



Corte Suprema de Justicia
Centro Internacional de Estudios Judiciales

El Interés Superior del Niño

Tomo I

Comentarios al Código
de la Niñez y la Adolescencia



DIVISION DE INVESTIGACION,
LEGISLACION Y PUBLICACIONES





CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

“EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”

TOMO I

COMENTARIOS AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA
ADOLESCENCIA

División de Investigación, Legislación y Publicaciones
Centro Internacional de Estudios Judiciales

ASUNCIÓN - PARAGUAY
2009

© CORTE SUPREMA DE JUSTICIA - DIVISIÓN DE INVESTIGACIÓN, LEGISLACIÓN Y PUBLICACIONES. “EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”-
Comentarios al Código de la Niñez y la Adolescencia.

Alonso y Testanova. Asunción – Paraguay

Primera Edición: 500 ejemplares

Nota: Las opiniones vertidas en el material son de responsabilidad exclusiva de los autores y no representan opiniones de la Corte Suprema de Justicia.

Queda hecho el depósito que marca la Ley.

328-3 COR	Corte Suprema de Justicia – División de Investigación, Legislación y Publicaciones. “EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO” – Comentarios al Código de la Niñez y la Adolescencia Asunción – Paraguay. Edición 2009. 244p.
--------------	--

ISBN 978-99953-41-03-9

COORDINACIÓN:

VÍCTOR NÚÑEZ RODRÍGUEZ, Ministro. Director

ELABORACIÓN DE LA OBRA:

SANDRA FRIEDMANN, Investigadora.

EDICIÓN

MARCOS C. VILLAMAYOR HUERTA, Técnico.

DISEÑO DE TAPA

Gentileza de la Diseñadora Myriam Roveri Friedmann.

COLABORACIÓN ESPECIAL

ROSA ELENA DI MARTINO, Investigadora.

SERGIO ARZAMENDIA

JUAN PÁEZ



CORTE SUPREMA DE JUSTICIA

ANTONIO FRETES
Presidente

CÉSAR GARAY
Vicepresidente 1º

ALICIA PUCHETA DE CORREA
Vicepresidente 2º

JOSÉ V. ALTAMIRANO
SINDULFO BLANCO
MIGUEL ÓSCAR BAJAC
VÍCTOR MANUEL NÚÑEZ RODRÍGUEZ
RAÚL TORRES KIRMSER
Ministros

ÍNDICE GENERAL

Introducción	XI
Índice de abreviaturas	XV
El Instituto de la Remisión como cauce desjudicializador en el régimen penal de la Adolescencia. Criterio de aplicabilidad. Dra. Irma Alfonso de Bogarín.....	3
1. Introducción.....	3
2. Marco Jurídico Supranacional	3
2.1. Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.....	4
2.2. Convención Internacional sobre los Derechos del Niño	4
2.3. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicias de Menores (Reglas de Beijing).....	5
2.4. Opinión consultiva de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	7
3. Incorporación de este cauce desjudicializador en el Código de la Niñez y la Adolescencia.....	7
3.1. Oportunidad de su planteamiento.....	8
3.2. Criterio para su procedencia	11
4. Legislación Comparada	13
4.1. Bolivia: Código del Niño, Niña y Adolescente.....	13
4.2. Brasil: Estatuto del Niño y del Adolescente	14
4.3. El Salvador: Ley del menor infractor	14
4.4. Perú: Código de los Niños y Adolescentes.....	15
5. Ventajas.....	15
6. Bibliografía.....	16
Aspectos registrales en la identidad del niño o adolescente y las Resoluciones Judiciales. Dr. Arnaldo Samuel Aguirre.....	21
1. Pre notando	21

ÍNDICE GENERAL

1.1. La personalidad jurídica del ser humano.....	22
1.2. Nombre u onominia.....	22
1.2.1. Autorización judicial para inscribir un nacimiento.....	24
1.2.2. Inscripción de nacimiento y reconocimiento simultáneos por ambos progenitores	25
1.2.3. Inscripción del nacimiento y posterior reconocimiento	25
1.2.4. Adopción.....	25
1.3. Relaciones de familia	26
1.3.1. Reconocimientos	27
a) Hijos Matrimoniales.....	27
b) Hijos extramatrimoniales	27
1.3.2. Impugnación de filiación	27
a) Sentencia en los casos de desconocimiento de filiación	28
b) Contestación de la filiación.....	29
c) Impugnación del reconocimiento	29
1.3.3. Nulidad del reconocimiento por vicios de la voluntad.....	30
2. Conclusión	31
El Derecho a la reclamación de la verdadera filiación vs. discriminación sexista. Abog. Raúl Arnaldo Bogarín	35
1. Normativa Constitucional y tratados internacionales de Derechos Humanos.....	35
2. Antecedentes.....	36
3. Preliminar.....	36
4. Una discriminación sexista, afecta la igualdad ante la Ley.....	39
5. Legitimación procesal	40
6. Acceso a la Justicia.....	42
7. El establecimiento de la filiación real y el principio del interés superior del niño	44

“EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”
COMENTARIOS AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

7.1. Derecho privado interno.....	44
7.2. El principio del Interés Superior del Niño	45
El Rol del Defensor del Niño y del Adolescente interpretado a la luz de los principios sustentados por la Doctrina de la Protección Integral. Abog. María Teresa Garcete.....	51
1. Introducción.....	51
2. Antecedentes Históricos de la Defensoría Especializada	55
3. Antecedentes de la Defensoría Especializada en la Convención Internacional por los Derechos del Niño	57
4. Situación del Defensor del Niño y del Adolescente dentro del proceso. Defensoría Especializada y los Auxiliares Especializados	60
Opinión del Dr. Silvio Rodríguez.....	61
Opinión del Dr. Arnaldo Samuel Aguirre.....	62
Opinión de la Dra. Alicia Pucheta de Correa.....	63
5. Problemas Sociales. Intervención del Defensor de la Niñez y la Adolescencia	64
5.1. La mendicidad de niños	65
5.1.1. La intervención social	65
5.1.2. Intervención jurisdiccional: Defensor del Niño y del Adolescente.....	67
5.2. Consumo de alcohol en Niños y Adolescentes	68
6. De las Consejerías Municipales por los Derechos del Niño, Niña y Adolescente	70
7. Postura de la Defensoría General con relación a los problemas sociales que afectan a la niñez.....	72
8. Intervención de la Defensoría Especializada en los juicios substanciados en la jurisdicción especializada.....	73
8.1. Intervención Jurisdiccional.....	73
8.2. Intervención esencial y legítima.....	75
Principio del Interés Superior del Niño	81
Principio de la efectividad de sus Derechos	81

ÍNDICE GENERAL

9. Funciones y Atribuciones del Defensor del Niño y del Adolescente	82
9.1. Comentario del artículo 163 inc. A.....	83
Consideraciones Finales	86
Bibliografía	87
Atribuciones de los/as Jueces/zas de Paz en el Marco de la Ley No 1.680/2001 “Código de la Niñez y la Adolescencia”. Dra. Silvia López Safi.....	91
Proemio	91
1. Del ejercicio de la Patria Potestad	92
2. De la autorización para viajar al exterior.....	95
2.1. Marco Regulador	95
2.2. Competencia.....	97
3. Del maltrato	100
3.1. Del procedimiento para la atención del maltrato – Marco Regulador	101
3.2. Competencia.....	103
3.3. Reflexiones en el Marco de la Ley No 1.600/2000 “Contra la Violencia Doméstica	104
3.4. Cuadro comparativo – Código de la Niñez y la Adolescencia y Ley No 1.600/2000 contra la Violencia Doméstica	107
Epílogo	107
Normativa Consultada	108
El Proceso de Adopción . Abog. Susana López	111
Los sujetos	111
El consentimiento.....	113
Análisis del Procedimiento	114
1. Pérdida de la Patria Potestad y declaración de estado de Adopción.....	114
Mantenimiento del vínculo	115

“EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”
COMENTARIOS AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

Dónde permanecen los niños abandonados mientras transcurre el proceso general de la adopción, que podría durar hasta 12 meses, a veces más?	117
2. El Procedimiento de Adopción (art. 40, Ley No 1136/07)	118
Guarda pre-adoptiva.....	119
Porqué es beneficiosa la guarda pre-adoptiva?	120
Registro de Postulantes a la Adopción	122
Es condición que los padres postulantes se encuentren inscriptos en el Centro de Adopciones para poder solicitar la adopción de un niño?.....	122
Evaluación de la guarda provisoria.....	123
El derecho de conocer su origen	124
Reflexión Final	125
Pericia Psicológica Forense en niños/as que sufren maltrato.	
Lic. Marta Núñez.....	129
Consideraciones Generales.....	129
Evaluación Psicológica	130
Perfil del Psicólogo y Compromiso Profesional	130
La evaluación Psicológica.....	131
Entrevista inicial Psicológica	131
Estrés postraumático	132
Entrevista de Investigación	133
Variables intervinientes.....	133
Utilización de elementos de ayuda en la entrevista	134
En cuanto a las conclusiones	135
Características psicológicas de los niños maltratados de acuerdo a los resultados de los estudios psicológicos.....	136
Características psicológicas de los niños/as con abuso sexual de acuerdo a los resultados de los estudios psicológicos	136

ÍNDICE GENERAL

Características psicológicas del agresor de acuerdo a los resultados de los estudios psicológicos.	137
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Oficina de Atención al Maltrato Infantil. Psicología de la Niñez y la Adolescencia. Evaluaciones Psicológicas desde Agosto de 2003 hasta agosto de 2005.....	138
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA. Programa de Inserción Familiar (PINFA) Equipo especializado en Maltrato Infantil Área Psicología Evaluaciones Psicológicas desde el 1º de Enero hasta el 15 de Noviembre del año 2006.	139
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Programa de Inserción Familiar (PINFA) Equipo especializado en Maltrato Infantil Área Psicología Evaluaciones Psicológicas desde el 1º de Febrero hasta el 15 de Noviembre del año 2007.	140
CORTE SUPREMA DE JUSTICIA Programa de Inserción Familiar (PINFA) Equipo especializado en Maltrato Infantil Área Psicología. Evaluaciones Psicológicas desde el 1º de Febrero hasta el 12 de Noviembre del año 2008.	141
Proyección de la Convención sobre los Derechos del Niño en los Ámbitos Social y Jurisdiccional. Dr. Silvio Rodríguez.....	147
Introducción	147
Título I: Situación Irregular – Protección Integral. Concepto Menor – Concepto Niño.....	147
Título II: Situación Irregular – Protección Integral. Concepto Menor – Concepto Niño.....	149
Título III: Situación Irregular – Protección Integral. La Problemática de los niños de la calle	152
Título IV: Situación Irregular – Protección Integral. La Problemática de los niños de la calle	153
Título V: Proyección de la Convención en Términos de Justicia Social	156
Título VI: Proyección de la Convención con relación al Niño como Sujeto de Derechos	157
Título VII: Niños en conflicto con la Ley. Normas Procesales relativas a los adolescentes en conflicto con la Ley.....	162
Título VIII: Responsabilidad Penal del Adolescente.....	164

“EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”
COMENTARIOS AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

Título IX: Libro V del Código de la Niñez y la Adolescencia.....	166
Reglas de Aplicación	166
Medidas Socioeducativas	166
Duración de las Medidas	169
Medidas Correccionales	171
Amonestación.....	172
De la imposición de obligaciones	173
Medidas Privativas de Libertad	175
Reglas de Aplicación y Duración de las Medidas Privativas de Libertad	176
Epílogo	177
Los Derechos del Niño/a en la administración de Justicia. Principales estándares legales internacionales. Dra. Soledad Villagra de Biedermann.....	181
1. Introducción.....	181
1.1. La estructura básica de los órganos convencionales de los sistemas internacionales de Derechos Humanos y el Comité de Derechos del Niño como mecanismo convencional de la ONU	182
1.2. La Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales sobre derechos del niño/a.....	184
2. Definición de niño/a.....	185
3. Principios Básicos sobre los derechos del niño en la Administración de Justicia	186
3.1. El principio de no discriminación.....	187
3.2. El interés superior del niño	187
3.3. El derecho al niño a la vida, la supervivencia y el desarrollo.....	187
3.4. El derecho del niño a ser escuchado	189
4. Los objetivos de la justicia de la niñez y la adolescencia.....	190
5. El derecho a estar libre de torturas y otros tratos o penas cruels, inhumanos o degradantes.....	191

ÍNDICE GENERAL

6. El interés superior del niño en el procedimiento penal.....	192
7. El niño/a acusado y la administración de justicia	193
8. El niño/a y la privación de libertad	195
8.1. La privación de libertad del niño: una medida de último recurso	196
8.2. La Privación de libertad del niño: una medida de último recurso	197
8.2.1 El derecho a un trato humano al niño.....	197
8.2.2. El derecho de los niños a estar separados de los adultos.....	197
8.2.3. El derecho del niño/a de mantener contacto con sus familiares	198
8.2.4. El derecho del niño/a a un pronto acceso a la asistencia jurídica	198
8.2.5. El niño/a y las condiciones generales de detención	199
8.2.6. Los derechos del niño y las medidas disciplinarias	201
9. Los derechos del niño/a y las sanciones penales.....	203
10. El niño acusado y la remisión	204
10.1. El significado del término remisión.....	204
10.2. La remisión y las autoridades responsables.....	205
10.3. La remisión y el consentimiento del niño/a	206
11. El niño como víctima o testigo en procedimientos judiciales.....	206
12. El niño y sus padres: cuándo la separación puede estar justificada	210
12.1. El interés superior del niño.....	210
12.2. Las razones que justifican la separación.....	210
12.3. Las salvaguardas legales	211
12.4. El derecho del niño/a a permanecer en contacto con sus padres.....	213

“EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”
COMENTARIOS AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

13. Los derechos del niño/a y los procedimientos de adopción	213
14. Comentarios finales	216
DATOS DE LOS AUTORES	219

ÍNDICE GENERAL

INTRODUCCIÓN

La aprobación, en 1989, de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) es la culminación de un proceso de reconocimiento y protección de los derechos de los niños que se ha desarrollado durante el siglo XX. constituyendo una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia.

El Código de la Niñez y la Adolescencia de nuestro país (Ley 1680/2000), es la concreción de los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de los derechos contenidos en la Convención., la normativa contenida en nuestro Código actual, vino a reemplazar al Código del menor y se funda en que los derechos del niño derivan de su condición de persona; en consecuencia, se establece que los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios –no sustitutivos- de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas, los niños y adolescentes gozan de una protección complementaria- de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general.

Es en ese marco se propone analizar la noción del "interés superior del niño", frase profusamente utilizada por diversas legislaciones actualmente, y adquiere un nuevo significado al ser incorporada en el artículo tercero de la Convención., elevando el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas.

Existe una tendencia general a pensar que el interés superior del niño es una pauta vaga, indefinida y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituye una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un sutil interés superior de tipo extra-jurídico, razón por la cual diversos autores han puesto de realce que el carácter indeterminado de esta noción impide una

INTRODUCCIÓN

interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica

En esta obra, los autores, seleccionados expresamente por sus atributos personales, por la devoción con la que ejercen sus profesiones tanto en el sector público como privado; en el seno de la Corte Suprema de Justicia y fuera de ella, han vertido opiniones multidisciplinarias de inmenso valor y criterio, las cuales agradecemos infinitamente; a través de ellas han desarrollado una interpretación que supera estas objeciones, favoreciendo una concepción jurídica precisa del interés superior del niño, que reduce razonablemente la indeterminación y es congruente con la finalidad de otorgar la más amplia tutela efectiva a los derechos del niño, en un marco de seguridad jurídica, son interpretaciones que tienden a legitimar decisiones que vulneran los derechos que la propia Convención reconoce, recalcando que el objetivo principal del presente trabajo es promover la conciliación entre interés superior del niño y la protección efectiva y garantista de sus derechos, partiendo de la premisa que la Convención no es meramente una reafirmación de los derechos del niño como persona humana, sino una especificación de estos derechos para las particulares circunstancias de vida de la infancia/adolescencia; si no también, es fuente de derechos propios y de un conjunto de principios que regulan la protección conjunta de los derechos de niños y adultos, y sus derechos y deberes recíprocos, los cuales no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado

Consecuentemente, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, que creer que el mismo, debe meramente "inspirar" las decisiones de las autoridades; no, lo que dicho principio dispone es justamente una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las decisiones jurídicas a tomar, un "principio" que obliga a entes públicos incluso privados, a estimar el "interés superior del niño" como una consideración básica para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los vulneren.

“EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”
COMENTARIOS AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

En una apreciación netamente jurídica podríamos decir que el interés superior del niño es un principio jurídico que pretende iluminar la conciencia del juez u otra autoridad para que tome la decisión correcta, que sirva para evaluar la legislación o las prácticas que no se encuentren expresamente regidas por la ley, permitiendo llenar algunos vacíos o lagunas legales, tanto para la promulgación de nuevas leyes como para tomar decisiones en casos en que no exista norma expresa, permitiendo una intervención activadora y no sustitutiva de los deseos del menor, en los procesos judiciales, promoviendo en el niño/a la responsabilidad y desarrollo en el ejercicio de sus derechos, fomentando su reflexión y participación en los asuntos que lo afecten,. alentando en definitiva el desarrollo de su autonomía responsable y optimizando los resultados de la intervención.

