar por cualquier concepto y los montos de dichos pagos. Uno de estos ejemplares deberá quedar en poder del apoderado, otro en poder del establecimiento y el último deberá ser enviado al Secretario Regional Ministerial respectivo. El compromiso de pago podrá ser modificado a petición del apoderado, suscribiéndose en este caso un nuevo formulario". Destacamos que el proyecto de nuevo reglamento señala, para estos mismos efectos, que el padre o apoderado deberá suscribir sólo en duplicado el documento en que manifiesta su opinión, sea que acepte total o parcialmente o rechace pagar los derechos de escolaridad. El original es para el establecimiento y la copia para el apoderado.

⁸⁷ Sistema de Inspección de Subvenciones, *Informe de Resultados de Visitas de Fiscalización*, Año 1999, febrero de 2000, pgs. 101 a 105.

⁸⁸ Comunicación personal con el Jefe de la Unidad de Fiscalización.

⁸⁹ Se nos informó que no existen expedientes de aplicación de sanciones por Ley de Subvenciones, lo cual imposibilita analizar debidamente la gestión fiscalizadora del Ministerio.

⁹⁰ Sistema de Inspección de Subvenciones, 1999, ob. cit., pg. 101.

⁹¹ Ibid., pg. 103.

subvencionados cobren matrícula en la enseñanza básica, y al ser sorprendidos, señalen que no cobran matrícula sino los derechos de escolaridad permitidos.⁹²

En 1999 la Unidad de Inspección de Subvenciones del Departamento de Administración General encontró que 56 colegios -47 particulares subvencionados y 9 municipales- habían realizado cobros indebidos, afectando a más de 59.000 niños.⁹³ No tenemos antecedentes de las sanciones que los SEREMIs hayan impuesto a estos establecimientos. El Ministerio nos ha informado que no existe registro de expedientes o antecedentes escritos de estos casos, deficiencia de fiscalización que dificulta el diagnóstico adecuado del tema.

El tema de las medidas de marginación, expulsión o cancelación de matrícula y formas de presión para obtener el pago debe además contextualizarse en la ambigüedad de la normativa que permite los cobros y en que habiendo exceso en lo que los establecimientos perciben, éstos se imputan a la subvención.⁹⁴

En esta materia se producen dos tipos de anomalías. La primera dice relación con el cobro de derechos no permitidos o superiores a los establecidos por la ley, es decir, ilegales. La Ley de Subvenciones resuelve parcialmente el problema a través de una imputación de éstos al aporte o subvención del Estado. Con todo, con esta medida se ven protegidos sólo los intereses fiscales, no los de los padres.

4.3.2. Medidas de presión y sanción por no pago

Para obtener el pago algunas escuelas utilizan técnicas que van desde admitir al alumno al colegio expulsándolo al patio luego de pasar asistencia⁹⁵ hasta suspenderlo de clases, no admitirlo a pruebas de final de año, dejarlo condicional o cancelarle la matrícula.

Otra forma de presión identificada es el hostigamiento, incluyendo hacer pública la morosidad de los padres al niño en presencia de sus pares. Algunas de estas formas de presión están especificadas en el reglamento interno de la escuela, no obstante que la suspensión y la expulsión durante el año por estos motivos están expresamente prohibidas en la Ley de Subvenciones.⁹⁶

⁹² Vilches Juan, ob. cit.

⁹³ Sistema de Inspección de Subvenciones, 1999, ob. cit., pg. 104.

⁹⁴ Artículos 33 y 34 de la Ley de Subvenciones.

⁹⁵ Esta forma de presión posibilita cobrar la subvención por el niño, quien así aparece presente en los libros de asistencia, y pretende evitar la sanción de la Ley de Subvenciones que impide la suspensión por causas económicas. La Unidad de Fiscalización informa que no se han abierto sumarios por este tipo de conductas.

⁹⁶ Artículo 6 letra d) del D.F.L. 2 de 1998. El contrato modelo de la FIDE explicita cuáles son las medidas prohibidas y señala que éstas sólo se prohíben en los establecimientos subvencionados, quedando en consecuencia permitidas en los pagados particulares.

Otra medida de presión frecuentemente denunciada es la retención de documentos. Nos enteramos de casos en que ella está expresamente contemplada en el reglamento interno del colegio, contrariando disposiciones expresas del Ministerio.⁹⁷ La retención suele verificarse ante distintas hipótesis, por ejemplo cuando después de una suspensión prolongada por problemas de pago los padres retiran voluntariamente a sus hijos del establecimiento, o bien cuando ha mediado expulsión o cancelación de matrícula por el mismo motivo, ante lo cual, y con el objeto de obtener el pago, el establecimiento retiene la documentación escolar.

Un problema adicional es que al interior de algunas reparticiones del Ministerio no se tiene una comprensión cabal del carácter de las normas que proscriben la retención de documentos. La SEREMI de Educación de la V Región, por ejemplo, registra el caso de dos niños suspendidos por un colegio particular subvencionado por atraso en el pago de la escolaridad. La familia retiró a los niños y solicitó formalmente y por escrito sus antecedentes a fin de rematricularlos en un colegio municipal. La escuela se negó, ante lo cual la familia reclamó al Departamento Provincial y luego al SEREMI. La respuesta que obtuvieron los padres de parte del Departamento Provincial fue que debían retirar a los niños conforme al reglamento interno del colegio, y éste disponía que el retiro sólo se formalizaba una vez que todas las deudas se hubiesen pagado.⁹⁸

En ocasiones los padres ofrecen pagar en cuotas y documentar la mensualidad para el resto del año, pero estas ofertas no prosperan e igualmente se aplica la suspensión a clases mientras no se pague, culminando en la salida de los niños afectados.⁹⁹ Las cuotas de centro de padres son aportes de carácter voluntario que los padres y las familias están facultados para aceptar o rechazar, y que incluso pueden pagar en un plazo de diez meses. No obstante, la práctica de algunos establecimientos es hacerlas obligatorias, insertándolas incluso dentro de cartas de compromiso que los padres deben firmar. Estos documentos se asemejan a un contrato, sin que ello sea explicitado.¹⁰⁰ Un ejemplo de lo anterior fue la situación vivida por padres de un colegio municipal, el que a través de una

⁹⁷ El Artículo 6º letra d) de la Ley de Subvenciones prohíbe la suspensión o expulsión por razones socioeconómicas y de rendimiento.

⁹⁸ Consta entre los antecedentes una carta del Departamento Provincial del siguiente tenor: “Se pudo constatar en, por parte del Supervisor del establecimiento, que los pupilos no han sido retirados oficialmente del colegio, y que por tal efecto tampoco se ha requerido expresa y formalmente la documentación de ellos; quedando el trámite sujeto a la cancelación de una deuda pendiente referida a la escolaridad.”

Con relación a esto último, de acuerdo a las normas administrativas que regulan la relación contractual entre los apoderados y el Establecimiento, éste ha aplicado la normativa contenida en el Reglamento del Colegio.”

Extraído de *Registros de denuncias al SEREMI de la Quinta Región*, Secretaría Regional Ministerial de la Quinta Región, marzo de 2000, caso colegio Caerñaflor College de Casablanca con la familia López Lazo. Véase nota 55.

⁹⁹ Caso Colegio Particular Korck de Concón.

¹⁰⁰ Liceo Técnico Profesional Mary Graham de Villa Alemana, en *Registro de denuncias realizadas al SEREMI de la Quinta Región*.

TABLA 4

**Reclamos por situaciones problemáticas relativas a no pago
diciembre 1998 a marzo de 1999¹⁰¹**

Tipo de situación	Nº	%
Retención de documentos por deuda	3.219	94,4
Cancelación o expulsión por no pago de colegiatura	99	2,9
Condicionalidad por no pago de Centro de Padres	44	1,3
Suspensión de clases por no pago de escolaridad	45	1,3
Total	3.407	100,0

hoja informativa dio a conocer los valores que cobraría por derecho de mantención; derecho a taller y laboratorio y centro general de padres, todo por un monto de \$26.000 para el año escolar 1999. La circular señalaba que los aportes de los padres irían en beneficio del mejoramiento de la infraestructura y de los requerimientos de la reforma educacional. La hoja concluye con una sección que deben firmar los padres, donde consta que han tomado conocimiento del pago y monto de las cuotas de mantención y derecho a taller y se *comprometen voluntariamente* a efectuar el aporte señalado, en las fechas a convenir al momento de hacer efectiva la matrícula.¹⁰²

Estos aportes son de importancia para los sostenedores, pues constituyen una forma de aumentar sus ingresos y mejorar su infraestructura.¹⁰³ Es frecuente que los padres desconozcan la ilegalidad de estos cobros, que la ley describe como pagos voluntarios, sobre todo por la práctica frecuente de los establecimientos de exigir el pago o el compromiso de pago de algunas cuotas, típicamente del centro de padres, como requisito previo o simultáneo a la matrícula.¹⁰⁴

La mayoría de los problemas de no pago denunciados ante el Ministerio se relacionan con retención de documentos (véase Tabla 4). Estas representaron el 46% de todos los reclamos en el período diciembre 1998 a marzo de 1999.¹⁰⁵ En períodos anteriores, esta causal sólo alcanzó el 10,4% de todas las denuncias.¹⁰⁶

¹⁰¹ Encuesta a Secretarías y Departamentos Provinciales, junio de 1999.

¹⁰² Liceo Técnico Profesional Mary Graham, Corporación Municipal para el Desarrollo Social de Villa Alemana, en *ibid.*

¹⁰³ Opiniones vertidas durante la mesa de trabajo.

¹⁰⁴ Entrevista con diversos actores del Ministerio de Educación y opiniones vertidas en la mesa de trabajo.

¹⁰⁵ Hubo 3.219 reclamos por retención de documentos de un total de 7.050 denuncias.

¹⁰⁶ En el período diciembre 1996 a marzo de 1997, el MINEDUC registró 834 reclamos de un total de 7.540.

TABLA 5

**Reclamos por situaciones problemáticas relativas al no pago
diciembre 1998/marzo 1999, por región¹⁰⁷**

	Secretaría Educacional													RM	Total
	1ª	2º	3º	4º	5º	6º	7º	8º	9º	10º	11º	12º			
Retención de documentos	251	34	—	25	35	49	26	10	02	02	—	—	2785	3.219	
Condicionalidad	03	05	—	—	—	10	02	17	05	01	—	—	01	44	
Suspensión de clases	04	01	—	01	—	—	—	07	01	—	—	—	31	45	
Expulsión/cancelación matrícula	01	09	01	06	—	15	—	20	—	02	—	—	45	99	
TOTAL	259	49	01	32	35	59	28	54	05	05	—	—	2862	3.407	

Entre diciembre de 1998 y marzo de 1999 el Ministerio recibió 44 reclamos de padres sobre condicionalidad de matrícula por no pago de cuotas de centro de padres. A ello se suman otras 42 denuncias por cobro de cuotas extraordinarias. En la Tabla 5 se advierte que la retención de documentos generó más reclamos en las regiones I y Metropolitana, sólo una denuncia en la III Región y ninguna en las Regiones XI y XII, lo que podría ser señal de subregistro.

Son abusivas todas las formas de presión dirigidas en contra de los estudiantes a fin de que sus padres o apoderados paguen. Si bien los colegios tienen derecho a cobrar lo que se les debe, las vías de presión son las propias de todo acreedor (publicidad de la morosidad y cobranza judicial), pero no vemos cómo puedan considerarse legítimas acciones que afectan a los niños. Además, tales acciones son ilegales cuando se trata de cobrar cuotas que exceden lo que la ley permite o declara expresamente como voluntarias. Si bien existe un sistema de fiscalización que encara estos actos, lo cierto es que no se aplican sanciones. En las Secretarías Regionales Ministeriales no existe ningún proceso a través de la Ley de Subvenciones o la LOCE por actos discriminatorios o abusivos en materia de cobros a apoderados.¹⁰⁸

¹⁰⁷ Ibid.

¹⁰⁸ *Ordinario 07-569* de Jefe de Departamento Jurídico (s) a Jefe de Gabinete Sra. Ministra de Educación, Santiago, Chile, 6 de septiembre de 2000.

5. MARGINACIÓN ESCOLAR

En esta sección nos detendremos en el análisis de la expulsión y la cancelación de matrícula y abordaremos separadamente los motivos más comúnmente usados para aplicarlas, intentando dar una calificación a este tipo de conductas. En segundo término, haremos una revisión de los supuestos necesarios para aplicar medidas que signifiquen exclusión.

5.1. Expulsión y cancelación de matrícula

Existe consenso en que uno de los principios rectores de la educación es la continuidad. Ello implica que, salvo que la propia familia decida lo contrario o situaciones excepcionales que justifiquen la exclusión unilateral por parte del establecimiento, el estudiante debe permanecer en la comunidad educativa por todo un ciclo.¹⁰⁹ De hecho, padres y estudiantes se hacen expectativas en ese sentido. Sin embargo, la práctica demuestra que algunos establecimientos ponen fin a la relación unilateralmente, ya sea durante el año lectivo a través de la expulsión o al final del año lectivo con la no renovación de la matrícula. Este tipo de situaciones origina reclamos al Ministerio de Educación. Un reportaje de El Mercurio de 1995 señalaba que durante el primer semestre de ese año aproximadamente 6.000 alumnos habían sido afectados por estas medidas.¹¹⁰

Existe la percepción generalizada de que la expulsión y la no renovación de matrícula son medidas extremas que requieren proporcionalidad a la causal que las origina. Las razones que dan lugar a la exclusión son diversas, y no siempre se encuentran preestablecidas en el reglamento interno. Entre las infracciones a las reglas de convivencia que importan la exclusión se encuentran comúnmente los problemas de disciplina. Estos son de variada índole y fluctúan entre consumir alcohol o drogas hasta riñas en el colegio, falsificar o enmendar notas, destruir la propiedad de la escuela, agredir a otros y, genéricamente, las conductas impropias. También se producen expulsiones por situaciones de menor gravedad, como atrasos, inasistencias, no seguir pautas de apariencia personal u otras que acumuladas durante el año escolar puedan significar la cancelación de la matrícula. A ello se suman la exclusión por razones de rendimiento, por embarazo o paternidad, o incluso por tener relaciones sexuales fuera del establecimiento.

También hay otras situaciones no relacionadas que dan lugar a la marginación, tales como el atraso o no pago de la escolaridad u otros aportes y las opiniones o

¹⁰⁹ Consensos alcanzados en la mesa de trabajo convocada por el Ministerio de Educación.

¹¹⁰ Citado en Ana María Cerda y otros, ob. cit.

actividades de la familia. Algunos estudios indican que la labor de investigar los hechos que constituyen falta está entregada a los docentes. Estas investigaciones no siempre culminan exitosamente y, en ocasiones, responsabilizan de hechos a alumnos considerados “problema”.¹¹¹

La decisión de expulsar o cancelar la matrícula no pareciera provenir de una instancia determinada. Los padres señalan que en ocasiones la decisión es adoptada sólo por el o la profesor/a jefe y el director del establecimiento, sin consulta al resto del profesorado. Lo anterior concuerda con las observaciones del CREDEN, que señala que frecuentemente no se establece quién conocerá de los hechos y aplicará la sanción ni los órganos de apelación a los cuales recurrir en caso de que se imponga una sanción.¹¹²

La cancelación de matrícula y la expulsión representó el 14,5% de los más de 1,000 reclamos presentados al Ministerio entre diciembre 1998 y marzo de 1999.¹¹³ Esta cifra se mantuvo estable respecto del período diciembre 1996 a marzo de 1997, representando un 15% del total.¹¹⁴ Estas cifras podrían ser superiores si es que algunos de estos casos se encuentran registrados bajo retención de documentos o negativas a matricular. Los datos sobre reclamos no distinguen entre expulsión durante el año lectivo y no renovación de la matrícula al final del año.

De acuerdo a los registros del Ministerio para el período diciembre 1998 a marzo de 1999, las causales más comunes de expulsión o cancelación de matrícula fueron los problemas de conducta y el rendimiento escolar, lejos la mayoría de las situaciones problemáticas (véase Tabla 6). En tercer lugar se ubican los problemas de no pago y en cuarto lugar el consumo de alcohol o drogas.

Se destaca la falta de precisión en el registro de la información. Por ejemplo, en los problemas de conducta pueden entenderse incluidas situaciones muy diversas, pudiendo incluso estar allí comprendida la causal por consumo de alcohol o drogas, que no obstante constituye otra partida. Igualmente, el rendimiento académico puede incluir dos hipótesis distintas: haber repetido de año o no haber alcanzado un determinado promedio de notas.

Observando más detalladamente los reclamos por región, se advierte que estos datos deben considerarse sólo como indicadores, puesto que, como hemos señalado, se evidencia un subregistro. Indicativo de lo anterior es que la XI Región no registra

¹¹¹ Ibid.

¹¹² Ibid.

¹¹³ Hubo 7.050 reclamos, de los cuales 1.027 se originaron en cancelación de matrícula y expulsión.

¹¹⁴ En ese período se registraron 7.940 denuncias y 1.195 fueron por cancelación de matrícula.

TABLA 6

**Reclamos por cancelación de matrícula o expulsión, por región
diciembre 1998 y marzo 1999¹¹⁵**

	Secretaría Educacional												RM	Nac.
	1ª	2ª	3ª	4ª	5ª	6ª	7ª	8ª	9ª	10ª	11ª	12ª		
No pago de colegiatura	01	09	01	06	—	15	—	20	—	02	—	—	45	99
Conducta	10	20	—	22	80	29	10	36	04	08	—	10	244	473
Rendimiento	02	06	—	05	—	11	—	24	—	02	—	08	218	263
Asistencia	01	03	—	—	—	04	02	08	—	—	—	—	03	21
Embarazo	—	03	—	01	—	—	—	—	01	01	—	—	50	56
SIDA/VIH	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—
Drogas o alcohol	—	06	—	—	02	01	—	—	—	—	—	—	27	54
Otro	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	—	61	61
TOTAL	14	47	01	34	82	60	12	88	05	13	—	18	648	1.027

ninguna denuncia por cancelación de matrícula o expulsión y todos los reclamos por marginación motivados por el embarazo se concentran casi exclusivamente en la Región Metropolitana. Sumado al problema del eventual subregistro, se advierten errores en la tabulación de las denuncias. Demostrativo de ello es que a nivel nacional se registran 54 reclamos por cancelación de matrícula o expulsión por consumo de alcohol o drogas, pero las denuncias desagregadas por región no alcanzan ese total.¹¹⁶

Por su parte, durante el primer semestre de 2000 el CREDEN atendió 245 denuncias, en las que la expulsión representa un tercio y la cancelación de matrícula un 15%. Durante 1999 la expulsión representó el 21% de los casos, manteniéndose la proporción de las cancelaciones de matrícula.

En los casos atendidos por el CREDEN, las razones más comúnmente esgrimidas para aplicar estas medidas de marginación son el no pago o atraso en el pago de la colegiatura o del centro de padres, el rendimiento escolar, el embarazo de la alumna, los problemas de disciplina, el consumo de alcohol o drogas o cambios en la estructura familiar. También se registran casos de expulsión o cancelación de matrícula debido a características del niño, incluyendo

¹¹⁵ Encuesta a Secretarías y Departamentos Provinciales, junio de 1999.

¹¹⁶ La Región Metropolitana registra 27 y el resto de las regiones sólo nueve.

TABLA 7

Denuncias por tipo de problema ¹¹⁷				
Denuncia	1999		Primer Semestre 2000	
	Nº	%	Nº	%
Expulsión	92	21,0	79	32,2
Suspensión	76	17,4	25	10,2
Cancelación de Matrícula	68	15,5	37	15,1
Negación de Matrícula	02	0,5	14	5,7
Maltrato	71	16,2	27	11,0
Riesgo Escolar	99	22,6	60	24,5
Condicionalidad	—	—	03	1,2
Asesoría	26	6,6	—	—
TOTAL	437	100,0	245	100,0

padecer de ciertas dolencias y determinadas opiniones u orientaciones sexuales. Se analizarán a continuación las situaciones que aparecen más frecuentemente en los reclamos presentados ante el Ministerio.

5.1.1. Cancelación de matrícula y expulsión por no pago

En ocasiones, la morosidad o atraso en el pago de los derechos de escolaridad o cuotas de centro de padres provoca la expulsión o cancelación de matrícula. Ello ha llevado a parlamentarios a solicitar al Ministerio la fiscalización de los establecimientos cuestionados e incluso a presentar mociones parlamentarias para regular los cobros.¹¹⁸ Los problemas de marginación por no pago son propios de la relación de desigualdad entre padres y establecimiento. En este caso no hay propiamente discriminación sino actos abusivos, que incluso pueden ser ilegales conforme a lo ya expuesto. La expulsión por no pago está especialmente prohibida en los establecimientos subvencionados.¹¹⁹ La no renovación de matrícula por no pago, en cambio, no está expresamente prohibida por la ley, en la medida que se trate de derechos exigibles.

¹¹⁷ CREDEN, *Informes de Gestión 1999 y Estado de Gestión 2000*.

¹¹⁸ Véanse las solicitudes de la Diputada Soto al SEREMI de la V Región y la moción que presentara sobre derechos de escolaridad, *Boletín 2452-04*.

¹¹⁹ Artículo 6 letra d), Ley de Subvenciones.

Entre diciembre 1998 y marzo 1999 los departamentos provinciales registraron 99 denuncias por cancelación de matrícula o expulsión, casi un 3% del total. Cabe considerar que bajo esta categoría hay dos situaciones distintas y con consecuencias diversas; la primera permitida y la segunda prohibida por la ley. En ocasiones se niega la matrícula para el año siguiente, mientras no se paguen los montos adeudados, escolaridad y cuota de centro de padres.¹²⁰

5.1.2. Expulsión o cancelación de matrícula por problemas de conducta

Las medidas que se aplican por problemas de conducta son de variada índole. La expresión “problemas de conducta” es genérica, ya que alude a conductas muy diversas que son consideradas *disvaliosas* por el establecimiento. Son frecuentes normas sobre la destrucción de propiedad de la escuela, la agresión física o verbal a los pares o demás miembros de la comunidad, la participación en riñas o consumo de alcohol o drogas fuera o dentro del establecimiento, las relaciones prematrimoniales y el hurto.

Generalmente los reglamentos internos contemplan en mayor o menor detalle las conductas que se consideran inadecuadas para la convivencia y que merecen una sanción. El estudio de Madgenzo encontró que el alumnado asume como normal la expulsión, pues constituiría una forma de control social necesaria.¹²¹ No obstante, un número importante de los reclamos que llegan a las autoridades se hacen por cancelación de matrícula o expulsión en base a problemas de conducta.

Los registros de denuncias del Ministerio no desagregan la información. Los departamentos provinciales distinguen dos grandes categorías: mala conducta y alcohol y drogas. La primera es una causal genérica que engloba todo tipo de situaciones salvo alcohol o drogas, pero bien puede suceder que ciertos casos de consumo se encuentren en la primera causal. Entre diciembre de 1998 y marzo de 1999 sólo por problemas de conducta se registraron 473 reclamos¹²² equivalentes al 46% de las denuncias por cancelación de matrícula o expulsión. A ello se suman las expulsiones o cancelaciones de matrícula por consumo de alcohol o drogas, que alcanzaron a 54 casos. Ambas situaciones superan el 51% de los reclamos por marginación en ese período.

El CREDEN, por otra parte, distingue entre expulsión y cancelación de matrícula y detalla con mayor precisión las causales de marginación. La Tabla 8

¹²⁰ Liceo Hispanoamericano de Viña del Mar, en *Registros de denuncias al SEREMI de la Quinta Región*. Véase nota 55.

¹²¹ Madgenzo, ob. cit.

¹²² Véase Tabla 6, sección 5.1

TABLA 8

Casos de expulsión, por causal¹²³

Denuncia	Primer Semestre 2000	
	Nº	%
Conducta	38	48,1
Consumo de droga	9	11,4
Acusación de hurto	4	5,0
Hiperactividad	4	5,0
Agresión a alumno dentro del establecimiento	4	5,0
Consumo de alcohol	4	5,0
Embarazo	4	5,0
Sexualidad	2	2,5
Acusación de acoso	2	2,5
No pago	2	2,5
Acusación de robo	2	2,5
Acusación porte de arma	1	1,2
Agresión a alumno fuera del establecimiento	1	1,2
Agresión a docente	1	1,2
Aspecto físico	1	1,2
TOTAL	79	100,0

muestra que los problemas de conducta *per se* constituyeron el 48% de los casos atendidos en el primer semestre del 2000. A ello se suman los alumnos marginados por consumo de droga y alcohol, por acusación de hurto y robo, agresiones, porte de arma o acoso. Todos ellos conformaron el 83,5% de los casos de expulsión.

El año 1999 registra 74 casos de expulsión por motivos de conducta, los que no incluían cinco casos de consumo de alcohol o drogas.¹²⁴ En total, ambas categorías representaron el 85,8% de las expulsiones. Los datos del CREDEN se encuentran además desagregados por sexo, nivel escolar y tipo de establecimiento. En el primer semestre de 2000 las expulsiones (71%) y cancelaciones de matrícula (65%) afectaron principalmente a niños. En relación a 1999, las cifras no variaron: 71,7% de niños fueron expulsados y al 67,6% se les canceló la matrícula.

¹²³ CREDEN, *Estado de Gestión 2000*.

¹²⁴ En 1999 el CREDEN atendió 92 casos de expulsión, 74% de ellos por conducta. CREDEN, *Informe de Gestión 1999*.

TABLA 9

Expulsión o cancelación de matrícula, por tipo de establecimiento ¹²⁵				
	1999		Primer Semestre 2000	
	Nº	%	Nº	%
Expulsión	92	100,0	79	100,0
Municipal	30	32,6	23	29,0
Particular subvencionado	62	67,4	53	67,0
Privado	—	—	3	4,0
Cancelación de matrícula	68	100,0	37	100,0
Municipal	17	25,0	10	27,0
Particular subvencionado	49	72,0	25	67,6
Privado	2	3,0	2	5,4

La Tabla 9 muestra que las medidas de marginación más reclamadas se originan en establecimientos particulares subvencionados. Los niños más afectados por estas medidas tienden a encontrarse en enseñanza media. Cabe destacar que en 1999 cinco niños afectados estaban cursando la educación prebásica.¹²⁶

Otro problema identificado en la marginación de estudiantes por problemas de conducta es que los padres denuncian no sólo la aplicación de la medida, sino también su desproporción con la conducta reprochada o su aplicación sin que los padres hayan podido hacer algo por evitarla.¹²⁷

Algunos estudios indican que las normas del reglamento interno se usan dependiendo de las características del estudiante, y recaen con mayor fuerza en aquellos alumnos considerados “conflictivos”.¹²⁸ No es posible caracterizar a priori toda expulsión o cancelación de matrícula por problemas de conducta como indebida, abusiva o infundada, ya que al interior de esta categoría pueden incluirse innumerables situaciones de muy diversa naturaleza. Con todo, hay consenso en que la expulsión y la cancelación de matrícula son sanciones extremas que significan excluir a un estudiante de la comunidad educativa a la que pertenece y representan

¹²⁵ CREDEN, *Informes de Gestión 1999 y Estado de Gestión 2000*.

¹²⁶ Tres expulsiones de 92 y dos cancelaciones de matrícula de 68.

¹²⁷ Algunas denuncias al SEREMI de la V Región apuntan en esa dirección. Véase nota 55.

¹²⁸ Cerda Ana María y otros, ob. cit.

además el fracaso del establecimiento en el intento de desarrollar ciertas actitudes y valores en el estudiante.¹²⁹

A nuestro juicio, y como expondremos largamente en el documento propositivo¹³⁰, para que la expulsión por razones de conducta sea legítima requiere fundarse en hechos graves debidamente comprobados y estar precedida de un proceso educativo entre el establecimiento y el estudiante y la familia, de tal manera que la marginación no sea un acto sorpresivo y la familia pueda adoptar medidas para evitarla. La marginación no puede sino tener una orientación educadora y no punitiva; de otra manera no se cumpliría el rol que se entrega a los establecimientos educacionales. Para garantizar que se den estas causales y procesos, las normas deben establecer requisitos mínimos para la expulsión y cancelación de matrícula, prohibiéndolas por ciertas causales no graves y estableciendo requisitos procesales básicos.

5.1.3. Expulsión o cancelación de matrícula por bajo rendimiento

Se observa que algunos establecimientos excluyen a estudiantes por su rendimiento académico a pesar de que la Ley de Subvenciones prohíbe expresamente la suspensión o expulsión durante el año por este motivo. La marginación se produce porque un niño no logra un determinado promedio de calificaciones o porque fracasa en el año escolar y el establecimiento no admite repitentes. Los registros de los Departamentos Provinciales para diciembre de 1998 a marzo de 1999 indican que el 25% de las denuncias recibidas por cancelación de matrícula o expulsión tenían ese motivo.¹³¹

En el primer semestre de 2000 el CREDEN atendió 4 casos -de un total de 37- de cancelación de matrícula por bajo rendimiento académico. No se registró ningún caso de expulsión. En 1999 se constataron dos casos de expulsión -de 92- y en 11 de 68 se les canceló la matrícula.¹³² Un estudio indica que el alumnado percibe claramente la discriminación por rendimiento académico, conformando los repitentes una categoría estereotipada como los “flojos”.¹³³

Otros estudios apuntan al hecho de que el fracaso escolar o el menor logro académico no es percibido como un fracaso del establecimiento sino de los niños, por lo cual ni los docentes ni las autoridades del establecimiento reflexionan sobre

¹²⁹ Consenso alcanzado en la mesa de trabajo.

¹³⁰ Véase *Propuestas de políticas públicas y normativas sobre conductas discriminatorias y abusivas en la selección y marginación escolar* en *Discriminación e interés público*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales, N° 12, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 2001.

¹³¹ Se registraron 263 denuncias por expulsión o cancelación de matrícula de un total de 1.027.

¹³² CREDEN, op. cit.

¹³³ Madgenzo Abraham, ob. cit., s/f.

sus prácticas pedagógicas. Respecto a niños provenientes de sectores de menores ingresos, los docentes perciben que el problema es inherente al niño y su medio familiar.¹³⁴ Algunos sostienen que el actual sistema de financiamiento del sistema educacional, con su fuerte énfasis en el rendimiento académico, provoca una mayor estigmatización en los sectores de mayor riesgo social.¹³⁵ Los intentos del Ministerio por prohibir la marginación por repitencia fueron en el pasado fuertemente resistidos por los sostenedores.¹³⁶

Todo esto contrasta con el hecho de que los actuales enfoques sobre calidad de la educación apuntan más a procesos que a resultados o productos, considerando que la escuela debe ser un “centro para el cambio” que debe considerar las necesidades de desarrollo de todos los miembros de la comunidad escolar.¹³⁷ La marginación por bajo rendimiento constituye una medida extrema que puede vincularse con características inherentes a las personas respecto de las cuales los estudiantes no siempre tienen control, como la lentitud en el aprendizaje u otras similares. Bajo esta premisa consideramos que la marginación es un acto en principio discriminatorio o abusivo. En el documento propositivo¹³⁸ desarrollaremos aún más esta calificación y expondremos algunos caminos de solución que pasan por redes de apoyo, las que desde luego, demandan asignación de recursos.

5.1.4 Expulsión o cancelación de matrícula por apariencia física voluntaria

Muchos establecimientos fijan normas sobre apariencia física o presentación personal. Algunos consideran que la obligatoriedad de encauzar o uniformar la presentación personal se relaciona con la higiene, la sencillez y la austeridad.¹³⁹ Para otros, la idea que subyace es homogeneizar y crear una identidad institucional.¹⁴⁰

En algunos casos, la reglamentación tiene una marcada estereotipación de género, estableciendo cánones respecto de la apariencia masculina y femenina. Por ello, no se permiten formas de presentación personal que se desvíen de estos

¹³⁴ Ramírez Valeria citando a Gubbins, ob. cit., pg. 17.

¹³⁵ Minuta del Colegio de Profesores a la mesa de trabajo.

¹³⁶ De acuerdo con la información obtenida, hace aproximadamente cinco años se propuso prohibir la cancelación de matrícula por repitencia, lo que fue finalmente descartado por la presión ejercida por los sostenedores.

¹³⁷ Ramírez Valeria, ob. cit., pg. 13.

¹³⁸ Véase *Propuestas de políticas públicas y normativas sobre conductas discriminatorias y abusivas en la selección y marginación escolar*, ob. cit.

¹³⁹ Tal como lo han expresado diversos sostenedores en la mesa de trabajo.

¹⁴⁰ Cerda Ana María y otros, ob. cit.

patrones culturales, como en el caso de los hombres, el uso de aros o el cabello largo. La contravención de normas sobre apariencia, establecidas o no en el reglamento interno, puede dar paso a sanciones tales como la amonestación, la anotación, la suspensión, la cancelación de la matrícula, e incluso la expulsión. Entre diciembre de 1998 y marzo de 1999 los departamentos provinciales registraron 44 denuncias por este motivo. El CREDEN, por su parte, en el primer semestre de 2000 registra solo un caso de expulsión por aspecto físico. A pesar de que éste no parece ser un problema cuantitativamente serio, a través de la prensa se han conocido casos de gran notoriedad.¹⁴¹

Las opiniones en torno a si la apariencia física puede constituir causal de cancelación de matrícula están divididas. Con todo, existe acuerdo en señalar que por una causal como ésta no se podría justificar la expulsión durante el año. Existe consenso en que los establecimientos tienen derecho a definir su proyecto educativo y a establecer normas de convivencia acordes con el proyecto que han definido, entre ellas las de apariencia. Al mismo tiempo, el colegio, dentro del marco de ese proyecto y con participación de toda la comunidad, debe valorar la individualidad y libertad de cada uno de sus miembros y la diversidad resultante. El problema surge cuando el alumno se resiste persistentemente a acatar reglas de apariencia física, e insiste, afirmando su individualidad, en mantener opciones personales sobre el largo del pelo, adornos o vestuario, transgrediendo las reglas establecidas. Estas situaciones deben ser abordadas como un desafío y oportunidad para que el establecimiento refuerce o modifique, con toda la comunidad, el sentido y lógica de las normas. Éstas no deben acatarse por mera imposición de la autoridad, sino por el convencimiento de que son razonables. Sin este esencial proceso de diálogo formativo, toda medida de imposición, incluyendo la expulsión y cancelación de matrícula, debe ser estimada como ilegítima.

Hecho este proceso, si la regla se mantiene y el alumno persiste en sus opciones, las opiniones se encuentran divididas. Para algunos, se puede cancelar la matrícula por este motivo. Quienes así piensan privilegian, en primer término, la libertad del establecimiento para implementar y desarrollar su proyecto educativo, con sus propias orientaciones y carisma, de tal manera que sus normas y proyectos sean coherentes y por consiguiente exitosos. En segundo lugar, estiman que es un deber preferente de los padres, y no de los alumnos, definir pautas de comportamiento para sus hijos. En último término, argumentan, la escuela es un lugar de formación de hábitos y las normas que establecen los colegios apuntan en esa dirección.

¹⁴¹ Un grupo de abogados de la Universidad de Chile entabló un recurso de protección a favor de los alumnos de un liceo de la comuna de Independencia que a comienzos del año escolar no eran admitidos a clases mientras no cumplieran las normas sobre largo del pelo.

Para otros la cancelación de matrícula por este motivo no es permisible. Para éstos, se debe privilegiar la libertad de la persona, incluyendo a los estudiantes, para definir su propia identidad y estilos siempre que no irroguen daño a terceros, en el entendido que ellos también tienen espacios de autonomía progresiva en la medida en que van creciendo. En segundo término, valoran que en las escuelas exista la diversidad necesaria para la creación de ambientes -en términos sociales más amplios- más tolerantes para que los estudiantes adquieran espíritu crítico y autocrítico. Por último, se debe reafirmar el derecho a la educación.

A nuestro juicio, más allá de las diferencias en torno a esta causal, la cancelación de matrícula debiera considerarse al menos abusiva o discriminatoria si no está precedida del diálogo necesario entre estudiante, familia y establecimiento a fin de evitarla y de un proceso donde se releven los aspectos educativos de ese proceso. Si, cumpliéndose los requisitos señalados, el estudiante se mantiene consciente y sistemáticamente irrespetuoso de estas normas, los establecimientos tienen mejores opciones educativas que la marginación. Entendemos, con todo, que éste es un tema complejo y el documento propositivo¹⁴² abordará la regulación que el Estado debería promover al respecto.