INTRODUCCIÓN

ÍNDICE DE ABREVIATURAS

Art.	Artículo
art.	Artículo
A.I.	Auto Interlocutorio
Ac. y Sent.	Acuerdo y Sentencia
C.P.P.	Código Procesal Penal
C.C.	Código Civil
C.P.C.	Código Procesal Civil
C.N.	Constitución Nacional
C.N. y A.	Código de la Niñez y la Adolescencia
C.N.A.	Código de la Niñez y la Adolescencia
C.M.	Código del Menor
CODENIS	Consejerías Municipales de la Niñez y la Adolescencia
inc.	inciso
ONGs	Organizaciones no gubernamentales
R.	Reglas
UNICEF	Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

“EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”
COMENTARIOS AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

**EL INSTITUTO DE LA REMISIÓN
COMO CAUCE DESJUDICIALIZADOR
EN EL RÉGIMEN PENAL DE LA
ADOLESCENCIA.
CRITERIO DE APLICABILIDAD**

Por Irma Alfonso de Bogarín

**EL INSTITUTO DE LA REMISIÓN COMO CAUCE
DESJUDICIALIZADOR EN EL RÉGIMEN PENAL DE LA
ADOLESCENCIA. CRITERIO DE APLICABILIDAD**

Por Irma Alfonso de Bogarín

“Los niños y adolescentes son capaces de crecer, cambiar y mejorar” (Principio de humanidad)

1. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo tiene como propósito el estudio del instituto de la Remisión, incorporado al Código de la Niñez y de la Adolescencia, como mecanismo procesal para la desjudicialización en el tratamiento jurídico del adolescente incurso en una conducta delictiva.

Su implementación resulta novedosa para nuestro sistema, que se apoya sobre una arquitectura centrado en el principio de la desjudicialización que surge de la Convención sobre los Derechos del Niño, por ello la intención es también establecer criterios de aplicabilidad regulados en los artículos 234 y 242 de la Ley 1680/01 “Código de la Niñez y la Adolescencia”, frente a un caso concreto vinculado al juzgamiento de un hecho punible calificado como **crimen** en atención al marco penal establecido de conformidad a la calificación jurídica atribuible al mismo.

No se pretende en esta labor realizar un análisis acabado del instituto, sólo una propuesta que estimule otras discusiones constructivas orientadas a la efectiva implementación, sin descuidarse las garantías de los Derechos del adolescente.

2. MARCO JURÍDICO SUPRANACIONAL

Desde finales del siglo XVIII y sobre todo durante el siglo XIX se ha sentido la necesidad de otorgar un tratamiento diferenciado y en reducir la intervención penal en el ámbito de los menores.

La mayoría de los doctrinarios coinciden en señalar que a nivel internacional, el primer instrumento que ha demostrado preocupación respecto de los menores es la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño, en 1924.

2.1. PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS

El otro instrumento en cuyas cláusulas se establecieron normas relativas a la justicia de menores es el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, aprobado por nuestro país por Ley N° 05 de 1992.

Este instrumento prohíbe condenar a muerte a los menores de 18 años (Art. 6),...ordena que los menores procesados estén separados de los adultos y sean llevados con la mayor celeridad posible ante los tribunales de justicia (Art. 10),...y exige a los Estados Partes que al enjuiciar a los menores tengan en cuenta su edad y la importancia de estimular su rehabilitación social (Art. 14)

2.2. CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

Más tarde, luego de una década de trabajos preparatorios, la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas aprobó, por unanimidad el 20 de marzo de 1989 la Convención sobre los Derechos del Niño que con otros instrumentos¹ podría denominarse el marco jurídico de la justicia de menores propuesto por las Naciones Unidas con el objetivo de asegurar la protección integral de los Derechos del Niño.

La Convención considera que la infancia tiene derecho al cuidado y asistencia especiales, por ello dentro las orientaciones y garantías reconoce a *“...todo Niño que sea considerado, acusado o declarado culpable de infringir las leyes penales a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del Niño por los Derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del Niño y la importancia de promover la reintegración del Niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.”* (Art. 40)

¹. Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicias de Menores (Reglas de Beijing).

. Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad).

. Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad. 14 – XII – 90.

. Convención Internacional de Derechos civiles y políticos (Ley 5/92).

. Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) Ley 1/89.

. Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la elaboración de las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) 14 – diciembre-1990.

De manera congruente con estos fines sobresalen la búsqueda de la desjudicialización al disponer: “...*Siempre que sea apropiado y deseable la adopción de medidas para tratar a esos Niños **sin recurrir a procedimientos judiciales, respetando plenamente los Derechos humanos y las garantías legales***”. (Art. 40)

Como puede observarse, la Convención alienta a los Estados Partes a adoptar soluciones sin recurrir a procedimientos judiciales frente a hechos punibles cometidos por menores de edad. Dichas soluciones, añade el texto, deberán ser respetuosas no sólo con los Derechos humanos, sino también con las garantías legales y, acorde con los intereses concretos del menor.

2.3 REGLAS MÍNIMAS DE LAS NACIONES UNIDAS PARA LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIAS DE MENORES (REGLAS DE BEIJING)

La desjudicialización, que es la expresión del principio de intervención mínima, se encuentra prevista igualmente entre las orientaciones fundamentales de las Reglas de Beijing al establecer:

“El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito” (R.5)

“Remisión de casos. Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14 infra, para que los juzguen oficialmente” (R. 11)

“La policía, el Ministerio fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas”. (R. 11)

“Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o su tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así se solicite”. (R. 11)

“Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de

supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas”. (R. 11)

En los comentarios de estas Reglas se señala que este mecanismo procesal “entraña la supresión del procedimiento ante la justicia penal y, con frecuencia, la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad, se practica habitualmente en muchos sistemas jurídicos con carácter oficial y oficioso. Esta práctica sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de la justicia de menores (por ejemplo, el estigma de la condena o la sentencia). En muchos casos la no intervención sería la mejor respuesta. Por ello la remisión desde el comienzo y sin envío a servicios sustitutorios (sociales) puede constituir la respuesta óptima. Así sucede especialmente cuando el delito no tiene un carácter grave y cuando la familia, la escuela y otras instituciones de control social oficioso han reaccionado ya de forma adecuada y constructiva o es probable que reaccionen de ese modo...”

También señala la necesidad de reducir la intervención a la Policía, al Ministerio Público y otros órganos que se ocupan de los casos de delincuencia de menores de edad y dar mayor protagonismo a otros grupos de la vida social en la solución del problema con arreglo a los criterios establecidos en los respectivos sistemas jurídicos y en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas (R.11).

Se aconseja, además, prever “... opciones sustitutorias viables del procesamiento ante la justicia de menores en la forma de una remisión basada en la comunidad. Se recomiendan especialmente los programas que entrañan la avenencia mediante la indemnización de la víctima y los que procuran evitar futuras transgresiones de la ley gracias a la supervisión y orientación temporales. Los antecedentes de fondo de los casos particulares determinarán el carácter adecuado de la remisión, aun cuando se hayan cometido delitos más graves (por ejemplo, el primer delito, el hecho que se haya cometido bajo la presión de los compañeros del menor, etc.)”

Otra regla que sugiere eludir la judicialización o el uso del proceso penal en la medida de lo deseable y de lo posible dice: “... la autoridad competente podrá suspender el proceso en cualquier momento” (R 17).

Por último a los fines, principios y especificidades que surgen de las disposiciones mencionadas, revisten particular importancia, en este régimen, el principio rector: **interés superior del Niño** que constituye una limitación adicional al poder punitivo del Estado.

2.4 OPINIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Por su parte, en la opinión consultiva de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos - O.C. 17/2002 del 28 de agosto del 2002, se hizo mención expresa a la necesidad de reducir al máximo la utilización del sistema de justicia para resolver los conflictos cuando están en juego los intereses del menor al indicar: *“Las normas internacionales procuran excluir o reducir la **judicialización** de los problemas sociales que afectan a los Niños, que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter, al amparo del artículo 19 de la Convención Americana, pero sin alterar o disminuir los Derechos de las personas. En este sentido, son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los Derechos de las personas .Por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad”*.

3. INCORPORACIÓN DE ESTE CAUCE DESJUDICIALIZADOR EN EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

Siguiendo las directrices y recomendaciones de los instrumentos jurídicos internacionales mencionados, muy especialmente las contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño, por su carácter vinculado al ser ratificado por Ley 57/90, el nuevo enfoque de las infracciones a la ley penal cometido por Adolescentes, regulados en el libro V del Código de la Niñez y la Adolescencia, se aleja de la tradicional forma de intervención y predomina una postura de reducir la injerencia judicial, unido e inteligentemente relacionado con una política de protección, apoyo y educación que permitan movilizar todos los recursos disponibles con inclusión de la familia, los voluntarios, ONGs para la superación de las dificultades personales, familiares y sociales del adolescente en la búsqueda de cumplir una función constructiva en la sociedad.

La formula es mínima intervención penal y máxima oferta de ayuda y protección².

² Reglas de Beijing: *“Con el objeto de promover el bienestar del menor, a fin de reducir la necesidad de intervenir con arreglo a la ley, y de someter a tratamiento efectivo, humano y equitativo al menor que tenga problemas con la ley, se concederá la debida importancia a la adopción de medidas concretas que permitan movilizar plenamente todos los recursos*

Merece valoración positiva los diversos mecanismos³ o posibilidades de desjudicialización ideados por el legislador para satisfacer suficientemente las finalidades de prevención especial y general. Entre ellos el instituto de la **Remisión**.

3.1 OPORTUNIDAD DE SU PLANTEAMIENTO

La oportunidad de su planteamiento se halla reglado en los artículos 234 y 242 del Código de la Niñez y la Adolescencia.

La primera norma de la Remisión prescribe: *“En la etapa preparatoria, y con consentimiento del Tribunal, el Fiscal podrá prescindir de la persecución penal, cuando se den los presupuestos señalados en el artículo 19 del Código Procesal Penal o cuando hayan sido ordenadas y ejecutadas las medidas educativas pertinentes.*

En las condiciones señaladas en el párrafo anterior, el Juzgado Penal de la Adolescencia podrá prescindir de la persecución penal en cualquier etapa del procedimiento”

El artículo 242 dispone: *“En todas las etapas procesales, el Juzgado Penal de la Adolescencia podrá examinar la posibilidad de no continuar el proceso, cuando el hecho punible estuviese sancionado en la legislación penal con pena privativa de libertad que no supere los dos años, basándose en el grado de responsabilidad, en el daño causado y en la reparación del mismo.*

En este caso, citará a las partes a una audiencia común y previo acuerdo con ellas, resolverá remitiendo al adolescente a programas comunitarios con el apoyo de su familia y bajo el control de la institución que los realice. Si no existiere acuerdo entre las partes, se continuará el proceso”.

Corresponde determinar el alcance que cabe otorgar a ambos artículos. A ese efecto, es pertinente recordar que la primera regla de interpretación de las leyes es dar pleno efecto a la intención del legislador, y la primera fuente para determinar esa voluntad, es la letra de la ley.

De los términos del artículo 234, primer párrafo, pueden extraerse entre otras indicaciones, las siguientes:

disponibles, con inclusión de la familia, los voluntarios y otros grupos de carácter comunitario, así como las escuelas y otras instituciones de la comunidad” (R.1.3)

³ Es pertinente señalar que entre estos mecanismos, el Código dispone la terminación anticipada del proceso sin regular por sí mismo los criterios de su aplicación, los remite a las formas establecidas en el C.P.P. (Art. 241 - Código de la Niñez y la Adolescencia)

1. Desde cuando y hasta que momento, este mecanismo procesal puede ser utilizado por el Fiscal.
2. En qué momento el Juez Penal de la Adolescencia, puede aplicar.
3. Los hechos punibles que pueden servir de presupuestos.

Recordemos que todo proceso penal está estructurado sobre fases que cumplen fines específicos.

Una fase de investigación, denominada **etapa preparatoria**, que tiene como cometido principal la preparación de la acusación y el juicio. La segunda fase llamada **etapa intermedia**, en donde se analiza el resultado de la investigación y la tercera fase, es el **juicio oral propiamente dicho**.

A estas etapas podemos agregar otra, la de **ejecución de la sentencia firme**.

Entendemos, que el titular de la acción penal tiene la posibilidad de prescindir de la persecución penal, a través del instituto de la Remisión, en la etapa preparatoria. Vale decir, existe una limitación de orden temporal para el Fiscal.

De manera que en la etapa de investigación, que se **inicia** con la notificación del Acta de imputación y **concluye** con la presentación del requerimiento conclusivo (acusación u otro requerimiento) en la fecha señalada por el Juez, la norma le otorga la posibilidad de renunciar al ejercicio de acción penal atendiendo a las concretas circunstancias fácticas y filosóficas que inspira este régimen.

Aquí surge una pregunta ¿Puede el Juez apartarse de la solicitud del Fiscal y decidir que continúe el proceso?

Dada la expresión que utiliza el legislador: “...*el Fiscal podrá prescindir de la persecución penal...*”, está demostrando que le otorga posibilidades de optar en su actuación procesal, en otros términos al carecer de valor imperativo, entendemos que ante la discrepancia entre ambos operadores deberá resolverse consultando al Fiscal General, con fundamento en que el ejercicio de la acción y pretensión penal corresponde al Ministerio Público.

En este caso, la opinión del órgano superior que ejerce el ius puniendi es relevante.

Como con la Remisión se detiene el ejercicio de la acción penal a favor del imputado, se requiere de decisión judicial que la consienta o

apruebe. Es decir el consentimiento es una condición necesaria para su procedencia.

Del plexo normativo que estamos analizando surge un claro y marcado interés, por parte del legislador, de otorgar a este mecanismo procesal una proyección amplia y flexible al facultar al Juez utilizar en cualquier etapa del procedimiento. Así surge del último párrafo del artículo 234 que se reitera en el artículo 242 al disponer “*en todas las etapas procesales el juzgado penal de la Adolescencia podrá examinar la posibilidad de no continuar el proceso, ...*” Ello implica que se puede acceder a esta vía, en la etapa preparatoria, si el juzgado decide evitar el ejercicio de la acción penal a favor del imputado y someterlo a medidas con impacto educativo y socializador. A ese efecto y con el fin de captar la complejidad del mundo de un ser en formación es necesario contar con los informes del equipo técnico asesor.

También podrá valerse de este mecanismo procesal en el juicio oral y en la ejecución de sentencia definitiva, dando aplicación a lo estipulado en la Convención sobre los Derechos del Niño “*...siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos Niños sin recurrir a procedimientos judiciales...*” (Art. 40)

En idéntico sentido, y con una formulación si cabe más explícita las Reglas de Beijing recomienda “*la autoridad competente podrá suspender el proceso en cualquier momento*” (R. 17).

El artículo 228 del Código de los niños y adolescentes de Perú, es una disposición legal muy similar a nuestras normas analizadas, pues determina: “*Concesión de la Remisión por el Fiscal, el Juez y la Sala. Antes de iniciarse el procedimiento judicial, el Fiscal podrá conceder la Remisión como forma de exclusión del proceso. Iniciado el procedimiento y en cualquier etapa, el Juez o la Sala podrán conceder la Remisión, importando en este caso la extinción del proceso*”.

Similar el artículo 242 del Código de la Niñez y la Adolescencia es el artículo 37 de la Ley del menor infractor de El Salvador: “*El Juez podrá examinar la posibilidad de no continuar el proceso, cuando el delito estuviese sancionado en la legislación penal con pena de prisión cuyo mínimo sea inferior a tres años, con base en el grado de responsabilidad, en el daño causado y en la reparación del mismo.*”

Si el Juez considera que no procede la continuación del proceso, citará a las partes a una audiencia común y previo acuerdo con ellas, resolverá remitir al menor a programas comunitarios con el apoyo de su familia y bajo el control de la institución que los realice, sino existiere acuerdo entre las partes, se continuará el proceso”

Estas disposiciones legales refuerzan nuestra tesis de que el órgano jurisdiccional puede utilizar la remisión no sólo en la etapa preparatoria sino también en el juicio oral y en la ejecución de sentencia.

3.2 CRITERIO PARA SU PROCEDENCIA

Es pertinente señalar que el artículo 234 constituye una norma reguladora del Instituto de la remisión, además de regla de remisión a la disposición legal aplicable para la determinación de los presupuestos procesales generales (de la norma remitida) que deben corresponderse con los especiales (de la norma de remisión).

En ese sentido es dable apuntar que la regla de remisión establece la necesidad de que se den los presupuestos establecidos en la norma remitida, y ésta⁴ determina las condiciones de aplicación del beneficio limitadas a los supuestos previstos en tres incisos, el primero incluye a los delitos denominados **bagatelarios** o de poca importancia o reproche, el segundo incluye a los que tengan las características que marca el artículo 64 del Código Penal⁵, que a su vez se limita a los casos en que la pena en expectativa no sea superior a un año. En el tercero se describen una serie de situaciones vinculadas igualmente a hechos punibles que carezcan de importancia en atención a *una sanción ya*

4 Artículo 19 del Código Procesal Penal: *Oportunidad: El Ministerio Público, con consentimiento del tribunal competente, podrá prescindir de la persecución penal de los delitos:*

1) *cuando el procedimiento tenga por objeto un delito, que por su insignificancia o por el grado de reproche reducido del autor o partícipe, no genere el interés público en la persecución.*

2) *cuando el código penal o las leyes permiten al Tribunal prescindir de la pena.*

3) *cuando la pena que se espera por el hecho punible carece de importancia en consideración a:*

a) *una sanción ya impuesta;*

b) *la que se espera por los demás hechos punibles que constituyan el objeto de procedimientos pendientes;*

o c) *la que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero.*

4) *cuando se haya decretado, en resolución firme, la extradición o expulsión del imputado por delito cometido en nuestro país.*

En los supuestos previstos en los incisos 1) al 2) será necesario que el imputado haya reparado el daño ocasionado, haya firmado un acuerdo con la víctima en ese sentido o demostrado su voluntad de reparación.

La solicitud de prescindencia de la persecución penal se podrá presentar hasta el momento de la audiencia preliminar.

⁵ Artículo 64: *Prescindencia de la pena: Cuando el autor hubiera sufrido, por su propio hecho, consecuencias de tal gravedad que ostensiblemente no se justificara agregar una pena, el Tribunal prescindirá de ella. Esto no se aplicará cuando proceda una pena privativa de libertad mayor de un año.*

impuesta; (la sanción que se espera por los demás hechos punibles que constituyan el objeto de procedimientos pendientes; o a la (sanción que se le impondría en un procedimiento tramitado en el extranjero), y finalmente, el cuarto cuando el imputado se encuentre ante una resolución de extradición.