5.1.5. Expulsión o cancelación de matrícula por motivos de salud o discapacidad

No existen registros de denuncias de expulsión o cancelación de matrícula por motivos de salud. No obstante, algunas de estas situaciones se han conocido a través de la prensa y ventilado en los tribunales de justicia.¹⁴³

Las condiciones de salud de un niño o joven pueden en ocasiones ser causal de exclusión. En algunos actores, esta preocupación surge en cierta medida del temor a la responsabilidad civil que los establecimientos pudieran tener en los daños a que pudieran estar expuestos estos niños. Se ha planteado la necesidad de que las normas expliciten el tipo de responsabilidad que puedan tener los establecimientos, reduciendo la posibilidad de demandas judiciales por esta razón. También se ha propuesto que los establecimientos, ante esta eventualidad, pudieran firmar con los padres un documento en que éstos reconozcan el problema de los riesgos, estableciendo límites a la responsabilidad del colegio.¹⁴⁴

¹⁴² Véase *Propuestas de políticas públicas y normativas sobre conductas discriminatorias y abusivas en la selección y marginación escolar*, ob. cit.

¹⁴³ Intervención del abogado de la FIDE Rodrigo Díaz, transcrita en *Tensión entre Derecho a la Educación y Libertad de Enseñanza*, UNICEF, 2000, pg. 21 y reiterada en la mesa de trabajo.

¹⁴⁴ Intervenciones de diversos actores en la mesa de trabajo.

Existe acuerdo en que es un derecho de los padres decidir si un niño con este tipo de vulnerabilidad puede seguir estudiando bajo un régimen normal, siendo facultad del establecimiento sólo hacer recomendaciones a los padres. La incorporación de niños con necesidades especiales no sólo no debería ser vista como un problema, sino como un desafío para una comunidad, ya que puede asumir la formación de valores en torno a situaciones difíciles. La exclusión de un estudiante por motivos de salud importa un acto discriminatorio, puesto que atiende a sus características. Un tema más complejo es la existencia de niños con enfermedades contagiosas. Será de especial consideración la situación de niños afectados por el VIH/SIDA, puesto que la moción parlamentaria sobre VIH/SIDA, ya aprobada en la Cámara, prohíbe expresamente la discriminación en diversos ámbitos, incluido el educacional.

5.1.6. Expulsión o cancelación de matrícula por embarazo, paternidad o sexualidad

La marginación por causa del embarazo de una estudiante ha sido especialmente discutida en los últimos años. En ocasiones, los reglamentos internos prevén el embarazo como motivo de marginación. Entre diciembre de 1998 y marzo de 1999 los departamentos provinciales registraron 48 alumnas marginadas por esta causa.¹⁴⁵ A pesar de que la Circular 247 de 1991 recomendaba a los establecimientos mantener a las estudiantes embarazadas en su establecimiento, la norma no fue eficaz para impedir expulsiones y cancelaciones de matrícula, por lo que a mediados de este año se promulgó la ley que modifica la LOCE, prohibiendo expresamente la exclusión por esta razón.

La marginación en razón de la maternidad ha sido materia de especial interés para el Comité de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, que en 1999, al analizar el informe de Chile sobre el cumplimiento de esta Convención, efectuó urgentes recomendaciones al gobierno sobre este punto, expresando que la marginación de una joven por causa de embarazo constituye discriminación contra la mujer y por consiguiente viola la Convención.¹⁴⁶ Otra área problemática es que algunos reglamentos internos consideren las relaciones sexuales como causal de marginación.

En 1999 el CREDEN atendió a cuatro jóvenes expulsados por embarazo y por ejercicio de la sexualidad. Uno de estos casos involucró la marginación del joven padre en razón de su paternidad. En el primer semestre de 2000 atendieron

¹⁴⁵ Véase Tabla 1, sección 3.

¹⁴⁶ Comité sobre la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, 21ª Sesión, 7-25 de junio de 1999, Nueva York.

a cuatro alumnas expulsadas por este motivo y otros dos casos por ejercicio de la sexualidad.¹⁴⁷ La marginación por el ejercicio de la sexualidad es una violación a la autonomía de las personas, no pudiendo un establecimiento regular las conductas privadas de los jóvenes.

5.1.7. Expulsión o cancelación de matrícula por problemas relativos a la familia

En ocasiones, la estructura familiar de un estudiante constituye causal de marginación. Ya sea porque los padres se separan, porque algunos de ellos tienen conductas estimadas reprochables, o simplemente porque el estudiante ya no vive con sus padres. La marginación en este caso se convierte en una sanción por las conductas de sus progenitores o porque el ideal de familia que tiene la escuela no coincide con la conformación familiar del niño. Las expulsiones y las cancelaciones de matrículas por las características de la estructura familiar y los actos de los padres son actos discriminatorios.

Otro problema reclamado a las autoridades es la exclusión de un niño por las opiniones o actividades del apoderado o de algún miembro de la familia, en especial sobre la gestión o forma en que se desarrolla la labor educativa en el establecimiento. En ocasiones el conflicto redundaba en un castigo al niño. Hay establecimientos que llegan a vetar la participación de uno de los padres como representante del alumno, condicionando la matrícula a ello. En este caso nos encontramos ante actos abusivos de parte del establecimiento. Se observa en ocasiones que algunos sancionan con la marginación la participación de alumnos en determinadas actividades o la manifestación de opiniones. Este tipo de situaciones representan también actos abusivos.

5.2. Procedimiento en la aplicación de la expulsión

Uno de los problemas que se observa en la aplicación de medidas disciplinarias extremas es que no todas las razones se explicitan en el reglamento interno. De ello se desprende que las decisiones que se adopten sean abusivas por su alta discrecionalidad. En ocasiones la expulsión es una total sorpresa para la familia o el apoderado, pues no hubo un camino previo que tanto la escuela como la familia hubiesen recorrido a fin de evitar la aplicación de la medida. Los padres se quejan de que los establecimientos no cumplen con su propia normativa interna, sorteando todos los pasos exigidos en el reglamento antes de llegar a la expulsión o la cancelación de la matrícula.

¹⁴⁷ Fueron atendidos 79 casos por expulsión en el primer semestre de 2000.

Según la evaluación realizada por el CREDEN, los reglamentos internos enuncian valores que no se ven reflejados en las sanciones que consagran y los procedimientos que establecen.¹⁴⁸ En base a su estudio sobre reglamentos internos y su experiencia en situaciones de expulsión y cancelación de matrícula, el CREDEN advierte que las escuelas no otorgan el debido proceso a sus alumnos, no cuentan con un procedimiento garantista para cuando imputan falta y que no escuchan a los niños en relación a los hechos imputados ni les permiten allegar pruebas.¹⁴⁹

6. NORMAS DE CONVIVENCIA EN RELACIÓN A LA EXPULSIÓN Y CANCELACIÓN DE LA MATRÍCULA

La convivencia en los establecimientos educacionales está sujeta a numerosas reglas acerca de la interacción, los estilos, las posibilidades de participación y la toma de decisiones.¹⁵⁰ Algunas de ellas se encuentran explicitadas en reglamentos internos cuya dictación se enmarca en parte en las facultades y derechos que amparan a todo establecimiento y que además es requisito necesario para obtener acreditación. El Ministerio, sin embargo, no hace un control de legalidad de esta normativa. El reglamento no es neutro en sus propósitos, pues involucra opciones definidas por los establecimientos en sus proyectos educativos. Allí se fijan pautas valóricas, estableciendo conductas que tienen un mayor o menor disvalor social para la vida escolar.

A su vez, los actores sociales tienen exigencias y expectativas respecto de lo que la educación debe entregar. Los padres piden más que nunca que la escuela comparta responsabilidad en la formación personal y valórica de sus hijos.¹⁵¹ A ello se agrega la creciente demanda de otros sectores sociales que solicitan a la escuela la formación de valores personales y de convivencia social,¹⁵² en tanto que la comunidad política pide la formación de habilidades de participación y convivencia democrática y el mundo empresarial solicita que los estudiantes adquieran valores tales como honestidad, responsabilidad, compromiso con el trabajo y capacidad de trabajar en equipo.¹⁵³ Las pautas y

¹⁴⁸ Comunicación personal con CREDEN.

¹⁴⁹ Ibid.

¹⁵⁰ Cerda Ana María y otros, ob. cit.

¹⁵¹ Informe Comisión Nacional de la Familia, citado por Julia Marfán en *La Educación Moral en la Escuela desde la Perspectiva de Lawrence Kohlberg*, CIDE, Santiago, Chile, s/f.

¹⁵² El gobierno ha identificado la formación moral como uno de los objetivos transversales de la educación.

¹⁵³ Romagnoli Claudia, *Perspectivas y proposiciones de experiencias nacionales y extranjeras para educar la convivencia social en la escuela*. Documento de Trabajo N° 17/94. CPU. junio, 1994, pg. 18, citado en Marfán, ob. cit.

orientaciones del proyecto educativo debieran estar en consonancia con el reglamento interno. La revisión de cien reglamentos internos efectuada por el CREDEN da cuenta de que frecuentemente el proyecto educativo no guarda relación con su normativa.¹⁵⁴

Así como el reglamento interno establece las obligaciones de los miembros de la comunidad, éste debiera también expresar sus derechos. Un estudio sobre normativa escolar encontró una notoria ausencia en la expresión de los derechos de los estudiantes en muchos de los reglamentos, constatando que aquellos que los introducían eran establecimientos de la tradición estatal laica.¹⁵⁵ De acuerdo a algunos estudios, la lógica de los reglamentos internos es disciplinar a través de la homogeneización, evitando las desviaciones a la norma.¹⁵⁶ Estas normas deben reflejar la cultura social a la cual pertenecen; de otra forma sólo serán declaraciones de ética trascendente en que los sujetos imperados -estudiantes y profesores- no se ven reflejados en ellas, limitando su eficacia.

6.1. Participación en la elaboración y aprobación del reglamento interno

Existe un amplio consenso respecto de que los reglamentos internos deben ser elaborados y modificados con participación de todos los estamentos, pero la práctica demuestra que ello dista mucho de ser realidad. De hecho, un estudio realizado por el Programa Interdisciplinario de Investigaciones en Educación (PIIE) encontró que los reglamentos "...constituyen una referencia lejana para los profesores y docentes directivos, y que el control escolar transita por otros caminos".¹⁵⁷

Algunas situaciones problemáticas que han dado origen a reclamos es que la escuela no quiere dialogar sobre la pertinencia o razonabilidad de las normas; en ocasiones los apoderados escuchan expresiones de un marcado autoritarismo, del estilo "las normas se acatan y no se discuten", dificultando la generación de espacios democráticos y tolerantes. Algunos actores han planteado la necesidad de explicitar los mecanismos y supuestos a través de los cuales se podrían modificar las reglas de convivencia, puesto que ante la ausencia de procedimientos, la forma en que se desarrolla el debate queda sujeta al criterio de los involucrados.

¹⁵⁴ Comunicación personal con CREDEN.

¹⁵⁵ Ibid.

¹⁵⁶ Madgenzo Abraham, *Discriminaciones en la Educación: un tema insoslayable para la educación democrática*, en Memoria de Programa "Por la Igualdad de Oportunidades y la No Discriminación en el Sistema Educacional," Secretaría Ministerial de Educación IX Región, Temuco, pg. 72.

¹⁵⁷ Cerda Ana María y otros, ob. cit.

Un caso que refleja la potencialidad de estos conflictos y que en 1999 cobró notoriedad pública fue la situación de dos colegios municipalizados que intentaron cambiar unilateralmente y sin diálogo la naturaleza del proyecto educativo.¹⁵⁸ Este conflicto se radicó en diversos ámbitos y con múltiples actores: judiciales, ministeriales, políticos y de medios de comunicación. La situación fue resuelta tras una fuerte presión de los padres a través de los medios. El reglamento interno es la carta de derechos y deberes de las comunidades educativas. Refleja o debería reflejar su proyecto educativo en orden a que toda la comunidad se sienta interpretada por sus normas; de allí la importancia de la participación de padres y estudiantes en sus diversas instancias.

6.2. Límites del reglamento interno

La libertad de los colegios para dictar normas no es absoluta. La propia Constitución establece limitaciones generales al derecho a fundar establecimientos educacionales.¹⁵⁹ Y aunque las normas de los tratados de derechos humanos deben ser el piso de las reglas de convivencia, la evaluación de reglamentos internos realizada por el CREDEN demuestra que éstos fijan procedimientos que transgreden la legislación vigente, en especial sobre condicionalidad y extrema condicionalidad.

Para garantizar la certeza en las relaciones al interior de una comunidad educativa es necesario que las normas establezcan límites bien definidos y se especifique claramente las conductas señaladas como disvaliosas, guardando proporcionalidad entre falta y sanción. En este sentido, uno de los problemas que se advierte es la vaguedad de los contenidos de los reglamentos internos, que no establecen qué se considera disvalioso y merecedor de un reproche o incluso de expulsión.

Tal ambigüedad trae aparejados altos grados de incertidumbre y discrecionalidad en la aplicación de las normas, lo que puede redundar en situaciones abusivas o discriminatorias. Se observa que hay reglamentos que sólo se limitan a señalar la existencia de faltas de naturaleza general pero sin hacer referencia a conductas específicas, quedando entregada a la dirección del establecimiento la facultad de valorar conductas como indebidas y, en consecuencia, la sanción correspondiente.¹⁶⁰ Hay reglamentos que intentan regular la conducta fuera del establecimiento o incluso en el ámbito de la vida privada, considerando

¹⁵⁸ Se trata de los colegios Australia y Darfo Anabalón de Las Condes, en que la Corporación Municipal decidió separar a niños y niñas bajo el argumento de que la convivencia los hacía más agresivos y asociales. Un comunicado del Director del Colegio llamaba a que la comunidad se atreviera al cambio y también pudiera aceptar equivocarse.

¹⁵⁹ El Artículo 19 N° 11 inciso 2° establece como limitaciones generales la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional.

¹⁶⁰ Ver anexo de reglamento interno, Colegio Robert and Rose de Quillota, en *Registro de denuncias al Seremi de la Quinta Región*. Ver nota 55.

ciertos comportamientos como suficientemente graves como para ameritar cancelación de matrícula o expulsión.¹⁶¹

6.3. Publicidad de las normas

El reglamento interno y las normas anexas deben ser conocidas por los padres, la familia y los alumnos desde el inicio de la relación, idealmente desde antes de la inscripción a fin de facilitar una decisión informada. De hecho, se ha sostenido que parte del problema surge precisamente a raíz de que los reglamentos no se encuentran anexados al contrato ni son conocidos por la comunidad al momento de iniciarse la relación.

Así por ejemplo, el contrato modelo de la FIDE dice que el niño o niña tiene derecho a conocer el reglamento interno sólo una vez matriculado¹⁶² y que el establecimiento se obliga a difundirlo sólo a partir de la matrícula. Un estudio advierte que muchas veces las normas operan en el implícito de que los alumnos las conocen, pero la verdad es que éstos se van informando de ellas sólo a medida que las transgreden y son sancionados.¹⁶³

7. CONTROL DE LAS CONDUCTAS INDEBIDAS

Existen múltiples problemas en relación al rol del Estado como regulador y fiscalizador de conductas discriminatorias, abusivas e infundadas, algunos relativos a la debilidad del sistema normativo y otros al tipo de mercado y poder relativo de los actores involucrados. Por último, hay factores que dicen relación con la debilidad del Ministerio como ente fiscalizador.

7.1. Debilidades normativas

Una de las constataciones preocupantes es el carácter de las normas que regulan la materia que hemos venido tratando, mayoritariamente compuesta por declaraciones de principios. Las pocas normas que establecen reglas de conductas son fragmentarias, responden típicamente a impulsos reactivos no sistemáticos, y pocas veces contemplan sanciones.

¹⁶¹ Un reglamento interno califica como falta muy grave el consumo de bebidas alcohólicas o drogas dentro o fuera del establecimiento. El caso de la expulsión de las niñas del Colegio de Puente Alto es también relevante, pues el reglamento interno de dicho establecimiento considera como falta gravísima el robo, el consumo de drogas y las relaciones prematrimoniales.

¹⁶² Artículo 5 de Nociones y Modelo de Contrato elaborado por la FIDE.

¹⁶³ Cerda Ana María y otros, ob. cit.

En esta materia hay pocas normas que proscriban conductas o exijan procedimientos y existe un marcado déficit de reglas que sancionen efectivamente las conductas indebidas. Así, la ausencia de normativa que regule y sancione, por un lado, y el exceso de normas que sólo apelan al buen sentido y criterio, por otro, hace que las disposiciones existentes tengan escasa eficacia.

7.2. Debilidades del medio, especialmente culturales

La relación educacional -especialmente en los sectores pobres- se verifica entre actores cuyo poder negociador es notablemente desigual. Con una oferta poco competitiva y donde una de las partes impone sus condiciones, se verifica un caso típico de contrato forzoso.¹⁶⁴

No obstante los esfuerzos desplegados, la organización de los alumnos, y particularmente de los padres, es aún muy incipiente. A ello se une una tradición asentada de falta de regulación que hace que los actores se creen expectativas al respecto y juzguen todo intento por limitar su autonomía como intervención indebida.¹⁶⁵ En este panorama, se hace muy difícil que los actores alcancen por sí solos una autorregulación justa. Las condiciones culturales son favorables para que los actores no puedan controlar por sí solos los actos abusivos o discriminatorios ni exigir a los establecimientos que fundamenten sus decisiones.

7.3. Debilidades estructurales

Las sanciones previstas en la Ley de Subvenciones a conductas tales como la expulsión por bajo rendimiento o morosidad y los cobros ilegales no cuentan con fiscalización pública eficaz. La información recabada da cuenta de que no se abren sumarios a los establecimientos que marginan alumnos en contravención de la ley. Aunque algunos funcionarios del Ministerio identifican a ciertos establecimientos educacionales como reincidentes crónicos en la comisión de conductas discriminatorias y abusivas, nada pareciera sucederles.¹⁶⁶ Así,

¹⁶⁴ Lo que sucede en educación contrasta con lo ha venido ocurriendo en otros sectores de la vida económica del país, donde también se verifican contratos forzosos de adhesión en que están en juego bienes esenciales, como la previsión y la salud. En el ámbito de la salud, durante los primeros diez años las aseguradoras privadas desarrollaron sus labores de forma bastante autónoma. No obstante, pronto tuvo el Estado que dar cuenta de que el mercado y la competencia distaban de ser perfectos, con usuarios en clara desigualdad ante la contratación y por consiguiente afectados por grandes niveles de desprotección.

¹⁶⁵ La campaña de los sostenedores para reducir o limitar el ámbito de facultades de esta Secretaría ha sido exitosa, instando a que todo lo que prescriba el Ministerio sean meras recomendaciones. Es así que en 1994 no se incorporó la prohibición de expulsar por motivos de rendimiento. Lo sucedido con la Circular 247 es un caso paradigmático: esta norma no contenía sanciones, limitándose a recomendar a los establecimientos el mantener a la alumna embarazada en el establecimiento.

¹⁶⁶ Comunicación personal con funcionarios del Ministerio.

entonces, se crea una cultura de resignación, no necesariamente compartida por todos los actores al interior del Ministerio.

El Ministerio fiscaliza tanto a través de supervisores como de inspectores de subvenciones. El primer tipo de control ha sido criticado como ineficaz tanto por los actores del Ministerio como por los mismos sostenedores. Los actores sostienen que, por una parte, los problemas de discriminación y actos abusivos constituyen una carga adicional de trabajo, lo que conduce a su invisibilización. Por otra, algunos supervisores tienden a privilegiar una relación colaborativa y cordial, en la medida que algunas de sus funciones así lo permiten. En algunos casos esto se agrava por la existencia de una relación de “amiguismo” entre el supervisor y el sostenedor o director.

Los sostenedores señalan además que la supervisión no tiene ningún propósito claro y sólo se concentra en aspectos administrativos, sin entregar ninguna de las asesorías o apoyos técnicos que está llamada a realizar, tornándose en consecuencia irritante.¹⁶⁷ La fiscalización realizada por los inspectores de subvención -de la que no nos hemos ocupado especialmente- pareciera ser ostensiblemente más eficaz. Sin embargo, a juicio de algunos, la fiscalización no fructifica en la medida en que existe una ausencia de sanciones a las conductas indebidas.

Algunas fuentes manifiestan que entre los factores coadyuvantes a la debilidad institucional está el hecho de que la aplicación de sanciones esté radicada en las Secretarías Ministeriales Regionales, conformadas por autoridades o funcionarios que tienden a ser docentes que, cesando en sus cargos, vuelven al mismo mercado laboral que deben transitoriamente controlar. Distintos estamentos del Ministerio comparten la percepción de que, una vez aplicadas, muchas sanciones son dejadas sin efecto a nivel central, impresión de impunidad en que concuerdan funcionarios de distintos niveles y secciones. Desafortunadamente no se pudo contar con información sobre el número de sumarios iniciados y su resolución, por lo cual sólo podemos dar cuenta de la información que hemos recibido. Se nos ha informado que no se deja registro de los procesos iniciados en virtud de la Ley de Subvenciones, lo cual parece ser una deficiencia del rol fiscalizador de esta Secretaría.

Se tuvo además conocimiento de la existencia de un informe de la Contraloría General de la República -a la cual sin embargo no pudimos acceder- cuyo objetivo es asegurar que las Secretarías Ministeriales Regionales cumplieran su rol fiscalizador en materia de Ley de Subvenciones. Por último, muchas conductas abusivas tienen su origen en reglamentos internos cuya legalidad ningún órgano del Ministerio aprueba o revisa a pesar de que el reglamento es uno de los requisitos para acreditar al establecimiento. Los propios sostenedores se quejan de que los departamentos provinciales archivan los reglamentos sin siquiera mirarlos.¹⁶⁸

¹⁶⁷ Opiniones vertidas en la mesa de trabajo.

¹⁶⁸ Opinión vertida en la mesa de trabajo.

ESTUDIOS

ENSAYOS

SEMINARIOS

LIBROS

JURISPRUDENCIA

REFLEXIONES SOBRE EL DESARROLLO INTERNACIONAL DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA¹

*Dr. Guy Masters*²

LA JUSTICIA RESTAURATIVA ES UNA FORMA DE SOLUCIONAR CONFLICTOS BASADA EN LA CONCILIACIÓN Y LA REPARACIÓN ENTRE LA VÍCTIMA Y EL DELINCUENTE, QUE EN ALGUNOS PAÍSES HA SIDO ADICIONADA A LOS SISTEMAS DE JUSTICIA PENAL EXISTENTES O UTILIZADA COMO MEDIDA ALTERNATIVA A DICHSO SISTEMAS. EN ESTE ESTUDIO SE ANALIZAN LOS APRENDIZAJES DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA Y COMO SE HAN PUESTO EN PRÁCTICA DURANTE ESTOS ÚLTIMOS AÑOS.

LOS BENEFICIOS QUE APORTA LA JUSTICIA RESTAURATIVA SON MÚLTIPLES, ENTRE LOS QUE CABE RESALTAR LA CONSIDERACIÓN DEL PROCESO RESTAURATIVO COMO MÁS JUSTO Y HUMANO, LA DISMINUCIÓN DE LA REINCIDENCIA Y LA REDUCCIÓN DEL MIEDO AL CRIMEN QUE PUEDEN TENER LAS VÍCTIMAS.

LOS PAÍSES PARADIGMÁTICOS EN LA UTILIZACIÓN DE PRÁCTICAS RESTAURATIVAS SON CANADÁ, AUSTRIA, NUEVA ZELANDA, INGLATERRA Y GALES, DESTACÁNDOSE LA LABOR REALIZADA POR LAS CONFERENCIAS DE GRUPO FAMILIAR NEOZELANDESAS Y LOS COMITÉS DEL JOVEN INFRACTOR INGLESES. POR ÚLTIMO SE ANALIZAN LOS CAMBIOS EN LA UTILIZACIÓN DE LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD EN INGLATERRA Y GALES TRAS LA ENTRADA EN VIGOR DE DOS NUEVAS LEYES RELACIONADAS CON EL TEMA.

¹ Ponencia presentada por el Dr. Guy Masters en el Seminario *Adolescentes Infractores, Privación de libertad y Soluciones Alternativas*, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, abril 2002.

² Oficial de Desarrollo de Proyectos, Servicio de “Conferencias de Grupo Familiar” e Investigador Post-Doctoral, Centro para la Justicia Restaurativa, Universidad Nacional Australiana.

1. INTRODUCCIÓN

Buenas tardes.³ Es para mí un honor el haber sido invitado a dar esta charla en una conferencia tan importante sobre justicia restaurativa.⁴ Durante estos últimos años se le ha dado especial importancia a los enfoques restaurativos en la administración de justicia, y yo creo que en esta conferencia son dignos de una atención especial. En este momento más de 70 países han implementado o tienen pensado implementar programas de justicia restaurativa. En esta charla me concentraré en dos áreas.

En primer lugar, comenzaré con una sucinta introducción sobre los principios subyacentes a la justicia restaurativa y su desarrollo histórico, comentando brevemente la razón por la cual cada vez más los gobiernos de distintos países dan su apoyo a estas aproximaciones.

En segundo lugar, comentaré las reformas recientes sobre justicia juvenil que han ocurrido en Inglaterra y Gales, ya que algunas de ellas intentan promover la utilización de procesos restaurativos con los jóvenes infractores y sus víctimas. Concluiré con unos breves comentarios que espero les sean útiles en caso de que piensen introducir procesos restaurativos. En el taller que voy a presentar mañana me centraré con mayor detalle en estos temas.

2. EL DESARROLLO HISTÓRICO DE LA PRÁCTICA Y DE LA TEORÍA SOBRE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Es importante destacar que tanto la filosofía como la práctica de la justicia restaurativa todavía están en una etapa de desarrollo, aún cuando su práctica comenzara hace veinticinco años. Por ejemplo, aún se debate el concepto de “justicia restaurativa”.⁵ En todo caso no sería de mucha utilidad reproducir aquí dicho debate, ya que existe un consenso bastante amplio sobre el cual basar la discusión. Posteriormente, en esta misma charla, voy a explicar los principios subyacentes a la justicia restaurativa. En este campo la realidad es que el desarrollo de la filosofía y de la teoría de la justicia restaurativa han seguido ampliamente el

³ Traducido por Laura Martínez-Mora, Abogada, LL.M. Universidad de Londres, Consultora de UNICEF.

⁴ En español se utiliza más comúnmente la expresión “justicia reparatoria”, para referirse a la solución de conflictos basada en la conciliación y reparación víctima-delincuente, que de hecho se desarrolla en España y otros países de habla hispana. El término “restaurativa” es en cambio un analogismo. Sin embargo, tiene la ventaja de hacer referencia por sí sólo a un modelo específico de justicia reparatoria, a saber, el que se desarrolla en los países anglosajones (N. de la T.).

⁵ Masters Guy, *The boldest initiative for victims? Reviewing the limits and potential of restorative justice for victims of crime*, Estudio presentado en la 5ª Conferencia Internacional sobre Justicia Restaurativa para Jóvenes, septiembre 15-18, Leuven, Bélgica, 2001.

desarrollo de la práctica. Hoy me voy a centrar básicamente en los aprendizajes de la justicia restaurativa, y como se han puesto en práctica en los distintos sistemas de justicia criminal.

2.1. Los primeros desarrollos prácticos

El primer intento de introducir la práctica restaurativa en el sistema de justicia criminal que ha sido documentado lo encontramos en Canadá en el año 1975.⁶ Esto fue a consecuencia de un trabajo realizado en 1974. Dos adultos jóvenes tenían que ser juzgados por la comisión de actos de vandalismo en veintidós propiedades de su barrio. El agente de libertad vigilada de este caso era miembro del grupo local Mennonite, y dicho grupo había estado discutiendo como se podía introducir una aproximación cristiana en el sistema de justicia criminal.⁷ En este caso de vandalismo, el agente de libertad vigilada propuso al juez que en vez de imponer la libertad vigilada y una multa, optara por imponer como condición de su libertad vigilada que los dos jóvenes tuviesen una reunión con todas sus víctimas para discutir la reparación o la compensación de los perjuicios causados. Esta solución tuvo mucho éxito y condujo a que este grupo Mennonite diseñara un proyecto para utilizar esta solución de forma sistemática. En 1975 comenzó en Ontario el primer proyecto de reconciliación infractor-víctima. La clave de este proyecto, tal y como sugiere su nombre, era alcanzar una reconciliación entre víctimas e infractores. Esto se llevaría a cabo dándoles la oportunidad a ambos de reunirse y comunicarse a través de un mediador. Los mediadores eran normalmente voluntarios capacitados pertenecientes a la comunidad local o agentes de libertad vigilada. La experiencia adquirida en este proyecto demostró que era posible que las víctimas y los infractores se reuniesen y conversasen sobre una infracción, y discutiesen cual era la mejor forma de reparar el daño causado, bien de forma pecuniaria o bien mediante un trabajo en favor de la comunidad. Esta experiencia demostró que era posible que el infractor y la víctima discutieran el delito de forma respetuosa y segura. De todas formas, aunque la clave del proyecto era alcanzar la reconciliación entre víctimas e infractores, la evaluación⁸ realizada muestra que sólo a un tercio de las víctimas le importaba esto. Muchas de las víctimas daban una gran importancia a ser escuchadas, poder hacer preguntas, explicar como les había afectado, pedir resarcimiento,

⁶ Wright M., *Justice for Victims and Offenders*, Waterside, Winchester, 1996.

⁷ Peachey D., *The Kitchener Experiment* en *Mediation & Criminal Justice* (Wright M. y B. Galaway eds.), SAGE, Londres, 1989.

⁸ Coates R. y Gehm J., *An empirical assessment* en *Mediation & Criminal Justice* (Wright, M. & B., Galaway eds.), SAGE, Londres, 1989.

ver que el infractor estaba arrepentido y ver que obtenía algún tipo de ayuda. Los infractores apreciaban el ser escuchados por sus víctimas, y poder negociar como los daños podían ser reembolsados. Muy pocas víctimas e infractores se mostraban insatisfechos con la experiencia, aunque muchos la encontraban difícil. De todas las personas que participaron en una mediación, sólo una víctima dijo que no lo volvería a hacer.⁹

Las mediaciones en este proyecto tenían lugar después del procesamiento y antes de la condena. Aunque se vio que no tenía influencia en el número de infractores a los que se les imponía sentencias privativas de libertad (alrededor del 20%), sí que influía reduciendo el tiempo de las condenas.¹⁰

Mientras se difundía información sobre este proyecto, fueron surgiendo proyectos similares a finales de los años setenta en los Estados Unidos de América, y a comienzos de los ochenta en varios países europeos como Austria, Alemania e Inglaterra. Los resultados de muchos proyectos ingleses, al igual que experimentos similares en Europa y Norte América, fueron alentadores.¹¹ La mayoría de las víctimas e infractores agradecieron la oportunidad de poder involucrarse en estos proyectos y muchos se beneficiaron positivamente de los mismos. En el caso de algunas víctimas, el miedo a sufrir victimización secundaria se redujo a la mitad,¹² y el deseo de venganza se vio también muy reducido.¹³ Para muchos el proceso de mediación supuso cerrar este capítulo de sus vidas.

De todos modos, también existen ejemplos de prácticas insatisfactorias que han sido muy publicadas.¹⁴ Una de las prácticas más criticable fue el hecho de que las víctimas fueran utilizadas para modificar la sentencia de los infractores. En aquellos tiempos en Inglaterra se ofrecía la posibilidad de mediar en casos en que el servicio de mediación, normalmente dirigido por el servicio de libertad vigilada,¹⁵ quería evitar que el infractor fuera procesado o quería reducir su posible condena.¹⁶ La posibilidad de mediar no se ofrecía en todos los casos, sino sólo en aquellos en que las víctimas y sus infractores podrían beneficiarse de la mediación. Es muy importante resaltar este punto, ya que ilustra como se puede abusar y usar discriminatoriamente la mediación.

⁹ Coates R. y Gehm J., ob. cit.

¹⁰ Wright M., ob. cit.

¹¹ Marshall T. y Merry S., *Crime & Accountability*, Home Office, Londres, 1990.

¹² Umbreit M. y Roberts A., *Mediation of Criminal Conflict in England: An Assessment of Services in Coventry & Leeds*, Minnesota, Centre for Restorative Justice & Mediation, 1996.

¹³ Umbreit M. y Roberts A., ob. cit.

¹⁴ Davis G., *Making Amends. Mediation and reparation in criminal justice*, Routledge, Londres, 1992.

¹⁵ Marshall T. y Merry S., ob. cit.

¹⁶ Davis G., ob. cit.

Por lo tanto los beneficios que aporta la justicia restaurativa a las víctimas e infractores se puede resumir de la siguiente manera:

Para las víctimas:

- La necesidad de información sobre lo que está ocurriendo en su caso.
- La posibilidad de beneficiarse de que alguien (el mediador) escuche con una actitud positiva su experiencia.
- La oportunidad de que le respondan a preguntas sobre por qué el hecho delictivo ocurrió (responder ¿por qué a mí?).
- La oportunidad de decirle al infractor(es) cómo se había sentido afectado.
- La oportunidad de pedirle al infractor compensación o reparación de algún tipo.
- La oportunidad de recibir una disculpa, y ver como el infractor se siente arrepentido.
- La oportunidad de ayudar al infractor.
- La posibilidad de enfrentarse con los infractores en igualdad de condiciones.

Para los infractores:

- Reconocer su responsabilidad y hacerse cargo de lo que han hecho escuchando y admitiendo el daño causado a sus víctimas.
- Mostrarse desde una perspectiva más positiva al contestar a las preguntas, pidiendo perdón y realizando acciones para reparar el daño.

Para ambos, víctimas e infractores:

- La oportunidad de participar activamente en la toma de decisiones de su caso.

Yo creo que debido a todas estas razones, estos enfoques restaurativos están siendo recibidos internacionalmente con un apoyo cada vez mayor. Ayudan a los infractores a hacerse cargo de sus actos, incentivándolos a reparar el daño, y al mismo tiempo trata de ayudarles. La justicia restaurativa asimismo da reconocimiento a las víctimas, cuya existencia y necesidades han sido tradicionalmente ignoradas en muchos sistemas de justicia criminal.¹⁷

2.2. Últimos desarrollos prácticos

Hoy en día un número creciente de países intenta introducir de distintas formas los procesos de justicia restaurativa. Antes de hablar sobre las últimas experiencias

¹⁷ Masters Guy, *The boldest*, ob. cit. y Wright M., ob. cit.

en Inglaterra y Gales, me gustaría resumir brevemente dos de ellas para mostrar distintos modos de introducir estas prácticas.

El primer ejemplo es Austria. Tras el éxito de las mediaciones entre víctimas e infractores llevadas a cabo a mediados de los años ochenta, Austria promulgó leyes que permitían la mediación entre la víctima y el infractor como *alternativa* al enjuiciamiento.¹⁸ Esto se conoce como “resolución de conflictos fuera de los tribunales”. En Austria los fiscales tienen una amplia discreción para decidir si un determinado caso debe ser resuelto ante los tribunales o de otra forma. Por lo tanto, el fiscal puede optar por la mediación en vez del enjuiciamiento ante los tribunales. El servicio de mediación cuenta normalmente con seis meses para ver si la víctima y el infractor logran alcanzar un acuerdo sobre lo ocurrido mediante el diálogo, y lo que se podría hacer para reparar el daño causado. El fiscal sobreseerá el caso cuando considere que el infractor cooperó totalmente con el servicio de mediación. Este caso se puede considerar como un ejemplo de cómo la práctica restaurativa puede ser utilizada para que ciertos infractores no entren en el sistema de justicia penal, constituyendo alrededor del 10% de los infractores en Austria.¹⁹

El segundo ejemplo es Nueva Zelanda, que en 1990 (siguiendo la promulgación de leyes en 1989) reformó ambiciosamente su sistema de justicia juvenil.²⁰ Las razones para la existencia de esta inquietud eran como mínimo tres. En primer lugar, existía una gran motivación para reducir de forma sustantiva el número de jóvenes, particularmente de los Maori, que entraba en el sistema de justicia penal, y el número que era privado de libertad. En segundo lugar, los Maori habían criticado ampliamente el sistema de justicia penal de tipo Europeo Occidental existente. Estas críticas a dicho sistema aludían a la forma individualista de tratar a los infractores, sin tener en cuenta a sus familias y comunidades. Para los Maori la comisión de un delito constituía un signo de fracaso para la familia y su comunidad, y no sólo para el infractor, por lo tanto querían estar más involucrados en el proceso de toma de decisiones. En tercer lugar, y como consecuencia de la anterior, las víctimas de los crímenes cometidos por jóvenes eran ignoradas por el sistema de justicia penal. A consecuencia de todo esto, se creó el siguiente sistema, que yo recomendaría adoptar a toda persona que desea ver reducido significativamente el número de jóvenes infractores que entra al sistema de justicia penal y a prisión, aunque al mismo tiempo también recomendaría que se adoptase algo de las recientes reformas que han tenido lugar en Inglaterra y Gales.