Constituye un elemento limitativo de aplicación del beneficio contenido en el mentado artículo 234, que la norma remitida a los efectos de la determinación de los presupuestos reclamados (como ratificación anticipada de las condiciones particulares establecidas en los incisos que lo integran y que han sido abordados en el párrafo anterior), hace referencia expresa a la habilitación para proceder única y exclusivamente en casos de *persecución penal de los delitos*, lo que excluiría a los crímenes de la posibilidad de tratamiento mediante la figura procesal del **criterio de oportunidad**, que a su vez marca las pautas presupuestarias del otorgamiento del beneficio de la Remisión de la persecución penal.

La otra disposición en análisis, artículo 242, es criticable porque genera problemas interpretativos establece las causas en donde procede la Remisión de la persecución penal, aunque ya se determina con mayor rigor el ámbito de aplicación del beneficio a los hechos punibles para los cuales el marco penal establecido sea de hasta dos años. En otros términos, esta salida alternativa del proceso penal establecida en beneficio del procesado, hace más estrecho aún el margen de su aplicación en atención a la gravedad de la sanción que la norma reserva al infractor.

Finalmente, es posible afirmar, sin temor a equívocos, que el beneficio de la Remisión autorizado por el artículo 234, sólo puede otorgarse a los menores procesados por delitos con las características que marca el artículo 19 del C.P.P., y el consagrado por el artículo 242, sólo puede concederse en los casos de hechos punibles cuyo marco penal no exceda de dos años.

Consecuentemente el beneficio implementado en las dos normas analizadas son concebidos para conductas que generan la comisión de hecho punible de menor lesividad y no son susceptibles de aplicación y otorgamiento a quienes se encuentran procesados por hechos punibles definidos por el Código Penal como crímenes, que son aquellos cuyo marco penal del tipo base, excede los cinco años.

A nuestro criterio también es indispensable oír al adolescente para manifestar libremente su voluntad de ser sometido a esta salida, pues el Código de la Niñez y la Adolescencia en concordancia con la

Convención sobre los Derechos del Niño es claro al señalar el derecho que tiene de expresar su opinión en todos los asuntos que le afectan.

Las Reglas de Beijing ponen de relieve el requisito primordial de asegurar el consentimiento del menor (R 11).

4. LEGISLACION COMPARADA

Es importante anotar que en el ámbito de la legislación comparada algunos países latinoamericanos, bajo la influencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, han incorporado esta valiosa herramienta procesal para reducir la intervención estatal en los conflictos penales o para atenuar la persecución penal.

Uno de los fines que le da sustento es evitar las consecuencias negativas que la intervención penal produce en el adolescente, como por ejemplo sus efectos estigmatizantes.

A continuación se transcriben:

4.1 BOLIVIA: CÓDIGO DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE

Artículo 253: “(Concepto). Se entiende por remisión a la medida por la cual se excluye al adolescente infractor, del proceso judicial con el fin de evitar los efectos negativos que el proceso pudiera ocasionar a su desarrollo integral”.

Artículo 254: “(Concertación). Antes de iniciar el juicio el representante del Ministerio Público con el adolescente podrá concertar la remisión cuando:

1. Sea el primer delito del adolescente;
2. Se trate de infracciones tipificadas como delitos con pena privativa de libertad no mayor a cinco años; o,
3. El delito carezca de relevancia social.

Iniciado el juicio, la concertación de la remisión corresponde al Juez de la Niñez y Adolescencia e importará la suspensión o extinción del mismo”.

Artículo 255: “(Alcances de la medida) La concertación de la remisión **no implica necesariamente el reconocimiento o comprobación de la responsabilidad del hecho ni prevalece para efectos de antecedentes penales**, pudiendo incluir eventualmente la aplicación de cualesquiera de las medidas previstas por esta Ley,

excepto las que implican restricción o privación de libertad”.

Artículo 256: “Revisión”. La medida aplicada como emergencia de la remisión podrá ser revisada judicialmente en cualquier estado de la causa, de oficio, a solicitud expresa del adolescente, de su representante legal o del Ministerio Público”

4.2 BRASIL: ESTATUTO DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE

Artículo 126 Remisión: “Antes de iniciarse el procedimiento judicial para apuración de acto infractor, el representante del Ministerio Público podrá conceder la remisión, como forma de exclusión del proceso, atendiendo a las circunstancias y consecuencias del hecho, al contexto social, así como a la personalidad del adolescente y su mayor o menor participación en el acto infractor”

Párrafo único: Iniciado el procedimiento, la concesión de la remisión por la autoridad judicial importará en la suspensión o extinción del proceso.

Artículo 127: “La **remisión no implica necesariamente el reconocimiento o comprobación de la responsabilidad**, ni prevalece para efecto de antecedentes, pudiendo incluir eventualmente la aplicación de cualquiera de las medidas previstas en la ley, excepto la colocación en régimen de semilibertad y la internación”

Artículo 128: “La medida aplicada por fuerza de la remisión podrá ser revista judicialmente, a cualquier tiempo, mediante pedido expreso del adolescente o de su representante legal, o del Ministerio Público”.

4.3 EL SALVADOR: LEY DEL MENOR INFRACTOR

Artículo 37: “El Juez podrá examinar la posibilidad de no continuar el proceso, cuando el delito estuviese sancionado en la legislación penal con pena de prisión cuyo mínimo sea inferior a tres años, con base en el grado de responsabilidad, en el daño causado y en la reparación del mismo.

Si el Juez considera que no procede la continuación del proceso, citará a las partes a una audiencia común y previo acuerdo con ellas, resolverá remitir al menor a programas comunitarios con el apoyo de su familia y bajo el control de la institución que los realice, sino existiere acuerdo entre las partes, se continuará el proceso (similar al artículo 242 de nuestro Código de la Niñez y la Adolescencia – Ley

1680/01).

4.4 PERÚ: CÓDIGO DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

Artículo 223: Remisión del proceso. Concepto. La remisión consiste en la separación del adolescente infractor del proceso judicial, con el objeto de eliminar los efectos negativos de dicho proceso.

Artículo 224: Aceptación. La aceptación de la remisión no implica el reconocimiento de la infracción que se le atribuye ni genera antecedentes.

Artículo 225: Requisitos. Al concederse la remisión deberá tenerse presente que la infracción no revista gravedad, así como los antecedentes del adolescente y su medio familiar.

Artículo 226: Orientación del adolescente que obtiene la remisión. Al adolescente que es separado del proceso por la remisión se le aplicará la medida socio-educativa que corresponda, con excepción de la internación.

Artículo 227: Consentimiento. Las actividades que realice el adolescente como consecuencia de la remisión del proceso deberán contar con su consentimiento, el de sus padres o responsables y deberán estar de acuerdo con su edad, su desarrollo y sus potencialidades.

Artículo 228: Concesión de la remisión por el Fiscal, el Juez y la Sala. Antes de iniciarse el procedimiento judicial, el Fiscal podrá conceder la remisión como forma de exclusión del proceso. Iniciado el procedimiento y en cualquier etapa, el Juez o la Sala podrán conceder la remisión, importando en este caso la extinción del proceso.

5. VENTAJAS

1. Evita los efectos estigmatizadores del procedimiento en las personas en formación.

2. Su aplicación no requiere de aceptación de culpabilidad ni de su declaración por parte del Juez.

3. Permite la participación de las ONGs y la comunidad en los programas de apoyo, educación y protección del adolescente facilitando su reinserción social.

4. En opinión de Tiffer, que nosotros compartimos, la desjudicialización favorece a todos. Al adolescente por cuanto por este

medio se eliminan las posibilidades de estigmatización e institucionalización que significa siempre someterse a un proceso penal. A la comunidad, ya que por este medio se promueve la participación de los sectores sociales que pueden convertir realmente en efectiva la idea de la resocialización y de la reeducación de los Adolescentes y hacerla efectiva a los fines de la prevención especial. También favorece a la víctima, ya que de una manera más real se puede lograr una forma de reparación de los daños o recuperación de los Derechos del ofendido por el delito, es una posibilidad de enfrentar al autor y la víctima que puede tener un gran potencial educativo para el adolescente.

Por último también la desjudicialización favorece la reducción de los costos de la administración de la justicia que siempre serán insuficientes y deficientes para la prestación de un servicio público de calidad, porque generalmente los sistemas de administración de justicia, tienden por razón de los casos a reducir y hasta eliminar los Derechos y las garantías procesales de los jóvenes y Adolescentes⁶.

Ahora bien, para aplicar este mecanismo el operador jurídico debe conducirse con la mejor hermenéutica, haciendo la interpretación a la luz de los principios que dimanen de la Doctrina de la Protección Integral, de ella dependerá la efectiva inserción social del adolescente infractor.

6. BIBLIOGRAFÍA

- Convención sobre los Derechos del Niño (Ley 57/90)
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de Justicias de Menores (Reglas de Beijing)
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad)
- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad. 14 – XII - 90
- Convención Internacional de Derechos civiles y políticos (Ley 5/92)
- Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica) Ley 1/89

⁶ Tiffer, Carlos. Desjudicialización y alternativas a la sanción privativa de libertad para jóvenes delincuentes. Derecho penal juvenil. Daad. Ilanud. Pág. 318

“EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”
COMENTARIOS AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la elaboración de las medidas no privativas de la libertad (Reglas de Tokio) 14 – diciembre-1990
- Tiffer, Carlos. *Desjudicialización y alternativas a la sanción privativa de libertad para jóvenes delincuentes. Derecho penal juvenil*. Daad. Ilanud.
- Falcon y Tella, Ma. José. *Fundamento y finalidad de la sanción ¿Un derecho a castigar?* Ediciones jurídicas y Sociales S.A. Madrid 2005 España
- Cruz Marquez, Beatriz. *Educación y prevención general en el proceso penal de menores*. Ediciones jurídicas y sociales S.A. Madrid 2006 España
- Cappeleare, Geert y Grandjean Anne. *Niños privados de libertad. Derechos y realidades. Unicef – Ministerio de Trabajo y Asuntos legales*. Madrid, 2006 España
- Cervelló Donderis, Vicenta y Colás T., Asunción. *La responsabilidad penal del menor de edad*. Editorial Tecnos Madrid, 2002
- García Méndez, E. y Carranza, E. *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa*. Buenos Aires.1992
- Silva B., Diego y Colmán, Jorge. *Investigación sobre las infracciones juveniles y las sanciones judiciales aplicadas a Adolescentes en Montevideo*. Unicef – Defensa de niñas y Niños internacional. Uruguay 2004

ASPECTOS REGISTRALES EN LA
IDENTIDAD DEL NIÑO O
ADOLESCENTE
Y LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

Por Arnaldo Samuel Aguirre

ASPECTOS REGISTRALES EN LA IDENTIDAD DEL NIÑO O ADOLESCENTE Y LAS RESOLUCIONES JUDICIALES

Por Arnaldo Samuel Aguirre

1. PRE NOTANDO

La noción de identidad proviene de dos palabras latinas: *ens* que significa ser, e *idem* que traducido quiere decir el mismo. Unidos ambos vocablos latinos, y traducido a nuestro idioma equivale a: ser uno mismo, o sea, aquellos elementos que, intrínsecamente, convienen al ser humano por su naturaleza.

Mencionamos el término *elementos* para priorizar factores que confluyen en la formación de nuestra personalidad. Así entendida, podemos clasificar esos elementos de tres maneras: *físicos, psíquicos y formales*. No trataremos sobre los dos primeros nombrados, sino centraremos nuestro análisis en el último, el formal, porque constituye la prueba de la identidad civil en el ámbito familiar y social.

Los instrumentos normativos nacionales e internacionales fijan estos elementos formales que integran la identidad del ser humano: la personalidad jurídica, el nombre, la nacionalidad y las relaciones de familia (parentesco).

La prueba formal de estos elementos atañe a la institución conocida universalmente como el Registro del Estado Civil, que cada nación organiza conforme a su sistema social, atribuyéndole fines primarios y secundarios.

La razón de esta institución es que el Registro Civil tiene a su cargo la función fundamental de la organización legal de la familia, que es la función jurídica.

La Declaración Universal de los Derechos Humanos establece que la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad, y tiene derecho a la protección de la sociedad y del Estado. Este objetivo de la institución se cumple registrando los hechos y actos que constituyen la fuente del estado civil, descansando en la misma todo el sistema jurídico que rige las relaciones de los individuos organizados en la célula familiar y sus vinculaciones con el Estado. Para la organización y funcionamiento, es esencial que tales hechos y actos

consten en instrumentos auténticos que permitan acreditar su ocurrencia o ejecución. Ellos se inscriben con exclusivo fin de producir una prueba oficial y permanente de su ocurrencia, a fin de que puedan acreditarse fácilmente y en cualquier momento.

1.1. LA PERSONALIDAD JURÍDICA DEL SER HUMANO

Al mencionar el vocablo técnico jurídico persona o personalidad jurídica, estamos significando la aptitud que tiene todo ser humano de ser titular de derechos o de gozar de los derechos que le acuerda la ley. En este sentido, nuestros instrumentos normativos indican que la existencia de la persona física o niño, utilizando el vocablo legislativo en la materia de nuestra especialidad, comienza desde la concepción. Es obvio que en esta etapa de la existencia humana no requiere la asistencia registral para su protección, recurriéndose a otros mecanismos legales, como ser las normas jurídicas que protegen la maternidad. Producido el nacimiento vivo, se inicia todo un proceso de registración que comprende aquellos hechos y actos que trascienden para el estado civil, cuyo análisis iremos espigando en la casuística que presenta el ciclo vital del hombre.

En este análisis no expondremos lo referente a la nacionalidad, porque no atañe a una cuestión estrictamente registral. Nos ocuparemos del nombre y de las relaciones de familia, englobándolo por su intrínseca conexión, y su trascendencia en el dictamiento de la sentencia judicial.

1.2. NOMBRE U ONOMINIA

Es el vocablo que evoca a una persona, desde su nacimiento e inclusive va más allá de su muerte.

Como instituto de protección a la niñez, encontramos legislado en el Código Civil, en el Código de la Niñez y la Adolescencia, en la Convención sobre los Derechos del Niño y en la Convención Americana sobre los Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica.

El art. 42 del Código Civil establece que toda persona tiene derecho a un nombre y a un apellido, que deben ser inscriptos en el Registro del Estado Civil. Sólo el juez podrá autorizar, por justa causa, que introduzcan cambios o adiciones en el nombre o apellido.

En relación al nombre propiamente dicho, prenombre o nombre de pila, la ley 1266/87 del Registro del Estado Civil, en el art. 56 prevé

que no se inscribirán nombres ridículos o que puedan inducir a error sobre el sexo, ni más de tres nombres. A su vez, el art. 5 de la Ley 1136/97 De Adopciones prescribe que los niños adoptados tienen derecho a ser inscriptos con el o los apellidos de los padres adoptantes y van a tener por lo menos uno de sus nombres de pila, pudiendo los adoptantes agregar nombres nuevos. La proyección de estas normas sobre el nombre en las resoluciones judiciales es gravitante y que el juzgado debe observar, por tratarse de una cuestión de orden público. Iremos exponiendo algunos casos.

En lo tocante al apellido, se halla vigente la Ley 985/96 que prescribe: *“Artículo 12.- Los hijos matrimoniales llevarán el primer apellido de cada progenitor en el orden decidido de común acuerdo por sus padres. No existiendo acuerdo, llevarán en primer lugar el apellido del padre. Adoptado un orden para el primer hijo, el mismo será mantenido para todos los demás. Los hijos extramatrimoniales reconocidos simultáneamente por ambos progenitores llevarán el primer apellido de cada uno de ellos. El orden de los apellidos será decidido de común acuerdo por los progenitores. No existiendo acuerdo se aplicará la solución dispuesta en el párrafo anterior. El hijo extramatrimonial reconocido por uno solo de sus progenitores llevará los dos apellidos del que lo reconoció y si éste a su vez llevase uno solo, podrá duplicar dicho apellido. Si ulteriormente fuera reconocido por el otro progenitor, llevará el primer apellido de cada progenitor, en el orden que ellos determinen de común acuerdo. Si no hubiere acuerdo llevará en primer lugar el apellido del progenitor que lo hubiere reconocido en primer término. Los hijos, al llegar a la mayoría de edad y hasta los veintiún años, con intervención judicial y por justa causa, tendrán opción por una sola vez, para invertir el orden de los apellidos paternos o para usar sólo uno cualquiera de ellos. En todos los casos de cambio o adición de apellidos se estará a lo dispuesto por el Artículo 42 del Código Civil”*. También veremos su proyección registral en las resoluciones judiciales.

Esta profusa legislación en materia de onominia fue posible a partir de la vigencia del Código Civil que entró en vigencia el 1 de enero de 1987. Bien sabemos que el anterior no contenía normas precisas en la materia porque su fuente principal, el Código de Napoleón, no contenía disposiciones sobre el nombre y apellido. La aparición como un derecho de la persona recién se inició con el Código Civil Alemán.

En materia de inscripción de nacimientos, la ley del Registro del Estado Civil contiene quiénes son las personas obligadas a efectivizarla, según se trate de hijo matrimonial o extramatrimonial. De la extensa

reglamentación, debemos extraer cuanto sigue: que no siempre existe coincidencia entre la inscripción del nacimiento de un niño o adolescente y el reconocimiento voluntario por parte de los progenitores. Y la dificultad se plantea en este ámbito, o sea cuando no existe esa simultaneidad, tratándose de hijos matrimoniales o extramatrimoniales. Para tal reconocimiento o admisión de la paternidad o maternidad, o ambos a la vez, se requiere que la declaración ante el Oficial Público formule el o los progenitores, sea en el acto inscriptivo del nacimiento o con posterioridad, personalmente o por mandatario. La declaración de un tercero no es atributiva del vínculo filiatorio, y por eso no prueba formalmente esa relación de parentesco en el sistema jurídico de la registración de nuestro país.

Veamos algunos casos contemplados por la ley.