¹⁸ Pelikan C., *Victim-Offender Mediation in Austria* en *Victim-Offender Mediation in Europe* (The European Forum for Victim-Offender Mediation and Restorative Justice ed., Leuven, Leuven University Press, 2000).

¹⁹ Pelikan C., ob. cit.

²⁰ Maxwell G. y Morris A., *Family, Victims & Culture. Youth Justice in New Zealand*, Social Policy Agency and Institute of Criminology, Victoria University of Wellington, Wellington, 1993.

En Nueva Zelanda tras la promulgación de la Ley para Niños y Adolescentes de 1989 se estableció un principio por el cual sólo serían enjuiciados los jóvenes infractores que hubiesen cometido crímenes más graves y de forma reiterada.²¹ Las decisiones sobre como tratar a un infractor se deben regir por los siguientes principios:

- Los procedimientos penales se utilizarán tan solo como medida de último recurso y cuando no existan medidas alternativas para tratar el problema.
- Todas las medidas que se adopten deberán fortalecer al joven y su grupo familiar.
- Se fomentarán las habilidades de los grupos familiares para tratar las infracciones con sus hijos.
- Se establecerá un equilibrio entre la necesidad de que los jóvenes vivan en su comunidad y la necesidad de garantizar la seguridad ciudadana.
- La edad debe ser un factor atenuante a la hora de determinar la imposición de una sanción y su naturaleza.
- Las sanciones deben promover el desarrollo del joven y deben ser lo menos restrictivas posibles.
- Se deben tener en cuenta los intereses de las víctimas.

En la práctica esto supone que el 80% de los jóvenes infractores en Nueva Zelanda son tratados mediante amonestaciones de la policía sin poder ser citados ante un tribunal. Esto puede significar el involucramiento del joven en alguna actividad de su comunidad, la mediación con la víctima o el tener que pagar alguna compensación. Del 20% restante, aún hay un 10% que no es enjuiciado y se le deriva a una Conferencia de Grupo Familiar. Las Conferencias de Grupo Familiar constituyen la segunda opción más utilizada de justicia restaurativa. El joven infractor asistirá a la CGF acompañado de su familia cercana y extensa y de otras personas que le puedan apoyar, como por ejemplo amigos y otros adultos que puedan ser significativos para él o ella. También se invitará a las víctimas de los delitos, que podrán asistir con personas que les apoyen. Igualmente asistirán profesionales que puedan dar asesoramiento sobre programas disponibles para ayudar al infractor, como por ejemplo programas de asesoramiento sobre drogas, alcohol, o educación. Este grupo se reunirá para:

- Discutir el delito, dar la oportunidad a las víctimas de realizar preguntas acerca del infractor, y decir lo que quieran en un ambiente seguro.
- Discutir las causas del comportamiento del infractor y cual es la mejor forma de afrontarlas.

²¹ Maxwell G. y Morris A., ob. cit.

Un aspecto clave de las Conferencias de Grupo Familiar es que la capacidad de decisión se queda mayoritariamente en manos del joven, su familia y las víctimas. Los profesionales que participan tienen por misión asesorar pero no tomar decisiones. Después de que la víctima y el infractor hayan discutido y los profesionales hayan dado la información pertinente, se deja al joven y a su familia solos para que desarrollen un plan que tenga en cuenta las preocupaciones de la víctima y las causas de la infracción. En el 10% de los casos en que se utilizan las CGF, si el plan es aceptado por la policía, entonces el joven no será enjuiciado o amonestado. Del 10% que es enjuiciado, una vez que han sido declarados o se han declarado a sí mismos culpables, el tribunal **no** puede dictar sentencia hasta que tenga lugar una CGF. En Nueva Zelanda se realizan unas 5000 CGF al año. El plan diseñado en la CGF debe ser tenido en cuenta por el tribunal al dictar sentencia, y únicamente en caso de que el tribunal crea que el joven representa un grave riesgo para la comunidad pueden prescindir del mismo. Las únicas excepciones a esto son los jóvenes acusados de homicidio o asesinato. En Nueva Zelanda, en el 95% de las CGF se diseña un plan, que en el 80% de los casos es aceptado sin cambios por el tribunal. El 50% de las víctimas iba a las conferencias, y un 60% de las víctimas que fue dijo que se benefició del hecho de haber participado.²² El claro mensaje que se deduce de estas CGF de Nueva Zelanda es que, cuando se les da la oportunidad a los jóvenes y sus familias, éstos son capaces de llevar a cabo planes que impresionan al tribunal en las circunstancias más desafiantes. La experiencia de otros países que también han implementado las CGF es similar al éxito que han tenido en Nueva Zelanda.²³

En Nueva Zelanda, tras la introducción de este sistema, el número de jóvenes que fueron condenados a prisión **disminuyó** en un 80%.²⁴ Este es un ejemplo de un sistema en el que los jóvenes infractores pueden quedarse fuera del sistema de justicia penal, y cuando se considera necesario introducirlos en el mismo se utilizará como medida de último recurso la pena privativa de libertad. Otro aspecto es que si un joven infractor cumple con el plan establecido, entonces al finalizar el plan (normalmente tres meses) sus antecedentes criminales se anulan. Las investigaciones realizadas en Nueva Zelanda han demostrado que las CGF reducen la reincidencia cuando están bien realizadas,²⁵ y en algunas zonas de Nueva Zelanda ésta se ha reducido anualmente en un tercio.²⁶ Esta cifra

²² Maxwell G. y Morris A., ob. cit.

²³ Jackson S., *Family Justice? An evaluation of the Hampshire Youth Justice Family Group Conferencing Project*, University of Southampton, Southampton, 1998; Marsh P. y Crow G., *Family Group Conferences in Child Welfare*, Blackwell Science, Oxford, 1998.

²⁴ Maxwell G. y Morris A., ob. cit.

²⁵ Ibid.

²⁶ JUSTICE, *Restoring Youth Justice*, JUSTICE, Londres, 2000.

concuera con las investigaciones sobre mediación y reincidencia.²⁷

En la práctica esto puede ser considerado como un sistema de justicia restaurativa, pero hay que decir que originalmente estaba basado en los principios de la Convención sobre los Derechos de Niño de 1989.²⁸ Nueva Zelanda constituye el mejor ejemplo de un sistema que busca dejar fuera del sistema de justicia penal a los jóvenes infractores, teniendo en cuenta al mismo tiempo a las víctimas, y trata a los pocos que ingresan en el sistema según los principios de justicia restaurativa. Yo lo recomiendo.

3. DESARROLLOS RECIENTES EN INGLATERRA Y GALES

En Inglaterra y en Gales han habido dos reformas importantes del sistema de justicia juvenil. La Ley sobre el Crimen y el Desorden de 1998 y la Ley sobre Justicia Juvenil y Evidencia Criminal de 1999.

La Ley sobre el Crimen y el Desorden de 1998 es considerada como una ley que aborda temas muy dispares. Esta ley supuso la introducción de la posibilidad de desarrollar ampliamente la práctica restaurativa, sin embargo otros aspectos de la misma han sido ampliamente criticados, ya que suponen el aumento del número de jóvenes que entra en el sistema de justicia criminal por contravenciones o faltas.²⁹ Se introdujo un sistema mediante el cual los jóvenes que cometen por primera vez una falta o contravención reciben una advertencia (y por lo tanto no son procesados), y los que reinciden una segunda vez reciben una amonestación. En caso de volver a reincidir una vez más, entonces serán enjuiciados. Los infractores que comenten por primera vez un delito no muy grave seguramente serán amonestados y en caso de reincidir serán enjuiciados. Si el joven cometiese un delito grave, esto supondrá su enjuiciamiento. Los Comités de Jóvenes Infractores, creados a nivel nacional por la Ley del Crimen y del Desorden, atenderán a todos los jóvenes que reciben amonestaciones o que son enjuiciados. Estos Comités están compuestos por trabajadores de las cinco principales agencias que trabajan con jóvenes: policía, trabajadores sociales, agentes de libertad vigilada, salud y educación. Estos normalmente reciben la ayuda de otros especialistas en jóvenes, expertos en drogas, alcohol y salud mental. Este comité tiene como finalidad responder de forma coordinada a las necesidades de los jóvenes infractores. Los Comités de Jóvenes Infractores constituyen un importante desarrollo con un gran potencial a futuro.

La Ley del Crimen y del Desorden no contiene específicamente ningún precepto sobre el proceso de justicia restaurativa. Pero lo que sí hizo fue introducir

²⁷ Umbreit M., *Victim Meets Offender. The Impact of Restorative Justice and Mediation*, Criminal Justice Press, Monsey, 1994.

²⁸ JUSTICE, ob. cit.

²⁹ Goldson B., *The New Youth Justice*, Russell House, Lyme Regis, 2000.

la “reparación” como término clave para **todos** los jóvenes infractores, tanto los procesados como los amonestados. Dentro de las posibles resoluciones del tribunal está la orden de reparación, y se espera que además la reparación sea tenida en cuenta en las otras posibles resoluciones judiciales que puedan ser adoptadas respecto del joven. La reparación debe realizarse directamente a las víctimas del joven o a la comunidad. Los Comités de Jóvenes Infractores deben establecer el contacto con la o las víctimas y darles la oportunidad de recibir la reparación de parte del joven, o de recomendar el trabajo comunitario que les gustaría que ellos realizaran. El objetivo de la reparación es que beneficie a las víctimas siendo una clara oportunidad para utilizar procesos restaurativos, como la mediación.³⁰ Lo que ha ocurrido en la práctica es que algunos de los Comités de Jóvenes Infractores han aprovechado esta oportunidad para desarrollar la mediación y/o las Conferencias de Grupo Familiar, y otros se han centrado en comprometer a los jóvenes a realizar trabajos en favor de la comunidad, sin implicar a las víctimas en el proceso.

Tras la promulgación de la Ley sobre el Crimen y el Desorden en Inglaterra y Gales, su implementación en las distintas regiones ha variado mucho. El involucramiento de las víctimas constituye una prioridad importante y sólo ha tenido éxito en un número reducido de regiones, en las que un 70% de las víctimas ha participado en algún tipo de mediación.³¹ En todo caso, estas regiones constituyen la excepción, y en la mayoría de las regiones el número de víctimas involucradas es sustancialmente menor, alrededor del 31% en algún tipo de actividad restaurativa, y sólo un 9% en mediación. A nivel nacional las estadísticas muestran que las víctimas se involucran en el 20% de los casos.³² No obstante esta baja participación hay algunos elementos que la justifican y que voy a resumir brevemente. La opinión de las víctimas que participaron en algún tipo de reparación es que fue una experiencia positiva. Los jóvenes infractores opinaron que la reparación era positiva, y aceptaron sin reparos que deberían realizar alguna actividad para reparar el daño causado. Notablemente los jóvenes infractores sintieron que habían sido tratados de una manera justa por los trabajadores de reparación, mientras que sentían que generalmente no había sido así en el caso de la policía y los tribunales.³³

La segunda ley es la Ley sobre Justicia Juvenil y Evidencia Criminal de 1999, que fue mucho más allá que la Ley del Crimen y el Desorden, ya que buscaba

³⁰ Mediation UK, *The Rough Guide to Restorative Justice and the Crime & Disorder Act*, Mediation UK, Bristol, 2001.

³¹ Masters Guy, *In or out? Some critical reflections on the potential for involving victims of youth crime in restorative processes in England & Wales*, *British Journal of Community Justice*, Volume 1, documento inédito.

³² Dignan J., *Reparation Order* en *Reparation and Victim-Focused Social Work* (Williams B. ed.), Jessica Kingsley, Londres, 2002.

³³ Ibid.

introducir un proceso nuevo de justicia restaurativa para los jóvenes infractores. A partir del primero de abril de 2002, todos los jóvenes que se reconozcan culpables en su primera comparecencia ante los tribunales serán absueltos sobreseyéndose en este caso la causa, privados de libertad si el delito es muy grave, o recibirán la obligación de someterse a algún tipo de programa, que será el caso de la mayoría de los infractores. Una vez que hayan recibido dicha obligación tendrán que asistir a un programa llamado *Comité del Joven Infractor*.

El Comité del Joven Infractor tiene la intención de ser un proceso restaurativo, similar a las CGF. Involucra al joven infractor y a su familia, a las víctimas y a las personas que las apoyen, a un asesor del Comité del Joven Infractor y a dos miembros de la comunidad local. Estos miembros del comité reciben una capacitación durante siete días. Este comité discute la infracción, y las razones que llevaron al infractor a cometerla. Acuerda con el joven infractor un contrato que incluya algún elemento de reparación. Dependiendo de la extensión de la orden impuesta por el tribunal, se le pide también al joven que asista a varias reuniones del grupo para evaluar su progreso. Si cumplen con su compromiso, entonces se le cancelan sus antecedentes penales. A diferencia de lo sucedido en Nueva Zelanda con las CGF, la mayoría de los jóvenes que participan en estos comités son jóvenes infractores. Las obligaciones de someterse a algún tipo de programa han sido utilizadas durante los últimos 18 meses en 11 de los 154 Comités de Jóvenes Infractores en Inglaterra y Gales.³⁴ En el 98% de los casos los jóvenes aceptaron los contratos en la primera reunión del comité, y un 75% los cumplieron satisfactoriamente. Menos de un cuarto (23%) reincidieron.³⁵ Cuando se les entrevistó, el 75% de los jóvenes infractores y sus familias dijeron que encontraron los comités útiles, y mucho más amables y menos traumáticos que la experiencia ante los tribunales.³⁶

De forma similar a la experiencia con la reparación, muy pocas víctimas (aproximadamente un 13%) han tomado parte en los programas pilotos.³⁷ A pesar de esto, en la evaluación se observó que las personas que participaron calificaron de forma muy positiva su experiencia. Además, las víctimas que hubiesen podido participar, pero que no lo hicieron, fueron entrevistadas. Los resultados de esto son ilustrativos: 50% nunca fueron contactados o invitados, y un 25% fueron invitados pero no pudieron asistir a la hora prevista de la reunión del comité. La

³⁴ Newburn T., Earle R., Goldie S., Campbell S.A., Masters Guy, Crawford G.A., K., Sharpe, Hale C., Saunders R. y Uglow S., *The Introduction of Referral Orders into the Youth Justice System, Second Interim Report*, RDS Occasional Paper No 73, Home Office, Londres, 2001.

³⁵ Newburn T., Earle R., Goldie S., Masters G., Crawford A., Sharpe K., Hale C., Netton A., Saunders R. y Uglow S., *The Introduction of Referral Orders into the Youth Justice System-Final Report*, Home Office, , Londres, documento inédito.

³⁶ Newburn y otros, *Final Report*, ob. cit.

³⁷ Newburn y otros, *Second Interim Report*, ob. cit.

mayoría de estos dijeron que si se les hubiese invitado, entonces hubiesen asistido a la reunión del comité. Sólo un 25% de las víctimas no deseaba participar.³⁸

Se han identificado varias razones que explican la baja participación de las víctimas en el trabajo restaurativo en Inglaterra y Gales,³⁹ y la mayoría están relacionadas con problemas en la práctica, más que con las pocas ganas de las víctimas de participar.⁴⁰ Con el desarrollo de la práctica, yo no veo ninguna razón por la cual no se debería incrementar el número de víctimas que toma parte en estos procesos en Inglaterra y Gales.

4. CAMBIOS EN LA UTILIZACION DE PRIVACIÓN DE LIBERTAD EN INGLATERRA Y GALES

Tanto en Austria como en Nueva Zelanda se ha utilizado la práctica restaurativa para evitar que los jóvenes sean enjuiciados o encarcelados. Sin embargo, en Inglaterra y Gales las reformas que respaldan la justicia restaurativa no han sido introducidas con esa intención. Al contrario, la práctica restaurativa se debe utilizar *en adición* a las medidas impuestas por el tribunal. Consecuentemente, si bien estoy complacido con el notable aumento de la utilización práctica restaurativa en Inglaterra y Gales, debo destacar también el dramático aumento de la utilización de la pena privativa de libertad desde 1993. De hecho, a pesar de la puesta en libertad temprana de miles de personas, la población encarcelada en Inglaterra y Gales hoy en día alcanza un nivel record: un poco más de 70.000 personas. Esto es aproximadamente 133 personas privadas de libertad por cada 100.000 habitantes. Entre 1988 y 1993 la utilización de la pena privativa de libertad se redujo un 18%, de 72.000 a 59.000 personas a las que se les impuso dicha pena por año. Entre 1993 y 2000 esto se incrementó en un 79%, de 59.000 a 106.000. Entre 1998 y 2000 las sentencias privativas de libertad se incrementaron en un 47%. Dentro de la Unión Europea, Inglaterra y Gales imponen la pena privativa de libertad a un número mayor de sus habitantes en comparación con el resto de países de la Unión, aunque Portugal le sigue de muy cerca (en 1999 se determinó la aplicación de la pena privativa de libertad a 131 personas de cada 100.000 habitantes). La media en la Unión Europea es de 87 por cada 100.000 habitantes. De todas formas, Inglaterra y Gales se quedan cortos si los comparamos con Rusia (729 por cada 100.000) y los Estados Unidos de América (682 por cada 100.000). La proporción de jóvenes encarcelados en Inglaterra y Gales se ha mantenido entre 1993 y 2000,

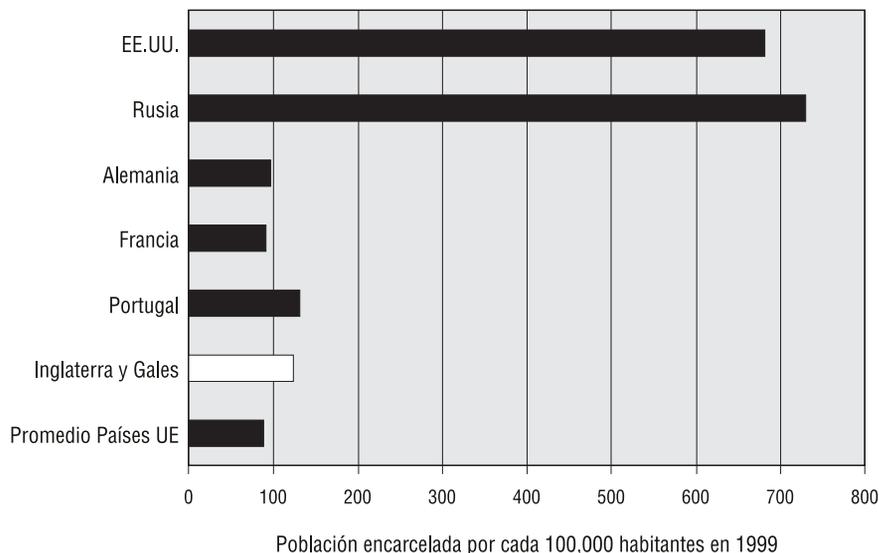
³⁸ Ibid.

³⁹ Dignan J., ob.cit; Holdaway S., Davidson N., Dignan J., Hammersley R., Hine J. y Marsh P., *New strategies to address youth offending the neUional evaluation of the pilot youth offending team*. RDS Occasional Paper N° 69, Home Office, Londres, 2001 y Newburn y otros, *Second Interim Report*, ob. cit.

⁴⁰ Masters Guy, *'In or out?'*, ob. cit.

GRÁFICO 1

Utilización de la pena privativa de libertad en el Derecho Comparado*



* Johnson (2001), Barclay y otros (2001).

fluctuando entre un 7% y un 8% de todas las personas en prisión.

5. CONCLUSIÓN

Hoy en día, la experiencia de muchos países es que la mayoría de las víctimas y de los infractores tomarán parte del proceso de justicia restaurativa, si se les ofrece dicha oportunidad, y que la apreciarán. Ambos consideran que el proceso restaurativo es mucho más justo y humano que el proceso ante los tribunales,⁴¹ ya que se ha demostrado que reducen significativamente el miedo al crimen entre las víctimas⁴² y disminuyen la reincidencia,⁴³ tanto en la comisión de contravenciones o faltas como de delitos.

Los procesos de justicia restaurativa pueden desarrollarse *ya sea* en adición a sistemas de justicia penal existentes, lo que supondría una diferencia mínima con

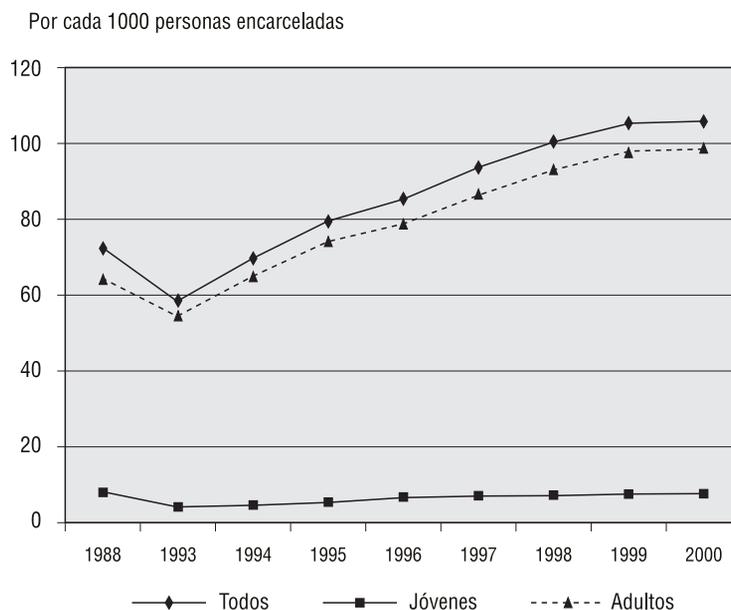
⁴¹ Dignan J., ob. cit. y Strang H., *Victim Participation in a Restorative Justice Process: The Canberra Reintegrative Shaming Experiments*, PhD Thesis, Centre for Restorative Justice, Australian National University, 2000.

⁴² Strang H., ob. cit.; Umbrei M. ob. cit.; y Umbrei M; Roberts A., ob. cit.

⁴³ Miers D., Maguire M., Goldie S., Sharpe K., Hale, Netten A., Uglow S., Doolin K., Hallam A., Enterkin J. y Newburn T., *An Exploratory Evaluation of Restorative Justice Schemes*, Home Office, Londres, 2001 y Umbreit M, ob. cit.

GRÁFICO 2

Cambios en la utilización de la pena privativa de libertad en Inglaterra y Gales*



* Johnson (2001), Barclay y otros (2001).

la sentencia que se le impone al infractor, o utilizarlos como una forma de evitar que los infractores entren en el sistema de justicia penal o sean privados de libertad. El sistema de Nueva Zelanda constituye el ejemplo más ambicioso, ya que intenta aplicar ambos. Inglaterra y Gales tienen ahora un sistema que hace que un número mayor de jóvenes infractores entren en el sistema formal de justicia penal, pero los trata de forma cada vez más restaurativa, intentando ver cuáles son las causas de la infracción mediante la ayuda de los comités. Lo que yo recomiendo en esta conferencia es considerar el desarrollo del sistema de varias agencias de los Grupos de Joven Infractor existente en Inglaterra y Gales, imitando de algún modo el sistema de justicia juvenil de Nueva Zelanda, y ofreciendo la opción de un proceso restaurativo en todos los casos. Muchas gracias por su atención.

EXPERIENCIAS COMPARADAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA EDUCACIÓN

Lidia Casas Becerra¹

ESTE TRABAJO INTENTA HACER UNA REVISIÓN DEL TEMA DE LA RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ENTRE ESTUDIANTES Y DOCENTES. EXAMINA COMO CUESTIÓN PREVIA CUÁNDO Y POR QUÉ ES RELEVANTE ABORDAR EL CONFLICTO ESCOLAR; EXAMINA LOS LÍMITES DE LO PÚBLICO Y LO PRIVADO EN RELACIÓN A LA AUTONOMÍA DE LAS ESCUELAS, Y SI LAS NOCIONES TRADICIONALES «DE LO PÚBLICO» PERMITEN ENTENDER Y RESOLVER SITUACIONES ENTRE PRIVADO. SE REALIZA UNA BREVE REVISIÓN DE EXPERIENCIAS COMPARADAS SOBRE MECANISMOS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN LA ESCUELA: EL LITIGIO, EL FUNCIONAMIENTO DE INSTANCIAS ADMINISTRATIVAS ESPECIALES PARA CONOCER DE LA DISCRIMINACIÓN Y LA EDUCACIÓN EN ESTADOS UNIDOS, CANADÁ, NUERVA ZELANDIA Y AUSTRALIA.

¹ Lidia Casas Becerra es profesora e investigadora en la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

I. INTRODUCCIÓN

El Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales desarrolló una labor de investigación y propuestas de políticas públicas para el Ministerio de Educación en el período 2000-2001 sobre la tensión entre derecho a la educación, y la discriminación en los procesos de selección y marginación escolar.

Uno de los antecedentes relevados de dicha investigación fue la debilidad institucional y la ausencia de mecanismos y políticas claras para enfrentar los actos abusivos y discriminatorios en contra de los estudiantes.² Otro hallazgo relevante fue que los mecanismos de resolución de conflictos en el sistema educacional chileno se limitan casi exclusivamente al litigio. En este ámbito no se advierte una línea de jurisprudencia protectora de los derechos de los niños y niñas, sino tan solo fallos aislados que reconocen la transgresión.³ Aún cuando el Ministerio patrocina formas alternativas de resolución de conflictos, éstas son utilizadas en forma aislada, sin capacitación a los funcionarios intervinientes ni soporte institucional adecuado que pueda hacer de la mediación un mecanismo viable de resolución de conflictos cuando ella es utilizada.

De allí el interés por revisar modelos y experiencias comparadas de resolución de conflictos en las escuelas, en particular aquellos que se producen entre estudiantes y directivos docentes. Esta investigación tiene las limitaciones propias de un tema sobre el cual se ha escrito escasamente y donde la principal manera de acceder a la literatura comparada es a través de la red.

Este trabajo intenta en primer lugar responder cuándo y por qué es relevante abordar el conflicto escolar; luego examinar los límites de lo público y lo privado en relación a la autonomía de las escuelas, y si las nociones tradicionales “de lo público” permiten entender y resolver situaciones entre privados y por último procura hacer una revisión somera de experiencias comparadas sobre mecanismos de resolución de conflictos en la escuela. Esta última sección abordará la experiencia del litigio, el funcionamiento de instancias administrativas especiales para conocer de la discriminación y la educación en Estados Unidos, la creación de instancias administrativas, cuasi y jurisdiccionales para conocer situaciones de discriminación en general (Australia, Canadá, México y Nueva Zelandia), y la creación de

² Casas Lidia y Correa, Jorge *Propuestas de políticas públicas y normativas sobre conductas discriminatorias y abusivas en la selección y marginación escolar* en *Discriminación e interés público*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales, N° 12, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, noviembre 2001, pgs. 231 a 264.

³ En sentido, véase Casas Lidia, Correa Jorge y Wilhelm Karina, *Descripción y análisis jurídico acerca del derecho a la educación y la discriminación* en *Discriminación e interés público*, Cuadernos de Análisis Jurídico, Serie Publicaciones Especiales, N° 12, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, noviembre 2001, pgs. 157-230.

instancias de los consejos escolares de educación para resolver situaciones de aplicación de medidas disciplinarias en Australia.

1. CUÁNDO ES RELEVANTE EL CONFLICTO ESCOLAR

Los niños, niñas y jóvenes enfrentan a lo largo de su vida estudiantil múltiples situaciones que pueden convertirse en desafíos y oportunidades de construcción ciudadana, pero que también entrañan riesgos de negatividad según el conflicto y cómo éste se maneje. Cuando un niño percibe que puede ser excluido por características intrínsecas a su persona o núcleo familiar, ello refuerza el proceso de socialización iniciado en la familia y el entorno social sobre las limitaciones de sus derechos, la aceptación de la diferencia o la ausencia de tolerancia de la sociedad.

La experiencia de exclusión o marginación escolar puede también gatillar un proceso de marginación social. Éste puede iniciarse en la escuela, sin que ello signifique que la escuela sea la única institución responsable, pero sin duda cobra relevancia la forma en que el sistema o establecimiento escolar resuelven los problemas y conflictos normales, ya sea acogiendo o marginando.⁴ El abrir espacios de diálogo otorga a los niños y jóvenes la posibilidad de generar una cultura de respeto por las normas cuando logran entender el sentido y la racionalidad, se apropian de derechos contribuyendo a la construcción de futuras generaciones inmersas en diálogos más horizontales y democráticos.

Las situaciones difíciles o que entrañan riesgo de vulneración de derechos de la infancia cruzan a todas las culturas y sociedades, cualesquiera que sea su nivel de desarrollo. La naturaleza o tipo de conflicto cambia de énfasis, dependiendo de la sociedad de que se trate y de las orientaciones de los establecimientos educacionales. Se pueden distinguir situaciones constitutivas de violaciones a derechos fundamentales y otras abusivas. Éstas últimas pueden ser aproximadas a la forma más clásica del derecho civil recogida en la teoría del abuso del derecho; es decir, el reconocimiento de que la escuela tiene ciertas prerrogativas, no obstante no puedan ser ejercidas en abuso de la parte débil.

De la lectura de la literatura comparada sobre problemas que afectan a los niños se desprende que éstos son relativamente similares: expulsión o suspensión por problemas de disciplina; marginación por problemas o dificultades de aprendizaje; exclusión por discapacidad; sanciones a raíz de embarazo; retención

⁴ En este sentido es interesante revisar el informe de la Comisión de Reforma Judicial de Australia sobre la Infancia ("*Seen and Heard*"), que apunta al importante número de niños infractores que han dejado tempranamente la escuela, lo que ha redundado en exclusión, marginalización social y compromiso delictual. Véase <http://www.hreoc.gov.au>

de documentos por no pago de aranceles; exclusión por cuestiones relativas a la personalidad o por motivos religiosos y sanciones por vulnerar normas de presentación personal.

Algunos de esos problemas son fácilmente clasificables como discriminación. No obstante, una aproximación a la discriminación a partir de causales es unidimensional y puede producir un encasillamiento excesivo y exento de las complejidades de la realidad: las personas son algo más que sujetos de una determinada etnia, raza, color o sexo.

Asimismo, parte importante de los problemas en la educación no tienen que ver con discriminación propiamente tal, pero por su incidencia se convierten en factores de marginación; p. ej., suspensiones y exclusiones por indisciplina o no pago de aportes. El abuso del derecho, o más bien, el uso de la fuerza sin mecanismos de control en la escuela es un problema común. Ello se evidencia en la tendencia más o menos generalizada a no observar las reglas del debido proceso, infringiendo el principio de igualdad en la aplicación de la ley, ya que todos los estudiantes tienen derecho a recibir el mismo trato, que en otros procedimientos disciplinarios otros hubieran recibido en la misma situación. La escuela y los procedimientos de disciplina pueden ser el lugar más común de la discrecionalidad.

Katarina Tomasevski, Relatora Especial sobre el Derecho a la Educación de Naciones Unidas, sostiene que mientras la discriminación -y agrego los demás problemas mencionados- sea un tema invisible en las escuelas, no será posible determinar las dimensiones del incumplimiento o transgresión de los derechos de la infancia. Tomasevski señala, además, que no es común que los problemas de la educación sean examinados a través de una perspectiva de derechos humanos, ya que la construcción o conceptualización de los derechos en la educación es una perspectiva nueva.⁵ Baste recordar que en Chile no se conoce la magnitud de los problemas en educación, ya que se registra apenas el 3% de las situaciones problemáticas que viven los niños en la escuela⁶, lo que hace que la vasta cantidad de situaciones que ponen en riesgo el acceso a la educación no se “perciban” y no tengan respuesta adecuada del sistema.

A esto se suma el hecho de que, por su condición de derecho económico y social, muchos no tengan clara la justiciabilidad del derecho a la educación, desconociendo que el principio de no discriminación está a la par con todos los demás derechos civiles y políticos y que no requiere de un cumplimiento gradual,

⁵ Tomasevski Katarina, *Human Rights as a Prerequisite for Human Rights Education, Right to Education Primers N° 4*, Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law, Lund University, Suecia, 2001, pg. 10.

⁶ Estimación realizada por la División General de Educación citada en Casas Lidia y Correa Jorge, *Propuestas de Políticas Públicas*, ob. cit., pg. 232.

sino de una exigibilidad actual. A su vez, otras situaciones de abuso no requieren de “inversiones financieras directas” sino de iniciativas que propicien cambios culturales.

De allí que Tomasevski sostenga que el hacer cumplir las obligaciones en materia educacional hace que las violaciones al derecho a la educación sean más costosas. Pero para hacer cumplir la ley, se requiere de un compromiso individual y colectivo en torno a proteger el derecho a la educación.⁷ Sólo cuando los estados tienen plena convicción de la importancia de respetar el derecho a la educación puede éste ser justiciable.

En resumen, el conflicto es relevante toda vez que ponga en riesgo la continuidad del proceso educativo de un niño o joven, o cuando las condiciones bajo las cuales se desarrolla esa labor impone cargas u obstaculizan el derecho a la educación.

2. DERECHOS DE LA INFANCIA Y AUTONOMÍA DE LA ESCUELA: LO DIFUSO DE LO PÚBLICO Y PRIVADO EN LA EDUCACIÓN

Esta sección tiene por propósito pasar revista a algunos de los problemas conceptuales que intervienen en la definición de lo público y privado cuando se trata de la provisión de servicios que involucran derechos económicos, sociales y culturales y como una segunda cuestión, si la autonomía de los establecimientos educacionales implica la no intervención de los aparatos públicos en cómo los privados desarrollan una función pública. En un primer orden de cosas, se ha dicho que un servicio no debe ser caracterizada a priori como pública o privada sólo en virtud del origen de sus fondos, sino por el tipo de labor que desarrolla. El objetivo de este punto de partida es asegurar que en las instituciones “privadas” que prestan servicios públicos no exista trato discriminatorio en la provisión de servicios que puedan ser catalogados de esenciales, de allí la relación con la educación. En esta materia la historia ha recorrido el camino de la instrucción por privados, la centralización en instituciones públicas, y posteriormente la delegación de la función pública en privados. La tendencia ha sido delegar la provisión de servicios en particulares, delegación que ha sido entendida exclusivamente en términos de la libertad de enseñanza sin vinculación al derecho a la educación exento de discriminación y la conceptualización de la provisión de un servicio esencial.

Algunos sostienen que se confunde educación pública con educación que entrega directamente el Estado incluso la propia UNESCO incurre en clasificaciones que utilizan ese criterio para distinguir a las escuelas en públicas o privadas. Dependiendo

⁷ “Legal enforcement of human rights obligations makes violations expensive. Resort to legal enforcement requires pre-existing individual and collective commitment to the right to education” en Katarina Tomasevski, *Removing obstacles in the way of the right to education, Rights to Education Primers N° 1*, Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law, Lund University, Suecia, 2001, pg. 10.

de quien las administre serán catalogadas de privadas, de modo que tal confusión alcanzaría a las más altas esferas de la comunidad internacional.⁸

Tanto los fallos de tribunales del Reino Unido⁹ como las leyes de los Estados Unidos establecen como criterio de distinción el financiamiento, no la administración. Conforme a la norma federal de Estados Unidos, mientras exista financiamiento estatal las escuelas son consideradas públicas, aunque sean administradas por privados.¹⁰ En Inglaterra, solo las “escuelas independientes” son consideradas privadas y el resto se consideran parte de la educación pública.¹¹ Consideramos que la educación será pública en la medida que se trate de la provisión de un bien público.

Una segunda cuestión de interés, y zanjado el tema que un servicio esencial sea provisto por un privado, se debe responder hasta qué punto la libertad de enseñanza que entraña la capacidad de abrir y organizar escuelas, y de paso recibir fondos públicos, puede significar ausencia de controles respecto de la labor que desarrollan los privados o generación de marcos regulatorios generales. La experiencia comparada revela un fuerte interés por proteger más fuertemente la inversión directa en el sistema confiriéndole al Estado facultades para intervenir en lo que sucede en las escuelas. En Inglaterra, el Estado se reserva un papel regulador incluso cuando no interviene en el financiamiento, papel que se complementa haciendo partícipes a los padres de los resultados de la fiscalización.¹² Así las cosas, las cláusulas constitucionales que resguardan el derecho a la libertad de enseñanza no se pueden traducir en el establecimiento de espacios de actuación exentos de control estatal. En la educación, el Estado debe resguardar la mantención de criterios fundamentales en áreas tales como calidad, ingreso y marginación.

Todos los modelos del mundo desarrollado -incluso aquellos que originaron la menor intervención estatal en otros ámbitos- reconocen claramente el interés preeminente de la intervención estatal en el ámbito educacional, y ello se hace directamente por los órganos legislativos o con la incorporación de medidas

⁸ Tomasevski Katarina, *Human rights obligations: making education available, acceptable and adaptable, Rights to Education Primers N° 3*, Raoul Wallenberg Institute of Human Rights and Humanitarian Law, Lund University, Suecia, 2001, pg. 20.

⁹ National Union of Teachers v. Governing Body of St. Mary's Church of England Aided School, [1995] ICR 317, EAT [1997] IRLR 242 (CA); R. V. Haberdashers' Aske's Hatcham Trust, ex parte T [1995] ELR 350; EA 1996, ss 482 (I) (b), (3); 483 citado en Tomasevski, *ibid.*, pg. 20.

¹⁰ En los Estados Unidos los Títulos IV y IX de la Ley de Derechos Civiles de 1964 definen como establecimiento educacional público a todo aquel que reciba asistencia financiera del gobierno federal. Véase Unlawful Discrimination. Your Rights and Remedies, http://www.OCR_SanFrancisco@ed.gov/

¹¹ Private Education and Non public education in the European Union, p. 132 at <http://www.eurydice.org>

¹² Las escuelas independientes son fiscalizadas cada cinco años para verificar que cumplan con los requisitos para mantener su certificación. Las irregularidades de importancia se comunican para su rectificación al establecimiento, y cuando éste no las subsana, se envía a los padres un resumen del informe. *Ibid.* pg. 135.

correctivas ex post a través de los tribunales de justicia. Esta visión está además amparada por la jurisprudencia de los órganos internacionales de derechos humanos.

Tanto el Comité de Derechos Humanos de la ONU como la Comisión Europea de Derechos Humanos han afirmado que el Estado no tiene obligación de subsidiar por igual a las escuelas públicas y privadas, especialmente cuando éstas últimas no están sujetas al mismo control estatal, pero sí tiene la obligación de regular y supervisar a las escuelas privadas para que cumplan con los criterios prescritos para la educación.¹³

Así temas relativos a la orientación religiosa, el programa de enseñanza, la educación sexual y la elección de material didáctico de las escuelas han sido vistas como cuestiones fuera de la competencia estatal. Normalmente se argumenta a partir de la libertad de enseñanza para asegurar la no intromisión del estado.

La religión, la diversidad, el curriculum y las orientaciones de los establecimientos han sido materia de arduo litigio en numerosos países. El aceptar la diferencia significa reconocer que, independientemente de las opciones educacionales que hagan los adultos, tanto padres como estudiantes mantienen su independencia para no subordinarse a las normas culturales y religiosas de otros. Así, por ejemplo, la Corte Constitucional alemana falló que fijar un crucifijo en la pared de la escuela constituía una violación al derecho a la religión.¹⁴ Agregó que las familias de menores recursos no tienen acceso real a enviar a sus hijos a escuelas privadas que no tuvieran esas orientaciones religiosas. Las cortes en los Estados Unidos, por su parte, han afirmado la autonomía de los estados y los consejos locales de educación para establecer las políticas educacionales y el plan de estudios,¹⁵ en Canadá, la Corte Suprema de British Columbia dejó sin efecto la prohibición de un consejo escolar de usar textos que mostraban a padres del mismo sexo, estableciendo que la decisión de vetarlos había sido hecha en virtud de consideraciones religiosas que infringían la secularización de la educación.¹⁶

La línea que marca el ámbito de la legítima intervención estatal está presente en las decisiones de tribunales de América Latina. Por ejemplo, la Corte Suprema de Colombia señaló al efecto: "...si bien la Constitución protege la actividad económica, la iniciativa privada y la libre competencia y reconoce también el derecho de los particulares de fundar centros educativos, tales libertades no pueden anular ni disminuir **el carácter de servicio público y de función social (atribuido por la Constitución**

¹³ Carl Henrik Blom v. Sweden, Communication 191/1985 adoptada el 4 de abril de 1998 y European Commission of Human Rights, Decisions concerning applications Nos. 6857/74 y 11533/85, citado en Tomasevski Katarina, *Human Rights Primers N° 4*, ob. cit., pg. 23.

¹⁴ Ibid., pg. 36.

¹⁵ Ibid., pg. 17

¹⁶ Se trata de la decisión James Chamberlain et al v. The Board of Trustees of School N°36 (Surrey), A972046 16 dic. 1998, citado en ibid., pg. 17.

Política a la educación) que también y sobre todo es un derecho fundamental¹⁷ La educación -aún la privada- debe prestarse en condiciones tales que garanticen la igualdad de oportunidades en el acceso a ella, por lo cual repugna a su sentido de servicio público con profundo sentido social cualquier forma de trato discriminatorio o ‘elitista’ que en virtud de un exagerado requerimiento económico, excluya per se a personas intelectualmente capaces (según su) nivel de ingresos¹⁷. (El énfasis es nuestro).

En muchos países, entre ellos Chile, la influencia religiosa produce la marginación de los niños nacidos fuera del matrimonio y de jóvenes que infringen normas morales sobre sexualidad. Es más, el embarazo como causal de exclusión refuerza estereotipos de género.¹⁸

La estructura del sistema educacional chileno nos sitúa en la situación antes descrita, es decir, educación entregada a través de corporaciones municipales, con o sin participación de financiamiento de los padres, y educación pública delegada en particulares. Los privados pueden entregar servicios educacionales directamente al público y depender exclusivamente de los derechos que recauden. A su vez, también se puede satisfacer las necesidades educacionales de la población a través de que el Estado delegue sus funciones -y entregue financiamiento- a terceros que cooperan con sus propias orientaciones. Recibir financiamiento estatal significará aceptar la regulación, ello sin perjuicio del rol regulador para un servicio esencial y público para aquellos que no lo reciben.

Quizás la historia de cómo se entregaron las escuelas a municipios y particulares y los conflictos de la Iglesia Católica durante el gobierno de Salvador Allende por la reforma que educacional que impulsaba expliquen por qué los privados persisten en mantener las escuelas al margen del control estatal, no obstante el interés e inversión estatal comprometida.¹⁹

2.1. Rol del Estado: cuándo intervenir

El mundo ha transitado lentamente entre los modelos en que cierta clase de bienes y servicios, tales como educación y salud, eran enteramente proporcionados por el Estado y aquellos que abogan porque esa tarea sea

¹⁷ Pronunciamiento sobre la constitucionalidad del Artículo 203 de la Ley 115 de 1994, Rol C-560/97 6 de noviembre de 1997, citado en Tomasevski Katarina, *Human Rights to Education Primers N° 3*, ob. cit., pg. 22.

¹⁸ Chile está entre una serie de países -Bolivia, Botswana, Costa de Marfil, Guinea, Kenya, Malawi- que han recientemente prohibido la expulsión de alumnas embarazadas. Tomasevski Katarina, *Human Rights Primers N° 4*, ob. cit., pg. 40.

¹⁹ Durante el gobierno de Salvador Allende se impulsó una reforma educacional, conocida como Plan ENU, Educación Nacional Unificada, que se traducía *grossa* modo en mayor centralización de las políticas educacionales. Este fue un plan fuertemente criticado por distintos sectores, y en especial, por los establecimientos educacionales denominacionales.

entregada exclusivamente a particulares. La pregunta es cuál es el rol del Estado en estas situaciones, y en particular a la educación y los conflictos que se producen en la escuela.

En Inglaterra, país con una larga trayectoria de provisión pública de servicios y bienes tales como educación y salud, se ha planteado como modelo la alianza pública-privada.²⁰ Ella presupone que la transferencia de servicios esenciales a los privados se hace para lograr una gestión más eficiente de los recursos y servicios de mejor calidad y que respondan a las necesidades del público. Un elemento básico de esta transferencia o delegación es que las actuaciones de los prestadores de servicios están sujetas a la fiscalización de la comunidad y de la ciudadanía en general.

Cabe hacer una distinción entre servicios y derechos, puesto que en el primer caso los destinatarios son meros consumidores y en el segundo, titulares de derechos esenciales. En caso de transgresión, el derecho puede diseñar distintos tipos de respuestas o mecanismos y darles una orientación dependiendo de cómo se observen tales derechos. Por cierto, aquí también se discurre en términos políticos: servicios amparados bajo la premisa de derechos esenciales, o bien simples bienes susceptibles de ser transados en el mercado y normados sólo por las reglas básicas de la transacción. Las infracciones en tanto, pueden ser concebidas como fuente de responsabilidad internacional, o bien como infracciones a las reglas del mercado y del contrato.

Lo cierto es que todos los autores concuerdan en que, existiendo derechos o servicios esenciales, deben existir adecuados mecanismos de fiscalización.

Cualquiera que sea el modelo -provisión estatal directa o a través de privados con subsidios a la escuela o la familia- lo cierto es todos los instrumentos internacionales establecen como corolario a la libertad de enseñanza que los establecimientos deben respetar el principio de la no discriminación, independientemente del estatus de la escuela.²¹

De la transgresión al principio de la no discriminación puede ser responsable cualquier agente, estatal o no, pero de las obligaciones positivas que ha asumido el Estado se desprende que, en última instancia, será éste quien incurra en responsabilidad internacional por el tipo de educación que imparten las escuelas privadas o por lo que en ellas suceda.²² Ello sin perjuicio, de la responsabilidad que le quepa al agente discriminador.

²⁰ IPPR, Summary. *Building Better Partnerships. The Final Report from the Commission on Public-Private Partnerships*, London, June 2001 en <http://www.ippp.org.uk>

²¹ Amor Abdelfattah, *Racial Discrimination, Religious Intolerance and Education, Study of the Special Rapporteur of the Human Rights Commission on Human Rights on Religious Intolerance*, UN General Assembly, A/CONF.189/PC.2/22 3 May 2001, pg. 21.

²² Ibid., pg. 22.

El Estado debe intervenir igualmente respecto de una cuestión básica: que las decisiones que se adopten en la escuela cumplan con las normas básicas del debido proceso. Para ello, la escuela debe asegurar que los estudiantes y sus familias conozcan tanto las reglas como las sanciones en caso de infracción. En algunos lugares ésto es materia de ley estatal o local, como en el caso de California, en donde las causales que importan suspensión o expulsión y las condiciones en que se aplican están reguladas por ley.²³

La cuestión del debido proceso está ligado a la conformación de estándares sobre las reglas, su generación, legitimidad y conocimiento por parte de la comunidad. Sobre esto, la Comisión de Reforma Judicial de Australia ha subrayado la necesidad de que los estudiantes sean formados en un ambiente de participación y ciudadanía y llegado al convencimiento de que la autoridad se refuerza cuando los jóvenes tienen conocimiento de sus derechos, dado que éstos están más dispuestos a respetar normas que conocen y cuyo sentido entienden. A pesar de la preocupación y oposición de numerosas escuelas que incluso prohibieron la circulación de folletos sobre derechos de los estudiantes, la Comisión recomendó redactar una pauta nacional sobre participación de estudiantes en la toma de decisiones.²⁴ Esto implicó reconocer que niños y jóvenes tienen derechos y que los deben conocer como condición básica para su

²³ La ley enumera las causales en que procede la suspensión y la expulsión, las que son medidas de *ultima ratio*. A modo de ejemplo enumeramos las de suspensión:

- Causar, intento o amenaza de causar lesiones a otra persona;
 - Uso de fuerza o violencia intencionada en contra de otra persona;
 - Posesión, venta o proveerse de cualquier arma de fuego, cortopunzante, explosivo, u otros objetos peligrosos sin la autorización escrita de un empleado competente y el director de la escuela;
 - Posesión ilegal, venta o proveerse de alguna sustancia sujeta a control, bebidas alcohólicas, o cualquier otra sustancia intoxicante, o estar bajo la influencia de alguna sustancia sujeta a control, bebidas alcohólicas, o cualquier otra sustancia intoxicante;
 - Oferta, negociación o tráfico ilegal para vender alguna sustancia sujeta a control, bebidas alcohólicas, o cualquier otra sustancia intoxicante; y proveer, vender a cualquier persona líquidos, sustancias como materias, sustancias, líquidos, bebidas o intoxicante sujetas a control;
 - Cometer o intento de cometer robo o extorsión;
 - Causar o intento de causar daño a la propiedad de la escuela o la propiedad privada;
 - Hurtar o intento de hurtar propiedad de la escuela o la propiedad privada;
 - Posesión o uso de tabaco o cualquier otro producto que contenga tabaco o nicotina, excluyendo el uso de éstos bajo prescripción;
 - La posesión ilegal o haber negociado u ofertado, arreglado la venta de cualquier adminículo para el consumo de droga;
 - Cometer un acto obsceno o involucrarse en profanación habitual o vulgaridad;
 - Interrupción de las actividades escolares o desacato a la autoridad de cualquier personal de la escuela;
 - Recibir con conocimiento de causa propiedad robada de la escuela o privada;
 - Posesión de una imitación de arma de fuego;
 - Cometer o intentar cometer agresión sexual;
 - Hostigar, amenazar o intimidar o intentar intimidar a un estudiante testigo de un procedimiento disciplinario.
- La traducción es de la autora. Citado en <http://www.calbar.org/2pub/3kids/4kids-23.htm>

²⁴ Australian Law Reform Commission <http://www.hreoc.gov.au/>

ejercicio. Cabe destacar la similitud de la reacción de las escuelas australianas con lo sucedido en Chile cuando la UNICEF y el Ministerio de Educación difundieron una cartilla sobre derechos.²⁵

La recomendación de la Comisión de Empleo, Educación y Capacitación del Senado australiano en el sentido de establecer una Carta de Derechos para que las familias y los niños conozcan antes del inicio del año escolar²⁶ las reglas de la relación escuela-estudiante-familia (incluyendo la facultad de recaudar fondos adicionales a través de cobros voluntarios) se asemeja a las cartas de convivencia o reglamentos internos que se han recomendado en Chile. La similitud de las recomendaciones da cuenta de la similitud de los problemas que enfrentan los estudiantes en el sistema educacional.

Cabe destacar que esta Comisión recomendó conformar instancias facultadas para conocer de decisiones que implicasen la marginación de un estudiante o la suspensión por un período superior a 14 días, especialmente para verificar que se hayan seguido las normas del debido proceso.²⁷ La recomendación tiene su origen en la existencia de una ley estatal (The Education Bill 1997, Estado de Western Australia) que prevé una instancia colegiada -School Discipline Advisory Panel, compuesta por no menos de tres miembros, uno de los cuales debe ser independiente y sin vinculación con el Ministerio de Educación- que conoce de recomendaciones de expulsión.

3. EXPERIENCIAS COMPARADAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS ESCOLARES

3.1. El litigio

El litigio es la forma más común en que se enfrentan los conflictos. Es sabido que, además de diversas limitaciones, el litigio tiene importantes efectos negativos y positivos en el sistema que deben ser considerados.

La Comisión de Reforma Judicial australiana determinó que los estudiantes podían rebatir judicialmente, con importantes limitaciones, las decisiones de expulsión y suspensión. En primer lugar, la Comisión determinó que los estudiantes podían ejercer acciones de carácter general dependiendo del tipo de financiamiento o pertenencia de la escuela al sistema público. La expulsión desde

²⁵ Véase en esta misma publicación: Casas Lidia y Correa Jorge, *Conductas discriminatorias, abusivas e infundadas en contra de estudiantes en la selección y marginación en los establecimientos de Educación Básica y Media. Diagnóstico y caracterización del problema.*

²⁶ Australian Law Reform Commission, <http://www.hreoc.gov.au>

²⁷ Esta Comisión adopta una serie de recomendaciones en este sentido, pero llama la atención que lo haga bajo el acápite de introducir en el procedimiento disciplinario el concepto de “natural justice” o equidad natural y “procedural fairness” o equidad procedimental, conceptos que se encuentran subsumidos en nuestra cultura jurídica en la noción de debido proceso.

escuelas públicas puede impugnarse a través de la acción judicial para los actos administrativos y de derecho común, mientras que las acciones o derechos de impugnación de las decisiones de establecimientos privados se limitan a la norma sobre incumplimiento de contrato.²⁸

La Comisión reconoció la existencia de barreras que imposibilitan el acceso de los estudiantes a la protección judicial de sus derechos, especialmente el tipo de recursos financieros y apoyo con que puedan contar. La experiencia australiana demuestra que los estudiantes rara vez tienen la asesoría legal y apoyo necesarios para iniciar un juicio, por lo cual estos mecanismos no son asequibles ni viables.²⁹ Es más, durante procedimientos disciplinarios a muchos estudiantes marginados no se les informa de sus derechos ni de la existencia de recursos judiciales.

Otra experiencia importante es la de Estados Unidos, donde la administración de la educación pública compete a los Estados y sólo un 7% del financiamiento proviene del gobierno federal.³⁰ A pesar que la educación es de competencia de los Estados y que éstos operan con autonomía en ámbitos tales como estructura del sistema, plan de estudios y metodologías de enseñanza, el gobierno federal puede y debe resolver -y de hecho lo hace- sobre discriminación en las escuelas en virtud de la aplicación de normas constitucionales y federales que prohíben en general la discriminación, concepto que abarca desde el origen racial y nacional hasta la discapacidad, el color y el sexo.

El Título IV de la Ley de Derechos Civiles y el Título IX de la Ley de Enmienda a la Educación de 1972 (42 U.S.C. Section 2000c) prohíben la discriminación en las escuelas públicas en razón de origen étnico, racial o nacional, sexo o creencia. Estas normas se aplican a todas las escuelas públicas, es decir, todas aquellas que reciben fondos federales.³¹

A su vez, la Enmienda 14 a la Constitución –que obliga a los Estados- asegura la igual protección ante la ley pero no prohíbe la discriminación por una causal determinada. Se otorga una acción en la 42 USC Section 1983, para demandar protección y solicitar normalmente daños.³² Si bien la Enmienda 14 no cubre formas específicas de discriminación, protege a las personas de tratos que violen el principio de igualdad y otorga una vía judicial para la investigación de requisitos, criterios o clasificaciones sospechosas de constituir trato discriminatorio.

²⁸ Australian Law Reform Commission, *Children in Education*, par. 10.68 y siguientes.

²⁹ Ibid.

³⁰ Vail John, *Students in America*, en <http://www.errc.org>

³¹ <http://www.aclu.org>

³² Vail Jhon, ob. cit.

Existe una profusa cantidad de jurisprudencia que entrelaza los derechos de la infancia y la educación, según detalla el estudio *We The Students*, del profesor Jamin Raskin.³³ Este trabajo muestra la amplitud de los temas litigados, que van desde el derecho a la libertad de expresión³⁴ hasta la segregación racial,³⁵ el derecho a no profesar ningún culto,³⁶ la autonomía en materia de reproducción,³⁷ el derecho a la privacidad (p. ej., ante allanamientos y pruebas de consumo de drogas), el acoso sexual y las medidas disciplinarias,³⁸ incluyendo el castigo corporal.³⁹

En los casos relacionados con el debido proceso y la aplicación de medidas disciplinarias, uno de los elementos centrales en la discusión judicial es el derecho del estudiante a ser escuchado y hacer sus descargos. En *Goss v. López*, la Corte Suprema de Estados Unidos razona que la cláusula del debido proceso -establecida en la Enmienda 5 y aplicable a los Estados en virtud de la 14 - prohíbe acciones que menoscaben arbitrariamente la autonomía, el buen nombre, la reputación, la integridad o el honor. El interés de todo estudiante es evitar una expulsión o suspensión equivocada o injusta del sistema educacional, marco en el cual el respeto al debido proceso no es una barrera a la imposición de medidas disciplinarias, sino un resguardo ante un castigo arbitrario.⁴⁰ El voto de mayoría apoya la tesis de que todo proceso educativo importa al menos algún sistema u oportunidad de que el estudiante sea informado de los cargos que se le imputan y cuente con la oportunidad de defenderse. El voto de minoría, por su parte, advirtió del peligro de judicializar indiscriminadamente y de establecer un mecanismo contencioso de resolución de problemas. Señala esta opinión que la relación escuela-alumno es rara vez contenciosa, salvo con estudiantes “díscolos e insubordinados”.⁴¹ El voto duda que “constitucionalizar la relación estudiante-profesor [...] pueda constituir una protección más eficaz”.⁴²

³³ Raskin Jamin, *We the Students. Supreme Court Cases for and about Students*. CQ Press, Washington, DC, 2000.

³⁴ *West Virginia State Board of Education v. Barnette*; *Tinker v. Des Moines Independent Community School District*; *Melton v. Young*; *Karr v. Schmidt*; *Bethel School District N° 403 v. Fraser*, entre otros.

³⁵ *Plessy v. Ferguson*; *Brown v. Board of Education of Topeka*; *Cooper v. Aaron*; *Griffin v. County School Board of Prince Edward County*; entre otros.

³⁶ *Engel v. Vitale*; *Lee v. Weisman*; *Everson v. Board of Education of the Township of Ewing*, entre otros.

³⁷ *Planned Parenthood of Southeastern Pennsylvania v. Casey*; *Curtis v. School Committee of Falmouth*.

³⁸ *Goss v. López*.

³⁹ *Ingraham v. Wright*.

⁴⁰ Supreme Court of the United States, *Goss v. López*, en Raskin, op. cit., pg. 153.

⁴¹ *Ibid.*, pg. 154.

⁴² El voto disidente del Ministro Rehnquist señala: “Uno debe dudar, si la constitucionalización de la relación profesor-estudiante asegurará en un sentido significativo mayor protección a la que otorga la ley de Ohio, considerando, además, todas las dificultades doctrinarias y prácticas.” (“One must doubt, then, whether the constitutionalization of the student-teacher relationship, with all of its attendant doctrinal and practical difficulties, will assure in any meaningful sense greater protection than that already afforded under Ohio Law.”). La traducción es de la autora. *Ibid.*, pg. 155.

Las reglas de presentación personal de los estudiantes -largo del pelo, uso de ciertas prendas de vestir- también han sido objeto de interpretación judicial en el marco del derecho a la libertad de expresión. Respecto del primer caso, en *Karr v. Schmidt* la Corte de Apelaciones de Texas revirtió un fallo de primera instancia en que un estudiante ganó el derecho a llevar el pelo largo por tratarse de un asunto personal, que representaba su estilo y valores. La Corte determinó que llevar el pelo largo era sólo cuestión de preferencia personal y no expresión o manifestación de ideas, por lo cual la prohibición no podía estar cubierta por las garantías a la libertad de expresión.⁴³

El estudio de los casos sólo nos informa del grado de litigiosidad que pueden provocar ciertas situaciones en las escuelas de los Estados Unidos y no da cuenta -porque no es su propósito- de los caminos administrativos que pudieran haber recorrido los estudiantes para defender sus derechos.

El litigio es más oneroso y tiene otros elementos negativos que deben ser considerados. Dado el tipo de personas involucradas, los niños o niñas que desea reclamar sus derechos difícilmente lo harán directamente ante un tribunal, y requerirán la mayor de las veces de un representante que transmita sus pretensiones. La escuela, en tanto, es una parte más fuerte que cuenta con recursos para responder a reclamaciones de distinto tipo y que, en último término, tiene o puede contar fácilmente con asesoría legal. La escuela es la parte fuerte o corporativa que está en mejores condiciones de defender sus intereses.⁴⁴

Tampoco se pueden descartar a priori los efectos positivos de litigar. La judicialización consciente y deliberada del conflicto puede ser concebida como forma de que el derecho aporte al cambio social. Las acciones de interés público son herramientas para visibilizar e incidir sobre las leyes y su aplicación en casos paradigmáticos de discriminación sistemática y tienen un gran potencial de evidenciar o estatuir los derechos individuales en cierto tipos de casos o situaciones. En la materia que nos ocupa, los fallos de tribunales tienen el potencial de poner límites al poder omnímodo de la escuela. No obstante, el litigio concebido de esta manera no es capaz de resolver los numerosos casos individuales de discriminación y abuso. Los defensores de los derechos de la infancia previenen que para erradicar la discriminación, en ciertos espacios se necesita algo más que litigio.⁴⁵

⁴³ *Karr v. Schmidt*, United States Court of Appeals Fifth Circuit, April 28, 1972 citado en Raskin, ob. cit., pg. 39.

⁴⁴ Javier Couso, Informe Final, *Consultoría sobre el estudio de las bases técnicas de una acción de protección jurisdiccional de los derechos económicos, sociales y culturales de la infancia*, inédito, Centro de Investigaciones Jurídicas, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, junio 2001, pg. 26.

⁴⁵ Petrova Dimitrina, *The ERRC Legal Strategy to Challenge Racial Segregation and Discrimination in Czech Schools* en <http://www.erc.org>

La sola lectura de la jurisprudencia comparada no da luces sobre el éxito de las acciones judiciales emprendidas por estudiantes. En el caso chileno, la jurisprudencia se mueve entre dos grandes doctrinas: reafirmar la autonomía de la escuela para adoptar decisiones, por una parte, y el derecho que le asiste al estudiante en virtud del contrato, por otra.⁴⁶

Quizá sea ilustrativo el rol que ha jugado el poder judicial en la decisión del Tribunal Constitucional Checo. El 20 de Octubre de 1999 rechazó las doce demandas presentadas en contra del Ministerio de Educación y de cinco directores de escuela de la ciudad de Ostrava, declarando que no se había comprobado la existencia de prácticas de segregación racial en la educación en los casos en cuestión, y que sólo podía considerar información sobre la situación de los agraviados pero no del contexto social y racial en la República Checa.⁴⁷ Los casos fueron preparados durante meses por una organización no gubernamental a fin de demostrar el carácter racista de un sistema educacional público que mantiene a casi el 75% de los niños gitanos o romané en escuelas para deficientes mentales. Una vez que estos niños ingresan a establecimientos especiales, la ley y la práctica sólo les permiten ser derivados a establecimientos de educación superior vocacional. La Corte se limitó a recomendar a las autoridades que consideraran las peticiones de los agraviados.⁴⁸

Esta forma de solucionar conflictos hace saltar a la palestra el papel de los jueces. Para que funcione se requiere de miembros de la judicatura conscientes o dispuestos a jugar un rol más activo en la consolidación de los derechos o la enmarcación de las políticas públicas. He aquí el camino a recorrer.

3.2. Las Comisiones de Derechos Humanos

Algunos países tributarios de la tradición del Common Law han creado instituciones administrativas para el conocimiento de situaciones que puedan constituir discriminación conforme a causales señaladas en leyes especiales. Los criterios sobre discriminación varían de un país a otro. En algunos casos se enumeran las causales, a la usanza de los tratados internacionales, en tanto otros se limitan a ámbitos básicos tales como raza, etnia, color, sexo, discapacidad y origen nacional. En ocasiones se incluye la orientación sexual, el acoso sexual, la edad, la existencia de anotaciones penales, etc.

Estas agencias administrativas abarcan desde defensorías facultadas para

⁴⁶ En este sentido puede revisarse Casas Lidia, Correa Jorge y Wilhelm Karina, ob. cit., pgs. 157 a 230.

⁴⁷ Ibid.

⁴⁸ Ibid.

investigar actos de gobierno hasta comisiones de derechos humanos que escuchan quejas sobre los actos discriminatorios de particulares. En esa lógica funcionan las comisiones de derechos humanos de Australia, Nueva Zelanda, Canadá y México.

3.2.1. La función de las Comisiones

Uno de los elementos comunes de estas instancias son sus variadas funciones. Se abocan tanto a la investigación de quejas individuales por presunta discriminación como al diseño de políticas públicas en torno a derechos humanos y discriminación, y pueden incluso asesorar a los poderes públicos.⁴⁹

En el ámbito de la investigación y resolución de casos, las comisiones tienen competencia para conocer de las quejas que se susciten en el ámbito privado por actos de personas naturales, empleadores, prestadores de servicios, aseguradoras, sindicatos y asociaciones vocacionales y/o gremiales en áreas sensibles como la contratación laboral o de servicios y la adquisición o arrendamiento de bienes. El ámbito de protección es amplio y no se limita a un área específica; de allí que los problemas de discriminación denunciados en la educación queden cubiertos bajo la rotulación de servicios en relación con la causal prohibida.

A pesar de la amplitud de la competencia, una somera revisión de casos decididos en estas instancias muestra una tendencia a la concentración de casos en el ámbito laboral, donde interactúan las distintas causales de discriminación, tales como sexo, orientación sexual, discapacidad, origen étnico. Por lo cual, se podría colegir que este tipo de mecanismos es más usado por adultos afectados por discriminación, que niños o jóvenes.

En la facultad para decidir casos concretos estas instancias pueden o no tener imperio; esto es, la capacidad de generar decisiones vinculantes a diferencia de meras recomendaciones. En general, en los países de la mancomunidad británica las comisiones de derechos humanos son tribunales que adjudican casos con potestad para hacer que sus decisiones sean vinculantes. En otros casos la ley posibilita la investigación de una queja y resolver el problema por vía informal o alternativa pero no fallarlo, pudiendo en todo caso participar en calidad de *amicus curiae*⁵⁰ en procedimientos

⁴⁹ El Tribunal de Revisión de Derechos Humanos de Nueva Zelanda puede pronunciarse respecto de si una ley se ajusta a lo dispuesto en la Ley de Derechos Humanos. Esta declaración, sin embargo, no tiene el efecto de derogar la ley, prerrogativa exclusiva del Parlamento. Véase Human Rights Act 1993 <http://www.hrc.co.nz>

⁵⁰ Como “amigo de la corte”, la Comisión puede hacer presentaciones sobre cuestiones de derecho sin hacerse parte, pero no puede presentar evidencia ni puede apelar de las decisiones.

judiciales sobre discriminación cuyo resultado pueda ser de relevancia social, o bien intervenir como parte, con anuencia del tribunal, cuando el conflicto tenga un fuerte componente de derechos humanos y discriminación y las partes no hayan hecho valer esas alegaciones en el juicio.⁵¹

Todas estas comisiones instan a la utilización en forma alternativa de técnicas de resolución de conflicto. Las comisiones de Nueva Zelanda y Australia funcionan de forma similar, dando las denuncias por cerradas cuando no existe acuerdo entre las partes.

La Comisión de Derechos e Igualdad de Oportunidades de Australia, creada en 1986, desde abril del año 2000 no tiene facultades para fallar casos de discriminación, sino sólo para establecer un procedimiento obligatorio de conciliación y prejuzgamiento de denuncias, las que de verificarse deben llevarse ante los tribunales de justicia.⁵² El o la agraviada debe recurrir a la Corte Federal o al Servicio de Magistrados Federales en un plazo de 28 días de serle notificada la decisión de cierre del caso. El año 2000 el 35% de las denuncias terminaron en acuerdo entre las partes y el 12% de las consultas a la Comisión (10.158) se materializaron en denuncias.⁵³ El 75% de las denuncias fueron resueltas en un plazo de doce meses contados desde su recepción.

En la Comisión de Derechos Humanos (y de Relaciones Raciales) neozelandesa el procedimiento es similar. La Ley de Derechos Humanos de 1993 y las enmiendas implementadas desde diciembre de 2001 establecen que la Comisión es un órgano independiente que investiga e intenta resolver casos de discriminación. Cuando no existe acuerdo, el agraviado puede trasladar su caso a la Oficina de Procedimiento y Derechos Humanos, la que puede recomendar que se conozca la denuncia para su adjudicación ante el *Human Rights Review Tribunal*, órgano administrativo jurisdiccional bajo la dependencia del Departamento y Administración de Tribunales de Justicia. Si no hay recomendación de proseguir, el o la agraviada mantienen su derecho de litigar en los tribunales ordinarios.⁵⁴

El modelo canadiense es similar al neozelandés, con algunas variantes. En el caso de la Comisión de Derechos Humanos de Ontario, primero se intenta conciliar y, si no hay acuerdo, se resuelve si se recomienda designar a una comisión o tribunal que tome conocimiento y juzgue el caso en concreto.

⁵¹ En el caso australiano, las diversas leyes autorizan a la *Human Rights and Equal Opportunity Commission* a intervenir en casos en que subyacen problemas de discriminación en razón de raza, sexo, situación o estado civil, embarazo, discapacidad, igualdad de oportunidades en el empleo o derechos humanos en general.

⁵² <http://hreoc.gov.au/>

⁵³ http://www.hreoc.gov.au/annrep00_01/chap2.html

⁵⁴ <http://www.hrc.co.nz>

Esta Comisión Investigadora (“Board of Inquiry”) puede rechazar la tramitación del caso, o bien fallarlo. Las decisiones son apelables a la Corte Suprema de la Provincia de Ontario. Si la Comisión determina que la denuncia carecía de fundamento, que ocasionó un agravio importante a la contraparte y no debió trasladarse a una segunda instancia, puede ordenar que la Comisión indemnice los gastos y costas en que se haya incurrido.⁵⁵ A las partes les asiste el derecho de solicitar que una Defensoría examine el procedimiento seguido por la denuncia.

En el caso de Canadá, subyacieron al funcionamiento de las comisiones de derechos humanos dos importantes cuestiones. Una de ellas se relacionaba con mantener abiertas las acciones bajo las reglas generales del derecho común, y la otra con la susceptibilidad de revisar los fallos de estos tribunales. En el primer caso la pregunta de fondo era que un procedimiento especial implicaría coartar la posibilidad de recurrir a tribunales. En el caso de la Comisión de Derechos Humanos de la Provincia de Ontario, esta cuestión fue zanjada en el caso de Bhadauria, indo-paquistana doctorada en Filosofía y Matemáticas que demandó por discriminación a una institución de educación superior, alegando en su demanda que este hecho era contrario los estatutos de la institución y al Derecho Común.⁵⁶

Más allá de si la demandante podía o no deducir acción bajo el Derecho Común y de que ganó en primera instancia, el quid del asunto era el cuestionamiento al procedimiento establecido en el Código de Derechos Humanos de la provincia. No hay noticias de por qué la demandante habría preferido la vía de la litigación en sede judicial a la conciliación y negociación en un tribunal administrativo. En todo caso, el caso Bhadauria surgió entre numerosas críticas a la Comisión en el sentido que los montos indemnizatorios eran inferiores a los otorgados por los tribunales y que el gobierno invertía más en publicitar la lotería provincial que en las labores de la Comisión.⁵⁷

La decisión de la Corte de Apelaciones fue revertida en 1981 por la Corte Suprema de Canadá. La decisión, por una parte, refleja la histórica sospecha de que las cortes no son confiables cuando de aplicar leyes progresistas se trata, y por otra, la confianza de que los tribunales administrativos, con personal especialmente capacitado y experto en el tema de derechos humanos, pueden

⁵⁵ Vázquez Ángela, *Las Comisiones de Derechos Humanos en Canadá: organismos encargados de combatir la discriminación*, Comisión Nacional de Derechos Humanos, México DF., 1992, pg. 34.

⁵⁶ Gupta Neena, *Reconsidering Bhadauria: Re-examination of the Roles of the Ontario Human Rights Commission and the Courts in the Fight Against Discrimination*, Master of Laws Thesis, University of Toronto, 1993, pg. 16.

⁵⁷ *Ibid.*, pgs. 19-20.

manejar de forma más competente y ser más cercanos al verdadero propósito de la legislación. Este es un debate que se mantiene vivo hasta el día de hoy.⁵⁸

Un modelo distinto de comisión es el mexicano. El 28 de enero de 1992, en virtud de una modificación al Artículo 102 de la Constitución mexicana, se creó un sistema nacional de protección no jurisdiccional de los derechos humanos. Se crearon comisiones de derechos humanos con las comisiones canadienses como modelo pero distanciándose de ellas en lo fundamental, es decir, el hecho de constituir instancias alternativas de resolución de contiendas cuyas decisiones no obligan a los recurridos. El sistema mexicano, en cambio, fue concebido como un mecanismo tan importante como la institución del amparo que resguarda las garantías constitucionales.⁵⁹ Este sistema está compuesto por la Comisión Nacional de Derechos Humanos y 32 organismos similares en el ámbito estatal, uno por cada estado y otro por el Distrito Federal.⁶⁰

No obstante que las decisiones de la Comisión Nacional no sean vinculantes, éstas han generado un amplio reconocimiento en la comunidad, por lo cual sus recomendaciones tienen un alto grado de eficacia. Así, en el período 1997-1998, de 136 recomendaciones dictadas se cumplieron total o parcialmente 117, proporción que se ha mantenido estable en todos los años de funcionamiento de la Comisión.⁶¹

Como hemos visto, estas comisiones son instancias de denuncia general que no se limitan a la esfera educacional. Más aún, los resultados son diversos. En el caso australiano, un tercio de las denuncias relativas a discriminación por discapacidad se vinculan con la educación.⁶² Los registros para el año 2001 muestran que la denuncia más común es la discriminación por discapacidad. Lo interesante que bajo esta rotulación se incluyen los niños con cuadros de hiperactividad y déficit atencional.