1.2.1. AUTORIZACIÓN JUDICIAL PARA INSCRIBIR UN NACIMIENTO

El art. 62 de la Ley del Registro del Estado Civil prescribe que siendo menor de edad, la inscripción se hará con la autorización del Juzgado de Primera Instancia en lo Tutelar del Menor (actualmente Niñez y Adolescencia) que proporcionará los datos requeridos legalmente para el acto. Y el art. 63 a continuación dispone que en los casos de inscripción de la naturaleza expresada en el artículo que antecede, no se expresará en la partida el nombre de los padres del inscripto.

En esta inscripción del nacimiento efectuada con autorización judicial, aunque el Juzgado proporcione los datos de los progenitores, no tendrá la eficacia de un reconocimiento forzoso del vínculo filiatorio. La prueba formal únicamente podría devenir de un reconocimiento voluntario o de una sentencia dictada en un juicio de acción de filiación. Esto tiene su relevancia para los casos de adopción de la declaración de estado de adoptabilidad, tal cual se ha pronunciado el Tribunal de la Niñez y la Adolescencia, por lo que, presentada esta situación registral, no cabe promover la pérdida de la patria potestad. Reitero, que esa circunstancia se da por faltar la prueba formal del reconocimiento. Entonces, el Juzgado, al autorizar la inscripción de un nacimiento como medida de protección al niño o adolescente, es al sólo efecto de proveerle un elemento formal de su identidad civil, sin perjuicio de que en la resolución judicial se mencione los datos vitales de la ocurrencia del nacimiento: fecha y lugar de nacimiento. En consecuencia, el Juzgado deberá proporcionar el nombre y apellido del niño o adolescente a ser inscripto, su fecha y lugar de nacimiento, y como se trata de una autorización, otorgar la

intervención en el acto inscriptivo de un representante de la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia, ya que estos funcionarios son los que deben velar por los derechos del niño o adolescente.

1.2.2. INSCRIPCIÓN DE NACIMIENTO Y RECONOCIMIENTO SIMULTÁNEOS POR AMBOS PROGENITORES

En la inscripción del nacimiento y reconocimiento efectuado de manera simultánea por ambos progenitores, cabe aplicar la Ley 985/96 “Que modifica el art. 12 de la Ley N° 1 del 15 de julio de 1992, de la Reforma Parcial del Código Civil”, porque los padres podrán elegir, de común acuerdo, el orden de los apellidos, aunque, en caso de conflictuarse, el niño o adolescente deberá llevar, primeramente, el primer apellido paterno, seguido el materno.

1.2.3. INSCRIPCIÓN DEL NACIMIENTO Y POSTERIOR RECONOCIMIENTO

La dificultad registral y a ser resuelta por la vía judicial, se presenta cuando uno de los progenitores efectúa el reconocimiento con posterioridad a la inscripción del nacimiento. Nótese que es competencia del Juzgado introducir cambios en la onominia, según el art. 42. El cambio supone una rectificación de la partida de nacimiento, siendo competente para este efecto, el Juzgado de Primera Instancia en lo Civil y Comercial, conforme al art. 119 de la Ley del Registro del Estado Civil. Nótese que cuando hablamos de cambio, nos referimos a adición o supresión de un nombre o apellido. Entonces, cuando se presenta este caso, debe tenerse muy presente las situaciones mencionadas en la Ley 985/96.

1.2.4. ADOPCIÓN

En materia de adopción, el art. 52 de la Ley 1136/97 prescribe: *“Ejecutoriada la sentencia definitiva, la adopción será inscripta como nacimiento, a cuyo efecto se remitirá un oficio judicial al Registro Civil, al cual se adjuntará testimonio de la parte dispositiva de dicha sentencia definitiva. De esta partida original con su nota al margen, no podrá expedirse copia, sino por orden judicial, salvo que lo solicite el adoptado cuando tenga más de dieciocho años o los padres adoptantes”*. El texto de la ley plantea cierta complejidad en la registración, que la sentencia debe esclarecer correctamente para su inscripción en el Registro del Estado Civil. Decimos compleja, porque, por una parte, se debe preservar registralmente el origen biológico del

niño, y por otro lado, constituir el nuevo título de emplazamiento familiar. En este último, lo referente al nombre y apellido debe estar perfectamente aclarado, lo cual implica que dentro del proceso los adoptantes deben ponerse de acuerdo respecto al nombre y al apellido del adoptado. Claro está que si los padres adoptivos tienen hijo o hijos matrimoniales, o en todo caso, extramatrimoniales, fruto de la unión de hecho, el orden del apellido deberá ser el mismo en que fueron inscritos estos hijos, caso contrario, deberán hacer llegar al juez cuál será el orden de apellido del adoptado. Si uno solo fuere el adoptante, llevará el apellido de éste, y si llevara uno solo podrá duplicarlo. Igual situación se presenta con respecto al nombre. Lo dicho debe estar resumido en la sentencia para facilitar su inscripción al oficial del Registro del Estado Civil. Pongamos un ejemplo de un caso hipotético: el contenido de una sentencia.

EL JUZGADO RESUELVE

- 1) Otorgar la adopción plena del niño (mencionar el nombre y apellido original) a los esposos señor y señora (tratándose del apellido de la mujer no deberá mencionarse, como se acostumbra en el trato social, su apellido de casada, o sea, anteponiendo la preposición “de” al apellido del marido, porque no es objeto de registración), nacido (lugar, fecha y hora de nacimiento).
- 2) Ordenar sea inscrita la adopción con las formalidades de un nacimiento, debiendo registrarse el nombre y apellido del adoptado como (mencionar el nuevo nombre y apellido, que corresponderá a los padres adoptivos, nacido (lugar, fecha y hora de nacimiento), autorizándose a los adoptantes a suscribir el acta o a uno de ellos en carácter de declarantes del nacimiento.
- 3) En la inscripción ordenada en el anterior apartado, se pondrá notas marginales de referencia de la primera inscripción del nacimiento, y en ésta los datos referenciales de la nueva inscripción.

1.3. RELACIONES DE FAMILIA

Pasemos ahora a los casos de acciones de filiación, donde se presenta igualmente cierta complejidad en la registración y que las sentencias deben aclarar con mucho cuidado para evitar cualquier error registral.

1.3.1. RECONOCIMIENTOS

La acción de emplazamiento paterno-materno-filial forzoso es aplicable tanto a los hijos matrimoniales como extramatrimoniales en el régimen actual del Código Civil.

A) HIJOS MATRIMONIALES.

Efectuada la inscripción del nacimiento por declaración de un tercero de un hijo matrimonial no constituye prueba formal de su emplazamiento, puesto que la admisión de la paternidad y la maternidad requiere la declaración del nacimiento de uno de los progenitores, por tratarse de un acto personal y por ello insustituible, sin perjuicio de mostrarse el nexo biológico en la instancia judicial, la que dentro de un debido proceso, habrá de declarar la existencia o no del nexo, y de ser afirmativo, tendrá efectos desde la concepción del hijo, y como título constitutivo, a partir del dictamiento de la sentencia y su inscripción registral. La sentencia tendrá que necesariamente expedirse sobre el nombre y apellido del hijo matrimonial. De vivir los padres, éstos tendrán que, posteriormente, acordar los apellidos en el caso de que pretendan cambiarlo, pero siempre será dentro de un proceso de rectificación de partida, cuya competencia es del juez de Primera Instancia en lo Civil y Comercial.

B) HIJOS EXTRAMATRIMONIALES

También merece igual comentario que el anterior, en el caso de que la inscripción de nacimiento carezca de eficacia de un reconocimiento de emplazamiento parental.

Lo que acontece normalmente, es que la progenitora inscribió el nacimiento de su hijo con su apellido. Posteriormente, siempre dentro de un debido proceso, se obtuvo el reconocimiento forzoso del progenitor. En esta sentencia, el juez se debe limitar a declarar la existencia del nexo biológico entre el niño, niña o adolescente, sin pronunciarse sobre el orden del apellido, porque, según la Ley 985/96 presenta ciertas situaciones que debe dilucidarse en instancia judicial competente, porque supone un cambio en la onominia (art. 42 del C.C. y art. 119 de la Ley 1266/87 del Registro del Estado Civil).

1.3.2. IMPUGNACIÓN DE FILIACIÓN

Con el título señalamos esta acción que legisla el Código Civil: a)

Desconocimiento que corresponde al marido de la mujer de un hijo concebido dentro del matrimonio; b) Contestación de la filiación: art. 240; c) Impugnación del reconocimiento de la filiación: art. 247 del C.C. En estas acciones se atacan directa e inmediatamente el nexo biológico, presupuesto de la filiación.

En acciones de esta naturaleza, la situación registral es mucho más compleja que la anterior, y que al dictarse la sentencia requiere una debida adecuación para no violar el derecho a la identidad. Nótese que al hacer lugar a una impugnación de la filiación, supone la cancelación de la partida de nacimiento o reconocimiento, privando a la persona de la prueba formal de su identidad, que siempre constituye la partida del Registro Civil por el sistema adoptado por nuestra legislación, por cuyo motivo, no puede darse una regla de carácter general, sino apelar a la sabiduría y experiencia del magistrado en la materia. A menudo, se envían al Registro Civil sentencias de esta naturaleza que a la institución resulta hartamente difícil su cumplimiento por falta de claridad. Entonces, lo que convendría es señalar algunos casos.

A) SENTENCIA EN LOS CASOS DE DESCONOCIMIENTO DE FILIACIÓN.

Proponemos este ejemplo de la parte resolutive de la misma:

EL JUZGADO RESUELVE

- 1) Hacer lugar a la acción de desconocimiento promovido por el señor contra la señora y su hijo, declarando que el niño o adolescente no es hijo biológico del accionante.
- 2) Ordenar la cancelación de la partida de nacimiento del niño o adolescente inscripto en el tomo año folio acta de la oficina del Registro Civil.
- 3) Ordenar simultáneamente a la cancelación la inscripción del nacimiento del niño o adolescente por declaración de su madre, con el nombre y apellido de (este último el que corresponde a la madre). En el caso de que la madre del niño no compareciere personalmente o por apoderado para la declaración de nacimiento de su hijo, ordenar la inscripción del nacimiento a la Dirección del Registro Civil, mencionando los datos de esta sentencia, con el nombre y apellido de (este último el que corresponde a la madre),

conservándose los datos vitales del nacimiento.

B) CONTESTACIÓN DE LA FILIACIÓN

Pongamos este ejemplo de la parte resolutive de la sentencia:

EL JUZGADO RESUELVE

- 1) Hacer lugar a la contestación de la filiación promovida por (el accionante), y en consecuencia, declarar que el señor y la señora no son padres biológicos del niño, niña o adolescente
- 2) Ordenar la cancelación de la partida de nacimiento de, inscripto en el tomo..... año..... folio..... acta de la oficina del Registro Civil.
- 3) Ordenar la inscripción del nacimiento del niño o adolescente con el nombre y apellido de (de ser posible conservar el nombre y apellido anterior) nacido (lugar, fecha, y hora de nacimiento).

Reitero, que la casuística puede ofrecer variaciones al ejemplo propuesto, y que el juez podrá tener presente siempre con el propósito de preservar la identidad civil de la persona.

C) IMPUGNACIÓN DEL RECONOCIMIENTO

Por el art. 247 del C.C. los hijos del reconociente como los herederos forzosos de éste pueden demandar por impugnación del vínculo filiatorio, estableciendo un plazo de caducidad.

No entramos a un análisis de la cuestión, sino solamente proponer un ejemplo de la parte resolutive de la sentencia que pueda recaer en el juicio. Tratándose de niño o adolescente, por tener incapacidad de hecho, no podrá intervenir por sí mismo en un juicio. Es por ello que la representación procesal habrá de asumir el padre o la madre, o como también la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia.

Pongamos el ejemplo de que la accionante es la madre del niño, y el reconocimiento paterno y materno fue efectuado simultáneamente con la inscripción del nacimiento. La sentencia que acoge favorablemente podrá expresarse en estos términos:

EL JUZGADO RESUELVE

- 1) Hacer lugar a la impugnación de la filiación promovida por la señora contra el señor en relación a su hijo, declarando que el demandado no es padre biológico del niño o adolescente.
- 2) Cancelar la partida de nacimiento del niño inscripto en el tomo año folio acta de la oficina del Registro Civil.
- 3) Ordenar la inscripción del nacimiento del niño o adolescente con el nombre y apellido de(apellido de la madre) por declaración de su madre, la señora

1.3.3. NULIDAD DEL RECONOCIMIENTO POR VICIOS DE LA VOLUNTAD

La acción, en este caso, está dirigida para obtener la ineficacia del emplazamiento paterno o materno en relación a un hijo por vicios de la voluntad (error, dolo o violencia). El objeto inmediato será la nulidad de acto jurídico y bajo esa óptica deberá resolverse la litis. En las otras acciones que hemos mencionado más arriba, el fin inmediato era acreditar la inexistencia del nexo biológico. En esta acción el objeto inmediato será que si bien se admitió la maternidad o paternidad fue por un vicio del acto jurídico, porque el reconocimiento es irrevocable, lo cual no implica que no pueda ser anulado siguiendo las normas que rigen la materia. Proponemos este ejemplo:

EL JUZGADO RESUELVE

- 1) Hacer lugar a la acción de nulidad del reconocimiento promovido por el señor o la señora en relación al niño o adolescente, y en consecuencia, declarar nula la partida del reconocimiento efectuado por el señor o la señora y que se halla asentado en el tomo..... año folio acta de la oficina del Registro Civil.
- 2) Ordenar la cancelación de la partida del reconocimiento de, y las notas marginales de referencia que consten en la partida.

2. CONCLUSIÓN

Esta pincelada de cuestiones registrales en la identidad del niño o adolescente y su repercusión en las resoluciones judiciales pretende llamar la atención sobre el necesario esclarecimiento de un derecho que debe ser preservado, sin lesionar otros aspectos de interés jurídico, individual y social. Su agotamiento es bastante complicado, dada la variedad de conflictos que pueden presentarse y que el juez habrá de analizar en cada caso. Fundamentalmente, ponemos énfasis en la impugnación de la filiación, situación que hoy día se presenta ante los avances del estudio del ADN (Ácido Desoxirribonucleico) en la investigación del nexo filiatorio, cuya preferencia establece el Código de la Niñez y la Adolescencia. Destacamos este conocimiento científico del genoma humano, porque de su aplicación hoy día se plantean impugnaciones del nexo filiatorio con relativa frecuencia, resultando tortuoso el dictamiento de sentencias favorables a la impugnación y que necesariamente tiene repercusión registral. La sentencia debe ser suficientemente clara y exhaustiva para que en sede registral se cumpla con facilidad, y se respete el derecho a la identidad.

EL DERECHO A LA RECLAMACION DE LA VERDADERA FILIACION VS. DISCRIMINACION SEXISTA

Por Raúl Arnaldo Bogarín Alfonso

EL DERECHO A LA RECLAMACION DE LA VERDADERA FILIACION VS. DISCRIMINACION SEXISTA.

Por Raúl Arnaldo Bogarín Alfonso

“Las leyes, para respetar su voluntad han de ser benignamente interpretadas” Celsus, D. 1.3.18

1. NORMATIVA CONSTITUCIONAL Y TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS.

Nuestro ordenamiento jurídico otorga a los hijos el derecho a ser reconocidos por sus padres y a investigar sus orígenes. Así la ley fundamental, al consagrar los derechos, deberes y garantías, en su capítulo IV de los “Derechos de la Familia”, establece: “*Todos los hijos son iguales ante la ley. Esta posibilitará la investigación de la paternidad*” (Art. 53).

Estas normas encuentran su fuente en los instrumentos internacionales de protección de los derechos humanos, que fueron incorporados a nuestro ordenamiento, y que en el orden de prelación consagrado en el Art. 137 de la Constitución tienen supremacía respecto de las leyes dictadas por el Congreso y otras disposiciones jurídicas; en particular, se hallan legislados en el artículo 18 de la Convención Americana de los Derechos Humanos – Pacto de San José de Costa Rica, ratificado por Ley N° 1/89, que también consagra el Derecho al nombre: “*Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres...*”.

No es este el primer instrumento por el cual nuestro país se encuentra obligado a adoptar medidas para la protección del derecho a la verdadera identidad. Así la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, incorporada a nuestro derecho interno por Ley 57/90 “Que ratifica la Convención Internacional sobre Derechos del Niño” obliga al Estado a velar por el derecho del niño a conocer a sus padres y a preservar su identidad.

Por su parte, las normas jurídicas internas de inferior jerarquía desarrollan los principios constitucionales mencionados; así el artículo 234 del Código Civil dispone: “*Los hijos tienen acción para ser reconocidos por sus padres. Esta acción es imprescriptible e*

irrenunciable. En la investigación de la paternidad o la maternidad, se admitirán todas las pruebas aptas para probar los hechos". En forma concordante con estas normas, la Ley N° 1680/01 "Código de la Niñez y la Adolescencia", establece, en su artículo 18, el derecho a promover ante la justicia las investigaciones sobre sus orígenes que se consideren necesarias.

2. ANTECEDENTES.

En el caso que nos ocupa se pretendió esclarecer el derecho personalísimo de la niña consagrado en los instrumentos mencionados, sin embargo el juez de primera instancia hizo lugar a la excepción de falta de acción, como medio general de defensa, deducido por M.C.I. (demandado) en relación a la acción pretendida con un frágil razonamiento: "falta de legitimación activa de la madre por la existencia de un nexo matrimonial preexistente", lo que motiva las reflexiones que desde la perspectiva del nuevo paradigma merece el pronunciamiento.

3. PRELIMINAR

A modo de comentario preliminar señalamos que la parte demandada opuso excepción previa de falta de acción pasiva contra el progreso de la demanda planteada en su contra, sosteniendo como argumento que la actora madre de la niña, es de estado civil casada, apuntando que se encuentra unida en matrimonio con el Sr. V.J.D. desde el 29 de agosto de 1992, adjuntando el pertinente certificado de matrimonio. Alega que en tales condiciones y teniendo en cuenta la presunción legal (Art. 225 del Código Civil), el marido de la Sra. A.Á. M. es el padre legítimo de la menor N.M.Á.; quien no había ejercido la acción de impugnación de la paternidad en el plazo previsto en el artículo 239 del Código Civil¹, hizo alusión a su vez a lo dispuesto por los artículos 237² y 243³ del mismo cuerpo legal.

¹ Artículo 239 del Código Civil: "La acción de impugnación de la paternidad del hijo concebido durante el matrimonio prescribe a los sesenta días contados desde que el marido tuvo conocimiento del parto. La demanda será promovida contra la madre y el hijo. Si éste falleciere, el juicio se ventilará con sus herederos."

² Artículo 237: "Mientras viva el marido, sólo a él compete el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad del hijo concebido o nacido durante el matrimonio. Si el marido fuere declarado interdicto, la acción de desconocimiento no podrá ser ejercida por su curador sino con autorización del juez, con audiencia del Ministerio Fiscal de Menores. Si el curador no hubiere intentado la acción y el marido dejare de estar interdicto, podrá deducirla en el plazo establecido en el artículo siguiente."

En la contestación de la excepción se alegó básicamente que el derecho a la identidad es uno de los derechos humanos fundamentales, conforme a lo dispuesto por el artículo 8 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (Ley N° 57/90). Apuntó que la Sra. A.Á.M. estuvo casada por dos años y cuatro meses, habiendo convivido con su esposo hasta principios de 1994, sostuvo que la niña N M Á nació cuando ya llevaban mucho tiempo de separación de hecho, señaló que en tales circunstancias sería una inmoralidad anotar a la niña como hija matrimonial, cuando que el padre de la misma es el hoy demandado Sr. M.C.I. Sostuvo que la presunción legal admite prueba en contrario. Alegó finalmente que lo que se pretende con la demanda es dar seguridad a la identidad de la niña N.M.Á. y que la investigación de la maternidad y la paternidad es de interés público.

En segunda instancia fue revocada la resolución con los siguientes fundamentos: “...tanto el artículo 225 así como la presunción de derecho impuesta en el artículo del C.C. respectivamente, carecen en absoluto de vigencia actual por ser normas obsoletas. En efecto, como lo sostuve en fallos anteriores, el derecho a la identidad de la niña, consagrado en los artículos 7 y 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño no puede estar sujeto a plazos ni condiciones. En otros términos, hablando mal y pronto, un hijo nacido dentro del matrimonio puede ser biológicamente concebido por una persona que no sea el consorte de la madre. Esta es una realidad innegable y pretender desconocerla es como querer tapar la luz del sol con un dedo. Por los demás, tales normas tenían su justificativo en un tiempo en el que el concepto de seguridad jurídica era lo que imperaba para proteger los intereses de la sociedad cuya célula es la familia y en el que los Derechos del Niño eran simplemente desconocidos o ignorados, situación que vino a cambiar radicalmente con la Doctrina de la Protección Integral impuesta por la citada Convención e inserta en la brevedad de los términos contenidos en el artículo 54 de la Constitución Nacional, cuya parte final dice imperativamente que en casos de conflictos, los Derechos del Niño tendrán carácter prevaleciente. Ahora bien, también siempre he sostenido que el Principio del Interés Superior del niño no puede materializarse en desmedro de normas procesales por el carácter de orden público que tiene las mismas. Por el contrario, las reglas del debido proceso deben ser la garantía para que dentro de sus causas se

³ Artículo 243: “Cuando el marido ha reconocido su paternidad expresa o tácitamente, o dejó vencer el plazo sin desconocerla, la acción no podrá ser deducida, salvo que por error o fraudulentamente el marido haya sido inducido a reconocer el hijo como propio. En este caso la acción deberá ser promovida por el marido, sus descendientes o herederos, dentro de los sesenta días de conocido el fraude o el error”.

protejan adecuadamente tales derechos, y entre ellos, el derecho a la identidad. Caso contrario, si cada juez va a soslayar el valor de las normas de orden publico, lo único que se crearía es una anarquía judicial que a nadie beneficiaría..."⁴

Consideramos que el Tribunal con buen criterio revocó el fallo de primera instancia, acudiendo para fundamentar su pronunciamiento a la Constitución Nacional y a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Contra esta resolución, se promovió acción de inconstitucionalidad, con el argumento de arbitrariedad del fallo impugnado, circunstancia que según el recurrente quedó configurado cuando los miembros del tribunal derogaron una ley vigente, los artículos 225 y 228 del C.C., erigiéndose en legisladores con el pretexto de ser normas obsoletas.

La Sala Constitucional, en mayoría, hizo lugar a la acción, declarando nulo el fallo de segunda instancia con el siguiente fundamento: *"...analizadas las constancias de autos, especialmente el interlocutorio atacado, se puede notar que el mismo fue dictado en abierta separación a las normas jurídicas que rigen la materia. Así puede notarse de la expresión: "particularmente y en lo que a mi concierne, tanto el artículo 225 como la presunción de derecho impuesta en el artículo 228 del C.C., respectivamente, carecen en absoluto de vigencia actual por ser normas obsoletas". La resolución dictada viola así la obligación que tienen los magistrados de dictar sentencia siempre según la ley, sin que le sea permitido juzgar su valor, art. 15 inc. c) del C.P.C. y muchos menos de expresar, sin sustento, que una norma se halla derogada, sin indicar si la derogación es expresa o tácita y omitiendo señalar cual es la vigente. Este solo hecho importa o mejor dicho trae aparejada la nulidad de la resolución. A criterio de la Corte existe arbitrariedad en el fallo por estar fundado en mera conjetura del magistrado. En tales condiciones, tenemos que los magistrados del Tribunal de Apelación incurrieron en las siguientes causales de arbitrariedad: a) Apartamiento de la ley aplicable al caso concreto y; b) motivación de la sentencia en hechos o pruebas inexistentes en el juicio. Por tanto, voto por la acogida favorable de la presente acción de inconstitucionalidad, debiendo declararse nulo el A.I. N° 264, dictado por el Tribunal de Apelaciones de la Niñez y la Adolescencia de la*

⁴ A.I. N° 264. 27/07/04. Tribunal de apelación de la niñez y la adolescencia. Asunción. Expte. NMAM s/ filiación.

Capital, devolviéndose la presente causa al Tribunal que le sigue en orden de turno, conforme lo dispone el art. 560 del C.P.C....”⁵

Son varios los comentarios que podemos reunir en torno al fallo de primera instancia y el de la Corte Suprema de Justicia, porque a nuestro criterio consagra un tratamiento contrario a los paradigmas de la Doctrina de la Protección Integral, que ha introducido profundas transformaciones, a los que sus interpretaciones han quedado rezagadas vulnerando derechos constitucionales.

4. UNA DISCRIMINACIÓN SEXISTA, AFECTA LA IGUALDAD ANTE LA LEY

El Código Civil otorga presunción de paternidad matrimonial de los hijos concebidos durante el matrimonio (Art. 225), según la celebre regla proveniente del Derecho Romano: **pater is est quem nuptiae demonstrant**. Esta presunción puede ser desvirtuada cuando se utiliza la acción impugnatoria del estado de hijo matrimonial.

Ahora bien, según texto de los artículos que se mencionan a continuación confieren expresamente la acción al marido. A él le ha dado la legitimación activa para impugnar la paternidad matrimonial, (Art. 236 C.C.)⁶; mientras viva el marido, sólo a él compete el ejercicio de la acción de desconocimiento de la paternidad del hijo concebido o nacido durante el matrimonio (Art. 237). Fallecido el marido, sus herederos presuntos podrán continuar la acción de desconocimiento iniciada por éste (Art. 238⁷).

Al revisar desde la óptica constitucional, puede advertirse que estas normas restringen la posibilidad de impugnar la paternidad matrimonial, quedando excluida la madre, lo que afecta la igualdad y el derecho a no tener trato discriminatorio.

⁵ Ac. y Sent. Nº 407. As. 21/06/06. C.S.J. Expte. Acción de inconstitucionalidad en el juicio: “NMAM s/ filiación”

⁶ Artículo 236: “El marido podrá desconocer al hijo concebido durante el matrimonio en los siguientes casos:

a) si durante el tiempo transcurrido entre el período máximo y el mínimo de la duración del embarazo se hallaba afectado de impotencia o esterilidad; b) si durante dicho período vivía legalmente separado de su mujer, aun por efecto de una medida judicial precautoria, salvo que haya habido entre los cónyuges cohabitación, aunque sea temporal; y c) si en ese período la mujer ha cometido adulterio y ocultado al marido su embarazo y el nacimiento del hijo. Podrá el marido probar, además, cualquier otro hecho que excluya su paternidad.”

⁷ Artículo 238: “Fallecido el marido, sus herederos presuntos que debieren concurrir con el hijo, o ser excluidos por el, así como los ascendientes del extinto, podrán continuar la acción de desconocimiento iniciada por éste”.

La diferencia de trato es ostensible, no compatible con la Constitución Nacional que establece: *“Todos los habitantes de la República son iguales en dignidad y derechos. No se admiten discriminaciones. El Estado removerá los obstáculos e impedirá los factores que las mantengan o las propicien.*

Las protecciones que se establezcan sobre desigualdades injustas no serán consideradas como factores discriminatorios sino igualitarios” (Art. 46)

De otro lado, no se compadece con las normas del Pacto de San José de Costa Rica, que garantiza la igualdad ante la ley al prescribir *“Los Estados partes de esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ellas y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que este sujeta a su jurisdicción sin discriminación alguna por motivo de raza, color, sexo, idioma religión”* (Art. 1.)

“Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.”(Art. 24).

Las normas del C.C. están discriminando a la mujer que tampoco se compatibiliza con el artículo 12 inc. a de la Convención sobre eliminación de toda forma de discriminación contra la mujer, e igualdad con los del hombre (Art. 2 inc. c).

Por otra parte, si todas las personas son iguales ante la ley (Art. 47.2 C.N.) no puede admitirse esa desigualdad ante la ley que supone reconocer un derecho al hombre y negar ese mismo derecho a la mujer. Por ello, a nuestro criterio, las normas mencionadas del Código Civil quedan desfasadas en el tiempo, o lo que es lo mismo, perdieron su vigencia y con el estigma de la discriminación.

Por ende, al fallar como se ha hecho, significa discriminación y violación del principio de igualdad.

5. LEGITIMACIÓN PROCESAL.

En nuestra opinión, nunca una cuestión formal debería ser obstáculo para la protección de los derechos constitucionales.

De existir, dicho obstáculo, debe necesariamente ser removidos. Hay que comprender que la protección de los derechos consagrados por la Constitución no pueden quedar subordinados a sutilezas procesales, puesto que esto no hace sino desvirtuar la garantía y

también el proceso mismo, el cual ha sido concebido como un medio para favorecer el eficaz ejercicio del derecho y no para entorpecerlo y menos aun que sirva de motivo para negar a la niña lo que le corresponde según la Constitución y las leyes.

En el mismo sentido el mas alto tribunal ha sostenido: *“Las formas procesales deben constituir una garantía del goce real de los Derechos del Niño, y cuando estas actúan en contrario estableciéndose en un obstáculo para que se instituya o modifique un derecho que sea mas beneficioso para el niño, éstas deben ceder en virtud al principio sustentado en la resolución, pues conforme al artículo 167 del Código de la Niñez y la Adolescencia la actuación jurisdiccional no crea estado y consecuentemente las cuestiones de derecho deben, en la jurisdicción de la Niñez y la Adolescencia, estar supeditadas a las situaciones de hecho, pues así lo dice el citado articulado: “Las sentencias del juez serán fundadas y no tendrán carácter de definitivas, pudiendo ser modificadas y aun dejadas sin efecto, de oficio o a instancia de parte, toda vez que cesen las condiciones que la motivaron”*⁸

Como bien señala Bidart Campos, “... la legitimación procesal es un problema constitucional que la ley no puede resolver a su criterio, porque si no se asume la convicción de que el sistema de derechos y garantías de la Constitución se esteriliza cuando la legitimación no le facilita andamio, estamos dilapidando todas las prédicas referidas a los derechos humanos... **las leyes que niegan la legitimación para impedir que los jueces descubran la verdad material ni objetiva, son inconstitucionales.**”⁹

En doctrina, son varios los autores que consideran que la falta de legitimación de la madre es inconstitucional, pues viola el principio de igualdad entre el hombre y la mujer reconocidos en la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer y el Pacto de San José de Costa Rica, ambos con rango constitucional (Art. 75, inc. 22, C.N.) razón por la cual concluyen que la madre goza en la actualidad de legitimación para impugnar la paternidad de su esposo.¹⁰

⁸ Ac. y Sent. N°356. As. 29/03/07. Acción de inconstitucionalidad en el juicio: “A R L N s/ Impugnación de filiación. C.S.J.

⁹ Bidart Campos. La legitimación de la madre para impugnar la paternidad del marido: ¿y los derechos del niño? La Ley, 2000 – B, 22.

¹⁰ GROSMAN, Cecilia P. con la colaboración de Ariana, Carlos – Ilundain, Mirta- Iñigo, Delia, “Comentario a los artículos 240 a 263 del Código Civil, en Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial. Bs.As., 1995, Pag. 1177.

Se argumenta que conceder la acción de impugnación a la esposa sería permitirle invocar el propio adulterio. Sin embargo, no le está vedado al hombre reconocer hijos extramatrimoniales estando casado, ¿No implica ese reconocimiento admitir su propio adulterio?

En este orden de ideas consideramos relevante los argumentos de la disidencia en el fallo de la Corte Nacional ut supra mencionado que sostuvo: “que el artículo 16, inc. d de la Convención sobre la eliminación de todas las formas de discriminación contra la mujer establece específicamente que los Estados partes asegurarán, en condiciones de igualdad entre hombres y mujeres los mismos derechos y responsabilidades como progenitores, cualquiera que sea su estado civil, en materias relacionadas con sus hijos...”, “...que la determinación de la filiación constituye para la madre una de las materias relacionadas con sus hijos a las que alude la convención, y es evidente que ella y su marido de acuerdo a la limitada legitimación conferida por el citado artículo 259, no encuentran asegurados sus derechos en condiciones de igualdad, pues la madre no puede impugnar la presunción de paternidad que la ley asigna a su marido, en tanto que éste puede impugnar tanto su paternidad como maternidad de su mujer...”. “...que no es argumento válido para justificar la discriminación en que incurre el artículo 259, sostener que resulta inadmisibles la invocación de la mujer de su propia torpeza, ya que al impugnar la paternidad del marido reconoce que cometió adulterio. Sin perjuicio de recordar que, en determinados casos, el hijo pudo haber sido concebido antes del matrimonio, debe tenerse a la vista que el adulterio, como cualquier otra injuria, puede tener consecuencias en las relaciones personales de los cónyuges, incluida la posibilidad del divorcio, pero no puede enervar el derecho de la mujer a la no discriminación y el derecho a la protección de la identidad del menor contemplado en el artículo 8 de la Convención sobre los Derechos del Niño ”.¹¹

6. ACCESO A LA JUSTICIA.

La Constitución garantiza el derecho a acceder a la justicia, entendido como la oportunidad que tiene toda persona de recurrir a los órganos jurisdiccionales, mediante acciones previstas en las leyes procesales, a fin de poner en funcionamiento el aparato judicial en el momento de presentarse un conflicto respecto del cual tiene interés legítimo. Por consiguiente, las personas tienen derecho a hacer una

¹¹ Disidencia de los Dres. Petracci y Bossert, en el fallo de la C.S.J.N 1/11/1999, ED 185 – 451; LL, 1999 – f – 670.

reclamación y obtener resoluciones judiciales conforme a la Constitución y a la ley.

En la especie, la Sra. A.A.M. de D. acudió al juzgado con el fin de reclamar la filiación legal y jurídica de su hija...

Así, ante la existencia de las presunciones legales, el juez consideró que carecía de legitimación para formular dicha pretensión.

En efecto, el Código Civil, al precisar quienes están legitimados para impugnar una presunción de paternidad matrimonial busca a nuestro criterio proteger la intimidad y la unidad de la familia y del matrimonio al librarla de injerencias indebidas de otras personas.

Esto era compatible con una visión patriarcal de la familia y del matrimonio, en la cual el marido, como una reminiscencia del pater familias romano, ostentaba privilegios y potestades desorbitantes no solo sobre la mujer sino también sobre sus descendientes.

Resulta interesante sobre el tema, el pensamiento de Bidart Campos, quien considerando las normas que limitan la legitimación activa en acciones de filiación ha expuesto: “... no ha de interceptar a esta legitimación ninguna excusa protectora de la paz familiar, el honor matrimonial, la dignidad de la esposa, etc.; porque lo prioritario es que en homenaje a la verdad material, real u objetiva el derecho procesal suministre los cauces a fin de que todo ser humano se halle en condiciones de hacer coincidir en identidad completa su filiación legal con su filiación biológica. Para ello todo subterfugio ha de ceder en su hipocresía.

No es condigno con cuanto que en materia de derechos humanos se refiere a la familia, que la ley obstaculice la búsqueda y el descubrimiento de la verdad filiatoria, por que felizmente ha pasado ya el tiempo en que valoraciones injustas impidieron que determinadas categorías de hijos gozaran de derechos en sus relaciones de familia, o padecieran discriminaciones aberrantes.

Estas holguras que propugnamos en materia de legitimación incitará dos reflexiones: a) la primera nos hace decir con seguridad personal que cuando el obstáculo para hacer coincidir la filiación legal con la biológica proviene solamente de un dispositivo legal impeditivo, hay que removerlo mediante la declaración judicial de

inconstitucionalidad, para así afianzar la prelación del derecho constitucional a la identidad personal...”¹²

Por nuestra parte opinamos, con fundamento en las normas y doctrinas mencionadas, que al no estar legitimada la madre para impugnar implica negación al acceso a la justicia.