Los fallos de la Comisión de Derechos Humanos de Nueva Zelanda muestran similares resultados; es decir, la mayoría de los casos que llegan a la etapa de fallo están relacionados con discriminación por discapacidad. En este sentido, una

⁵⁸ Ibid., pg. 21. Se afirma que incluso con el nuevo escenario de litigación constitucional de la Carta de Derechos Fundamentales, el sistema judicial ha dejado fuera los temas de la igualdad y la discriminación. Day señala que los 591 recursos de inconstitucionalidad presentados en los primeros tres años ilustran muy bien lo anterior. No son las minorías étnicas, los discapacitados ni las mujeres las que han usado esta sede, sino los tradicionales operadores del sistema. La mayoría de los casos ventilados están relacionados con conducción en estado de ebriedad; regulación de tasas aeroportuarias, derechos de compañías manufactureras y reglas comerciales. En Day Shelagh, *The Process of Achieving Equality, Human Rights in Canada into the 1990's and Beyond*, Ed. Ryszard Cholewinski, Human Rights Research and Education Centre, University of Ottawa, Ottawa, 1990, pg. 27.

⁵⁹ Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, *Derechos Humanos*. Órgano Informativo 3/5, pg. 14.

⁶⁰ *Cuerpo y Derecho*, Ed. Julieta Lemaitre, Mónica Roa, Luisa Cabal, Cap. México, Centre for Reproductive Law and Policy y Universidad de los Andes, Bogotá 2001, pg. 342.

⁶¹ Informe de actividades semestrales y anuales de la Comisión Nacional de Derechos Humanos 1990-1998. <http://www.cndh.org.mx>

⁶² Australia Law Reform Commission par. 10.36.

escuela fue sentenciada al pago de dos mil dólares por concepto de daños y a entregar públicas disculpas por haber rechazado la matrícula a un niño con necesidades especiales de aprendizaje. La escuela solicitó a los padres trasladar el niño a una escuela que pudiera satisfacer mejor sus necesidades. El niño en cuestión había sido previamente evaluado por un equipo independiente que recomendó un determinado tipo de programa que la escuela se negó a adoptar, optando en cambio por negar la matrícula.⁶³ Otros casos involucran una denuncia -rechazada- por discriminación en la escuela en base a orientación sexual. En este caso la Comisión consideró que las autoridades escolares habían tomado medidas suficientes para impedir el trato denigrante que recibía un estudiante de parte de sus pares.

El registro de casos en la Comisión de Derechos Humanos de Ontario desde 1996 a esta parte muestra que muchos casos fallados por la Comisión no están vinculados con los derechos de los estudiantes, sino con el de los profesores a no ser tratados discriminatoriamente en el ámbito de la contratación. Aquí revisten importancia los casos de discriminación fundada en origen étnico, estado civil y creencias religiosas.

3.3. Instancias específicas de defensa del Derecho a la Educación y Conflictos Escolares

Lo que aparece interesante es la existencia de instancias específicas de protección de derechos en la educación. La Ley de Derechos Civiles de Estados Unidos prevé un mecanismo y órgano administrativo para investigar denuncias de trato discriminatorio en razón de origen étnico, racial, nacional, credo o sexo. Otras leyes también entregan competencia a este órgano -la Oficina de Derechos Civiles del Ministerio de Educación del Gobierno Federal- para investigar quejas de discriminación en razón de discapacidad.⁶⁴ Este órgano tiene competencia para investigar y sancionar conductas discriminatorias en las áreas de prestación de servicios, selección, matrícula, disciplina, hostigamiento y trato, realiza, además, fiscalizaciones preventivas periódicas del cumplimiento de la Ley.

Las denuncias pueden ser interpuestas por el o la agraviada, o bien por un tercero en representación de una categoría de personas, en un plazo de 180 días contados desde la fecha del acto recurrido, el que puede ser ampliado discrecionalmente por la Oficina.⁶⁵ Según el Artículo 100.7 (d), la investigación tiene por propósito verificar la transgresión a la ley, informar al recurrido del acto discriminatorio y, cuando sea posible, resolver el conflicto por la vía informal. Sólo

⁶³Caso C409/00 en <http://www.hrc.co.nz/org/legal/index.htm>

⁶⁴ Education for all Children with Handicaps Act, 1975.

⁶⁵ <http://www.ed.gov/offices/ORC/regs/34cfr100.htm1#37>

cuando no se ve la posibilidad de cumplimiento, el funcionario a cargo informará para suspender, terminar, rehusar, otorgar o continuar la asistencia financiera. Esta sanción no está limitada y puede incluir una recomendación al Ministerio de Justicia para que demande en virtud de esta ley o de otras acciones prescritas en la ley federal, estatal o local.⁶⁶

Los expertos reconocen las bondades de un mecanismo administrativo, puesto que elude la excesiva judicialización y los altos costos que ello conlleva. Sin embargo, advierten que esta oficina no ha sido eficaz debido a los escasos recursos que recibe.⁶⁷ De hecho, sólo cuenta con doce oficinas en todo el territorio de Estados Unidos.

Llama la atención el lenguaje ambiguo de una ley que establece como vía de resolución medios informales que no importan sanción y sólo la resolución del conflicto puntualmente recurrido. Si bien de esta disposición pudiera desprenderse como interpretación el uso de medios alternativos de resolución de conflictos -como la conciliación y la mediación- ello pareciera ser más bien informal.

Los defensores de los derechos de los estudiantes advierten que la creación de estas instancias puede parecer una importante respuesta del sistema para enfrentar la discriminación e incluso recibir amplio apoyo de sectores políticos que la perciben como políticamente correcta. Sin embargo, la falta de financiamiento posibilita que el mecanismo no sea eficaz.⁶⁸ En su Informe Anual 2000, esta oficina señala haber investigado el mayor número de denuncias de su historia -6.364 en todo el país-, haber hecho 47 fiscalizaciones periódicas y haber completado 71 con buenos resultados.⁶⁹ En el sitio Web de esta oficina fue imposible encontrar datos sobre el tipo de investigaciones que realizan, un registro o clasificación de los casos o la jurisprudencia administrativa que han sentado.

Quizá lo anterior explique la excesiva litigación de jóvenes y niños en el sistema escolar. Los defensores de los derechos de la infancia en la educación en los Estados Unidos señalan que los estudiantes o sus familias rara vez tienen los recursos para iniciar y mantener un juicio con abogados especializados, por lo cual la vía judicial es un mecanismo abierto, pero poco accesible para el ciudadano común. Más aún, las cortes de Estados Unidos han fallado que para que exista una infracción a la Enmienda 14 debe existir la intención de discriminar, y no sólo un resultado o trato discriminatorio, haciendo más difícil o aleatorio el resultado de una acción civil. Por otra parte, bajo el Título VI de la Ley lo relevante de la discriminación

⁶⁶ Sec. 100.8 en <http://www.ed.gov/offices/ORC>

⁶⁷ Vail John, ob. cit.

⁶⁸ Ibid.

⁶⁹ <http://www.ed.gov/ORC/AnnRpt2000/doeswork.html>

es el efecto y no la intención de discriminar, no obstante un fallo dividido de la Corte Suprema exigió la intención como condición de violación a dicha norma.

En las escuelas de Estados Unidos se advierte actualmente que los casos de discriminación son cada vez más sutiles, por lo cual el peso de la prueba es cada vez mayor. En este sentido se ha cuestionado el uso de exámenes como mecanismo para optar a beneficios o al ingreso a ciertos establecimientos. Vail afirma que ciertos grupos -afroamericanos- históricamente obtienen peores resultados que otros grupos, y se pregunta hasta qué punto estas pruebas se convierten en filtros o trato arbitrario⁷⁰ en que sin duda se entrecruzan factores tales como origen étnico o racial y condición socioeconómica. Es decir, y volviendo al punto de inicio de la Relatora Tomasevzki, los individuos son algo más que pertenecientes a una raza, etnia o grupo social determinado, lo que hace que los diagnósticos y las soluciones sean más complejos.

La experiencia de Estados Unidos demuestra que la mayoría de los casos de discriminación llevados a tribunales se fallan en base a la norma local y no al derecho internacional.

Una experiencia institucional distinta a la de Estados Unidos, es la del School Discipline Advisory Panel, instancia colegiada en el Estado de Western Australia, cuyo propósito no es resolver cuestiones de discriminación, sino se asegurar la existencia de una especie de tribunal de apelación. Está integrado por no menos de tres miembros, uno de los cuales debe ser independiente y sin vinculación con el Ministerio de Educación- que conoce de recomendaciones de expulsión, facultades que en todo caso, pueden ser ampliables. No se pudo conseguir información adicional sobre su funcionamiento ni sus resultados. Lo mismo que con otras iniciativas sobre métodos alternativos de resolución de conflictos, cuya principal foco de atención no sean los conflictos entre los niños, sino de éstos con los adultos.⁷¹

Debido a las limitaciones de este trabajo no se pudo conocer de experiencias de resolución de conflictos más locales.

4. ALGUNAS CONCLUSIONES PRELIMINARES

De una somera revisión de los mecanismos para resolver los problemas que enfrentan los estudiantes en distintas latitudes, se puede evidenciar ciertos rasgos comunes: ausencia de debido proceso en los procesos de disciplina y marginación escolar, discriminación y abuso en la selección y marginación, contextos culturales

⁷⁰ Vail John, ob. cit.

⁷¹ Al final de la elaboración de este trabajo todavía no existían resultados de la aplicación del plan de mediación escolar en la Provincia del Chaco en Argentina. Este plan intentaría utilizar la mediación en escuela, en primer lugar intentando resolver los conflictos entre adultos.

y políticos en que las escuelas y sus directivos reafirman su derecho a la autonomía mientras también impera una reclamación general de que siendo la educación un bien esencial requiere de una intervención más activa del Estado en lo que allí sucede.

En primer lugar, podemos afirmar que el lugar inicial donde se debaten los conflictos es en la escuela, la que muchas veces carece de reglas substantivas o procedimentales para enfrentarlos adecuadamente. Ello redundaría que, existiendo vías administrativas de reclamación al interior de consejos de educación o los ministerios del ramo, éstas pudieran ser poco eficaces por lo que los estudiantes deben recurrir al litigio u otras formas de resolución del conflicto. Por las limitaciones de un estudio exploratorio como este, consideramos interesante poder revisar en profundidad la experiencia de los mecanismos de fiscalización e instancias resolutorias al interior de estos cuerpos, a fin de detectar fortalezas y debilidades.

En segundo lugar, está presente en todos los países la utilización del litigio. Sin embargo, todos reconocen que en tanto mecanismo de resolución de conflictos tiene severas limitaciones. No se resuelve el problema del acceso a la justicia de niños y jóvenes ni es capaz de proveer respuestas globales a los problemas que enfrentan sistemática o colectivamente los estudiantes. Ello sin descontar que la cultura judicial en muchos países no permite aventurar que las reclamaciones por un trato no discriminatorio o abusivo ganen terreno en los fallos.

La creación de órganos especialmente diseñados para conocer actos discriminatorios parece tener una evaluación positiva considerando todos los matices en sus diseños institucionales. En cualquier caso, todos ellos se transforman en instancias más asequibles a los reclamantes, y mantienen siempre abierta el camino de la reclamación judicial, ya sea en la forma de apelación o bien como una vía subsidiaria cuando el conflicto no se ha podido resolver. Las críticas a estas instituciones se fundan en que no habiendo voluntad política, ni suficientes recursos, éstas se transformen en meras declaraciones para combatir la discriminación y anular toda posibilidad de cambio. Considerando aquello, estas instancias todavía mantienen una estructura del conflicto basado en categorías conceptuales de discriminación que no siempre son extensibles o aplicables al común de los problemas de las escuelas, lo que restringe su aplicación.

En este sentido aparece como un mecanismo atractivo, reconociendo que no tenemos más antecedentes que los expuestos, la existencia de una instancia colegiada en el Estado de Western Australia -the School Discipline Advisory Panel- que otorga la posibilidad de que un ente distinto revise e imponga sanciones en situaciones que pueden significar la marginación de un estudiante.

La vía de reclamación administrativa parece la más atractiva, pero antes de asumir un modelo específico se requiere de un estudio sobre resultados, impacto y accesibilidad.

LA FE DEL CARBONERO¹

*Juan Andrés Guzmán*²

EN ESTE ARTÍCULO, EL AUTOR SE REFIERE A LA SIMPLIFICACIÓN QUE SUFREN LOS FENÓMENOS SOCIALES EN MANOS DE LA PRENSA. AL RESPECTO, IDENTIFICA TRES ERRORES FRECUENTES: EL PRIMERO ES LA FALTA DE REPORTEO SUFICIENTE, O SEA UNA FALTA DE INDAGACIÓN ADECUADA DEL FENÓMENO O DEL HECHO QUE SE PRETENDE DESCRIBIR. EN SEGUNDO TÉRMINO, EXISTIRÍA UNA POSICIÓN FRENTE A LA POBREZA QUE ES ANTERIOR AL REPORTEO MISMO Y QUE EVIDENTEMENTE LO DISTORSIONA. POR ÚLTIMO, HABRÍA UNA NECESIDAD DE SER ASERTIVO AL TRANSMITIR LA NOTICIA LANZANDO AFIRMACIONES Y NO PLANTEANDO DUDAS. A ESTO SE SUMA LA INCORPORACIÓN DE UN ARMA IMPORTANTE DE LAS CIENCIAS SOCIALES QUE ES EL USO DE ESTADÍSTICAS Y QUE LOGRA *OBJETIVIZAR* UN REPORTEO QUE YA ES SUBJETIVO DE ANTEMANO.

SEGURAMENTE ESTAS PRÁCTICAS -EXPRESA EL AUTOR- SON LAS QUE EXIGE EL MERCADO. SIN EMBARGO EL MERCADO CORRESPONDE SÓLO A UNA PARTE DE LA POBLACIÓN QUE ES A LA VEZ SECTOR SOCIAL, GRUPO DE INTERÉS Y FUERZA COMPRADORA. DE ESTA FORMA, AL ENFOCARSE SOLAMENTE EN LAS EXIGENCIAS DE UN DETERMINADO GRUPO, LOS SECTORES POPULARES HAN IDO PERDIENDO SU LIBERTAD DE EXPRESIÓN CONVIRTIÉNDOSE EN OBJETOS DE LA PRENSA, Y EL SECTOR AL QUE AQUELLA SE DIRIGE HA TERMINADO POR IMPONER SU MODO DE VER LA REALIDAD.

¹ Ponencia presentada en el Seminario *Adolescentes Infractores, Privación de libertad y Soluciones Alternativas*, Escuela de Derecho, Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, abril 2002.

² Periodista U. de Chile, autor del libro “La Guerra y la Paz Ciudadana”, redactor Revista “7 más Siete.”

Hay que tener claro que los periodistas tenemos una fe más grande que la del carbonero. Y que esa fe nos empuja, muchas veces, a buscar un orden universal tipo inventario; una justicia como estatua; un conflicto social en formato de partido de fútbol, con dos equipos en la cancha, con estrategias claras y un marcador final. En función de nuestra fe dejamos escapar muchas cosas, aplanamos lo complejo y lo presentamos en fórmulas más abreviadas que la famosa ecuación de Einstein. Por ejemplo: delincuencia = juventud + drogas.

Mientras los científicos sociales tienden a inclinar su cabeza, admitiendo las dificultades que encuentran para entender a cabalidad los procesos sociales, la prensa no ha perdido su asertividad en la presentación de los temas más complejos.

Probablemente donde esto queda más claro es en la cobertura de los hechos policiales.

Un ejemplo reciente: Seis niñas desaparecen en Alto Hospicio. Los periodistas que averiguan en Carabineros e Investigaciones se enteran de que varias de ellas son adictas a la pasta base y que alguna se prostituye.

Los que viajan al lugar se convencen de que las niñas se han ido por su cuenta. Basta ver las miserables condiciones en que viven: el hacinamiento, el frío, la falta de un futuro. Los padres se niegan a aceptar esa teoría, pero bueno, son los padres. Y quizás que cosas atroces les hicieron a sus hijas.

Luego aparece un sicópata y confiesa sus crímenes. Entonces la batería periodística cambia de frente. Ahora enrostra a jueces y autoridades el no haber oído a los padres. Y se publican biografías de las niñas y de sus padres como si hubieran vivido en el mejor de los mundos.

En este ir y venir de la prensa creo que hay errores de uso frecuente que quiero comentar.

Los enumero desde el más simple hasta el que me parece más complejo.

Lo primero es la falta de reporteo, que es en esencia, la falta de trabajo. La mayor parte de las notas de policía tiene ese defecto. Normalmente la única fuente es el parte policial y el trabajo del periodista se reduce a transformarlo en una pirámide invertida. No hay chequeo de datos, entrevista a testigos. Son pocos los que se molestan en matizar esa información o en poner en duda lo que sostiene la policía, a través de la investigación propia.

Si lo dice un policía es como si viniera rodando del cielo. Pero la policía se equivoca. Y uno puede terminar hablando de las niñas de Alto Hospicio como prostitutas, ya que eso era lo que aparecía en los informes policiales.

Hay un problema grave de relación con la fuente policial que no se produce en otros sectores: no es normal que se cubra política solo con fuentes en La Moneda,

o que se informe de economía sólo a partir de documentos del ministerio de Hacienda. Pero si esto pasa, se pierde credibilidad. La nota evidencia un sesgo tendencioso, oficialista u opositor. No resulta un buen negocio hacerlo.

Esta reacción no ocurre en los temas relacionados con delincuencia. Creo que estamos cada vez más lejos de una posición ecuánime y observadora que nos permita ver la detención de una persona como una investigación en curso, como una acusación que se debe demostrar. Los periodistas tendemos a aplaudir la detención de alguien porque de algún modo nos parece que es una pequeña victoria en la guerra contra la delincuencia.

Y cómo no vamos a querer que esa guerra se gane.

Este problema se traduce en el frecuente hecho de que el periodista termina dando por culpable o “presunto autor” a alguien que para el sistema de justicia es apenas un detenido. Si ese detenido es dejado en libertad por los tribunales se titulará “vuelco en el caso tal”, con lo que se obvia el hecho de que la policía pudo carecer de pruebas para acusar. Peor aún, de ese vuelco se sacan conclusiones sobre las deficiencias del sistema de justicia para tener a raya a los delincuentes.

El segundo problema es un poco más complejo. Tiene que ver con la sospecha que causa la pobreza.

Creo que el ir y venir de la prensa en el caso de Alto Hospicio se basó en dos afirmaciones centrales:

1. En un primer momento se sostiene que las niñas se fueron por su cuenta porque tenían vidas miserables; Como digo, bastaba darse una vuelta por sus casas para que la pobreza encogiera el alma. Parecía obvio que nadie podía querer quedarse ahí.

2. En un segundo momento, tras hallar sus cadáveres, se dijo que el problema era la denegación de justicia. Y en los perfiles de las niñas muertas se afirmó que sus vidas eran gloriosas. El dato real de su pobreza fue obviado. Los datos de sus dificultades económicas, de sus peleas con sus familias fueron negados.

Creo que eso impide entender la que creo, es la enseñanza más importante que entrega este caso, para la cobertura de delitos que se cometen en zonas pobres: Aunque no lo creamos los que viven ahí pueden cultivar lazos filiales, afectos fuertes que los ligen a sus familias más allá de las condiciones económicas. Pueden tener problemas con sus padres, los niños pueden consumir marihuana como hacían algunas de las niñas asesinadas. Pero nada de eso es relevante, determinante, incriminador.

Cuando me tocó cubrir este hecho, antes de que se supiera su trágico final, conversé con Pamela una de las mejores amigas de Viviana, una de las niñas asesinadas. Me impresionó mucho su razonamiento: a Pamela le daba rabia que dijeran que su amiga se fue por su propia voluntad. O que los policías la interrogaran

intentando comprobar que Viviana era adicta a la pasta base, o se prostituía. La molestia de Pamela no era un acto de solidaridad de su amiga, sino la conciencia de que el sistema podía haber hecho lo mismo con ella.

La vida de su amiga no era muy distinta de la suya. Los roles podrían haberse cambiado y ser ella la muchacha de la que nunca más se supo. Pamela sentía que entonces habría emergido toda su vida cotidiana con un sentido policial. Que tomaba en las fiestas, que sus padres eran pobres, que quedó embarazada, que fumaba marihuana, que había peleado con sus padres porque siempre las adolescentes pelean. Y a ella tampoco la habrían buscado.

Lo peor de la pobreza no es el hacinamiento, ni la falta de luz, en el frío pampino que silba por las latas de las mediaguas, me dijo. “Lo peor es que para todos es obvio que te tienes que ir de aquí”.

Al ocultar la pobreza en las biografías de las niñas, el corolario de la historia, después de todos los meaculpas institucionales, sigue siendo discriminador: si no las hubieran matado, se tendrían que haber ido. La pobreza es fea y por angas o por mangas, provoca sospechas.

El tercer problema es probablemente el más difícil de resolver. Tiene que ver con una necesidad de ser asertivo al momento de transmitir la noticia. El periodista siente, en general, que debe lanzar afirmaciones, no plantear dudas.

Ocurrió un hecho y ese hecho es claro como un vaso de agua.

Eso, por cierto, es un engaño, especialmente en lo que respecta a los delitos.

El delito no es un hecho objetivo e ineludible como un vaso de agua, si no más bien una situación construida y definida por diversos actores sociales.

La verdad es que en el largo plazo, lo que entendemos por delito resulta altamente móvil.

Mirados desde el punto de vista de un abogado penalista tradicional, por ejemplo el leasing, y el factoring -tan de moda con la quiebra de Colo Colo-, huelen a usura. Porque el tipo que compra facturas y descuenta el diez o el veinte por ciento, está obteniendo una ganancia feroz a costa de alguien que necesita efectivo desesperadamente.

Pero el mercado actual requiere de esas prácticas.

Sirva esto para demostrar que la ley no proviene tanto de un orden natural (donde hay un bien y un mal claramente delimitados) sino de los diversos problemas que enfrentan las sociedades y de cómo ellas pretenden solucionarlos.

Esto afecta incluso a delitos que hoy consideramos graves más allá de las circunstancias sociales. Por citar un solo ejemplo. En Chile, hasta mediados del siglo XX la ley eximía de culpa al marido que diese muerte a su mujer, sorprendida

en adulterio. Detrás de eso había una valoración muy simple: era más importante el derecho a la honra del esposo que el derecho a la vida de su cónyuge. Si esto parece extemporáneo, basta recordar que lo mismo hace la Ley de amnistía de 1978: para las autoridades de ese momento, el derecho a la vida debía someterse a los intereses del Estado, a la pacificación, a la necesidad de mirar hacia adelante.

Durante la pasada década la preocupación pública se ha centrado en los delitos contra la propiedad y contra las personas, cometidos por las clases sociales bajas, es decir, lo que usualmente se llama delincuencia común. Se trata de un área específica de la criminalidad que, sin embargo, se ha instalado como la única delincuencia que hay.

Durante los '90 se dejó de lado, por ejemplo, el delito de cuello blanco y el delito económico cometidos por sectores altos, que según los pocos estudios disponibles, causan un daño social y económico muy superior. Un dato: la evasión tributaria que denuncia el SII cada año es 30 veces superior al monto que afanan los delincuentes comunes, también en un año.³

Al respecto, una reflexión del profesor de derecho Herbert Packer, de la universidad de Stanford, quien reacciona frente al aumento de encarcelados por delitos de droga. Es una reflexión que creo que los periodistas debíamos tener muy presente al cubrir delitos.

Dice el profesor Packer: *“Quienes apoyan el aumento de encarcelado por drogas le dan poca importancia a los efectos secundarios, insistiendo que cuando la tasa de encarcelación es alta, baja la tasa delictiva. Para ellos la alternativa está muy clara: más cárceles o más delitos.”*

“Pero si analizamos el problema con más cuidado”, continua el profesor Packer, *“la alternativa no es tan clara. Y lo primero que hay que definir es lo que queremos decir con ‘delito’. Porque podemos tener mucha o muy poca actividad delictiva como queramos, dependiendo de qué decidamos incluir como delito”.*⁴

Como periodista esta cita me gusta porque siento que mi función central es contar historias. Historias completas, con sus matices y contradicciones. Los

³ A comienzos de 1997, el investigador del Instituto Libertad y Desarrollo, Eugenio Guzmán se abocó al cálculo del negocio delictual, estableciendo que los ladrones obtenían un botín promedio de 211 mil pesos por cada acto delictivo. Ese año, las cifras oficiales contabilizaron 110 mil denuncias de robo y hurto, con lo que la pérdida para las víctimas podía estimarse en 23 mil millones de pesos, unos 32 millones de dólares. Si se consideran las cifras de Paz Ciudadana el monto aumenta. Según la institución, las denuncias son apenas un tercio de los delitos que realmente ocurren. El verdadero número de robos y hurtos es de 300 mil casos; y las pérdidas para las víctimas, 65 mil millones de pesos, unos 100 millones de dólares.

La evasión tributaria, en tanto, se estima en 4 mil millones de dólares: 37 veces lo que ganan los delincuentes comunes.

⁴ El Mercurio, 12 de marzo de 2000. Citado en columna de Timothy Lynch, Director del Proyecto sobre Justicia Penal del Cato Institute.

periodistas no somos garantes de la institucionalidad, ni padres de la patria en la misión de resolver los problemas del estado. Nuestra gran ventaja es que podemos dudar de todo. Incluso de la legislación.

Ahora, si la prensa tan solo se abocara a la descripción detallada del mentado vaso de agua, todavía tendría posibilidades de acertar. Sin embargo, no sólo no se reporta a cabalidad las características de ese vaso, sino que se lo usa -incompleto como está-, para hablar de un fenómeno social.

El problema más complejo con la cobertura del delito durante los 90 es que a partir del agua contenida en un vaso, se pretende hablar de todo un mar de delitos.

En los 90 los delitos dejaron de ser hechos puntuales para transformarse en la evidencia de un fenómeno. Un robo especialmente duro no es para los periodistas un hecho aislado, sino la evidencia de una sociedad cada vez más violenta.

El problema no es nuevo. Los medios llevan décadas anunciando olas de delitos. Basta un paseo por la Biblioteca Nacional para toparse con el persistente registro mediático de una sociedad que tiende a calificar de delito todo lo que la atemoriza.

Ese espanto se ha traducido en sucesivas reformas que ha tenido el código penal desde su promulgación en 1875. En alguna entrevista publicada en El Metropolitano a principios del 2000, Jorge Mera⁵ me dijo alguna vez que con todas sus obsolescencias y defectos ese código era un todo armónico donde el delito más grave era el homicidio. Más de un siglo de reformas, muchas de ellas realizadas en periodos eleccionarios por parlamentarios con intereses cortoplacistas, lo han deformado y desestructurado. De un diseño que tenía como eje el valor de la vida, ha pasado a un código donde lo más importante es la propiedad. Para el penalista de la Universidad de Chile, Antonio Bascuñán el resultado es que hoy Chile tiene el doble de represión penal que en el siglo XIX, fenómeno del que no se deduce una historia racional sino una “historia de la histeria”, como dice Bascuñán.

Pero en los 90 tenemos un elemento que creo que es nuevo: el uso de ciertas armas de las ciencias sociales para la difusión de las noticias. Creo que son esas técnicas las que han permitido al delito salir de la página policial para transformarse en editoriales.

Por supuesto, el uso de las estadísticas y de las encuestas puede ser muy útil. Se trata de una forma de enfrentar el problema. Sin embargo, en la cobertura de noticias se ha hecho uso y abuso de los guarismos.

⁵ Académico de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

⁶ La Tercera, 4 de diciembre 1999.

Un ejemplo: en 1999 un diario⁶ publicó que el 38,9 por ciento de los homicidios cometidos estaban relacionados con drogas. La cifra servía de apoyo para una nota que enarbolaba la tesis de la creciente influencia que tenía la droga en los delitos violentos. La nota, sin embargo, pasó por alto que el homicidio es el delito que más descendió en los '90.⁷ Así, el 38,9 por ciento aludido correspondía en realidad a poco más de 60 casos, lo que es muy poco para levantar tesis de que la droga está en el eje del aumento de la violencia.

Otro ejemplo. Según un reciente estudio de ministerio de justicia⁸ entre 1995 y el 2000 las detenciones de menores por delitos violentos han aumentado en un 250 por ciento. El número es estremecedor. Por cierto, nadie miente si publica ese dato. Y sin embargo, engaña, por los supuestos que esa afirmación acarrea: el supuesto central es el descontrol de la delincuencia, la sensación de que estamos haciendo turno para aparecer en las estadísticas de víctimas de homicidio.

Sobre ese estremecedor 250 por ciento hay que hacer algunas precisiones para evaluarlo en su real dimensión. Primero, se trata de detenciones. Y las detenciones no son sinónimo de delito, sino un indicador del trabajo policial. Las detenciones pueden subir sin que aumenten los delitos, simplemente porque la policía actúa con más decisión, porque aumenta su personal, porque en una comunidad donde había un carabinero ahora hay una dotación entera trabajando y deteniendo.

Segundo, y más importantes, son los número brutos que se esconden en ese espantoso 250 por ciento. En 1995 se detuvieron a mil 200 jóvenes por delitos violentos. El 2000 se detuvieron a 4 mil 300 jóvenes.⁹ Ese 250 por ciento equivale a 3 mil jóvenes que es la cantidad que de estudiantes que uno puede encontrar en un gran liceo público. No pueden ser un problema irresoluble para ninguna sociedad si se decide a enfrentar el tema con todas las armas. Desde la inversión social a la policial. 16 millones de chilenos no pueden sentirse superados por 3000 menores. Menos aún, sentir que nuestra vida está en riesgo permanente. Entre 1995 y el 2000 los menores detenidos por homicidio fueron 106 cada año.¹⁰ No podemos sentirnos orgullosos de eso. Podemos suponer el drama de las 106 familias afectadas. Pero 106 casos es menos que la cantidad de premios que entrega el Loto cada año. Es más fácil ganarse el Loto que ser asesinado por un joven.

Esto me lleva a otro punto: Los periodistas tenemos poca conciencia de que la información de prensa tiene múltiples utilidades. Creemos, en general, que la tarea se cumple con informar y obviamos lo que pasa con el tipo de información. Peor:

⁷ Anuario de Estadísticas de carabineros 1990-1998.

⁸ Estudio hecho por el departamento de Menores del Ministerio de Justicia. Agosto del 2002, en el marco del envío a la cámara del proyecto de ley que reforma la justicia de menores.

⁹ Anuario de Estadísticas de carabineros.

¹⁰ *Ibid.*

muchas veces estamos más preocupados de cumplir con informar al editor lo que este quiere escuchar, que en ser capaces de desentrañar lo que vemos mientras reportamos. Y es así como uno puede ver que, en casos que se han transformado en temas de portada, los reporteros registran y despachan lo que sea, con tal de llevar algo a casa.

Una situación que no olvido es el caso del conscripto Pedro Soto Tapia quien apareció muerto en San Felipe en 1997. La presión del caso era tal, que una de las fuentes más concurridas por los medios terminó siendo un heladero que trabajaba en la puerta del tribunal; un hombre que oía y repetía rumores. Sólo rumores. Y que era citado en muchas notas como una fuente en off.

Muchas veces nos basta con que alguien diga lo que estamos esperando oír. Porque otro elemento de la fe del carbonero es “a confesión de parte, relevo de pruebas”. Por supuesto, aquí la trampa central está en la falta de reporte. En el mínimo chequeo de si las declaraciones tienen algún sustento.

En el caso de la cobertura de delitos cometidos por jóvenes este es un elemento que se debe tener en cuenta. No es difícil entrevistar a un muchacho en un centro juvenil que confiese las barbaridades más grandes. Después de la entrevista, el periodista y el muchacho quedarán felices. El primero por la nota cruda que lleva a la redacción y el segundo porque si aparece en los diarios con esa historia su fama crecerá entre sus pares.

Recuerdo otro caso que en su momento fue importante. El de los Vatos Locos. Salen a la fama pública en 1998 porque un muchacho mata a otro de un balazo y la prensa asegura que el homicida es miembro de una peligrosa pandilla.

Los Vatos Locos fueron portada y debate por casi un mes. Probablemente porque vivían en Colón Oriente, dentro de la Comuna de Las Condes y porque el autor del homicidio fue declarado sin discernimiento por la Corte de Apelaciones.

Cuando con la periodista Marcela Ramos escribimos el libro “La guerra y la Paz Ciudadana”¹¹ investigamos esta historia. Me sorprendió mucho que en la municipalidad se sostuviera que lo peor de los Vatos Locos vino después de que fueron identificados como temibles pandilleros.

“Antes de eso, los Vatos Locos casi no existían -me dijo el director de un centro abierto del sector, que depende del municipio. -Había rayados y los muchachos copiaban los gestos y los saludos de los pandilleros mejicanos. También había riñas, pero poco más. Pero después de aparecer en los medios, los Vatos Locos existieron de verdad. Aumentaron de número y me tocó ver a un grupo de ellos caminando por la calle con los brazos abiertos, ocupando todo el espacio

¹¹ Ramos Marcela y Guzmán Juan, *La guerra y la Paz Ciudadana*, Editorial Lom, 2000.

para que la gente tuviera que hacerse a un lado. Antes de la fama, los Vatos Locos estaban involucrados en faltas menores. Hoy son 16 los que están en la cárcel.”

Cuando iniciamos la investigación para nuestro libro, siempre tuvimos la idea de que uno de los actores centrales de este serían las pandillas, al menos en los grandes centros urbanos.

Por supuesto nos llevamos una decepción. Hasta 1999, el Servicio de Investigación Policial (SIP) de Carabineros no tenía siquiera una cuantificación de la cantidad de detenidos vinculados a pandillas, o la cantidad de delitos atribuidos a éstas: ni un solo dato que permitiera demostrar que estábamos realmente ante un nuevo tipo de criminalidad. Funcionarios del SIP nos entregaron su definición operativa de Pandilla: “Agrupación de jóvenes relativamente estable y permanente la que se reúne comúnmente en lugares fijos y cuyos miembros se conoce e identifican fácilmente mediante algunos signos exteriores, sean estas insignias, nombres, modos, etc.” Lo curioso es que en esa definición no aparece ningún delito.

Seguimos investigando, ahora a través del seguimiento de casos que habían aparecido en la prensa. Por ejemplo, conocimos la historia de los MJ (Malas Juntas) que saltaron a la fama en octubre 1995 cuando un muchacho perteneciente a ese grupo disparó contra otro, de un grupo llamado CNI e hirió, por error, a una mujer.

La noticia fue difundida ampliamente bajo títulos como “Pandilleros aterrorizan a San Miguel” y “Delincuentes juveniles están fuera de control.”

Un detalle: nadie reparó en que ni antes ni después de los sucesos, ninguno de los menores estuvo involucrado en ese tipo de delitos. O, como nos comentó un concejal¹² de esa comuna: “si ése muchacho era un criminal armado, ¿por qué no usó la pistola en algo más beneficioso para él como asaltar una botillería?. No era un delincuente, sino un cabro irresponsable.”

El balazo de los MJ dio la largada a la guerra contra las pandillas.

Seis días después de esos incidentes, ya opera en la Municipalidad de San Miguel un Plan de Servicio cuyo objetivo es “detectar, identificar, disolver y erradicar a los grupos existentes en el sector jurisdiccional, como asimismo evitar la formación de nuevos grupos antisociales”.¹³ Contempla la creación de “un cardex con fichas que contengan la identificación detallada y fotografías de sus

¹² Entrevista en off.

¹³ Oficio reservado N° 640 de la 12ª Comisaría de San Miguel a la I. Municipalidad de San Miguel, donde se informa de la labor policial realizada a la fecha. Se trata de un “Plan de Búsqueda de Información”, efectuado por el SIP, “dedicado en forma exclusiva a detener, retener y a poner a disposición de los tribunales a los grupos de jóvenes (pandillas) tales como Mente Sucia (MS), Malas Juntas (MJ) y CNI”; partes 70, 71 y 72 de la 12 Comisaría de San Miguel, al primer juzgado de menores de San Miguel, 24 al 26 de octubre de 1995.

integrantes”. En los meses siguientes, las detenciones de los “pandilleros” aumentan y son acuciosamente archivadas.