7. EL ESTABLECIMIENTO DE LA FILIACIÓN REAL Y EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO.

El artículo 53 de la Constitución consagra el derecho a la investigación de la paternidad; pues todo niño tiene derecho irrenunciable a conocer a sus padres. Este derecho tiene consagración en diversas convenciones de carácter internacional desde la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 1948.

La Convención Americana de Derechos Humanos consagra el derecho a la identidad en su artículo 18 señalando: “*Toda persona tiene derecho a un nombre propio y a los apellidos de sus padres o al de uno de ellos...*”. La Declaración de los Derechos del Niño consagra también el derecho de toda persona de conocer su génesis, procedencia y origen, al establecer “*El niño tiene derecho desde su nacimiento a un nombre y a una nacionalidad*”. Por su lado la Convención sobre los Derechos del Niño establece la identidad del niño como uno de sus derechos básicos de protección, expresando, en su artículo 7, que: “*El niño será inscripto 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 cuidados por ellos*”. En el mismo orden de ideas, el artículo 8 de la misma Convención establece: 1. “*Los Estados partes se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares, de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas*”.

7.1. DERECHO PRIVADO INTERNO

Ya el Código del menor del año 1981 precautelaba que todo menor gozaba del derecho a tener padres responsables, conocerlos y ser reconocidos por ellos y a la vez fijaba que sus disposiciones protegían por igual a los hijos matrimoniales y extramatrimoniales.

¹² Bidart Campos, Carlos H. Ponencia presentada en el X Congreso internacional de derecho de familia. Mendoza, Argentina 20 al 24 de setiembre de 1998, profesores invitados, pág. 21.

Mas tarde la Ley N° 204/93 “Que modifica el Código Civil y establece la igualdad de los hijos en el Derecho Hereditario”, vino a consagrar la igualdad de los hijos en el derecho hereditario.

En el mismo orden de ideas el Código Civil consagra el derecho de los hijos a ser reconocidos por sus padres, como también otorga acción para impugnar y contestar la filiación.

El Código de la Niñez y la Adolescencia bajo el titulo de Derecho a la Identidad consagra el derecho de todo niño y adolescente a un nombre; a conocer y permanecer con sus padres, como también a promover ante los órganos jurisdiccionales las investigaciones que sobre sus orígenes estimen necesarias.

7.2. EL PRINCIPIO DEL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Esta es una pauta que debe ser tenida en cuenta de manera ineludible tanto por jueces y funcionarios, cuando se enfrentan con la alternativa de brindar una solución a un conflicto en que se encuentra involucrado un niño o un adolescente.

En términos generales, puede considerárselo como un principio de interpretación y aplicación de la ley el cual es de obligatorio cumplimiento por la familia, la sociedad y el Estado en la toma de decisiones concernientes a los niños y adolescentes, y que a su vez está dirigido a asegurar el desarrollo integral de los mismos, así como el disfrute pleno y efectivo de sus derechos y garantías. Hemos opinado en otra oportunidad que como derivación de esta obligatoriedad, los jueces y funcionario en sus pronunciamientos deben determinar claramente, en cada caso, cual es el concreto interés superior en juego. En el caso de la filiación, en sentido amplio, ese interés superior encuadra dentro de ese mismo criterio ya que la solución que se adopte debe tener una especial consideración del derecho del niño a su identidad.

Entendemos que el principio del interés superior del niño se concreta al conocer su propia génesis, su procedencia, quienes lo han engendrado, por lo que la valla puesta en el camino de acceso a esa verdad (defensa procesal previa a la discusión del fondo del hecho controvertido) atenta contra ese interés que se traduce en una directa vulneración del derecho fundamental de conocer de forma plena su verdadera identidad.

Fallos de la naturaleza que analizamos contradicen esta búsqueda por no recurrir a los principios que informan a los derechos humanos en general, y a los derechos de los niños en particular.

En la averiguación de la verdad biológica, no solo están en juego intereses privados sino también un interés público, como lo es el estado de las personas. Existe una responsabilidad social de garantizar al niño el derecho a conocer su origen; es decir, que la justicia no aspira exclusivamente a llegar a una verdad judicial, de acuerdo con las pruebas aportadas por los litigantes, sino que va mas allá al buscar la verdad objetiva: la existencia o no de nexo filial.¹³

Por ello, en atención a los intereses en juego, el juez debió conducirse con la mejor hermenéutica y a la luz de los principios constitucionales habilitar un análisis del fondo de la litis, y no buscar auxilio a un recurso formal, “*falta de legitimación activa de la mujer por un nexo matrimonial preexistente*” y hacer operar la regla del artículo 225 del C.C., a pesar de reconocer el derecho de la niña a la investigación de la paternidad dispuesta en la Constitución (Art. 53).

Este reconocimiento fue lírico dado que con activismo judicial, hubiera tutelado el derecho de identidad de la niña, pues como expresara Bidart Campos: *por encima de la ley está la Constitución*. Así también se cumplía con el compromiso asumido por los Estados Partes de adoptar todas las medidas administrativas legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en su artículo cuatro, en concordancia con el artículo ocho, que dispone: Cuando un niño sea privado ilegalmente de alguno de los elementos de su identidad o de todos ellos, Los Estados Partes deberán prestar asistencia y protección apropiadas con miras a restablecer rápidamente su identidad.

Para finalizar, señalamos que la incorporación de los tratados internacionales a nuestro sistema jurídico, significó un avance y nuevos compromisos por parte del Estado paraguayo en los asuntos de la niñez.

Las herramientas brindadas son apropiadas y útiles, que nos obligan a contaminar las normas desfasadas, a sus principios y directrices cuando existe conflictos entre los derechos e intereses del niño, frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, haciendo prevalecer las primeras.

¹³ CNCiv., Sala D, 18/04/96, ED, 170-105

“EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”
COMENTARIOS AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

No es posible ignorar que el incumplimiento de la obligación asumida puede generar responsabilidad para nuestro Estado.

Todo lo expuesto nos conduce a la firme convicción y conclusión, que no encontramos razones válidas para que la niña esté privada de su verdadera filiación por una discriminación sexista.

Como reflexión última, transcribimos parte de la resolución de la Suprema Corte de Mendoza publicada en *El Derecho*, Tomo 167, Pág. 296, que dice: “...*El acto de quien pone un hijo en el mundo y luego niega a su reconocimiento hiere los sentimientos mas profundos que adornan al ser humano...*”

EL DERECHO A LA RECLAMACION DE LA VERDADERA FILIACION vs. DISCRIMINACION SEXISTA.	35
1. Normativa constitucional y tratados internacionales de Derechos Humanos.	35
2. Antecedentes.	36
3. Preliminar	36
4. Una discriminación sexista, afecta la igualdad ante la ley.....	39
5. Legitimación procesal.	40
6. Acceso a la justicia.	42
7. El establecimiento de la filiación real y el principio del interés superior del niño.....	44
7.1. Derecho privado interno	44
7.2. El principio del interés superior del niño.....	45

EL ROL DEL DEFENSOR DEL NIÑO Y
DEL ADOLESCENTE INTERPRETADO
A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS
SUSTENTADOS POR LA DOCTRINA
DE LA PROTECCION INTEGRAL

Por María Teresa Garcete

EL ROL DEL DEFENSOR DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE INTERPRETADO A LA LUZ DE LOS PRINCIPIOS SUSTENTADOS POR LA DOCTRINA DE LA PROTECCION INTEGRAL

Por María Teresa Garcete

1. INTRODUCCION

Debemos partir obligatoriamente del instrumento internacional que cambió sustancialmente la percepción que a nivel mundial predominaba con relación a la infancia. Nos referimos a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, instrumento internacional que después de diez años de arduo trabajo de muchas organizaciones, fue aprobado por unanimidad por la Asamblea General de la Naciones Unidas el 20 de noviembre del año 1.989.

La Convención de las Naciones Unidas es el tratado de Derechos Humanos más ratificado por los países del mundo, y hasta la fecha solamente EE.UU. no lo ratificó. Con su aprobación se instala un nuevo paradigma en el sector niñez, “La Doctrina de la Protección Integral”, reemplazando a la “Doctrina de la Situación Irregular”, que inspiró a todas las legislaciones anteriores a la Convención.

Haciendo un poco de historia podemos sostener que el paradigma de la Situación Irregular constituyó una doctrina de negación de los derechos fundamentales de una parte de la población infantil; los discriminados, los excluidos, los abandonados. Esta Doctrina sustentó la intervención ilimitada y arbitraria del Estado sobre el sector más vulnerable de la población infantil, permitiendo verdaderos abusos con relación a sus derechos esenciales.

Amparados en esta Doctrina los operadores del derecho disponían sobre los menores, internaciones ilimitadas en el tiempo. Igualmente en los procesos que afectaban a los niños, estos no eran oídos y el Juez resolvía el destino de los menores sin tener en cuenta la voluntad de los mismos. Se criminalizaba la pobreza, los menores cuyos padres no contaban con los recursos económicos suficientes

para criarlos y educarlos, eran declarados en estado de abandono, material o moral.

Durante su vigencia, los menores que cometían un delito no eran sometidos a un debido proceso, el Juez resolvía en forma arbitraria y en la mayoría de los casos imponía penas privativas de libertad, incluso cuando el menor era declarado inocente. **El menor que cometía un delito no tenía derecho a la defensa por lo tanto la figura del defensor técnico no se encontraba contemplada en las legislaciones y los menores que eran considerados en estado de abandono o de peligro no tenían un representante dentro del proceso que les garantice el cumplimiento de sus derechos.**

El fracaso de la Doctrina de la Situación Irregular en la solución de los problemas que afectaban a la infancia, además de las constantes vulneraciones de derechos que causaban a los llamados menores, su aplicación produjo importantes movimientos para la reforma de las leyes inspiradas en esta Doctrina y como resultado de estas acciones, el 20 de noviembre de 1.989 se aprobó la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, inspirada en la “Doctrina de la Protección Integral”.

Este nuevo paradigma concibe al niño como un “sujeto de derechos” que deben ser plenamente garantizados por la familia, la sociedad y el estado. El niño es titular de una serie de derechos como el acceso a una educación universal y gratuita, a la salud, a tener un nombre, a ser oído, a no ser separado de su familia, derechos que para la Doctrina de la Situación irregular constituían necesidades o carencias.

El experto de UNICEF, Miguel Cillero Bruñol con relación a la Convención destaca lo siguiente, “La Convención sobre los Derechos del Niño, a diferencia de la tradición jurídica y social imperante en muchos países hasta antes de su aprobación, no define a las niñas y niños por sus necesidades o por sus carencias, por lo que les falta para ser adultos o lo que le impide su desarrollo. Por el contrario, al niño se le considera y define según sus atributos y sus derechos ante el estado, la familia y la sociedad”.¹

Este nuevo paradigma sustentado por la Convención de los derechos del Niño produjo un profundo movimiento legislativo en toda Latinoamérica. Surgen las llamadas leyes de segunda generación, llamadas así por estar inspiradas en esta nueva doctrina. Así tenemos

¹ www.parlamento.gub.uy/repartido/Accesso

que Colombia unos días después de la aprobación de la Convención aprobó por decreto 2737 del 27 de noviembre de 1.989 un nuevo Código del Menor.

En el Brasil por Ley Federal 8069 del 13 de julio del año 1.990 se aprobó el Estatuto del Niño y el Adolescente. Le siguieron, por orden cronológico, en 1992, el **Código del Menor de Perú**; en 1993, el **Código de la Familia de El Salvador**, que dice inspirarse en la Convención, aunque no contempla al niño como sujeto de derechos individuales sino como parte de la familia; en 1994, la **Ley del Menor Infractor de El Salvador**; en 1996, la **Ley de Responsabilidad Penal Juvenil de Costa Rica**; en 1996, el **Código de la Niñez y la Adolescencia de Honduras**.

El proceso ha continuado estos años con el Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua (1998), la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de Venezuela (1999), el Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia (1999), la Ley 40 de Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia de Panamá (1999), la Ley Federal para la Protección de los Derechos Niños, Niñas y Adolescentes de México (2000), la Ley de Protección Integral de la Niñez y la Adolescencia de Guatemala (2003), el Código de la Niñez y la Adolescencia de Ecuador (2003), el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes de República Dominicana (2003) y el Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay (2004)².

En el Paraguay también se dieron cambios legislativos muy importantes adecuándose de esta manera nuestro ordenamiento jurídico al nuevo paradigma sustentado por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. En nuestro país el mismo año de la aprobación de la Convención se produjo el golpe de estado encabezado por el Gral. Andrés Rodríguez y que puso fin a una larga dictadura de treinta años, bajo el gobierno del Gral. Alfredo Stroessner. Durante el tiempo que duró la dictadura los derechos humanos fueron constantemente atropellados incluso en el sector infancia.

Se constituyó un gobierno de transición a la Democracia y en este nuevo ambiente de libertad y de respeto a los Derechos Humanos diversos sectores de la sociedad y organizaciones de Derechos Humanos se movilizaron para el cambio de leyes vigentes no acordes con los nuevos principios democráticos. En el sector niñez el primer acontecimiento que da inicio a un proceso de cambios legislativos es la

² www.EmilioGarcíaMendez.Unicef15latin.Indd – 5

Ley 57/90 que ratifica la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Otro acontecimiento muy importante en el ámbito legislativo en nuestro país fue la sanción de la Constitución Nacional del Paraguay en el año 1.992. Un avance muy importante en el sector niñez fue la incorporación en nuestra Carta Magna del nuevo paradigma. La Constitución Nacional en su artículo 54 establece que “La familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos, protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación”.

Siguiendo con las reformas legislativas, debido a las graves irregularidades que se estaban denunciando con relación a la Adopciones Internacionales y, por no contar nuestro país con una Ley que conforme a los nuevos lineamientos propuestos por la Convención regule ésta institución, por Ley 1.136/97 se promulga la Ley de Adopciones.

Si bien en nuestro país ya se inició todo un proceso de cambios muy importantes, seguía vigente un Código del Menor, cuyas disposiciones se encontraban inspiradas en la Doctrina de la Situación Irregular, la Ley 903/89. Se hacía necesaria la elaboración de un nuevo cuerpo normativo que siga los lineamientos consagrados en la Convención por los Derechos del Niño. Diversas organizaciones no gubernamentales que trabajaban en la infancia, con participación de organizaciones gubernamentales impulsaron la redacción de un nuevo Código para la Infancia.

Es así que por Ley 1.680 del año 2.001 entró en vigencia el Código de la Niñez y Adolescencia. En su Artículo primero expresa que “el Código establece y regula los derechos, garantías y deberes del niño y del adolescente, conforme a lo dispuesto en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, los instrumentos internacionales sobre la protección de los derechos humanos aprobados y ratificados por el Paraguay, y las leyes”. Con su promulgación podemos afirmar que el Paraguay hoy cuenta con todo un sistema legislativo altamente garantista de los derechos del niño.

En el marco de los Derechos y garantías consagrados y regulados en el Código de la Niñez y Adolescencia una innovación muy importante que encontramos en el citado ordenamiento legal es la incorporación de la **Defensoría Especializada**. El Defensor de la Niñez y de la Adolescencia adquiere un rol protagónico en la jurisdicción

especializada, su intervención es esencial en los procesos jurisdiccionales a fin de precautelar y garantizar a todo niño/a y adolescente el cumplimiento efectivo de los derechos consagrados en el mismo código, en la Constitución Nacional, en la Convención sobre los Derechos del Niño, los instrumentos internacionales sobre la protección de los derechos humanos y las leyes.

2. ANTECEDENTES HISTORICOS DE LA DEFENSORIA ESPECIALIZADA.

Para conocer los antecedentes históricos de la figura del defensor del niño debemos remitirnos a los antecedentes del instituto del “Ombudsman” o “Defensor del Pueblo”, debido a que el Defensor del Niño tiene su origen en la figura del ombudsman, sería un ombudsman de la niñez. Las dos figuras guardan similitud en que ambas defienden y garantizan derechos humanos e impulsan los reclamos tendientes a la restitución de los derechos vulnerados, la diferencia estaría en que el defensor del pueblo defiende derechos individuales de todos los ciudadanos mientras que al Defensor del Niño le compete la defensa de los derechos humanos del sector infancia.

Los orígenes o antecedentes históricos más remotos de la figura del ombudsman o Defensor del Pueblo los encontramos en la vieja República Romana y consistía en una institución para la protección y defensa de los Derechos fundamentales. Al caer la Monarquía y surgir la República se hace más palpable la división entre clases sociales (patricias y plebeyas). La lucha de los plebeyos por lograr una igualdad social o acceder a mejores condiciones de vida los lleva a tomar la decisión de salir de Roma, retirándose al monte Aventino, logrando que los Patricios hagan una importante concesión: Se les permite elegir dos Magistrados plebeyos que los representen y velen por sus intereses siendo estos los Tribuni Plebis³.

La figura del ombudsman tiene sus orígenes más modernos en Suecia en el siglo XVI, con el llamado Presbote de la Corona, cuya función principal era vigilar la administración de Justicia en el Reino, debiendo informar al Rey las irregularidades que encontraba. En el año 1.809 Suecia incorporó la figura del “Justitie Ombudsman” en su Constitución. Su función era la de vigilar y inspeccionar la

3 <http://defensor.pueblo.blogspot.com/2.007/03/antecedentes-históricos-del-ombudsma>

administración, hacer respetar los derechos y libertades de los ciudadanos y admitir sus reclamaciones.

Sin duda la Constitucionalización de la figura del Ombudsman en Suecia marcó el comienzo de esta institución de trascendental importancia para el fortalecimiento de las democracias de los países del mundo. De Suecia ésta Institución se difundió a todos los países nórdicos, institutos similares fueron instituyéndose en Europa, luego a otros países del mundo y hace pocas décadas, a Iberoamérica. En Iberoamérica, se difundió este órgano con su incorporación en la Constitución de Portugal de 1.976, en la de España de 1.978 y en la de Guatemala de 1.985.

Se conoce al Ombudsman o Defensor del Pueblo como una Institución independiente para la Defensa de los Derechos Humanos y podemos definirlo de la siguiente manera: “Cargo establecido por la Constitución por el Cuerpo Legislativo o por el Parlamento encabezado por un funcionario Público independiente, de alto nivel, responsable ante el cuerpo legislativo o el Parlamento, y que recibe quejas de personas agraviadas, contra agencias Gubernamentales, funcionarios y empleados o que actúa por iniciativa propia y que tiene el poder de investigar, recomendar la toma de acciones correctivas y de presentar informes”⁴.

Con el tiempo surgió la necesidad de que exista un ombudsman o Defensor especializado en la Defensa de los Derechos Humanos de la Infancia, y así se crearon “Los Defensores del Niño”. El primer Defensor Especializado de los Derechos de los Niños fue establecido en Noruega en el año 1981. Los países han adoptado distintos Sistemas, en algunos de ellos la Defensoría de la Niñez es una Institución independiente creada para proteger los Derechos e Intereses de los niños, y en otros dentro de la Institución de la Defensoría de los Derechos Humanos funciona una oficina específica para la Defensa de los Derechos del niño.

¿Por qué se pensó en la creación en la creación de un Defensor para la Niñez?

- a) Los niños son un grupo particularmente vulnerable: son vulnerables a las violaciones de los Derechos Humanos y son dependientes de los adultos.

⁴ www.crin.org/espanol/gmi/defensoria.asp

b) Los niños no tienen poder político: no tienen derecho al voto y no tienen acceso a grupos de presión que puedan influenciar las prioridades del gobierno.

c) Los niños tienen un acceso muy limitado a los mecanismos de presentación de quejas, a los sistemas legales y a los Tribunales⁵.

Con relación a posición vulnerable en la que se encuentran los niños podemos mencionar que en muchas sociedades persiste la idea tradicional de que los niños son propiedad de sus padres, y la actuación del Estado en su Defensa se interpreta como una intrusión en los Derechos de los Padres. La idea de que los niños tienen Derechos propios y que sus intereses pueden diferir de los de sus padres puede ser difícil de aceptar⁶.

En nuestro País hasta antes de la vigencia del Código de la Niñez y Adolescencia no existía esta Institución independiente Especializada en la Defensa de los Derechos Humanos de los Niños. La Institución de la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia fue incorporada en la Ley 1680/01, en el libro 4º, capítulo II, artículo 162 “Crease la Defensoría de la Niñez y Adolescencia dependiente del Ministerio de la Defensa Pública”. En el mismo Capítulo II, de los Artículos 163 y 164 se establecen las funciones y atribuciones de la Defensoría Especializada.

3.ANTECEDENTES DE LA DEFENSORIA ESPECIALIZADA EN LA CONVENCION INTERNACIONAL POR LOS DERECHOS DEL NIÑO.

Haciendo un análisis de los distintos artículos que componen la Convención Internacional sobre los derechos del niño, las disposiciones de este instrumento internacional no hacen referencia a un órgano específico que se encargue de velar por los derechos del niño y del adolescente en los juicios que los afecten y asumir su representación.

Si bien el artículo 40 de la Convención menciona una “asistencia jurídica”, esta disposición guarda relación solamente con el niño que ha infringido las leyes penales. El citado artículo dispone lo siguiente: “.....b) Que todo niño al que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente II) Que será informado sin demora y

⁵ www.crin.org/espanol/gmi/defensoria.asp

⁶ www.crin.org/docs/Innocenti-digest1.pdf

directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que **dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa**”

Igualmente el artículo 37 de la Convención Internacional sobre los derechos del niño hace referencia a la “asistencia jurídica”. El citado artículo dispone lo siguiente: **“Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada**, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y una pronta decisión sobre dicha acción”. La redacción del citado artículo nos lleva a interpretar prima facie que el mismo es aplicable solo a los procesos penales.

Pero si interpretamos el artículo 37 de la Convención en concordancia con la regla 11 “b” de las Reglas de las Naciones Unidas para los Menores Privados de su libertad, la privación de libertad también se refiere al niño que se encuentra privado de su medio familiar como medida cautelar, por lo que la asistencia jurídica de la que habla la Convención, se podría aplicar al niño que comete una infracción penal como al niño que se encuentra en un establecimiento del cual no se le permita salir por su propia voluntad.

En la regla 11 “b” de las Reglas de las Naciones Unidas se enuncia lo siguiente” 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 judicial, administrativa u otra autoridad pública”.

Otro artículo de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño que hace alusión a un “representante del niño” es el Artículo 12 el cual regula el derecho del niño a ser oído en todos los asuntos que le afectan. En el numeral 2 del citado artículo leemos lo siguiente “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”.

Si bien la figura del Defensor del Niño no se encuentra prevista en forma clara en la Convención, la incorporación de la Defensoría Especializada en el ordenamiento jurídico de los Estados Partes representaría el cumplimiento del compromiso asumido en el Art. 4 de

la Convención el cual establece “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, LEGISLATIVAS y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”. Partiendo de la funciones del Defensor del Niño y del Adolescente, el cumplimiento de los derechos del niño reconocidos en la Convención, estaría plenamente garantizado con la intervención del Defensor del Niño dentro de todo proceso judicial, substanciado en la Jurisdicción Especializada.

Debemos mencionar igualmente al Comité de los Derechos del Niño creado por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño y que tiene por finalidad conforme a lo dispuesto en el artículo 43.1 “examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las Obligaciones contraídas por los Estados Partes”. Estos últimos conforme a lo dispuesto en el Artículo 44.1 de la Convención se comprometen a presentar al Comité, por conducto del Secretario General de las Naciones Unidas informe sobre las Medidas que hayan Adoptado para dar efecto a los Derechos reconocidos en la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos.

Los informes presentados permiten al Comité conocer el grado de Aplicación efectiva de la Convención por los Estados Partes. El Comité conforme a lo dispuesto en el Art. 45 d) podrá formular sugerencias y recomendaciones generales basadas en la información recibida.

Este Comité para los Derechos del Niño ha destacado de modo consistente el papel vital que tienen los defensores del niño en el seguimiento, promoción y protección de sus derechos. También ha alentado a los Estados partes, signatarios de la Convención a que fomenten la creación de instituciones independientes para la defensa de los derechos del niño. Estas Instituciones deberían recibir un amplio mandato establecido por ley, funciones específicas, así como poderes y obligaciones en relación a los niños y sus derechos, de acuerdo a la Convención⁷.

⁷ www.crin.org/espanol/gmi/defensoria.asp

4. SITUACIÓN DEL DEFENSOR DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE DENTRO DEL PROCESO. DEFENSORIA ESPECIALIZADA Y LOS AUXILIARES ESPECIALIZADOS.

Con relación a este tema nos preguntamos qué posición ocupa el Defensor del Niño y del Adolescente dentro de un proceso en la jurisdicción especializada. La respuesta a esta interrogante la encontramos en varias disposiciones del C.N.yA., por cuanto que, partiendo de las mismas podemos llegar a las siguientes conclusiones:

En primer lugar podemos afirmar que el Defensor del Niño no es un auxiliar especializado de la justicia de la Niñez y la Adolescencia. No debemos confundir al Defensor del Niño con los auxiliares especializados de la Justicia, quienes se encuentran en una relación de subordinación con los operadores del Derecho y no son partes dentro del proceso. La función del auxiliar especializado es la de asesorar a la Justicia de la Niñez y de la Adolescencia en determinadas cuestiones que requieren de conocimientos científicos o técnicos especiales. El Código de la Niñez y de la Adolescencia en el Artículo 165 regula con relación a los Auxiliares especializados disponiendo lo siguiente “Los Auxiliares especializados serán profesionales: médicos, pedagogos, psicólogos, sociólogos y trabajadores sociales, entre otros, que conformarán un equipo multidisciplinario con la finalidad de asesorar a la Justicia de la Niñez y la Adolescencia”.

Nos preguntamos si el citado artículo al señalar “justicia de la Niñez y la Adolescencia” se refiere solamente a los Juzgados y Tribunales, pues si fuese así solo éstos tendrían atribuciones para comisionar a los auxiliares especializados. A fin de interpretar la cuestión planteada nos remitimos al Artículo 158 del Código de la Niñez y de la Adolescencia que regula con relación a la composición de la Justicia de la Niñez y la Adolescencia, mencionando que la “Justicia de la Niñez y la Adolescencia” se compone por la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales, juzgados y la defensoría especializados creados por esta ley.....”.

Del citado artículo se desprende que la defensoría especializada es parte de la Justicia de la Niñez y la Adolescencia por cuanto que es atribución del defensor del niño, requerir el asesoramiento en una determinada cuestión que afecta al mismo, al auxiliar especializado, pudiendo comisionarle para el efecto. El mismo artículo 166 que regula con relación a las atribuciones de los auxiliares especializados dispone “Serán atribuciones de los auxiliares especializados a) emitir los informe escritos verbales que le requiera el tribunal, el juez o el

defensor. Igualmente el artículo 164 que regula con relación a las atribuciones del Defensor del Niño dispone entre sus facultades “requerir el concurso de los auxiliares especializados”. Podemos concluir este punto expresando que el Defensor no es un auxiliar de la Justicia sino es parte de la Justicia de la Niñez y de la Adolescencia y en tal condición tiene la atribución de “requerir a los auxiliares especializados su apoyo cuando sea necesario, en el ejercicio de sus funciones”

En segundo lugar podemos afirmar que el Defensor del Niño es un litigante dentro del proceso. El Artículo 162 del C.N.y A., en el segundo párrafo dispone con relación a la Defensoría de la Niñez y de la Adolescencia “**Será parte** esencial y legítima en los juicios de patria potestad, tutela y de adopción. En los demás procesos judiciales en que hubiese que precautelar intereses del niño o adolescente deberá intervenir cuando éste no tuviese defensor particular”. Que igualmente el Artículo 168 que regula “DE LAS PARTES EN EL PROCEDIMIENTO” dispone “Serán **partes** en el procedimiento el niño o adolescente, sus padres, los tutores, LOS DEFENSORES, y el Ministerio Público, en los casos en que así lo establezcan las leyes respectivas, sin perjuicio de los casos de adopción, pérdida de patria potestad y maltrato, en los que los Defensores y el Ministerio Público tendrán necesaria intervención”.

El Excmo. Tribunal de Apelación de la Niñez y Adolescencia ha sentado jurisprudencia con relación al tema planteado, en el A.I.N.º 301 de fecha 27 de septiembre del 2.002. A continuación pasamos a transcribir parte de la resolución mencionada.

OPINION DEL DR. SILVIO RODRIGUEZ

“.....Sin embargo, en mi opinión, lo que en realidad define la cuestión es que el funcionamiento de la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia tiene que **ser autónomo y no dependiente** de instrucciones o comisiones que puedan tener su origen en decisiones de los Juzgados. El Art. 163 del C.N.yA ., que hace referencia a las funciones del Defensor de la Niñez y la Adolescencia, no da lugar u otro tipo de inferencia. En otros términos, al margen de la Acordada N° 85/98, en la cual se reglamenta el funcionamiento de la Defensa Pública en lo atinente a la Niñez y la Adolescencia, no puede perderse de vista que el Defensor del Niño, desde la óptica del tecnicismo procesal, es un **litigante dentro del proceso** en que le toca intervenir y, por lógica consecuencia, con la atribución de cuestionar las decisiones judiciales e interponer contra las mismas los recursos previstos para el

efecto (Art. 170 In Fine del C.N.yA.). Entonces, resulta a todas luces contradictorias que, por un lado se le reconozca legalmente al Defensor del Niño el carácter antes mencionado y, por otro, que al mismo tiempo esté en relación de dependencia con respecto al Juzgado, tal como al parecer lo entendió la A-quo al dictar la cuestionada providencia. Naturalmente, si la Defensoría no cumple el rol que le corresponde, será ya un problema de Defensores o Defensoras y que en principio, debe reconocerse, es ajena al Juez como director del cualquier tipo de proceso”.

“En este sentido, la labor del Juzgado es la de conocer y resolver los casos sometidos a su consideración y no la de actuar como investigador de hechos, posibilidad que se tenía durante la vigencia del Código del Menor, pero absolutamente inadmisibles desde que entró a regir el C.N.yA., cuerpo legal en el que el rol del Juzgado no comprende el abordaje y mucho menos la solución de problemas sociales”.

OPINION DEL DR. ARNALDO SAMUEL AGUIRRE

“...El Libro Cuarto de la Ley 1.680/01 crea la jurisdicción especializada de la Niñez y la Adolescencia, fijando su composición en el Art. 158 en este orden: Corte Suprema de Justicia, Tribunales, Juzgados, la Defensoría especializada y sus auxiliares. Aunque la ley no menciona a la Fiscalía, implícitamente también la integra ya que es parte esencial para ciertos juicios. En dicho Libro, se reglamenta la competencia de los Tribunales y Juzgados (Arts. 160 y 161). Asimismo, a continuación se ocupa de crear la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia, dependiente del Ministerio de la Defensa Pública, fijando de manera expresa sus funciones y las atribuciones del Defensor, para concluir determinando quienes son los auxiliares especializados que conformarán un equipo multidisciplinario con la finalidad de asesorar a la justicia de la Niñez y la Adolescencia”.

“Leyendo detenidamente lo que respecta a la competencia del Juzgado, las funciones y atribuciones del Defensor de la Niñez y de la Adolescencia, es imposible concebir que el Defensor tenga una relación de subordinación o dependencia con respecto al Juzgado o Tribunal, sin perjuicio que, como cualquier otro litigante, ya que es parte en el procedimiento, observar las reglas de conducta establecidas en la Ley ritual. No existiendo esta subordinación, no se justifica en absoluto que el Juzgado disponga comisiones al Defensor sin que la Ley lo sustente. Sin embargo, el Juzgado tiene la plena autoridad para ordenar **la intervención en las cuestiones controvertidas a los**

auxiliares de la Justicia, puesto que dentro de las atribuciones de estos últimos, la Ley fija un deber de asistencia al Juzgador o Juzgadora (Art 166)”.

OPINION DE LA DRA. ALICIA PUCHETA DE CORREA

“La Defensora de la Niñez y la Adolescencia del Sexto Turno María Teresa Garcete de Sosa interpuso recurso de apelación contra la providencia de fecha 14-06-02, en la parte que copiada dice: “Comisiónese a la Defensora interviniente en autos, Dra. María Teresa Garcete de Sosa para que se constituya acompañada de una Asistente Social Lic. María Nilda Quintana en las calles Rodríguez de Francia c/ Perú y Paí Pérez a fin de verificar los hechos denunciados y constatar la veracidad de los mismos. En caso de que el hecho en cuestión se encontrare en situación de riesgo o lo encontrare en estado de salud grave o de desnutrición como se menciona en la denuncia, la citada Defensora procederá a realizar una inmediata inspección médica del niño en la Cátedra de Pediatría del Hospital de Clínicas, otorgándole comisión suficiente para el efecto quienes deberán dar la correspondiente asistencia de conformidad a lo dispuesto en el Art. 13 In Fine del C.N.A. y de tales efectos, ofíciense”.

“Conviene precisar que la Defensa Pública integra la jurisdicción especializada al igual que los Juzgados y Tribunales y los auxiliares especializados. Consecuentemente posee atribuciones y funciones que no deben ser confundidas con las que prestan los auxiliares especializados que constituye el equipo asesor de la justicia como los profesionales médicos, pedagogos, psicólogos, sociólogos y trabajadores sociales, entre otros, que conforman un equipo multidisciplinario, quienes como peritos: a) emiten los informes escritos o verbales que le requiere el Tribunal, el Juez o el Defensor, b) realizan el seguimiento de las medidas ordenadas por el Juez emitiendo el dictamen técnico para la evaluación correspondiente, así como las recomendaciones para la toma de las medidas pertinentes y; las demás señaladas por el C.N.A. por ende, repito el Defensor de la Niñez y Adolescencia posee funciones y atribuciones de competencia, distintas de los peritos que son auxiliares, de los jueces y tribunales y no de las partes”.

“El Defensor de la Niñez y Adolescencia posee las siguientes funciones y competencias: a) Como denunciante, por imperio de los artículos 5 y 163 inc. “a” del C.N.yA A.; b) Como parte esencial y legítima en los casos determinados en el Art. 162, segundo párrafo y 168

del C.N. y A. c) Como defensor técnico del niño o del adolescente cuando este no tuviera defensor particular (inc. “b” art. 163) y, d) Vigilar el cumplimiento de los plazos y términos legales en la substanciación, en los casos sometidos a la jurisdicción, y ante la inobservancia reiterada de los juzgados y tribunales, denunciar las transgresiones a la Corte Suprema de Justicia (Art. 163 ítem d).

5. PROBLEMAS SOCIALES. INTERVENCION DEL DEFENSOR DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA.

Podemos conceptualizar **los problemas sociales** en el ámbito de la niñez como aquellas situaciones en las cuales los derechos de un niño o de un adolescente se encuentran en estado de vulnerabilidad, y que por la naturaleza eminentemente social de la problemática, el abordaje a la luz de la Doctrina de la Protección Integral deben articularse desde una instancia social, no jurisdiccional.

Hemos analizado en el presente trabajo el gran avance que tuvo nuestro país en materia legislativa en lo que a infancia se refiere. Sin embargo, las problemáticas sociales que afectan a muchos niños y adolescentes van en aumento cada día. Entre una de las principales causas podemos citar los altos niveles de pobreza que se han registrado en nuestro país en los últimos años, desencadenando situaciones que tienen sus graves consecuencias en el desarrollo integral de los niños y adolescentes.

Entre las problemáticas sociales que más se visibilizan en nuestro país podemos citar las siguientes situaciones: alto crecimiento de la delincuencia juvenil, el elevado índice de niños que viven en las calles desarraigados de su núcleo familiar, el consumo por parte de los niños y adolescentes de bebidas alcohólicas y de la sustancia llamada “cemento o cola de zapatero”, niños trabajadores de la calle y niños utilizados en la mendicidad.