Algunos de los datos que aparecen en ese cardex son increíbles:

El 18 de octubre se detiene a Pablo Marambio, de 17 años, “sorprendido pateando papeles encendidos en el ducto de ventilación del ferrocarril metropolitano.” No tiene antecedentes, pero la policía hace notar que “el menor pertenece al grupo o pandilla denominado MJ, que opera en San Miguel, destacándose por cometer desorden y alteración al orden público.” Más tarde es detenido a la salida del supermercado Ekono de Gran Avenida, Pablo Alvear, de 14 años, quien portaba “en sus vestimentas las siguientes especies: una bolsa de nylon en cuyo interior contenía 250 gramos de cecinas y un desodorante marca Fórmula hombre de 50 gramos”, todo ello avaluado en dos mil 240 pesos. Pese a que el joven no tiene antecedentes, “se hace presente a ese tribunal que el menor pertenece al grupo denominado MJ, que ha efectuado varios delitos en el sector jurisdiccional de esta unidad.”

Otros cuatro jóvenes son puestos a disposición del tribunal ese mismo día. Son sorprendidos en el mismo supermercado y se les de “desórdenes consistentes en golpear los carros destinados a las compras y lanzar groserías a viva voz.” Igual que en el caso anterior, ellos no tienen antecedentes pero “se hace presente al tribunal que los menores manifestaron ser integrantes del MJ de la comuna de San Miguel.”

Dos días después, Carabineros de la duodécima comisaría detiene a otros cuatro menores que pertenecen a la pandilla Malas Juntas. Se los acusa de cometer “desorden en la vía pública, consistentes en gritos, insultos y lanzar agua en globos a los transeúntes”.¹⁴

A fines de año, el catastro arroja 25 jóvenes detenidos o retenidos por desórdenes; diez por consumir licor en la vía pública, cuatro por riñas, un retenido por hurto y dos por lesiones graves. La pertenencia a los MJ es incriminadora de por sí.

Por esos mismo días el Departamento de Operaciones de la institución envía a todas las Prefecturas Operativas de Santiago el siguiente mensaje: “ante la proliferación de ‘pandillas’ que operan en diversos sectores, la Dirección de Operaciones de Santiago ha representado su preocupación al respecto estimando que a futuro esta situación será un conflicto de mayor envergadura”. Por ello, se ordena a cada prefectura “indicar si hay pandillas en su sector jurisdiccional; establecer el área de influencia de éstas; número y nombre de las pandillas; cursos de acción que se han realizado”.¹⁵

¹⁴ Partes 70, 71 y 72 de la 12 Comisaría de San Miguel, al primer juzgado de menores de San Miguel, 24 al 26 de octubre de 1995.

¹⁵ Oficio del departamento de Operaciones de Carabineros, 27 de octubre de 1995.

No hay antecedentes sobre lo que esta orden de búsqueda de información pudo producir entre los jóvenes del resto de las comunas de Santiago.

Pero tengo una convicción: al hablar indiscriminadamente de pandillas, no se ha hecho un favor a la seguridad pública sino que se ha jugado peligrosamente con la psicología de menores en formación. Cuando se los llama pandilleros, adquieren identidad. Son famosos, sacan portadas. Las noticias generan en sus vecinos una multiplicación del temor y si antes los veían con indiferencia, ahora les temen. Por primera vez ellos “son”.

Quiero terminar con una reflexión sobre el problema que me parece más grave. La forma en que los periodistas ya no sólo contamos los problemas sociales en formato de partido de fútbol, sino que nos transformamos en hinchas de uno de los grupos casi sin darnos cuenta.

Las encuestas le dan a la prensa un alto nivel de credibilidad. Muchas veces me he preguntado cómo diablos es posible. Cada vez que me toca reportear cerca de las personas, es decir, cubrir historias desde la base y no desde instituciones o dirigencias políticas, sé lo que me espera: el persistente reclamo contra los periodistas por su falta de objetividad, sus lecturas sesgadas, sensacionalistas.

Todos los periodistas sabemos la defensa clásica ante eso: “los diarios muestran lo que la gente quiere ver.” Pero pocas veces uno se pregunta de qué gente estamos hablando.

En 1996, trabajando para La Tercera, entendí lo que significaba “gente”. Ese año el diario inició un reposicionamiento para captar las clases medias emergentes. Como parte de ese proceso, se dio la instrucción de que no aparecieran pobres en las fotos. Me tocó muchas veces cubrir determinados hechos donde era inevitable que apareciera uno de estos innombrables y los fotógrafos tenían que ingeniárselas para que los retratados al menos no exhibieran el patetismo de su condición. Pobres rubios, decentes, dentados, comidos. Era realmente muy divertido. Pero los nuevos lectores buscaban verse retratados, decían las cabezas del diario, y eso era un asunto serio.

Durante los 90, los sectores populares han perdido voz, la libertad de expresión. Y se han transformado en objeto. Los periodistas no hablamos *con* ellos sino *de* ellos. Y cuando lo hacemos, es a partir de ciertos elementos -que se asocian a la pobreza- y que inquietan a la gente que compra los diarios, como la delincuencia que se produce en *esas* poblaciones, o la droga que se vende en *esos* barrios.

Si alguna vez los medios fueron espacios de confluencia para todas las voces -a lo mejor nunca lo fueron-, hoy la mayor parte está hecha para determinado público. Y ese público -que es sector social, grupo de interés, fuerza compradora- logra imponer una forma de ver la sociedad. También exige respeto.

Algo importante perdemos con esta mala distribución de las voces, del derecho a que las diferentes experiencias tengan igual acceso a la expresión. Como dice la periodista Alejandra Matus, “si sólo se actúa con decisión frente a los que no tienen defensa, y no se toca a los que tienen poder de verdad, el rol del periodismo se transforma en una parodia”.¹⁶

¹⁶ Citada en el prólogo del *La Guerra y La Paz Ciudadana*, ob. cit.

ESTUDIOS

ENSAYOS

SEMINARIOS

LIBROS

JURISPRUDENCIA

SEMINARIO

“DERECHOS DEL NIÑO EN LA EDUCACIÓN Y DISCRIMINACIÓN: MUCHOS PRINCIPIOS Y POCAS REGLAS”

El lunes 22 de abril del año 2002, a las 2:30 de la tarde, un grupo de gente se reunió en las puertas de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Diego Portales (UDP) con el objeto de asistir a un seminario al que se convocaba a propósito de la discriminación en la educación. Eran la UDP y UNICEF quienes organizaban el evento, y el objeto de la reunión era dar a conocer el estudio sobre discriminación en la educación que realizó la UDP por encargo del Mineduc¹. Para este efecto, se invitaron a varios actores de distintos ámbitos, como del derecho, de la educación o de la participación ciudadana. Una vez reunidos todos los invitados, e instalados en el auditorium de la facultad, se inauguró la reunión con una exposición de Carlos Peña, Decano de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la UDP y otra de Barbara Bentein, oficial a cargo de la Oficina de Area para Argentina, Chile y Uruguay de UNICEF.

Lo primero que se planteó fue la idea de democracia que subyace a una educación sin discriminación. La democracia -plantea Carlos Peña- se basa en la igualdad. Esta igualdad es una idea política a la que debe aspirar todo estado que se diga democrático, modelando su poder hacia ese principio y suscribiendo un compromiso con sus ciudadanos. Ahora bien, la igualdad suele empañarse con la desigualdad en la distribución de los recursos, que sólo es reprochable cuando ésta es resultado de dotaciones iniciales inmerecidas y no de virtudes personales. La desigualdad que se funda en dotaciones iniciales inmerecidas es absolutamente reprochable dentro de nuestro sistema democrático, y su práctica no sólo empobrece y perjudica a aquel que ha sido tratado desigualmente, sino también a la sociedad completa. Este trato desigual, sin embargo, no sólo se traduce en una desigual distribución de recursos sino también en prácticas discriminatorias materializadas en acciones u omisiones. Tratar igual es, en este último sentido, muy distinto a tratar con igual consideración. Cada persona debe ser tratada conforme a sus propios límites y dificultades. Pues bien, vinculado esto con el tema del seminario, cabe preguntarse qué tipo de trato se da y en qué criterios se funda la desigualdad dentro del ámbito educativo, y no hay que ir muy lejos para constatar que la educación es un claro ejemplo de desigualdades establecidas por dotaciones iniciales inmerecidas y que se traducen en todo tipo de prácticas discriminatorias. Así por ejemplo, en

¹ Véase al respecto en esta misma revista: *Conductas discriminatorias, abusivas e infundadas en contra de estudiantes en la selección y marginación en los establecimientos de Educación Básica y Media. Diagnóstico y Caracterización del problema* de Lidia Casas y Jorge Correa.

las familias “pobres”, o sea con un ingreso inferior a \$280.000 mensuales, uno de cada cuarenta niños tienen más de 600 puntos en la PAA. En cambio, en colegios pagados la proporción cambia a uno de cada dos, mientras que en los colegios municipales es uno de cada veinticuatro.

Esta es o ha sido la realidad chilena hasta ahora, pero desde la década de los noventa en adelante, afirma Barbara Bentein, la discriminación en la educación se ha transformado en una cuestión de interés público y desde 1995 se han comenzado a tomar medidas y a hacer proyectos en ese sentido. De hecho, este seminario - agrega la expositora- es una manifestación de todo lo que se ha avanzado en este tema en nuestro país. Ya no se discute si el problema existe, y ya no se cuestiona si hay o no que erradicarlo; ahora hay que preguntarse por los mecanismos institucionales que permitan prevenir la discriminación, siendo los alumnos más pobres o los con más dificultades para aprender, los que la sufren en mayor medida. Bentein, como representante de UNICEF, (y también todas las personas que expusieron después de ella) identifica algunas situaciones en que las prácticas discriminatorias se hacen evidentes como sucede con los criterios injustos de selección por parte de los sostenedores antes y después de la matrícula, con la falta de fiscalización adecuada, con la falta de información y una organización débil para afrontar el problema. En torno a estas situaciones, expresa, se han llevado a cabo distintas iniciativas: desde 1995 han habido varios proyectos legislativos al respecto; se han hecho denuncias públicas mediante medios de comunicación; UNICEF desarrolló, en el período 1999-2000 una campaña denominada “Educando Mejor Crecemos Todos” destinada a llamar la atención sobre estas situaciones. Además UNICEF aportó con una investigación sobre las falencias de la legislación nacional en materia de educación, a la luz del derecho internacional; por otra parte, el Ministerio de Educación (MINEDUC) encarga a la UDP un diagnóstico normativo, empírico e institucional sobre actos abusivos en el sistema escolar chileno, al que se referirá posteriormente Jorge Correa; también el MINEDUC junto a UNICEF elaboró y difundió entre apoderados, académicos y alumnos, un material de apoyo recomendando e informando sobre los pasos a seguir en caso de prácticas discriminatorias; además desde junio del 2000 hasta marzo del 2002, el mismo ministerio abre un espacio de diálogo entre los distintos actores, que genera grandes y positivos resultados, y en el cual los distintos actores llegan a varios consensos básicos que se comprometen a respetar.

Sin embargo, a pesar de que se han hecho varias cuestiones tendientes a lograr una educación adecuada para un sistema democrático, en Chile -plantea Bentein- hay una serie de mecanismos institucionales, culturales y normativos que hacen más difícil erradicar la práctica de la discriminación. Lo mismo sugiere Jorge Correa al referirse al diagnóstico que encargó el MINEDUC a la UDP acerca de conductas abusivas en la educación, y del cual él fue uno de los responsables. A pesar de que la escasa literatura no permite cuantificar el problema -señala- es

posible encontrar actos abusivos, discriminatorios e infundados dentro de la dinámica de la escuela, y grandes problemas a nivel de la regulación legal de la materia y también a nivel de cultura y de ministerio. En cuanto a este tipo de prácticas dentro del seno mismo de la institución educacional, Correa se refiere a las mismas situaciones señaladas por Beintein. En relación a la regulación legal - señala- nos encontramos con normas escasas, precarias, fragmentadas, con **muchos principios y pocas reglas**. En el ámbito de la cultura, los actores perciben una incompatibilidad entre el derecho a la educación y la libertad de enseñanza y hay debilidad en las instituciones que podrían exigir sus propios derechos y autodefenderse, como los centros de padres o de alumnos. Por último, en relación al ministerio se aprecia una organización débil para funciones fiscalizadoras, oficinas con criterios dispares, y personal no entrenado para resolver los reclamos que se efectúen.

A partir de este diagnóstico, el estudio de Lidia Casas y Jorge Correa termina haciendo una serie de propuestas, con algunas de las cuales coincide José Winstein, Subsecretario del MINEDUC al referirse a las políticas y reformas que debe impulsar el ministerio, y que pueden resumirse en las siguientes: 1) generar normativa adecuada para proteger el derecho a la educación 2) Mayor labor de fiscalización por parte de ministerio, lo que se traduce en su liderazgo político y en cambios institucionales al interior de éste. 3) Fomentar un cambio cultural, que implique superar la actual cultura educativa autoritaria y excluyente buscando acuerdos efectivos, estimulando los buenos ejemplos, elaborando políticas sostenidas en el tiempo y abriendo espacios de diálogo para fijar un piso mínimo de lo que no se puede realizar. 4) Otorgar herramientas para que los profesores puedan tratar con la pobreza urbana dura integrando a otros profesionales e incorporando herramientas socio - afectivas. 5) Información y apoyo oportuno a familias y alumnos ante la violación de sus derechos.

Ahora bien, es cierto que han habido una serie de iniciativas en relación al tema, pero es legítimo preguntarse para qué han servido esta iniciativas. Por eso Carlos Montes, presidente de la Comisión de Educación de la Cámara de Diputados, hace un análisis crítico de la actuación del legislativo en torno a este tema. Él plantea que las iniciativas parlamentarias se han caracterizado por ser reactivas, concretas y no generar reflexiones globales sobre la materia, dejando fuera las discriminaciones sistémicas que se dan en el ámbito educativo, para terminar tratando la discriminación en la educación como una mera relación entre los actores. Como ejemplo de estas discriminaciones sistémicas, se refiere a el hecho de no haber considerado, en la reforma educativa, a los niños que viven realidades con alta desintegración social, donde los profesores carecen de herramientas adecuadas para enfrentar el problema. Este segmento, plantea, no ha mejorado con la reforma educativa, y al contrario, hoy la brecha entre los grupos sociales de pobreza crítica con el resto de los grupos sociales es aún mayor que la que existía antes de la

reforma. Otro ejemplo de discriminación sistémica es la aceptación del financiamiento compartido, que acarrea problemas de segmentación y segregación cuando los padres están cesantes; en otras palabras, no considerar los ciclos de la economía es otra manifestación de este tipo de discriminación. Asimismo lo es la selección de alumnos por notas que algunos establecimientos hacen con el objeto de tener excelencia académica y que no tiene otro resultado que dividir a los alumnos por franjas. Una iniciativa global sobre la materia que nos interesa, debe considerar tanto las discriminaciones sistémicas como las que son producto de la relación entre los actores. Esto sería, siguiendo a Carlos Peña, tratar a todos con igual consideración más que tratar a todos por igual.

Y en el ámbito de la educación; ¿qué papel debe cumplir el Estado?. Harald Beyer, investigador del Centro de Estudios Públicos (CEP), toca este tema desde el punto de vista de la economía. En Chile -señala- no hay escuelas fiscales, sino que compiten las municipales (que tienen el 54% del alumnado) con las subvencionadas (35 %) y las particulares (9%). Considerando estos tres sistemas, los recursos destinados a la educación en nuestro país hoy en día crecen mas rápido que el PIB; actualmente Chile invierte el 4,2% de su PIB en educación, lo que está mas o menos dentro del promedio, comparado con otros países. El esfuerzo del país, entonces, es significativo y sin embargo no ha dado muchos resultados. De hecho, hay algunos países mas pobres que Chile, como Tailandia o Malasia, que invierten menos que nuestro país en educación y sin embargo tienen un nivel de rendimiento más satisfactorio. Por eso la pregunta es cómo aprovechar adecuadamente los recursos para obtener mejores resultados. Quizás sería recomendable una rendición pública de cuentas de las escuelas para que éstas se hagan responsables de sus resultados. Además hay que tener claro que el ministerio no es responsable de los resultados de las escuelas sino un facilitador de éstos. Por eso, para garantizar el derecho a la educación, el ministerio debe crear mecanismos institucionales que presionen a las escuelas a obtener resultados mas favorables. También es esperable un papel más activo de los padres en el desarrollo de las escuelas y es importante, además, que los objetivos propuestos y los instrumentos para lograrlos, estén alineados.

El Estado debe garantizar el derecho de educación y debe, por tanto, enfrentar el conflicto escolar, que es un fenómeno que cruza a todas las culturas y sociedades, de acuerdo a este derecho. Lidia Casas, profesora investigadora del CIJ de la UDP, se refiere a ese tema al exponer un estudio comparado sobre modelos de resolución de conflictos, encargado por el Programa de Derechos del Niño de la UDP². El estudio comienza señalando que el conflicto en la escuela puede constituir un

² Véase en esta misma publicación, Casas Becerra Lidia, *Experiencias Comparadas de Resolución de Conflictos en la educación*.

gran desafío para la participación ciudadana, pero también puede ser un gran obstáculo al reforzar problemas de desocialización generados por éstos. Señala luego que el derecho de educación está vinculado al principio de la no discriminación, que cruza todo el ordenamiento jurídico, que está a la base del Sistema Internacional de Derechos Humanos, que es actualmente exigible. En virtud de este principio, el interés del Estado en intervenir en este tipo de conflictos es un interés relevante, independientemente del carácter público o privado de la enseñanza, y así está reconocido internacionalmente. Este interés relevante se traduce en tres funciones básicas que el Estado debe cumplir en estas situaciones y que son: regular, fiscalizar y sancionar. El problema ahora es cómo resolver estos conflictos. Internacionalmente se pueden reconocer tres modelos de resolución de conflictos: el primero es el litigio, el segundo el sistema de Comisión de Derechos Humanos, y el tercero es el de instituciones específicas para revisar casos de conflicto.

El litigio es la forma más común, y se caracteriza por tener importantes efectos ya que puede satisfacer intereses colectivos y servir como herramienta catalizadora de cambios legislativos y culturales. Sin embargo, el problema del litigio es que hay poco acceso y no es fácil para los alumnos encontrar apoyo para llegar a él; además hay poca información de los derechos que le corresponden a cada parte en el contrato educacional y por último, implica enfrentarse con toda una cultura judicial que ya puede haberse formado una criterio acerca del problema a resolver.

El sistema de la Comisión de Derechos Humanos es propio de los países que siguen la tradición de la *common law*. Estas comisiones son entidades de carácter administrativo y a veces cuasi jurisdiccionales que tienen amplias facultades y usan, en principio, sistemas alternativos de resolución de conflictos. Keith Northon, Jefe de la Comisión de Derechos Humanos en Canadá, expuso sobre este sistema, señalando que cada escuela tiene asignado un respectivo Board de Educación para recurrir en caso de conflicto, y si no se obtiene de el Board una solución satisfactoria, se puede recurrir al Comité de Derechos Humanos o al Ministerio de Educación.³

El tercer modelo, que se da en países como Estados Unidos y Australia, es el de instituciones específicas encargadas de revisar casos de discriminación, resolviendo los conflictos por la vía jurisdiccional o por la alternativa. En relación a las formas alternativas de resolución de conflictos, Daniel Martínez, coordinador del Plan Provincial de la provincia del Chaco, se refirió a la mediación como un sistema adecuado para resolver conflictos ya que se relaciona -plantea- con la paz y la tolerancia dentro del marco de los derechos del niño, y recalca que esta vía alternativa debe comenzar por la transformación personal de los propios docentes.

³ Véase en esta misma sección La reseña del Coloquio sobre Sistemas de Resolución de conflictos en Canadá, Argentina, Uruguay y Chile.

Estos son, a grandes rasgos, los tres modelos de resolución del conflicto escolar que se reconocen a nivel internacional. Ahora queda preguntarse cómo hacer con estos modelos y dentro de la realidad chilena el mejor de los mundos.

Con estas reflexiones termina la reunión. Al día siguiente algunas personas que habían participado en el seminario se reúnen en un coloquio abierto para discutir de todos estos temas y a la hora de almuerzo todos se separan para seguir, cada uno, con sus propias iniciativas y proyectos, hasta la próxima reunión (si el pensamiento pro derechos humanos así lo quiere).

Paloma Valenzuela

*Estudiante de Derecho, Universidad Diego Portales
Asistente editorial de "Revista de Derechos del Niño"*

COLOQUIO

SISTEMAS DE RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN CANADÁ, ARGENTINA, URUGUAY Y CHILE

Como continuación del seminario sobre discriminación en la educación¹ a que se hace referencia en el artículo anterior, el martes 23 de abril de este año, se realizó en la UDP un coloquio que tenía por objeto fundamental dialogar sobre el sistema de resolución de conflictos en varios países, en particular en Canadá, Uruguay, Argentina y Chile. Con tal propósito, algunos expositores se refirieron al sistema existente en sus respectivos países, y se formó un interesante intercambio de ideas entre los asistentes, que eran personas vinculadas con UNICEF, con el gobierno, con el área de la educación y mediación, y en general con los Derechos del Niño desde distintos escenarios.

Sobre Canadá expuso Keith Northon, jefe de la comisión de Derechos Humanos de la Provincia de Ontario. Northon señaló que en su país los temas relacionados con la discriminación escolar, se pueden resolver particularmente en cuatro instancias: 1) En primer lugar, cada escuela tiene un proceso interno para resolver este tipo de temas, a cargo del vicedirector responsable de cada escuela y consistente básicamente en la reunión del profesor, alumno, apoderados, y demás personas involucradas en el conflicto, con el objeto de llegar a alguna solución permanente. 2) Si esto no es posible, se recurre a la segunda instancia que es el Board de educación que cada escuela tiene asignada. Cada Board actúa aplicando el Código de Derechos Humanos que está por sobre las leyes del gobierno, y que establece 16 planos de discriminación que van desde la religión hasta la orientación sexual. Estos Boards están financiados totalmente por el gobierno y se componen de personas elegidas, mayores de 18 años. 3) Si la solución a la que llega el Board no satisface al alumno o a los apoderados, es posible acudir a la Comisión de Derechos Humanos o a un Comité de Expertos del Ministerio de Educación, donde el conflicto se resuelve a través de mediadores profesionales. 4) Si aún así la solución no es satisfactoria, se puede acudir a tribunales y pedir una revisión judicial.

En cuanto al éxito de estos mecanismos, Northon señala que el 87% de las personas que pasaron por un proceso de mediación aprueban el mecanismo. La ventaja de este sistema -expresa- es que da la opción de que ambas partes queden en una situación ganadora y eso produce menos daño en las relaciones posteriores.

¹ Véase en esta misma sección, *Derechos del niño en la educación y discriminación: muchos principios y pocas reglas*.

Acerca de la situación en Argentina expuso Elena Duro, de Unicef, y Daniel Martínez como Coordinador del Plan Provincial de Mediación Escolar de la Provincia del Chaco. Martínez señaló que el sistema educativo argentino tiene a nivel central el Ministerio de Educación de la nación y que paralelo a éste existe un Consejo General de Educación que coordina la administración de las 24 jurisdicciones. Por otra parte, cada jurisdicción tiene su propio ministerio, cada uno con un departamento de área legal y algunos con un Departamento de DDHH. Además hay órganos descentralizados entre el nivel central y las escuelas que son las Jefaturas de Inspección y los Consejos Escolares. El problema de estos últimos es que están absolutamente politizados: de hecho, sus miembros se eligen en listas sábanas junto con los parlamentarios, y no se sabe al momento de votar a qué personas se está eligiendo. Además, a pesar de que existen canales de reclamos, hay un gran desconocimiento de la población, sumado a una actitud corporativista del cuerpo docente. Para reducir el nivel de violencia institucional, se está actualmente cambiando el sistema de amonestaciones por el de convivencia escolar, pero no se han realizado las capacitaciones necesarias para usar adecuadamente este último sistema, por lo que no ha dado muchos resultados.

En la provincia del Chaco -señala Martínez- los docentes y los alumnos se regulan por distintas normativas. Los primeros son regulados por las disposiciones del Estatuto de Docentes que establecen las causales de las sanciones y que en general son causales técnicas y no pedagógicas. Con la demanda se inicia un sumario que es enviado a un Tribunal de Disciplina conformado por 5 miembros de los cuales 4 han sido elegidos por los mismos docentes, y el quinto por el gobierno. Estos sumarios duran mínimo 4 años y medio, y han llegado a durar hasta 10 años. Los alumnos, por su parte, se regulan por reglamentos antiquísimos que no tienen utilidad práctica, y también por Códigos de Convivencia elaborados por los mismos establecimientos, pero que no han podido ponerse adecuadamente en marcha porque no se ha dado la suficiente preparación.

En cuanto a la eficacia del sistema, el 6% de los docentes considera que éste resuelve el conflicto; el 3% considera que mejora las relaciones; el 10% que corrige las conductas; el 34% que empeora las relaciones y el 23% que reaparecen los conflictos.

La exposición de Uruguay, realizada por Hilda Surraco, se concentró mas bien en caracterizar el tipo de educación que se da en ese país, señalándose que la educación primaria está confiada a consejos desconcentrados con autonomía técnica, cuyas decisiones son recurribles al Consejo Directivo Central. La enseñanza oficial es gratuita y obligatoria desde los 4 años, y el 80% de la educación es pública. Teóricamente las escuelas no pueden dejar afuera a ningún alumno pero en la práctica se hace mediante el “pase” a otro establecimiento, lo que permite la ejecución oculta de actos abusivos o discriminatorios. Lo mismo ocurre con las

evaluaciones en el ingreso; en teoría no se hacen evaluaciones para ingresar, pero en la práctica hay algunas escuelas que no aceptan la reinscripción del alumno en caso de repitencia. En cuanto a las sanciones, expresa, no existe la pérdida de calidad de alumno, y la sanción más grave es la suspensión por tres años que se da cuando hay falsificación de documentación estudiantil o el ingreso al establecimiento con arma de fuego.

Eugenio Severín se refiere al caso chileno señalando que en este país el Ministerio de Educación establece políticas y define las condiciones mínimas en las que debe operar el sistema. En efecto, se fija un curriculum y una infraestructura mínima con las que deben cumplir todos los colegios, se establecen reglas básicas de convivencia escolar y se regulan los cobros.

Frente a un conflicto, la escuela es bastante autónoma y aplica el reglamento que ella misma ha elaborado, en general sin consulta ni intervención de los apoderados o alumnos. El director es la máxima autoridad y no hay instancias de apelación. Además de la escuela, están los supervisores del Ministerio. Dentro de los supervisores están los *inspectores de subvenciones*, que fiscalizan a todos los colegios, y los *supervisores* propiamente tales, que sólo revisan a los particulares pagados. En todo caso -indica- la fiscalización a los particulares es menos que la de los subvencionados y municipales. Finalmente está la instancia del Ministerio que es quien resuelve en última instancia mediante el ministro o el subsecretario. El Ministerio tiene una oficina a nivel central y también un departamento provincial y una secretaría regional.

En cuanto a la efectividad del sistema, hay conciencia que la educación no puede mirarse como equivalente de otros productos del mercado ya que no es un simple negocio. En ese sentido, la mediación es una solución más productiva dentro del ámbito del conflicto escolar, ya que al aplicar este tipo de soluciones, no sólo los individuos salen beneficiados, sino que toda la comunidad queda fortalecida.

Como conclusiones generales del coloquio, se podría decir que todos los asistentes estuvieron de acuerdo en que la mediación era una buena forma de solucionar conflictos, ya que se beneficia no sólo el individuo involucrado en el problema, sino toda la comunidad. Este instrumento de resolución de conflictos, sin embargo, debe ir acompañado de una buena capacitación que permita utilizarla adecuadamente para evitar, aprendiendo del caso argentino, que los Códigos de Convivencia no sean sinónimo de una mayor calidad de resolución de los conflictos. Ahora bien, es fundamental - se planteó- poner énfasis en el tema de la información. En muchos casos ocurre que las personas que están dentro del conflicto no usan las herramientas que el mismo sistema le ofrece para resolver el problema. Por otra parte, es muy importante identificar los actos discriminatorios para así poder impugnarlos. De esta forma, los “pases” a otras instituciones en Uruguay, o la violencia institucional de los establecimientos educacionales no pueden ser

considerados “normales” y deben salir a la luz. También es necesario que la fiscalización por parte del Estado se extienda más allá de los establecimientos públicos y que los apoderados y alumnos tengan la posibilidad de participar en la elaboración del reglamento que los regula. En cuanto a los órganos de impugnación, es básico que éstos no estén politizados, ya que su politización no ayuda a resolver los conflictos de una manera más positiva. Por último se señaló que la forma de resolver conflictos dentro de la educación no tiene que ver solamente con la gestión de los establecimientos educativos, sino también con la institución educativa desde un punto de vista interno. Obligar a los alumnos a actuar de acuerdo a normas en las que ellos no han tenido ninguna participación, no ayuda en nada en la construcción de la democracia que de hecho se adquiere a partir de la vivencia democrática dentro de la institución educativa. En ese sentido, este tipo de problemas es transversal y tiene que ver con qué valores queremos adoptar, enseñar y aprender en nuestra sociedad.

Paloma Valenzuela

Estudiante de Derecho, Universidad Diego Portales

Asistente editorial de “Revista de Derechos del Niño”

ESTUDIOS

ENSAYOS

SEMINARIOS

LIBROS

JURISPRUDENCIA

“HEALTH CARE CHOICES. MAKING DECISIONS WITH CHILDREN”

Priscilla Anderson y Jonathan Montgomery

Institute for Public Policy Research, IPPR

London

1996

101 pgs.

Este libro constituye el segundo de una serie de publicaciones del Insitute for Public Policy Research de Inglaterra relacionados con la participación y el consentimiento de niños, niñas y adolescentes en la toma de decisiones en aquellos asuntos que puedan afectar sus vidas.

En esta publicación, Alderson y Montgomery, nos explican acerca de la importancia de involucrar a los niños en las decisiones relacionadas con su propia salud. Desde las primeras páginas es posible visualizar la interrogante que los autores se proponen responder: tratándose de decisiones relacionadas con la salud de niños, niños y adolescentes; ¿cómo deben tomarse estas decisiones y por quién? En el caso de adultos, la respuesta parece sencilla, ya que existe un consenso generalizado de que este tipo de decisiones deben ser tomadas en forma compartida. Sin embargo, cuando estas resoluciones afectan a niños, niñas y adolescentes, la situación es menos clara y más compleja.

La publicación se estructura a través del análisis de tres tipos de cuestiones contradictorias observadas en el ámbito de la participación de niños niñas y adolescentes en la toma de decisiones relacionadas con el tratamiento y cuidado de la salud en Inglaterra.

En la primera parte de esta obra, los autores analizan las contradicciones existentes entre las teorías y concepciones acerca de la infancia y los estudios modernos que muestran que las personas menores de edad poseen la competencia suficiente para tomar decisiones que afectan su propia salud.

Una segunda gama de contradicciones analizadas, es aquella que se suscita entre un ordenamiento jurídico constituido por reglas cada vez más respetuosas de los derechos de participación de la infancia y la adolescencia (principalmente la Ley de Protección de Jóvenes de 1989 y la Convención Internacional de los Derechos del Niño) y la práctica de los tribunales de justicia de ese país.

La tercera de esta serie de contradicciones se expresa en la práctica diaria, que se traduce en que algunos niños menores de edad se involucran en la toma de decisiones médicas, mientras otros son sencillamente excluidos de estos procesos, sin poder determinar conforme a qué criterios se realizan estas distinciones.

No podía obviarse en un trabajo relacionado con la participación de niños, niñas y adolescentes, las diversas opiniones de los distintos actores involucrados en estos procesos. A través de una serie de entrevistas nos encontramos con numerosos testimonios de niños, padres, profesionales y trabajadores del área de la salud. Relevante resulta conocer las opiniones de aquellas personas que se encuentran en la difícil posición de tomar decisiones que involucran consecuencias de enorme trascendencia en sus vidas y desarrollo. Los autores nos muestran como niños, niñas y adolescentes perciben y enfrentan el tratamiento de enfermedades tan disímiles como la fibrosis quística, cirugías lumbares, transfusiones, el tratamiento para el cáncer y otras. Sus experiencias de vida resultan fundamentales para poder comprender que aspectos son considerados relevantes al momento de tomar una decisión. Los autores concluyen que normalmente los niños otorgan considerable importancia a las opiniones de sus padres en la toma de decisiones relacionadas con su propia salud. Sin embargo en muchas ocasiones necesitan estar en condiciones de tomar decisiones autónomas de sus padres, aún cuando estos actúen motivados por el deseo de resguardar su interés superior.

Especial y detallado análisis realizan los autores respecto a los efectos que tuvo la decisión Gillick en el Reino Unido. Esta es el fallo más importante de la jurisprudencia inglesa en orden a establecer derechos de participación a niños, niñas y adolescentes. En este caso se estableció que éstos podían autorizar a los doctores a proveer cuidados anticonceptivos sin requerir la autorización de sus padres. En una histórica decisión, los jueces señalaron que a partir de los 16 años, los jóvenes son titulares del derecho a consentir un tratamiento médico como si fueren adultos. Por debajo de esa edad, también pueden consentir, siempre que tengan suficiente juicio e inteligencia que les permita comprender lo que se les propone.

Si bien Gillick (y de cierta forma la Ley de Protección de Jóvenes de 1989) implicó priorizar el bienestar de los menores por sobre el sólo interés de los padres, favoreciendo la autonomía de aquellos niños considerados competentes, no ha significado un progreso en el reconocimiento de que niños, niñas y adolescentes son titulares de derechos autónomos. La práctica judicial posterior a este fallo ha significado mantener en el ámbito de los adultos la apreciación concreta acerca de si un menor de edad es o no competente para tomar una decisión relacionada con su tratamiento médico.

En este sentido, los autores concluyen que es indispensable una reforma legal que no sólo se centre en el tema de la competencia para tomar decisiones, sino en un sistema legal que promueva y fomente las buenas prácticas en el ámbito de las decisiones relacionadas con la salud.

Para ello, Anderson y Montgomery recomiendan la aprobación de un Código para la Práctica Médica, cuyos principios fundamentales serían establecer, entre otros, las siguientes reglas:

- Que niños, niñas y adolescentes deben recibir información clara y detallada acerca de su situación y el tratamiento a realizar;
- Que tienen derecho a compartir las decisiones que se tomen expresando sus opiniones:
- Que pueden otorgar o negar el consentimiento a los tratamientos si son competentes para ello, bajo la supervisión de los tribunales de justicia;
- Que su privacidad, dignidad y confidencialidad debe ser siempre respetada.;

En materia de consentimiento y competencia proponen la introducción de una presunción legal de competencia, según la cual un menor en edad escolar se presume ser competente para tomar decisiones en materias de tratamiento médico. En consecuencia el onus probandi de que un menor no tiene la suficiente competencia para consentir recaería en el adulto que lo afirma y solicita. Debiera establecerse también el derecho de niños, niñas y adolescentes para rechazar tratamiento propuesto si son competentes. Los autores recalcan que esto no significa, en caso alguno, disminuir el rol que cumplen los padres en esta materia, sino que promueve la toma de decisiones compartidas, siempre que no se impongan por sobre los deseos de niños, niñas y adolescentes.

En circunstancias que hoy se discute en nuestro país una reforma al sistema de protección de los derechos de la infancia y la adolescencia, este libro constituye una valiosa contribución al debate que nos permita hacer efectivos los derechos de participación de niños, niñas y adolescentes. La ley no sólo debe entenderse como un mero instrumento formal de reconocimiento de derechos, sino que debe constituir un marco que involucre a nuestros niños, niñas y adolescentes en la toma de decisiones relacionadas con su salud.

Patricio Millán

*Abogado. Pontificia Universidad Católica de Chile
Asesor unidad de reforma legislativa del SENAME*

“REVISITING CHILDREN’S RIGHTS. 10 YEARS OF THE UN CONVENTION ON THE RIGHTS OF THE CHILD”

Deirdre Fotrrell editor

*Deidre Fotrell, Michael Freeman, M. Siraj Sait,
Hilary Lim and Jeremy Roche, Katherine O’Donovan,
Ursula Kilkelly, Jenny Kuper, Peter Newell,
Carolyn Hamilton and Marcus Roberts, Patricia Tuitt,
Maggie Black, Judith Ennew.*

*Kluwer Law International
The Hague
2000
169 pgs.*

La Convención Internacional de los Derechos del Niño es el primer tratado internacional de carácter universal dedicado exclusivamente a reconocer, promover y proteger los derechos de niños, niñas y adolescentes. Su aprobación y posterior ratificación por más de 189 países es consecuencia del consenso de distintos y diversos Estados en la necesidad de reconocer a los niños como verdaderos sujetos de derechos.

La Convención, sin embargo, no puede entenderse como un instrumento estático, meramente declarativo, sino que por el contrario constituye el punto de partida para hacer realmente efectivos dichos derechos, estableciendo obligaciones positivas a los Estados y a la sociedad para esos efectos.

El desafío pendiente que nos plantea la Convención es, entonces, su efectiva implementación. Desafío no menor, si tenemos presente los enormes problemas que afectan diariamente a niños, niñas y adolescentes en el mundo.

Así, este libro pretende precisamente revisar los derechos de los niños y su situación transcurridos 10 años desde la aprobación de la Convención. Para ello en el otoño de 1999, la Universidad de Londres organizó una serie de seminarios en los que participaron académicos y activistas de los derechos de niños, niñas y adolescentes.

Esta publicación constituye la sistematización de las ponencias allí presentadas. Dividido en 12 capítulos, se abordan una diversidad de temáticas que sorprenden por su novedad, incluso para aquellos tradicionalmente imbuidos en la defensa de los derechos de la infancia y la adolescencia. Ya desde las primeras páginas, se advierte la existencia de dos materias problemáticas que a juicio de la editora no fueron adecuadamente tratadas en la CIDN: los derechos de las niñas y la situación de los niños que se ven envueltos en conflictos armados. Ambos temas serán

profusamente analizados en los capítulos cuarto y séptimo respectivamente de este libro. En este último resulta sumamente interesante el análisis crítico que se hace acerca del papel jugado por los movimientos feministas en el reconocimiento de la posición y de los derechos de los niños.

Sin haber alcanzado a absorber en su totalidad el tema tratado, el lector prontamente deberá enfrentarse a problemáticas y temáticas diversas: los niños y la diversidad cultural, las perspectivas del Islam hacia los derechos de los derechos del niño, las interpretaciones en relación al derecho a la identidad, la situación de los niños refugiados, el trabajo infantil doméstico, los niños de la calle o la necesidad de poner término a los castigos corporales.

Existe consenso en esta publicación, de que la Convención no contempló un procedimiento de reclamo suficientemente potente para implementar sus principios y disposiciones. La tendencia internacional en relación a los tratados de derechos humanos es contemplar mecanismos que permitan la existencia de peticiones individuales o entre los distintos Estados ante actuaciones que atentan contra los principios en ellos consagrados. Relevante es entonces, el capítulo sexto de la publicación relativo al impacto que ha tenido la Corte Europea de Derechos Humanos en la resolución de aquellos conflictos individuales que afectan a niños, niñas y adolescentes, y el impacto que ha tenido la CIDN en sus sentencias

No hay lugar en esta publicación para la autocomplacencia ni los elogios. Todos los temas son tratados con una visión crítica que llevarán al lector a conocer las brechas existentes entre el texto y la realidad. Fundamental ha sido el rol de la CIDN en el surgimiento de numerosas iniciativas destinadas a la protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes, muchas de las cuales están recogidas en esta publicación. Según las palabras de la propia editora, el mayor peligro para la Convención, es la autocomplacencia, los que nos obliga a una revisión permanente del estado en que se encuentra su efectiva implementación.

Patricio Millán

*Abogado. Pontificia Universidad Católica de Chile
Asesor unidad de reforma legislativa del SENAME*

“CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN Y CONSENTIMIENTO INFORMADO EN SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA.”

*Lidia Casas, Claudia Dides y Pablo Isla
Corporación de Salud y Políticas Sociales, CORSAPS
Santiago, Chile
2002
164 pgs.*

En el mes de agosto del presente el Área de Asesoría Legislativa y Políticas Públicas de CORSAPS (Corporación de Salud y Políticas Públicas) presentó una publicación sobre “*Confidencialidad de la información y Consentimiento informada en Salud Sexual y Reproductiva*”. Este libro es producto de una línea de trabajo que tiene como propósito fundamental promover el diálogo acerca de los temas de salud sexual y reproductiva entre instituciones públicas, privadas, organizaciones no gubernamentales, instituciones académicas, legisladores y sociedad civil. Los dos temas, es decir, tanto la confidencialidad de la información como el consentimiento informado forman parte de dos iniciativas de proyecto de leyes. Por un lado, el proyecto de ley Deberes y Derechos de las Personas en el marco de la Reforma de Salud y el proyecto de ley de Derechos Sexuales y reproductivos, iniciativa de la sociedad civil.

El libro contiene dos grandes capítulos, el primero se refiere a la confidencialidad de la información, escrito por el Dr. Sergio Zorrilla haciendo una reflexión a través de distintos pensadores, poniendo énfasis en que la reivindicación de la confidencialidad se inspira en el carácter creativo de la ética médica. Lidia Casas y Pablo Isla desarrollan un análisis de la situación jurídica de la confidencialidad de la información en Chile, identificando el sentido de la legislación que permite, aunque a través de normas dispersas, concluir que la confidencialidad de la información médica es un derecho garantizado en el ordenamiento jurídico nacional. En el segundo capítulo se trata el consentimiento informado. Claudia Dides reflexiona en torno al consentimiento como un proceso desde la perspectiva de género y bioética ejemplificando a través de la atención en salud a adolescentes y jóvenes. Marcia Tijero, Gloria Salazar y Soledad Sánchez, exploran a través de una investigación el proceso de decisión de las mujeres que participaron en estudios clínicos de anticonceptivos y los factores que influyen en sus decisiones. Dr. Jorge Robinovich entrega una serie de consideraciones generales sobre el consentimiento informado en la práctica médica.

UN EJERCICIO REFLEXIVO: CONSENTIMIENTO INFORMADO Y ATENCIÓN EN SALUD SEXUAL Y REPRODUCTIVA PARA ADOLESCENTES Y JÓVENES.¹

Lo que a continuación les presentare son algunas ideas con relación a la ética, y algunos elementos que me parecen centrales para contextualizar la atención en salud sexual y reproductiva a jóvenes, especialmente cuando se refiere al consentimiento informado.

Generalmente se asocia la ética a una serie de normas y regulaciones a seguir en distintos procedimientos y procesos, este no será el caso desde donde me sitúo para comprender la ética y los aportes que se pueden hacer desde este lugar para repensar lo que hoy en día estamos haciendo y pensando respecto a la salud sexual y reproductivos de adolescentes y jóvenes. El proceso de salud sexual y reproductiva es posible entenderlo a partir del desarrollo de los contenidos y de la aplicación de la noción de justicia social. La salud como un “valor” se extiende a dimensiones de la subjetividad ignoradas anteriormente: derechos reproductivos como derechos humanos, respeto de las dimensiones personales y sociales concebidas desde el punto de vista ético, equidad de género; calidad de atención y calidad de vida.

En las relaciones que se establecen en la vida cotidiana a las personas les surgen constantemente problemas de orden ético. Lo importante es considerar que las consecuencias de las decisiones pueden no sólo afectar a un solo individuo, sino también se trata de acciones y decisiones que afectan a varios de ellos o grupos sociales, as una comunidad o un país.

Es preciso hacer hincapié que a pesar de los avances que se han desarrollado en nuestro país en materia de equidad en el acceso a los servicios de salud, siguen existiendo problemas sin resolver. La noción de equidad no es homogénea, ni unívoca. Esto se demuestra a partir de la identificación y descripción de mecanismos y dispositivos presentes al interior de las prácticas médicas, que mantienen ciertas inequidades, a pesar de los esfuerzos que se diseñan en las políticas sanitarias. La equidad propuesta por la justicia promueve como desafío social y ético, el reconocimiento de la diferencia.

Por otra parte, la noción de calidad es un atributo o propiedad de la atención en salud, se alcanza en la medida en que se satisface el conjunto de necesidades que la población entiende que deben ser resueltas en la institución. Como por ejemplo, el concepto de salud integral, que incluye factores sexuales, ambientales,

¹ Estas ideas se basan en la ponencia presentada en las VII Jornada Nacional de Salud Sexual y reproductiva, *Reproducción humana, sexualidad y derechos*. Sesión: *estrategia de atención en adolescente*. 23 de noviembre 2001, Santiago, Chile.

psicológicos, culturales y materiales del bienestar bajo la perspectiva de las ciencias sociales y el marco ético de los derechos humanos.

En Chile, la calidad de la atención² aparece como una estrategia de las políticas públicas en salud para garantizar la equidad. En este contexto se propone la calidad de atención como la provisión de servicios accesibles y equitativos, con un nivel profesional óptimo, con los recursos disponibles, logrando la adhesión y la satisfacción del usuario.³

La tematización de la calidad de atención, que proviene y se ha desarrollado en grupos y organizaciones de mujeres surge desde una experiencia vital, un malestar respecto de su propia salud y de su relación con los servicios. En las reflexiones sobre calidad de atención desde la salud reproductiva se ha recogido la dimensión cultural respecto del debate sobre la atención en salud, identificando por ejemplo el poder de los prestadores, los derechos de quienes necesitan la atención y la exigencia de autonomía frente a la atención.

Uno de los ejes centrales para una buena calidad de la atención en salud sexual y reproductiva implica el profundo respeto y reconocimiento de los derechos en su acto voluntario de consultar los servicios, información, ampliación de visión respecto al tema que consulta y decidir lo que valora por íntima convicción, lo mejor posible para la persona.

La investigación en atención en salud sexual y reproductiva ha introducido la noción de derechos reproductivos (reconocidos como derechos humanos): entendidos como todos los derechos básicos de las parejas e individuos que se vinculan al libre ejercicio de la sexualidad y la reproducción humana, independiente de la edad, condición social, raza, religión.

Qué debería caracterizar el proceso de consentimiento informado en la atención en salud a adolescentes y jóvenes. Por un lado, procurar una relación dialógica, una relación entre sujetos me refiero a la relación entre personal de salud y usuarios/as.

Uno de los temas centrales de la bioética es la relación que se establece respecto al acto de salud y en particular en torno a la relación entre el terapeuta y el usuario/a. El o la usuaria tiene la responsabilidad primaria de su cuidado en salud, y puede aceptar o rechazar un tratamiento médico. El profesional de la salud debe respetar la autonomía del paciente y su derecho de autodeterminación, esta es la base del consentimiento con conocimiento del tratamiento terapéutico.

² Munita Gabriela, *La calidad de la atención en salud. Un examen desde la perspectiva del género y la Bioética*, Centro de Investigaciones en Bioética y Salud Pública, CIBISAP, Universidad de Santiago, agosto 1997.

³ Ministerio de Salud, Tarjeta de Presentación. Situación de la Salud en Chile, 1996. R.H. Palmer, citado en *Incorporación del Indicador Satisfacción del Usuario en el sistema Público de salud*, Minsal, República de Chile, 1996.

Por otra parte, también debe considerarse la autonomía del profesional de salud y por tanto no debe reducirse sólo a un papel de servidores.

Es necesario por tanto una relación dialógica, la existencia de la conversación, el escuchar al otro. Se pueden crear condiciones que permitan que los demás descubran el significado de su autonomía y tomen conciencia de que controlan su propia vida. Cuando se trata de usuarios incompetentes es otra la situación. Nuestra relación con el mundo se realiza a través del lenguaje. Sólo entenderemos aquello que nuestro lenguaje nos permite entender, percibiremos el mundo de acuerdo a las categorías y los espacios que nuestro lenguaje nos otorgue. Eventualmente es posible intervenir ese lenguaje y crear palabras que nos permitan ampliar nuestra capacidad de diferenciación. Es así, como construye permanentemente nuestra subjetividad. La inserción cultural, la construcción social y lingüística se realiza en primera instancia en el cuerpo, que es sin lugar a dudas desde el cual se accede a la experiencia. El primer saber que se construye es en el cuerpo y a través del cuerpo.

Por otra parte, la exigencia de la confidencialidad adquiere fuerza desde el punto de vista de los derechos y la regulación social y política de la práctica médica. A su vez también es posible pensar la confidencialidad a través del imperativo de salvaguardar en cualquier circunstancia la autonomía del sujeto. La confidencialidad aparece entonces como un desafío, un principio, una exigencia resolver en cada momento y en cada circunstancia, es parte de los espacios de conflicto, donde la profesión se juega en su relación con los usuarios y la sociedad.⁴

La idea de autonomía es bastante clara, significa simplemente que si voy a actuar de una forma ética o moral, debo elegir por mí misma lo que voy hacer, por tanto soy responsable de ello, así como digno de elogio o de culpa. La libertad para elegir que es la esencia de la autonomía personal, es por supuesto libertad para elegir una línea concreta de acción que se considera moralmente buena. No significa elegir por elegir. La capacidad de autodeterminación es también valiosa en sí misma en el sentido incluso de que si lo que elijo (el contenido de mi acto) es objetivamente malo, mi elección es todavía buena en cuanto es un acto libre y autónomo. El principio de la libertad individual implica que la mejor política social es aquella que es menos restrictiva de la libertad individual, por tanto el consentimiento informado y el respeto a las personas son dos condiciones necesarias para ejercer la libertad de opción.

⁴ “La reivindicación de la confidencialidad se inspira en el carácter creativo de la ética médica, en la posibilidad que esta tiene de darse normas, de poner en cuestión normas sociales que son inaplicables, de promover normas y regulaciones que devienen de urgencias sanitarias, de los proceso tecnológicos o de otra índole. El papel de los profesionales de salud es posibilitar y cultivar la autonomía de los usuarios, también puede ser vista como una de las bases para conservar la democracia, la gestión del propio cuerpo, la propia voluntad.” Zorrilla S., *Confidencialidad, autonomía y derechos de las personas. Comentario y reflexión en torno al artículo 17 del proyecto ley Marco sobre derechos Sexuales y Reproductivos*. Mesa de trabajo CORSAPS, 2001.

El proceso de consentimiento informado en la atención en salud sexual y reproductiva a adolescentes y jóvenes es gran importancia que los programas de salud adolescente es incuestionable en el contexto de las temáticas y problemáticas actuales de los jóvenes en estas materias. La intervención que hace el Estado u otras instituciones en el plano de la sexualidad humana se ha convertido en un elemento decisivo para la constitución de la misma. En general a lo largo de la historia y de las diferentes intervenciones políticas se han construido diversos discursos sobre la sexualidad. Existen a lo menos dos sugerencias, la necesidad de capacitación a los equipos profesionales en la temática de derechos sexuales y reproductivos y sus implicancias prácticas, y posibilitar a los jóvenes el ser sujetos de derechos en este campo.

La información y los servicios para jóvenes en estas materias deben combinar de alguna manera con: (a) educación hacia los hombres adolescentes para que respeten la libre determinación de las mujeres y compartan con ellas la responsabilidad en asuntos de sexualidad y reproducción; (b) avanzar en el conocimiento respecto de las expectativas y representaciones de los hombres adolescentes por ejemplo de la paternidad, prevención de embarazos, en general todas las investigaciones y aproximaciones han estado centradas en las mujeres adolescentes; (c) considerar a la hora de la implementación de la atención en salud sexual y reproductiva para adolescentes, as modificaciones de muchos de los mitos que persisten en sexualidad; (d) reforzar la idea del derecho al placer y el ejercicio pleno de su sexualidad sin culpas ni restricciones. Este ejercicio debiera asumirse en condiciones de autonomía, equidad, que condene cualquier tipo de violencia o de imposición; (e) la apropiación del propio cuerpo por parte de hombres y mujeres, es fundamental en este sentido para una participación más consciente y creativa en la preservación de la salud y en la creación de diferentes alternativas para sus proyectos de vida.

El proyecto ley marco sobre derechos sexuales y reproductivos concibe el consentimiento informado como un proceso de aprendizaje tanto de las personas que prestan servicios en salud como de los y las usuarios. Es un proceso más que un mero trámite burocrático que se traduce en suscribir un formulario, como todo proceso de aprendizaje debe considerar situaciones y condiciones culturales, educacionales, psicológicas, comunicacionales, de género, etnia y edad.

Claudia Dides C.

*Socióloga. Magíster © en Género y Cultura. Universidad de Chile
Investigadora CORSAPS.*

**OTROS LIBROS RECIBIDOS POR EL
PROGRAMA DE DERECHOS DEL NIÑO DE LA UPD**

(disponibles en la biblioteca de la Facultad de Derecho de la UPD)

- “Adolescentes y Responsabilidad Penal”, Emilio García Méndez Compilador, García Méndez E., Beloff M., Cillero Bruñol M., Bonasso A., Do Amaral e Silva A.F., Conde Zabala, M.J., Acosta Vargas G., Editorial Ad Hoc, Buenos Aires, 207 pgs.
- “Convención sobre Derechos del Niño”, Inés M. Weinberg directora, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2002, 532 pgs.
- “Convención sobre los Derechos del Niño”, Daniel Hugo D’Antonio, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, 2001, 248 pgs.
- “Derecho y grupos desventajados”, Roberta Gargarella compilador, Gedisa, Barcelona, 1999, 220 pgs.
- “Derecho, Infancia y Familia”, Mary Ana Beloff compiladora, Gedisa, Barcelona, 2000, 236 pgs.
- “Historia de la vida privada”, Philippe Aries y Gorges Duby director, Taurus, Madrid, 2001, vol I, II, III, IV y V.
- “La Responsabilidad Penal de los Menores: Aspectos Sustantivos y Procesales”, M^a Rosorio Ornos Fernández directora, Consejo General del Poder Judicial, Cuadernos de Derecho Judicial III, Madrid, 2001, 597 pgs.
- “La responsabilidad Penal de los Menores”, María Teresa Martín López coordinadora, Ediciones de la Universidad de Castilla, Colección Estudios, La Mancha, 2001, 230 pgs.
- “Práctica del Derecho de menores”, Daniel Hugo D’Antonio, Editorial Astrea de Alfredo y Ricardo de Palma, Buenos Aires, 1999, 151 pgs.
- “The International Law on The Rights of The Child”, Geraldine Van Beuren, Kluwer Law International, The Hague, 1998, 435 pgs.
- “The Moral Status of Children. Essays on the rights of the Child.”, Michael Freeman, Kluwer Law International, The Hague, 1997, 404 pgs.

ESTUDIOS

ENSAYOS

SEMINARIOS

LIBROS

JURISPRUDENCIA

MODA, LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y DERECHOS DEL NIÑO EN LA EDUCACIÓN EN CHILE. ¹

EL CASO VALDIVIA

Se trata de un recurso de protección interpuesto, ante la Corte de Apelaciones de Valdivia, por el padre de dos alumnos de un colegio privado, en contra de la Dirección del colegio, fundado en que ésta estableció ciertas prohibiciones relacionadas con la presentación personal y el comportamiento de los alumnos, específicamente la prohibición de uso del cabello largo y aros en los varones, tintura de ciertos colores en el cabello de las mujeres, tomarse de la mano y darse caricias entre parejas de estudiantes. El recurrente consideró estas prohibiciones lesivas de la integridad y personalidad de sus hijos y de sus derechos constitucionales a la igualdad ante la ley, al respeto y protección de la vida privada y pública, y de su derecho constitucional de propiedad (sobre su condición de alumnos regulares, que se ven expuestos a perder a consecuencia de las sanciones que podrían imponérseles en caso de no acatamiento de las prohibiciones), así como del derecho de los padres a dirigir y orientar el desarrollo de sus hijos, conforme a sus creencias y valores.

El recurso fue resuelto favorablemente al recurrente, por la unanimidad de los ministros de la Segunda Sala de la Corte de Apelaciones de Valdivia, pero posteriormente, la apelación ante la Corte Suprema fue resuelta en favor de los recurridos (la Dirección del colegio), también por la unanimidad de los ministros de la sala. Resulta de interés exponer resumidamente la doctrina aplicada por cada una de esas resoluciones.²

Doctrina aplicada por el fallo de la Corte de Apelaciones de Valdivia:

- i) La Corte sostiene que³ “la educación y los derechos del niño de acuerdo con la normativa revisada implica, por parte de los educadores, enmarcar la entrega de ésta dentro de los lineamientos básicos de orden técnico

¹ Este documento fue preparado como material de trabajo para ser utilizado en el primer “Curso de Especialización en Protección Jurisdiccional de los Derechos del Niño para jueces, abogados y fiscales del Cono-sur”, organizado por UNICEF, el Ministerio de Justicia y la Academia Judicial de Chile, celebrado en Santiago entre el 23 y el 28 de noviembre de 1998.

² Tanto el fallo de primera instancia como la apelación están anexos al final de este análisis.

³ Previa cita del artículo 19, N° 11, de la Constitución (libertad de enseñanza), así como de las disposiciones de La Ley Orgánica Constitucional de Educación, el D.F.L. N° 1, de 1996 (Estatuto de los Profesionales de la Educación) y de la Declaración de los Derechos del Niño.

pedagógico a fin de cumplir el elevado objetivo que les ha sido encomendado; resultando idónea a tal propósito cualquier exigencia que apunte a una mejor organización del establecimiento, en cuanto a horario, comportamiento y conductas. Sin embargo, las exigencias hechas a los alumnos en orden a respetar ciertas convenciones sociales o modas, aparece intrascendente y del todo ajeno al fin perseguido por la educación, porque tales convenciones sociales o modas corresponden evidentemente a la vida privada de los individuos y en el caso de autos y atendida la edad y condición de educandos de los menores afectados, son de responsabilidad de sus padres y no se divisa que las mismas pudieren implicar el resguardo del cometido entregado a los educadores, en términos de que éstos estén en condiciones de exigirlos coercitivamente sin incurrir en arbitrariedad; la moda en verdad no parece ser parte del cometido educacional de acuerdo con lo analizado”.

- ii) El respeto por el niño, en el contexto de los principios de la Declaración de los Derechos del Niño, “implica aceptarles sus formas de vestir, de peinar, y de convivir cuando corresponden a un consenso social entre sus pares que lo identifica y le da seguridad; el largo de la cabellera, el uso de adornos en su cuerpo, el tipo de vestimenta, el empleo de un mayor o menor colorido para adornar su rostro o cabellera, forman parte de la rebeldía propia de la juventud, que necesita canalizarse de alguna forma, siendo estas modas o costumbres transitorias una de las formas que expresan tal rebeldía y no parecen vulnerar los principios y propósitos básicos de enseñanza propuestos por el Establecimiento Educacional, ni atentan en contra del orden público, la moral o las buenas costumbres”. A su vez “el intercambio de sanas caricias, forma parte de la formación afectiva de los jóvenes, considerando en particular que los Colegios Mixtos, como el dirigido por los recurridos, facilitan el natural contacto directo entre hombres y mujeres”.

Todo ello, a su vez, “se encuentra en armonía con los Principios Educativos del Colegio, que aparecen en la página 5 de la Guía Académica que señala que el Colegio Windsor School aspira al *crecimiento de la persona en comunidad. Se basa en que el ser humano es perfectible y tiende a lograr su plenitud en armonía con sus semejantes, la naturaleza y el entorno en que le corresponde vivir*”.

- iii) El fallo concluye que el Colegio recurrido, al imponer las prohibiciones cuestionadas, “transgredió la disposición constitucional del artículo 19 n° 4 que dispone el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de su persona y de su familia teniendo en cuenta que la normativa impuesta ingresó en la vida privada de los alumnos en relación con sus

familias y transgredió en el área en que fueron impuestas la disposición de las declaraciones de los derechos del niño contenidas en el Principio 7, que entrega la responsabilidad de la educación y orientación de los niños, en primer lugar, a sus padres. Norma esta última que de conformidad con el artículo quinto de la Constitución Política, tiene rango constitucional. Perspectiva desde la cual el acto impugnado resulta ser ilegal, y arbitrario si se tiene en consideración que persigue un objetivo ajeno a las propuestas de educación y no tiene un fundamento racional” (sic⁴).

Doctrina aplicada por el fallo de la Corte Suprema:

- i) De las disposiciones constitucionales y legales aplicables, “fluye con toda claridad que en Chile existe una amplia libertad de enseñanza, que no se refiere sólo a determinar los contenidos programáticos de las asignaturas o a los métodos docentes que utiliza, sino también a definir la filosofía educacional, expresada en los principios o valores que la inspiran y en los objetivos que pretende, todo ello sin más limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional”.

El fallo considera obvio que las prohibiciones impuestas por el colegio recurrido “está(n) lejos de atentar contra las únicas restricciones a la libertad de enseñanza que la Constitución y la ley n° 18.962 autorizan”.

La libertad de enseñanza permite a los establecimientos educacionales imponer normas de presentación personal y de conducta para sus alumnos, “las que se encuentren naturalmente inspiradas en sus propósitos de enseñanza, formativos y valorativos, que pretendan transmitir a sus educandos”.

- ii) Las prohibiciones impuestas pueden ser consideradas anticuadas, puritanas y contrarias a la libertad de expresión, por unos padres, mientras que para otros pueden figurar entre los factores que han considerado para elegir colegio para sus hijos. Una y otra posición puede ser igualmente respetable: “de ahí la importancia fundamental de la libertad de enseñanza, que permite que haya establecimientos educacionales con principios diferentes, siempre que no se contravengan las limitaciones ya enunciadas”.

⁴ El fallo confunde la Declaración de los Derechos del Niño adoptada por la Asamblea General de Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 -que no es tratado internacional, y que técnicamente no puede ser ratificado por Chile (como el fallo sostiene en otro lugar)- con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General exactamente 30 años después (el 20 de noviembre de 1989), y ratificada y promulgada como ley por Chile al año siguiente. Sólo la segunda tiene fuerza normativa vinculante, y adquiere rango constitucional (en tanto reconoce derechos humanos), en virtud del artículo 5°, inciso segundo, de la Constitución.

“Esta pluralidad es esencial para que los padres puedan realmente ejercer su derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos”. Precisamente el proceso de adopción de esa elección es “la ocasión para que los padres conozcan los valores que inspiran la acción educadora y las normas pedagógicas usadas para transmitirlos”, de manera que, teniendo la oportunidad de conocer los principios inspiradores al matricular a sus hijos, los padres no pueden posteriormente reclamar judicialmente que sean modificados. Así, por ejemplo, “si padres católicos matriculan, inadvertidamente, a un hijo en un colegio mormón, no pueden intentar después que el establecimiento cambie sus valores y métodos”.

Por todo ello, se considera que la directiva del colegio recurrido no ha incurrido en acto ilegal o arbitrario alguno al aplicar las prohibiciones o restricciones de que se ha tratado, por lo que el recurso debe ser rechazado.

Solución adoptada y soluciones alternativas

En este lugar se analizará la doctrina aplicada por los dos fallos pronunciados sobre el caso expuesto, y se explorarán soluciones alternativas, intentando abrir el debate y planteando preguntas para la discusión.

Para el mejor análisis de ambos fallos lo más conveniente parece ser tratarlos conjuntamente, pues nos parece que la decisión de la Corte Suprema encuentra apoyo en una idea propuesta por la propia argumentación de la Corte de Apelaciones. Para quien sea crítico del fallo de aquélla, entonces, el defecto habría que buscarlo ya en la argumentación de esta última.

La Corte de Apelaciones sostiene que la polémica prohibición de la Dirección del colegio afecta, no tanto los derechos de los alumnos a quienes se dirige la prohibición, cuanto la responsabilidad de los padres en la educación y orientación de sus hijos, y, con ello, el derecho de los mismos padres a la protección de la vida pública y privada de su persona y su familia. Por lo tanto, las cuestiones relativas a convenciones sociales o a la moda de los hijos, según la Corte de Apelaciones, quedan a la decisión de los padres. Pero frente a esa argumentación, la Corte Suprema no encuentra mucha dificultad para replicar del siguiente modo: si bien es cierto que los padres tienen encomendada la educación y orientación de sus hijos, la verdad es que en el caso sublitis esos padres podían escoger libremente, de acuerdo con sus propias preferencias, el tipo de colegio en que matricularían a éstos; y si los padres, por desconocimiento de la orientación educativa, filosófica o doctrinal del colegio, lo matriculan equivocadamente en uno distinto del que correspondería a sus preferencias, no puede exigir al colegio que cambie su orientación (recuérdese el ejemplo del colegio de inspiración

religiosa mormona). Es decir, lo que sugiere la Corte Suprema -y que parece difícilmente rebatible dentro de esta lógica- es que, para respetar de una parte el libre ejercicio de las responsabilidades de los padres sobre la educación de sus hijos, y de la otra, la libertad de los particulares de crear establecimientos educativos con la orientación que mejor les parezca -respetando los cuatro límites constitucionales-, la libertad de los padres se debe ejercer precisamente escogiendo el colegio de su preferencia -dentro de un amplio espectro posible-, y no obligando al colegio escogido a adaptarse a sus preferencias. A la unanimidad de los magistrados de la Primera Sala de la Corte Suprema les pareció clara la argumentación; cómo no.

Otro argumento de la Corte de Apelaciones que a la Corte Suprema no parece hacerle sentido, es bastante más plausible, más aún, en el fondo puede considerársele correcto, pero al parecer está mal planteado. La Corte de Apelaciones, luego de haber citado una serie de normas regulatorias de la educación en Chile, sostiene que los colegios tienen libertad para determinar los lineamientos pedagógicos y reglas de conducta, pero siempre que tengan relación con el cometido educacional, concluyendo que precisamente la moda no tiene que ver con ese cometido, es intrascendente desde el punto de vista educativo. En su momento se podrá rescatar el fondo de verdad de este argumento, pero por ahora puede decirse que, en realidad, la libertad de enseñanza, tal como está concebida en el Ordenamiento jurídico chileno, podría dar cabida a una propuesta educativa tradicional en la que se pretenda transmitir a los alumnos el valor de la formalidad y sobriedad en la presentación personal. A los padres quedaría la decisión de escoger esa orientación o una más liberal, abierta a la informalidad de adolescentes de pelo largo, etc. De hecho, la Corte Suprema no se pronuncia a favor de la primera orientación, y admite que ambas posturas pueden ser respetables, y que el punto está en que los padres escojan informadamente. Con las herramientas argumentativas que ofrece la Corte de Apelaciones es difícil rebatir este otro razonamiento.

En relación con el primer fracaso argumentativo, parece que otra cosa sucedería si se reconociera que la prohibición impuesta por la Dirección del colegio lesiona, no a la libertad y derechos de los padres, sino la libertad y derechos de los propios alumnos a los que se dirige esa prohibición. Esto viene planteado en el recurso de protección, pero no expresamente por el fallo favorable de la Corte de Apelaciones.

¿Qué derechos y libertades de los estudiantes lesiona esta prohibición? Una posibilidad es entender que está comprometido su propio derecho al respeto y protección de su vida pública y privada y no el de sus padres; el uso del cabello largo, las caricias entre adolescentes enamorados, etc., serían aspectos de su vida privada que no podrían ser condicionados por reglas escolares. Otra posibilidad es

entender que la prohibición impuesta por el colegio lesiona la libertad de expresión de los alumnos. Otra, que se compromete su derecho a preservar su identidad.⁵

Sin embargo, alguien podría pretender contrargumentar que, si bien en la vida privada esos aspectos no pueden condicionarse, sí es posible reglamentar límites a la presentación personal de los jóvenes en los espacios propios de la vida pública, y que el colegio es uno de esos espacios. En la vida pública, aunque igualmente protegida por el derecho (como la vida privada), sí se admitirían reglamentaciones a la presentación personal en respeto de terceras personas o para asegurar el adecuado desarrollo de actividades comunes que afectan a muchas personas. La formalidad de la presentación se exige, de hecho, en muchas actividades y espacios públicos.

Pero, suponiendo que el colegio consista en un espacio de vida pública de los niños y adolescentes ¿es legítimo que en un espacio de esa naturaleza hasta la forma de expresar sus afectos (por ejemplo, el tomarse de la mano dos adolescentes enamorados) quede sometida, durante la mitad de su tiempo de vigilia, por 12 ó 14 años de su vida, a las limitaciones que ese supuesto carácter público les impone? La intuición de que ello no sería legítimo llevaría a dudar del carácter público de la vida escolar, para los alumnos, o, aún admitiendo que sea público, a dudar sobre la razonabilidad y justicia de que en la vida pública de las personas se puedan reglamentar aspectos tan íntimos. Así, por ejemplo, para entrar a un edificio público, seguramente puede exigirse, legítimamente, llevar ropa encima, y no sólo traje de baños, pero ¿sería legítimo exigir que se corten el cabello quienes lo usen largo? y ¿podría prohibirse a las parejas ir de la mano o besarse? La respuesta negativa lleva, tal vez, a distinguir aspectos de la presentación personal que pueden quedar sometidos a cierta reglamentación, cuando son accidentales y no comprometen la identidad de la persona (como llevar traje de baño o tenida completa), de otros aspectos que sí tienen que ver con la identidad de la persona, la expresión de su personalidad (el largo o color del cabello, el uso de aros) o de su afectividad (ir de la mano, besarse).

En relación con ello, puede tenerse presente el caso *Tinker vs. Des Moines School Dist.*⁶, en el que la Corte Suprema de los Estados Unidos, aún cuando reconoce la amplia autoridad de los directivos de un colegio para reglamentar y controlar la buena conducta de los alumnos, recuerda que al ingresar a un colegio,

⁵ Las objeciones normativas que podrían esgrimirse, en base a una interpretación restrictiva de la Constitución chilena (que no contempla expresamente estos derechos), al parecer pueden refutarse con facilidad recordando el texto y sentido del artículo 5º, inciso segundo, de la propia Constitución, que reconoce, con rango constitucional, los derechos contenidos en tratados internacionales de derechos humanos ratificados por Chile.

⁶ Este caso constituye un hito en la jurisprudencia norteamericana. Fue emitido por la Corte Suprema de ese país en 1969, ante un requerimiento de tres estudiantes que fueron suspendidos de la escuela por usar un brazalete para manifestarse en contra de la intervención en la Guerra de Vietnam.

los alumnos (como tampoco los profesores) no se despojan de su libertad de expresión, y que las formas de expresar sus opiniones y preferencias pueden ser diversas, y no deben estar pauteadas por los directores del colegio o los profesores (se refiere expresamente a que la libertad de expresión no se puede agotar en una conversación en clase dirigida por el profesor).

Alguien podría sostener que, en realidad, los colegios particulares no son un espacio público, sino justamente un espacio privado de los propietarios del colegio, regido por tanto por las reglas que sus propietarios, a través del reglamento de cada establecimiento, quieran imponer (y que respeten las cuatro limitaciones constitucionales), de modo que, así como en la morada particular el propietario puede imponer las limitaciones que quiera a sus visitantes (como la de que los niños o adolescentes no se besen ante terceros, ni se tiñan el cabello de cierto color), también los colegios particulares pueden imponer ciertas reglas. Pero, dado que los colegios desarrollan un cometido público de la mayor importancia, como es la educación, que constituye la realización efectiva de un derecho constitucional de las personas a las que se dirige, ¿es posible reconocerles a sus dueños un espacio tal para el capricho?

Aquí resulta oportuno volver sobre el tema del cometido de la educación, al que se refirió el fallo de la Corte de Apelaciones. La afirmación que ésta hace respecto de que la moda no tiene que ver con el cometido de la educación, nos pareció, en el fondo correcta, pero mal planteada, sobre todo dentro del tipo de argumentación que venía realizando. Pues frente a ese argumento, no era difícil sostener -como lo hace la Corte Suprema- que la libertad de enseñanza permite convertir incluso a la presentación personal en un cometido educacional, ya sea educando en el valor de la sobriedad y formalidad de la presentación personal, ya en el valor de la informalidad y alegría en la presentación personal. Incluso, la libertad de enseñanza permitiría educar en la parquedad de la expresión física de los afectos en público o, por el contrario, en la espontaneidad de esa expresión, incluso en público.

Con todo, si se atiende al cometido de la educación, y se recuerda especialmente lo señalado por la Convención, que es la norma más reciente sobre la materia, a la que incluso se puede reconocer rango constitucional, resulta que entre los objetivos de la educación se encuentran tres que pueden ser esclarecedores:

- Desarrollar la personalidad del niño (su propia personalidad, con sus preferencias).
- Inculcarle el respeto por los derechos fundamentales y libertades fundamentales; no siendo imaginable el aprendizaje de la tolerancia y del respeto a la libertad de expresión y a la vida privada de terceros, si no se ha experimentado esa tolerancia y respeto por parte de los adultos que le educan.

- “Preparar al niño para asumir una vida responsable en una sociedad libre, con espíritu de comprensión, paz, tolerancia, igualdad de los sexos y amistad entre todos los pueblos, grupos étnicos, nacionales y religiosos y personas de origen indígena”.

Así pues, aunque la libertad de enseñanza, en un mundo plural, parece hacer legítimo el propósito de educar en valores tradicionales de formalidad y sobriedad, ese propósito debe conciliarse con el cometido más propio de la educación, que exige educar en la tolerancia y el respeto de la libertad, personalidad, preferencias y privacidad de los demás. Al parecer la única forma de conciliar ambas cosas es que el colegio ofrezca su propuesta filosófica, ética, estética a sus alumnos, sin imponerla. Por ello, no es que propiamente no puedan “enseñarse” preferencias en materia de formas de presentarse y comportarse públicamente; más bien parece que no pueden imponerse dichas preferencias, prohibiendo a los adolescentes que van probando y descubriendo sus gustos y valores la expresión de sus propias preferencias.

Frente al argumento de que un colegio particular, en tanto que espacio privado libremente reglamentado por “el dueño de casa”, no viola la libertad de expresión ni la vida privada y personalidad del niño o adolescente, cuando impone las prohibiciones impuestas en el caso analizado, sino que simplemente dice “en mi casa, no”; parece que puede objetarse que no se trata realmente de un dueño de casa, sino de un ejecutor privado de un cometido público, que tiene una amplia libertad para escoger contenidos y métodos, pero sin trastocar la sustancia, el sentido y las reglas y límites mínimos del cometido en que se ha embarcado: la educación.

Por eso, la sola referencia a los cuatro límites que el texto constitucional señala a la libertad de enseñanza, podría considerarse incompleta. Aún antes de ratificarse la Convención había otro límite: el respeto al derecho a la educación, reconocido en el artículo 19, n° 10, del texto constitucional, y según el cual la educación tiene por objeto “el pleno desarrollo de la personalidad” del educando, y en un Estado de Derecho, la personalidad, aún vista en forma pluralista -es decir susceptible de diversas propuestas y opciones valóricas- como mínimo debe entenderse dotada de los derechos y libertades fundamentales inherentes a la persona, entre ellos, el derecho a la libertad de expresión, a la libertad de conciencia y al respeto de la vida privada.

Pero, por si hubiera dudas al respecto, la Convención sobre los Derechos del Niño viene a aclarar el sentido, sustancia y límites mínimos impuestos por el cometido educacional a los particulares que quieren colaborar con este cometido público; público, en cuanto consiste en una actividad supervisada (y para muchos financiada) por el Estado con la finalidad de realizar un derecho humano (constitucional): el derecho a la educación. De hecho, expresamente la Convención se refiere a la libertad de enseñanza y expresa que ella tiene como límite el respeto de los objetivos de la educación, así como una administración disciplinaria que respete la dignidad humana y los derechos del niño.

La ausencia del derecho a la educación en los fallos que resuelven recursos de protección se debe probablemente al hecho de que la Constitución no permite proteger ese derecho por esta vía. Ello ha conducido, como se vio, al desarrollo de una argumentación extremadamente “privatista” en la resolución de esos recursos (incluso aunque el tribunal haya fallado a favor del niño): habitualmente se protege el derecho a la propiedad sobre la calidad de estudiante, adquirido mediante la compra de los servicios educativos. Esta argumentación podría conducir al absurdo de que en los colegios completamente subvencionados no se tiene una propiedad que proteger, pues nada ha pagado el alumno o su familia. Sin embargo, para los colegios públicos existe una reglamentación propia. Un fallo de la Corte de Apelaciones de San Miguel de 1994⁷, intenta aplicar esta reglamentación a un colegio privado, para considerar una expulsión lesiva del derecho a la igualdad ante la ley. En el caso que corresponde analizar, sin embargo, es más difícil argumentar por esa vía, en tanto las prohibiciones afectan a todos por igual, salvo que se sostenga que la diferencia se plantea frente a los alumnos de otros colegios. Pero, entonces, una prohibición generalizada para todos los colegios, lesiva de la libertad de expresión, no podría impugnarse, en tanto que igualitaria. Por lo demás, con la tesis de que los colegios particulares son “dueños de casa”, de una “casa particular” no se puede sostener que las prohibiciones caprichosas que impongan lesionan la igualdad ante la ley.

Por ello, parece que la única forma de dar efectiva protección a los derechos de los niños en el ámbito educacional es partir del derecho a la educación y reconocer el carácter público del cometido asumido por los particulares que colaboran con el Estado en la realización de ese derecho humano, en el sentido de que en la realización de ese cometido se deben respetar las libertades y derechos fundamentales de los niños a los que se dirige la enseñanza (entre ellos, la libertad de expresión), y se debe respetar la definición de los objetivos y contenidos mínimos establecidos por la Convención y la ley.

El problema de que el derecho a la educación no se puede proteger vía recurso de protección, se podría resolver por las vías sugeridas más arriba. En este caso, del recurso de protección, acaso bastaría con admitir que los tribunales, como todo órgano del Estado, al resolver sobre un problema de libertad de enseñanza, derecho a la igualdad ante la ley, protección de la vida pública y privada de las personas, etc., debe hacerlo respetando y promoviendo todos los derechos de las personas que puedan ser afectados por su decisión.

Jaime Couso

*Abogado y Doctor en Derecho. Profesor e investigador del
Centro de Investigaciones Jurídicas de la UDP.*

Director del Programa de Derechos del Niño del CIJ de la UDP.

⁷ Se trata del Recurso de protección constitucional interpuesto ante dicha Corte por la madre de una adolescente a quien la Dirección de un colegio privado cancela la matrícula por razones disciplinarias.

**SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA, RECURSO DE PROTECCIÓN.
VODANOVIC SCHNAKE, NATALIO CONTRA COLEGIO WINDSOR SCHOOL, DE VALDIVIA.**

Corte de Apelaciones de Valdivia

Rol 8589 – 98

28 de julio de 1998

LA CORTE:

Vistos:

Comparece don Natalio Vodanovic Schnake, en su calidad de padre, apoderado y ciudadano domiciliado en Edificio Prales oficina 312-D y recurre de protección a favor de sus hijos, Mariana y Eduardo Vodanovic Undurraga de 15 y 13 respectivamente de su mismo domicilio, del propio recurrente y de todos aquellos estudiantes y apoderados del mismo colegio que por los actos que describe, estima han sido vulnerados derechos esenciales que la Carta Política de la nación les reconoce.

Deduca su acción en contra de la Dirección del Colegio Windsor School, de esta ciudad, representada para estos efectos por don Antonio Yelincic Beros y su Inspector General don Nelson Saldías Pedrotti, ambos domiciliados en esta ciudad Avenida Francia esquina Simpson. Señala que el día 2 de marzo de 1998 al iniciar el año escolar, los alumnos del establecimiento, fueron advertidos de una serie de prohibiciones que afectaban su manera de ser, actuar y presentarse. Se les informó a todos que en el colegio estaba prohibido, entre otras cosas: 1° El uso de cabello largo por los varones; 2° el uso del pelo con tinturas de ciertos colores, por las mujeres; 3° El uso de aros por los varones; 4° Tomarse de la mano o darse caricias –simples o no– entre los jóvenes que fueren pololos. A algunos muchachos, su hijo entre ellos, se les obligó a cortarse el pelo y a sacarse los aros. A algunas niñas se les conminó a eliminar el color de sus cabelleras, enunciándose cuatro tonos (fucsia, verde, amarillo y algún otro). Que pese al reclamo de algunos jóvenes, el día martes 10 fueron controlados en el cumplimiento de la censura.

Agrega que aparentemente la Dirección del colegio actuaba bajo la convicción que las restricciones que denuncia por el presente recurso, serías necesarias o legítimas para mantener el orden y la disciplina, hacer prevalecer el sentido social o mayoritario de un concepto educacional y amparado en cierto reglamento disciplinario interno.

Señala que el procedimiento adoptado por la autoridad educacional lesiona profundamente la integridad y personalidad de los jóvenes que han sido objeto de su aplicación coactiva; y contraría inalienables derechos de sus padres a dirigir y orientar su desarrollo, conforme a sus creencias y valores y se han vulnerado a lo menos las Garantías del artículo 19 de la Constitución Política Nos 2 y 4 y amenazan la garantía establecida en el N° 24 de la disposición constitucional antes señalada,

en cuanto a los escolares, a causa de la aplicación de sanciones, podrían ser privados de su condición de alumnos regulares e incondicionalidad, cualidad y derechos incorporales que han sido integradas a su patrimonio como al de sus padres.

A fs. 16 rola informe emanado de don Antonio Yelincic Beros y Nelson Saldías Pedrotti, Rector e Inspector general, respectivamente, del colegio Windsor School, en que solicitan se declare la extemporaneidad del recurso o su rechazo por la inexistencia de actos ilegales y arbitrarios, inexistencia de privación, perturbación o amenaza en el ejercicio de garantías constitucionales.

Ambas partes acompañan documentos. Se agregó a los autos informe de la Dirección Provincial de Educación.

Se trajeron los autos para resolver.

Considerando:

Primero: Que los recurridos han alegado la extemporaneidad del recurso deducido, sosteniendo que el recurrente toma como fecha de conocimiento de los hechos denunciados, el día dos de marzo de 1998, en el que sus hijos fueron advertidos de una serie de prohibiciones que los afectaban y que han quedado detalladas en la parte expositiva de este fallo, las cuales, sin embargo, han sido impuestas hace años y puestas en conocimiento oportuno de los apoderados, desde que fueron sus hijos matriculados en el establecimiento recurrido.

Segundo: Que tales prohibiciones, en términos específicos, no aparecen consignados literalmente en la guía académica de Windsor School, como tampoco, en el reglamento interno del colegio, agregados a los autos. De la lectura del reglamento disciplinario de alumnos consignado en la página 61 del mismo, así se constata.

Si bien se consigna en el N° 12 del reglamento disciplinario de alumnos, la prohibición de usar joyas, alhajas y accesorios, prohibición ratificada en el anexo N° 6 del reglamento Interno de Prevención de Riesgos para la Educación Parvularia, Enseñanza Básica y Media Humanístico Científica, y Técnico Profesional dictado por la Dirección de Educación General del Ministerio de Educación a que hace referencia informe a fs. 28, ésta constituye, según se lee, una recomendación a los alumnos y tiene como finalidad evitar accidentes; recomendación emanada de la Secretaria Ministerial de Educación Región de los Lagos y establecida en términos generales en el reglamento escolar, y en el reglamento emanado del Ministerio antes mencionado, es solamente una recomendación a los alumnos, salvo en el interior de los talleres y laboratorios donde es una prohibición absoluta, pero la prohibición específica referida a los aros de alumnos varones aparece impuesta en términos recientes y no contenida en ninguno de los reglamentos referidos en este razonamiento.

De lo señalado precedentemente, no se desprende que por el solo hecho de matricular a un alumno en el colegio Windsor School, los apoderados hubiesen

tomado conocimiento exacto de las prohibiciones objeto del recurso, por lo que la extemporaneidad alegada debe ser desestimada.

Tercero: Que los actos arbitrarios e ilegales denunciados por el recurrente cometidos por la recurrida habrían consistido en las siguientes prohibiciones que el Colegio Windsor School impuso a sus alumnos: el uso de cabello largo por parte de los varones, el uso de ciertas tinturas en el pelo por parte de las alumnas; el uso de aro a los varones; y el tomarse de la mano y darse caricias entre los jóvenes que fueren pololos;

Cuarto: Que la normativa legal en que el recurrente se ampara lo constituye la Constitución Política de la República artículo 19 N° 2, 4 y 24, esto es, igual protección ante la ley, respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de la persona y su familia y por último el derecho de propiedad en cuanto a que los escolares a causa de aplicación de sanciones por infracciones a los reglamentos internos pudieran ser privados de su condición de alumnos regulares e incondicionales, cualidad y derechos incorporales que han sido integrados tanto a su patrimonio como al de sus padres.

Quinto: Que el artículo 19 N° 11 de la Constitución Política de la República establece que la libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales y que la libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional.

Por su parte la Ley 18.962 Orgánica Constitucional de Enseñanza, para los fines que nos ocupan dispone en su artículo 6° que la enseñanza que se imparte en los establecimientos o instituciones educacionales no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional.

Además el D.F.L. N° 1 de 1996 que fija el texto refundido, coordinado y sistematizado de la Ley 19.079 que aprobó el Estatuto de los Profesionales de la Educación en el Párrafo IV sobre Autonomía y Responsabilidad Profesional de la Educación, dispone en el artículo 16 que los profesionales de la educación que se desempeñen en la función docente gozarán de autonomía en el ejercicio de ésta, sujeta a las disposiciones legales que orientan al sistema educacional, del proyecto educativo del establecimiento y de los programas específicos de mejoramiento e innovación; tal autonomía se ejerce de acuerdo con el texto en referencia, en el planteamiento de los procesos de enseñanza y aplicación de métodos y técnicas, evaluación de procesos de enseñanza y aprendizaje, aplicación de textos de estudio y relación con familias y apoderados de sus alumnos.

El artículo 81 de la misma ley dispone: que los establecimientos educacionales particulares dictarán reglamentos internos, los que deberán considerar a lo menos: a) normas generales de índole técnico-pedagógicas, incluyendo las relativas al Consejo

de Profesores, b) normas técnicoadministrativas sobre estructura y funcionamiento general del establecimiento y c) normas de prevención de riesgos, higiene y seguridad. Con ello dice relación la prohibición de usar anillos, argollas, relojes, corbatas, collares y cadenas en los laboratorios, situación que se presenta al margen de las prohibiciones específicas impuestas por el colegio que motivan el recurso.

Sexto: Que de la normativa transcrita aparece que la libertad de educación implica que el Estado reconoce a los educadores plena libertad para ejercer su cometido garantizando la calidad de la enseñanza con un alto grado de exigencia académica a los educadores.

Séptimo: Que es necesario tener en consideración que la declaración de los Derechos del Niño proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, ratificada por nuestro país, dispone en el Principio 7 que el niño tiene derecho a recibir educación que será gratuita y obligatoria a lo menos en las etapas elementales y que se dará una educación que favorezca su cultura general y le permita, en condiciones de igualdad de oportunidades desarrollar sus aptitudes, agrega que el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad de su educación y orientación y que dicha responsabilidad incumbe en primer lugar a sus padres.

Octavo: Que la educación y los derechos del niño de acuerdo con la normativa revisada implica, por parte de los educadores, enmarcar la entrega de ésta dentro de lineamientos básicos de orden técnicopedagógico, a fin de cumplir el elevado objetivo que les ha sido encomendado; resultando idónea a tal propósito de cualquier exigencia que apunte a una mejor organización del establecimiento, en cuanto a horario, comportamiento y conductas.

Sin embargo, las exigencias hechas a los alumnos en orden a respetar ciertas convenciones sociales o modas, aparece intrascendente y del todo ajeno al fin perseguido por la educación, porque tales convenciones sociales o modas corresponden evidentemente a la vida privada de los individuos y en el caso de autos y atendida la edad y condición de educandos de los menores afectados, son de responsabilidad de sus padres y no se divisa que las mismas pudieren implicar el resguardo del cometido entregado a los educadores, en términos de que estos estén en condiciones de exigirlos coercitivamente sin incurrir en arbitrariedad; la moda en verdad no parece ser parte del cometido educacional de acuerdo con lo analizado.

Sobre este aspecto, resulta útil consignar que la Ley 18.692 Orgánica Constitucional de Educación, en su Título I, artículo 12, señala que la enseñanza media tiene como objetivos generales: a) Desarrollar las capacidades intelectuales, afectivas y físicas basadas en valores espirituales, éticos y cívicos que le permitan dar una dirección responsable a su vida tanto en el orden material como espiritual y que le faculten para participar permanentemente en su propia educación, b) Desarrollar su capacidad de pensar libre y reflexivamente y juzgar, decidir y

emprender actividades por sí mismo y c) comprender el mundo en que vive y lograr su integración en él).

Noveno: Que como lo señala la Declaración de los Derechos del Niño, el niño para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad necesita amor y comprensión, y debe ser educado en espíritu de comprensión, tolerancia, amistad; dentro de este contexto el respeto por él implica aceptarles sus formas de vestir, de peinar, y de convivir cuando corresponden a un consenso social entre sus pares que lo identifica y le da seguridad; el largo de cabellera, el uso de adornos en su cuerpo, el tipo de vestimenta, el empleo de un mayor o menor colorido para adornar su rostro o cabellera, forman parte de la rebeldía propia de la juventud, que necesita canalizarse en alguna forma, siendo estas modas o costumbres transitorias una de las formas en que expresan tal rebeldía y no parecen vulnerar los principios y propósitos básicos de enseñanza propuestos por el Establecimiento Educacional ni atentan en contra del orden público, la moral o las buenas costumbres.

Importante es señalar también que el intercambio de sanas caricias, forma parte de la formación afectiva de los jóvenes, considerando en particular que los Colegios Mixtos, como el dirigido por los recurridos, facilitan el natural contacto directo entre hombres y mujeres.

Lo expresado precedentemente se encuentra en armonía con los Principios Educativos del Colegio, que aparecen en la página 5 de la Guía Académica que señala que el Colegio Windsor School aspira al “crecimiento de la persona en comunidad. Se basa en que el ser humano es perfectible y tiende a lograr su plenitud en armonía con sus semejantes, la naturaleza y el entorno en que le corresponde vivir”.

Décimo: Que, conforme lo analizado el Colegio recurrido, al imponer las prohibiciones objeto de este recurso, consistentes en: 1° El uso de cabello largo por los varones; 2° El uso de pelo con tinturas de ciertos colores, por las mujeres; 3° el uso de aros por los varones; 4° Tomarse o darse caricias entre los jóvenes que fueron pololos, transgredió la disposición constitucional del artículo 19 N° 4 que dispone el respeto y protección a la vida privada y pública y a la honra de su persona y de su familia teniendo en cuenta que la normativa impuesta ingresó en la vida privada de los alumnos en la relación con sus familias y transgredió en el área en que fueron impuestas la disposición de las declaraciones de los derechos del niño contenidas en el Principio 7, que entrega la responsabilidad de la educación y orientación de los niños en primer lugar, a sus padres. Norma esta última que de conformidad con el artículo quinto de la Constitución Política, tiene rango constitucional. Perspectiva desde la cual el acto impugnado resulta ser ilegal, y arbitrario si se tiene en consideración que persigue un objetivo ajeno a las propuestas de la educación y no tiene un fundamento racional.

Si las decisiones cuestionadas en este recurso, se miran desde un punto de vista disciplinario, las que fueron adoptadas por los directivos del Colegio Windsor

School de imponer las acciones u omisiones que se reprochan por el recurso, si bien podrían ser justificadas desde el punto de vista disciplinario trascienden el ámbito meramente educacional del colegio.)

Undécimo: Que el recurrente, se ha amparado además como sustento de su recurso en los números 2 y 24 del artículo 19 de la Constitución Política, es decir, alega que con las prohibiciones impuestas por el Colegio Windsor School, se han conculcado las garantías de igualdad ante la ley y el derecho de propiedad en sus diversas especies.

Al respecto, estos sentenciadores no aprecian que tales prohibiciones afecten o vulneren tales garantías, en cuanto con los mismos no coloca a los supuestos afectados en situación de desigualdad ante la ley atendido el carácter de norma reglamentaria interna que tiene la prohibición.

De otro lado, el supuesto atentado al derecho de propiedad, fundado en que la aplicación de sanciones ante el incumplimiento de las prohibiciones impuestas, podría privar a los menores afectados de su condición de alumnos regulares o incondicionales, no puede estimarse que vulnere derecho de propiedad alguno, por cuanto la calidad de alumno regular la mantendrá el alumno en cuanto cumpla con las demás normas y reglamentos racionales del colegio respectivo.

Duodécimo: Que como aparece de presentación de fs. 4, el recurrente ha formulado las siguientes peticiones:

1. Que las restricciones y prohibiciones denunciadas son arbitrarias e ilegales, y en consecuencia quedan o se declaran sin efecto.

2. Todas aquellas otras decisiones o medidas que sean conducentes a preservar la libertad, dignidad, honra e igualdad ante la ley, de los recurrentes en relación a las prohibiciones atacadas, poniendo remedio al mal causado.

Décimo Tercero: Que el artículo 20 de la Constitución Política, expresamente entregó al tribunal la facultad privativa de adoptar las providencias que estime necesarias para el restablecimiento del imperio del derecho y asegurar la debida protección al perjudicado, siendo por tanto de competencia del tribunal la adopción de las medidas correctivas y restablecedoras, por lo que resulta legítimo a este tribunal resolver como se señalará en lo expositivo y rechazar las pretensiones del recurrente en cuanto por ellas persigue declaraciones de una amplitud que trascienden el ámbito de un recurso de protección).

Regístrese, comuníquese y archívese en su oportunidad.

Redacción de la Ministra señora Emma Díaz Yévenes.

Rol N° 8.589-98.

Pronunciada por los Ministros señores

Nibaldo Segura P., Emma Díaz Y. y la Fiscal Sra. Ada Gajardo P.

SENTENCIA DE APELACIÓN**VODANOVIC SCHNAKE, NATALIO CON COLEGIO WINDSOR SCHOOL, DE VALDIVIA.***Corte Suprema de Chile**Rol N° 2670-98.**30 de septiembre de 1998***LA CORTE:****Vistos:**

Se reproduce la sentencia apelada -de 28 de julio de 1998, escrita en las fojas 53 a 57- con excepción de sus considerandos 2°, 8°, 9°, 10° y 13°, que se eliminan; y se tiene en su lugar y además presente:

1° Que don Natalio Vodanovic Schnake deduce recurso de protección, ante la Corte de Apelaciones de Valdivia, en favor de: a) sus hijos Mariana y Eduardo Vodanovic Undurraga; b) de él; y c) de todos los estudiantes y apoderados del “Windsor School”, contra la dirección del colegio, representada por el Rector, don Antonio Yelincic Beros, y su Inspector General, don Nelson Saldías Pedrotti, domiciliados en Valdivia, Av. Francia esq. Av. Simpson. Funda su solicitud en que el 2 de marzo de 1998, al iniciarse el período escolar, los alumnos fueron advertidos de varias prohibiciones, entre ellas el uso de cabello largo y de aros por los varones, de pelo teñido con tinturas de ciertos colores por las mujeres y tomarse de la mano o dar caricias –simples o no– entre los pololos. Tales disposiciones violarían las garantías aseguradas por el art. 19 Nos 2 y 4 de la Constitución Política y amenazarían la del N° 24 del mismo artículo, fuera de lesionar la integridad y personalidad de los estudiantes y de contrariar los inalienables derechos de sus padres para dirigir y orientar el desarrollo de sus hijos conforme a sus creencias y valores.

2° Que los señores Yelincic y Saldías solicitan el rechazo del recurso por ser extemporáneo y no existir actos ilegales o arbitrarios.

3° Que por sentencia de 28 de julio de 1998 (fs. 53 y siguientes) se acoge el recurso, sólo en cuanto las restricciones y prohibiciones objetadas quedan sin efecto, fallo apelado por ambas partes. La apelación del señor Vodanovic se debe a que en primera instancia se da lugar a la protección sólo en favor de él y de sus hijos.

4° Que corresponde analizar si el acto impugnado adolece de ilegalidad o arbitrariedad.

5° Que, para resolver la controversia, es imprescindible estudiar algunos conceptos de orden general y jurídico.

6° Que el N° 10 del artículo 19 de la Carta Fundamental garantiza “El derecho a la educación” y la caracteriza diciendo que “tiene por objeto el pleno desarrollo de la persona en las distintas etapas de su vida”. Agrega que “Los padres tienen el derecho preferente y el deber de educar a sus hijos”.

7° Que, a su vez, el N° 11 del mismo precepto dispone que “La libertad de enseñanza incluye el derecho de abrir, organizar y mantener establecimientos educacionales. La libertad de enseñanza no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional”. “Los padres tienen el derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos”.

8° Que la Ley N° 18.962, Orgánica Constitucional de Enseñanza, define la educación como “el proceso permanente que abarca las distintas etapas de la vida de las personas y que tiene como finalidad alcanzar su desarrollo moral, intelectual, artístico, espiritual y físico mediante la transmisión y el cultivo de valores, conocimientos y destrezas, en marcados en nuestra identidad nacional, capacitándolas para convivir y participar en forma responsable y activa en la comunidad” (art. 2). En el artículo 6° prescribe que “La enseñanza que se imparta en los establecimientos o instituciones educacionales no tiene otras limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional”.

9° Que de las disposiciones legales de que se trata en los tres fundamentos anteriores fluye, con toda claridad, que en Chile existe una amplia libertad de enseñanza, que no se refiere sólo a determinar los contenidos programáticos de las asignaturas o a los métodos docentes que utiliza, sino también a definir la filosofía educacional, expresada en los principios y valores que la inspiran y en los objetivos que pretende, todo ello sin más limitaciones que las impuestas por la moral, las buenas costumbres, el orden público y la seguridad nacional.

10° Que es obvio que al impedirse que los varones usen pelo largo o aros, o que las mujeres se lo tiñan de ciertos colores, o que los pololos se tomen de la mano o se den caricias –simples o no– se está lejos de atentar contra las únicas restricciones a la libertad de enseñanza que la Constitución y la Ley N° 18.962 autorizan.

11° Que es también evidente que las prohibiciones establecidas por el “Windsor School” pueden no ser del agrado ni merecer la aprobación de la unanimidad de los padres de familia, y que incluso algunos consideren que tales medidas son anticuadas o puritanas o atentatorias a la libre expresión de los alumnos, pero sin duda otra porción, grande o pequeña, de los apoderados sí las aprueban, las califican de un modo diferente e incluso puede figurar entre los factores que han considerado para elegir colegio para sus hijos. La posición de unos y otros puede ser igualmente respetable. De ahí la importancia fundamental de la libertad de enseñanza, que permite que haya establecimientos educacionales con principios diferentes, siempre que no se contravengan las limitaciones ya enunciadas.

12° Que en virtud de esta libertad de enseñanza, plenamente ejercida, pueden los establecimientos educacionales imponer normas de presentación personal y de conducta para sus alumnos, las que se encuentran naturalmente inspiradas en

sus propósitos de enseñanza, formativos y valorativos, que pretendan transmitir a sus educandos.

13° Que esta pluralidad de visiones de los colegios es esencial para que los padres de familia puedan ejercer realmente su “derecho de escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos”, que establece la Constitución en el N° 11 del artículo 19. Este proceso de elección debe ser precisamente la ocasión para que los padres conozcan los valores que inspiran la acción educadora y las normas pedagógicas usadas para transmitirlos.

14° Que no es atinado seleccionar para los hijos un colegio cuyos principios no son conocidos a fondo y reclamar después judicialmente contra él con la pretensión de que sean cambiados, sin que se conozca siquiera la opinión de otros apoderados, ya que de ningún modo consta la presentación de otros apoderados que el recurrente se atribuye.

15° Que, finalmente, para resaltar la falta de fundamentos del recurso basta poner un ejemplo relacionado con el aspecto religioso. Si padres católicos matriculan, inadvertidamente, a un hijo en un colegio mormón, no pueden intentar después que el establecimiento cambie sus valores y métodos.

16° Que de todo lo expresado fluye claramente que la directiva del “Windsor School” no ha incurrido en acto ilegal o arbitrario alguno al aplicar las prohibiciones o restricciones de que se ha tratado, por lo que el recurso debe ser rechazado.

17° Que, en consecuencia, es inoficioso entrar a pronunciarse sobre la extemporaneidad alegada, sin perjuicio de dejar establecido que, según consta del documento de la foja 14, de 19 de noviembre de 1996, los jóvenes Mariana y Eduardo Vodanovic quedaron matriculados en el “Windsor School” para el año lectivo 1997; y que en el mismo instrumento el actual recurrente declaró conocer los estatutos y aceptar el reglamento interno del colegio.

Por tanto, con el mérito de lo expuesto y de lo prevenido en las disposiciones constitucionales y legales citadas y en los autos acordados de la Corte Suprema sobre la tramitación de los recursos de protección, se revoca la sentencia apelada de veintiocho de julio del año en curso, escrita en las fojas 53 y siguientes, y se rechaza el recurso de protección interpuesto en lo principal de la foja 4 por don Natalio Vodanovic Schnake, en su favor y en el de sus hijos Mariana y Eduardo Vodanovic Undurraga y de otras personas indeterminadas, en contra de la dirección del establecimiento educacional “Windsor School”, representada por los señores Antonio Yelincic Beros y Nelson Saldías Pedrotti.

Redactada por el abogado integrante señor Arturo Montes Rodríguez.

Regístrese y devuélvase. Rol N° 2670-98.

Pronunciada por los Ministros señores

Servando Jordán L., Oscar Carrasco A., Eleodoro Ortiz S. y Enrique Tapia W. y el abogado integrante señor Arturo Montes R.

VOTO N° 591-F-97, TRIBUNAL SUPERIOR DE CASACIÓN PENAL, SEGUNDO CIRCUITO JUDICIAL DE SAN JOSÉ

TRIBUNAL SUPERIOR DE CASACIÓN PENAL. Segundo Circuito Judicial de San José, a las catorce horas cuarenta minutos del veinticuatro de julio de mil novecientos noventa y siete. RECURSO DE CASACIÓN, interpuesto en la presente causa seguida contra FGZC, de dieciséis años de edad, costarricense, soltero; por el delito de ROBO SIMPLE Y ROBO AGRAVADO, en perjuicio de EAH, JACM, OVV, CFC Y PADA. Intervienen en la decisión del recurso los Jueces Superiores Ana Eugenia Sáenz Fernández, Rosario Fernández Vindas y Jorge Chacón Laurito. Se apersonaron en casación la Licenciada MPD en representación del Ministerio Público.

RESULTANDO:

I.- Que mediante sentencia dictada a las nueve horas del dieciséis de abril de mil novecientos noventa y siete, el Juzgado Penal Juvenil de Alajuela, resolvió: “POR TANTO: De conformidad con lo expuesto en los artículos 34 y 35 de la Constitución Política, 105,106, 359, 370, 373, 390, 392, 395, 399 del Código de Procedimientos Penales y artículos 7,106,107,121 de la Ley de Justicia Penal Juvenil, artículo 40 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 212 y 213 del Código Penal, por la comisión de los delitos de ROBO SIMPLE EN LA MODALIDAD DE ARREBATO cometido en perjuicio de ELH, ROBO SIMPLE en perjuicio de JACM, ROBO AGRAVADO en daño de PADA Y CFC, se le impone la sanción de LIBERTAD ASISTIDA por el término de DOS AÑOS, encomendándole a HOGARES CREA, la asistencia y tratamiento requerido por el menor en cuento a su problema de adicción. Además como medida de orientación, se le impone la matrícula en el INA en algunos de los cursos en los que muestre aptitudes. Se coordinará con la Institución la matrícula del menor en este Centro. En cuanto al delito de ROBO AGRAVADO en daño de OVV, se le absuelve de toda pena y responsabilidad. NOTIFÍQUESE. LICDA. MA. ARACELLY SOLÍS MARÍN, JUEZA PENAL JUVENIL DE ALAJUELA.”

II.- Que contra el anterior pronunciamiento la Licenciada MPD, en representación del Ministerio Público interpuso Recurso de Casación.

III.- Que verificada la deliberación respectiva de conformidad con lo dispuesto por el artículo 481 del Código de Procedimientos Penales, el Tribunal se planteó las cuestiones formuladas en el Recurso.

IV.- Que en los procedimientos se han observado las prescripciones legales pertinentes.

Redacta la Juez Superior Sáenz Fernández, y;

CONSIDERANDO:

I.- Recurso por la forma. Único motivo: Reclama la recurrente, en su condición de representante del Ministerio Público, fundamentación contradictoria del fallo dictado, por cuanto, no obstante haberse solicitado que al menor encartado se le impusiera una pena de doce años de prisión, y a pesar de la gravedad de los hechos acreditados, pues la juzgadora tuvo por demostrado que el menor acusado utilizó arma blanca para cometer los delitos de Robo agravado, intimidando y amenazando a sus víctimas para de esa forma asegurarse el resultado de su ilícito actuar, evidenciando un total menosprecio por los bienes ajenos, la vida y la integridad física de las personas, con una conducta proclive al delito, que no ha dado muestras de corregir su conducta y su actividad delincencial es continua contradictoriamente le impone la sanción de libertad asistida por el término de dos años, encargando a Hogares Crea el tratamiento sobre su adicción, así como la obligación de matricular cursos impartidos por el INA. El motivo no se acepta. Conforme a la vigente legislación penal sobre menores, su protección integral y la posibilidad de reinserción familiar y social, constituyen algunos de sus principios rectores. Así, en la sentencia recurrida no se advierte el vicio alegado por la impugnante, pues si bien es cierto la juzgadora estimó todas las circunstancias anotadas por la recurrente; dentro de la integralidad del fallo se aprecia también cómo la jueza, al fundamentar la aplicación del tipo de sanción impuesta, tomó en consideración la vida del menor antes de la conducta punible y sus circunstancias personales, familiares y sociales, estimando que «...el ambiente familiar y el entorno de interrelación en que se ha desarrollado, han sido determinantes para edificar en el caso en estudio un ser humano carente de oportunidades y afectos...» (ver folio 338), sin que se deban pasar por alto los antecedentes estigmatizantes que rodean a un adolescente que se encuentra frente a un proceso penal, reflejándose en el Informe social sobre el menor acusado, un estado de abandono familiar ostensible, que si bien no justifica la conducta delictiva desplegada, si es un factor determinante en la actitud asumida por el joven ante la vida (ver folio 339 frente). Toma en cuenta la juzgadora que en los dos primeros años de escuela, el menor encartado fue un I buen estudiante, cambiando su conducta cuando su padre fue a prisión acusado por un delito sexual en perjuicio de una de sus hijas, hermana del imputado, lo que lo conmocionó, hasta convertirlo en una persona agresiva e inadaptada, incursionando en la drogadicción, problemática de grandes dimensiones que sólo con una voluntad férrea de su parte y la ayuda institucional logrará salir (ver folios 339 y 340). Estas circunstancias, examinadas desde una perspectiva global, conceptualizada la sentencia como una unidad lógico-jurídica, permiten apreciar el iter lógico seguido por aquella en la determinación de la pena a imponer, dentro de un planteamiento

coherente e inspirado en los más altos principios, no solamente de protección a la sociedad, afrentada por la conducta delictiva desplegada por el menor y que merece sanción; sino también en protección del mismo encartado, en aras de procurar su recuperación social y humana; sin que pueda obviarse la influencia negativa que un establecimiento penitenciario ejercerá sobre los menores internados, máxime en un período tan prolongado como el que solicita la representación del Ministerio Público, y referido a personas que por encontrarse en un proceso de desarrollo y formación, resultan con una mayor vulnerabilidad a este tipo de influencias. En consecuencia, el motivo alegado debe declararse sin lugar.

II.- Recurso por el fondo. Único motivo: Reclama la recurrente que la jueza a quo debió imponerle al menor sentenciado la sanción impuesta en los artículos 212 inciso 3) y 213 inciso 2) ambos del Código Penal, y al no hacerlo inobservó la ley sustantiva, quebrantando los principios de racionalidad y proporcionalidad de la pena. El motivo no se acoge. El artículo 131 de la Ley de Justicia Penal Juvenil establece la sanción de internamiento como una forma de privación de libertad de carácter excepcional, y si bien es cierto uno de los casos en que resulta de aplicación se relaciona con la comisión por parte del acusado de delitos dolosos sancionados en el Código Penal o leyes especiales, para mayores de edad, con pena de prisión superior a seis años, tal imposición es de naturaleza facultativa para el juzgador, estableciéndose que al aplicar una medida de privación de libertad, el juez deberá considerar el sustituir esta sanción por una menos drástica cuando sea conveniente; por lo que al sustituir la juzgadora la pena de prisión solicitada por el Ministerio Público por otra sanción socioeducativa, complementada con órdenes de orientación y supervisión (artículo 121 incisos a y b), que también le son permitidas conforme a los principios rectores que inspiran la aplicación de la ley a los menores, en aras de su protección integral, su interés superior, el respeto a sus derechos, su formación integral y la reinserción en su familia y la sociedad (artículo 7 de la Ley de Justicia Penal Juvenil), no se aprecia violación alguna a la legislación sustantiva, por lo que el motivo alegado debe ser declarado sin lugar.

POR TANTO:

Se declara sin lugar en todos sus extremos el recurso interpuesto por la representante del Ministerio Público. (Recurso de Casación No. 96-900171 -294-PJ-6, contra FCZ, por el delito de ROBO, en perjuicio de ELH Y OTROS) (AVE.) Conf: M. Lic. Ana E. Sáenz Fernández. Lic. Jorge Chacón Laurito. Lic. Rosario Fernández Vindas.



La Revista de Derechos del Niño es editada por Unicef y el Programa de Derechos del Niño de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales, como una publicación anual dirigida a promover una reflexión académica sistemática acerca de la situación jurídica de los niños, y sobre las complejas cuestiones teóricas y prácticas implicadas en la modificación de los puntos de vista tradicionales que el Derecho ha sostenido sobre esta materia.

En este primer número se concentra fundamentalmente en la situación chilena, pero aspira a convertirse cada vez más en un referente iberoamericano, y está abierta a recibir colaboraciones de autores de otros países.



FACULTAD DE DERECHO