A la luz de la “Doctrina de la Protección Integral” todos los problemas sociales que afectan a la niñez deben tener un abordaje social, no jurisdiccional. Si estas situaciones se judicializan caeríamos nuevamente en prácticas propias de la “Doctrina de la Situación Irregular” según las cuales, además de no dar respuestas integrales a los niños afectados, sus derechos esenciales se verían nuevamente violentados por los operadores de derecho.

Sin embargo, una problemática social puede judicializarse como “última ratio” como veremos más adelante, cuando agotada la

intervención social, los derechos del niño o del adolescente continúan en estado de vulnerabilidad. No debemos olvidar que uno de los principios que propone la Doctrina de la Protección Integral es la desjudicialización de los problemas sociales, es decir que la problemática social debe encontrar respuesta fuera del ámbito jurisdiccional, a través de la implementación de Políticas Públicas bien definidas, planes y programas orientados a un abordaje efectivo de la misma.

Seguidamente procederemos a analizar dos problemáticas sociales que afectan en nuestro país a niños y adolescentes, “La mendicidad de niños” y “El consumo de alcohol”, pudiendo aplicarse las rutas de intervención propuestas en estas problemáticas a otras cuestiones sociales que afectan a la niñez.

5.1. LA MENDICIDAD DE NIÑOS

Podemos decir que un niño utilizado en la mendicidad es aquel que es inducido ya sea por sus padres biológicos, hermanos u otros parientes o por personas extrañas al mismo, a pedir limosna en la vía pública. Estas personas mayores, quienes generalmente no se dedican a otra actividad, obtienen a través de los niños un beneficio económico.

No debemos confundir al niño explotado en la mendicidad con el niño trabajador de la calle. Este último es el que realiza una labor lucrativa en la vía pública y con ello ayuda al sustento de la familia. Sus padres a diferencia del niño utilizado en la mendicidad, se dedican a otras actividades para cubrir mínimamente los gastos del hogar por lo que los hijos se ven obligados a salir fuera de la casa para poder colaborar con el sustento familiar.

Con relación al abordaje de esta problemática siguiendo los lineamientos sostenidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, proponemos dos rutas de intervención:

5.1.1. INTERVENCIÓN SOCIAL

La primera ruta de intervención es la social y solamente agotada la misma y en caso que los derechos de estos niños continúen en estado de vulnerabilidad correspondería una intervención jurisdiccional. Este abordaje social deviene a fin de determinar cuáles son los organismos responsables de restituir los derechos vulnerados, debemos partir del Sistema Nacional de Protección y Promoción

Integral de la Niñez y Adolescencia, dentro del cual podemos distinguir dos niveles: el nivel programático y regulador y el nivel ejecutor o de atención directa.

El nivel programático y regulador se administra desde la **Secretaría de la Niñez y de la Adolescencia y el Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia**. Conforme a lo dispuesto en el Art. 41 del C.N.y A., las funciones de la Secretaría de la Niñez son las siguientes: a) cumplir con las políticas elaboradas por el Sistema; b) poner en ejecución los planes y programas preparados por la Secretaría;.....”. Las funciones del Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia se encuentran reguladas en el Art.43 del C.N.y A. y entre ellas podemos mencionar las siguientes: “formular políticas para la promoción, atención y protección de los derechos del Niño y Adolescente; aprobar y supervisar los planes y programas específicos elaborados por la Secretaría...

El Consejo Nacional de la Niñez y de la Adolescencia está integrado por un representante de: a) la Secretaría Nacional de la Niñez y Adolescencia; b) el Ministerio de Salud Pública y Bienestar Social; c) el Ministerio de Educación y Cultura d) los organismos no gubernamentales de bien público y sin fines de lucro de cobertura nacional; e) Ministerio de Justicia y Trabajo; f) el Ministerio Público g) **el Ministerio de la Defensa Pública**; y h) los Consejos Departamentales. La composición de los órganos del Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia permite que desde la Secretaría de la Niñez y de la Adolescencia se puedan articular acciones con otros organismos del sector público y organizaciones de la sociedad civil.

Debemos destacar que el Consejo de la Niñez Adolescencia está conformado por un representante de la **Defensa Pública**, actualmente el cargo es desempeñado por un Defensor de la Niñez y de la Adolescencia, nombrado por Resolución de la Defensoría General. Dentro de esta ruta de intervención social el Defensor de la Niñez y Adolescencia interviene por ser integrante del Consejo de la Niñez y Adolescencia pero sus funciones se limitan a lo dispuesto en el Art. 43 del C.N.y A.

Dentro del **nivel ejecutor o de atención directa** se encuentran las Consejerías Municipales, por los Derechos del Niño, Niña y Adolescentes. Las atribuciones de las CODENIS están enunciadas en el Art. 50 del C.N.y A. Igualmente el Art. 34 “De las Medidas de Protección y Apoyo”, enuncia las Medidas de Protección y Apoyo que se aplicarán cuando el niño o el adolescente que se encuentre en situaciones que

señalan la necesidad de protección y apoyo, y dispone que las medidas de protección y apoyo serán ordenadas por las CODENIS. Dentro del Nivel ejecutor las CODENIS tanto en la ejecución de los programas de atención directa como en la prevención deben articular acciones con los organismos descentralizados de la administración central (centros de salud, escuelas), organizaciones de niños y adolescentes, grupos vecinales, organizaciones de la sociedad civil, iglesia y otros.

5.1.2. INTERVENCION JURISDICCIONAL: DEFENSOR DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE

Si consideramos la realidad por la cual está atravesando nuestro país y las verdaderas causas de esta problemática, una intervención judicial que tenga por finalidad abordar este problema social, sin antes haber agotado otras instancias no judiciales previstas en la ley, además de ser totalmente contraria a la ley, constituiría un atropello a los derechos del niño, reconocidos por el propio Estado Paraguayo al ratificar la Convención de los Derechos del Niño, exponiéndole a nuestro país a denuncias en el ámbito internacional.

Partiendo del principio de la Doctrina de la Protección Integral los Derechos de éste sector de la población infantil que son utilizados en la mendicidad deben ser restituidos. Si agotada la intervención social los mismos permanecen en estado de vulnerabilidad, corresponderá al Defensor del Niño y del Adolescente asumir la representación del niño afectado e iniciar y judicializar la cuestión promoviendo el juicio de suspensión o pérdida de patria potestad contra los padres.

Como ejemplo podemos mencionar el siguiente: Si los padres biológicos de un niño entran dentro de un programa de ayuda social, se les proporciona una actividad laboral, igualmente se les provee de una guardería para dejar a sus hijos durante el tiempo que trabajan, y de otros beneficios para vivir dignamente, pero a pesar ello, los niños continúan en las calles y sus derechos permanecen vulnerados, correspondería una intervención jurisdiccional.

El Código de la Niñez y la Adolescencia en su Artículo 8 establece “El niño o adolescente tiene derecho a vivir y desarrollarse en su familia, y en caso de falta o insuficiencia de recursos materiales de sus familiares, el derecho a que el Estado los provea. Queda prohibido separar al niño o adolescente de su grupo familiar, o disponer la suspensión o pérdida de la patria potestad invocando la falta o insuficiencia de recursos”.

Del citado artículo se desprende dos situaciones: 1) que la familia de un niño que se encuentra en situación de pobreza debe recibir asistencia económica del Estado y 2) queda prohibido disponer la suspensión o pérdida de patria potestad invocando la falta o insuficiencia de recursos económicos. Pero si la familia ha sido asistida por el Estado a través de un programa de ayuda social, y a pesar de ello sigue exponiendo a su hijo a todos los peligros que conlleva la mendicidad, estos padres no pueden justificar su actuación en la falta de oportunidades ya que los organismos correspondientes le están brindando una ocupación y otras facilidades a fin de que sus hijos no sean expuestos nuevamente a los efectos negativos de la mendicidad.

El Defensor del Niño deberá iniciar la suspensión o pérdida de la patria potestad contra los padres biológicos fundamentando la acción en las causales de suspensión y pérdida de patria establecidas en los Arts.72 y 73 del C.N.y A., Las acciones mencionadas solo podrán ser iniciadas por el Defensor del Niño cuando del análisis de las circunstancias que rodean el caso surge claramente que se han adoptado todas las medidas de protección que resulten necesarias para abordar el problema, por parte de los organismos responsables y que las mismas han fracasado por causas atribuibles únicamente a los padres biológicos.

En el caso que proceda la intervención jurisdiccional el Defensor del Niño y del Adolescente asume la representación del niño y actúa como parte actora dentro del juicio, conforme a lo dispuesto en los Arts. 74, de la Legitimación para accionar, artículo 163 inc. c y 167 segundo párrafo del C.N.y A., de las funciones del Defensor de la Niñez y Adolescencia. Dentro de la intervención judicial es muy importante la intervención del Ministerio Público. Los niños utilizados en la mendicidad son explotados por personas mayores, en muchos casos hasta por personas extrañas al entorno familiar del niño para obtener un lucro económico ilícito. Es muy importante una exhaustiva investigación de los hechos para poder determinar la responsabilidad penal de los adultos que inducen a estos niños a esta actividad. **Pero afirmamos nuevamente que a la luz de la nueva doctrina la intervención jurisdiccional solo corresponde como “última ratio”, una vez agotada la intervención social.**

5.2. CONSUMO DE ALCOHOL EN NIÑOS Y ADOLESCENTES.

El consumo de alcohol es un problema social que afecta nuestro país, a niños y en mayor número a adolescentes, causando en los

consumidores graves problemas en la salud y en la conducta. Consideramos que al igual que la Mendicidad, a la luz de la Doctrina de la Protección Integral, en el abordaje de ésta problemática deben darse dos rutas de intervención, remitiéndonos en este tema a lo propuesto en el punto anterior. Si bien las problemáticas son distintas el abordaje es el mismo, considerando los principios sustentados por el nuevo paradigma, entre los que podemos mencionar “La desjudicialización de los problemas sociales”.

El Código de la Niñez y de la Adolescencia regula el tema planteado en los Arts. 32, 34 y 48.

Art. 32 DE LOS ARTÍCULOS DE VENTA PROHIBIDA. Se prohíbe la venta o suministro al niño o adolescente:

- a) armas, municiones y explosivos;
- b) bebidas alcohólicas, tabaco y otros productos cuyos componentes puedan causar dependencia física o psíquica aun cuando sea por utilización indebida.
- c) fuegos de estampido o de artificio;
- d) revistas y materiales pornográficos;
- e) video juegos clasificados como nocivos para su desarrollo integral; y
- f) Internet libre o filtrado.

Este deberá estar protegido por mecanismos de seguridad cuyo control estará a cargo de la Consejería Municipal por los Derechos del Niño, Niña y Adolescente (CODENI).

Art. 34 DE LAS MEDIDAS DE PROTECCION Y APOYO

Cuando el niño o el adolescente se encuentren en situaciones que señalen la necesidad de protección o apoyo, se aplicarán las siguientes medidas:

La advertencia al padre, a la madre, al tutor o responsable;

- a) La orientación al niño o adolescente y a su grupo familiar;
- b) El acompañamiento temporario al niño o adolescente y a su grupo familiar
- c) La incorporación del niño en un establecimiento de educación escolar básica y la obligación de asistencia

- d) El tratamiento médico y psicológico
- e) En caso de emergencia, la provisión material para el sostenimiento del niño o adolescente
- f) El abrigo
- g) La ubicación del niño o adolescente en una familia sustituta, y
- h) La ubicación del niño o adolescente en un hogar

Las medidas de protección y apoyo señaladas en este artículo pueden ser ordenadas separada o conjuntamente. Además, pueden ser cambiadas o sustituidas, si el bien del niño o adolescente lo requiere.

Las medidas de protección y apoyo serán ordenadas por la Consejería Municipal por los Derechos del Niño, Niña y Adolescente (CODENI). En caso de una medida señalada en los incisos g) al i) de este artículo, la orden requerirá autorización judicial.

6. DE LAS CONSEJERÍAS MUNICIPALES POR LOS DERECHOS DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE

Art. 48 DE SUS FINES

Corresponderá a la Consejería Municipal por los Derecho del Niño, Niña y Adolescente (CODENI) prestar servicio permanente y gratuito de protección, promoción y defensa de los derechos del niño y del adolescente. No tendrá carácter jurisdiccional.

El art. 32, en su última parte establece que la prohibición de la venta de bebidas alcohólicas a niños y adolescentes debe estar protegido por “mecanismos de seguridad”, cuyo control estará a cargo de CODENI. Estos mecanismos de seguridad de los cuales habla el art. 32 deben estar reglamentados a través de una ley o de una ordenanza municipal. Consideramos que una ordenanza municipal es la vía más adecuada para reglamentar la venta o suministro de bebidas alcohólicas a niños y adolescentes, teniendo en cuenta que las CODENIS son oficinas creadas por las Municipalidades conforme lo dispone el Art. 49 del C.N.y A.

Durante la vigencia del Código del Menor Ley 903/81, fue promulgada la ley 1.642/00 QUE PROHIBE LA VENTA DE BEBIDAS ALCOHÓLICAS A MENORES DE EDAD Y PROHIBE SU CONSUMO EN LA VÍA PÚBLICA. Al entrar en vigencia el C.N.y.A., surgió la

interrogante entre los operadores del Derecho y en la misma ciudadanía con relación a la vigencia de la ley citada, teniendo en consideración que las disposiciones que conforman esta ley no se adecuan a los nuevos lineamientos sustentados por el nuevo paradigma, asimismo son contrarias a varias disposiciones del C.N.y A.

Debemos partir de la premisa de que la cuestión del Consumo de alcohol en niños y adolescentes es una problemática social, y por lo tanto la solución de la misma no puede encontrarse en el ámbito jurisdiccional, es decir la respuesta a ésta problemática social no puede surgir de los operadores del Derecho. En el abordaje a ésta problemática debemos partir del Sistema previsto en el C.N.y A el cual hemos analizado anteriormente.

El art. 257 que regula con relación a la derogatoria dispone lo siguiente: Deróganse la Ley N° 903 “Código del Menor”, de fecha 18 de diciembre de 1.981; y las disposiciones de la Sección I Del Trabajo de Menores y del Capítulo II Del Trabajo de Menores y Mujeres de la Ley N° 213 “Código del Trabajo”, de fecha 30 de octubre de 1.993 modificada y ampliada por Ley N° 496 de fecha 22 de agosto de 1.995, en cuanto se opongan al presente Código; **así como cualquier disposición contraria a éste Código.**

Después de un análisis minucioso de las distintas disposiciones que conforman la Ley 1642 podemos concluir que las mismas son contrarias en primer lugar a los principios sustentados por la Doctrina de la Protección Integral”, paradigma en el cual se inspira el Código de la Niñez y la Adolescencia y en segundo lugar podemos, afirmar que sus disposiciones contradicen claramente los enunciados normativos de los arts. 32 que regula el control a cargo de CODENI, 34 De las medidas de Protección y Apoyo y 161 que regula con relación a la competencia del Juzgado de la Niñez y Adolescencia, por lo que concluimos que la citada ley no se encuentra en vigencia actualmente.

En este punto debemos señalar igualmente que La Constitución Nacional del Paraguay incorpora la “Doctrina de la Protección Integral” en su artículo 54 y el Paraguay por Ley 57/90 ratifica la “Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, instrumento internacional inspirado en el paradigma de la “Protección Integral”. El Art. 137 de la Carta Magna dispone que La Ley Suprema de la República que es la Constitución y los tratados, convenios y acuerdos internacionales aprobados y ratificados, en el orden de prelación establecido en el citado artículo están por encima de las leyes dictadas por el Congreso.

7. POSTURA DE LA DEFENSORIA GENERAL CON RELACION A LOS PROBLEMAS SOCIALES QUE AFECTAN A LA NIÑEZ.

En el CAPITULO II de la Defensoría especializada, Art. 162 de la Defensoría de la Niñez y Adolescencia leemos “Créase la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia, dependiente del Ministerio de la Defensa Pública”.

La Acordada 85/98 dictada por la Corte Suprema de Justicia reglamenta y aprueba las funciones de los Miembros del Ministerio de la Defensa Pública (Defensor General y Defensores Adjuntos).

De conformidad al Art. 162 del C.N.y A. y a la Acordada 85/98 de la Corte Suprema de Justicia la Titular de la Defensa Pública, la Defensora General Dra. Noyme Yore, dictó las siguientes resoluciones con relación al control de bebidas alcohólicas a menores de edad:

Resolución N° 185/02. Por la que se delimitan las funciones de las Defensorías de la Niñez y de la Adolescencia ante las intervenciones dispuestas por Orden Judicial en locales de venta de bebidas alcohólicas a menores de edad”. En su parte resolutive establece: “**DISPONER**, que los Defensores de la Niñez y la Adolescencia no participen de las intervenciones judiciales ordenadas con el propósito de controlar la venta de bebidas alcohólicas a menores de edad, en locales de expendio; así como en otras diligencias y actuaciones que no se encuentren expresamente previstas en el Código de la Niñez y la Adolescencia y en la normativa vigente en la materia”.

Resolución N° 107/03, por la cual se amplía el alcance del **Art. 1° de la Resolución N° 185/02, del 6 de agosto de 2.002**, “**POR LA QUE SE DELIMITAN LAS FUNCIONES DE LAS DEFENSORIAS DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA ANTE LAS INTERVENCIONES DISPUESTAS POR ORDEN JUDICIAL EN LOS LOCALES DE VENTA DE BEBIDAS ALCOHOLICAS A MENORES DE EDAD**”. En su parte resolutive establece: “**AMPLIAR**, el alcance del **Art. 1° de la resolución N° 185/02 del 6 de agosto de 2.002**, en los términos siguientes: “**DISPONER** que, los Defensores de la Niñez y la Adolescencia no participen de las intervenciones judiciales y/o fiscales ordenadas con el propósito de controlar la venta de bebidas alcohólicas a menores de edad, en locales de expendio; así como en otros procedimientos preventivos, diligencias y actuaciones que no se encuentren expresamente previstos en el Código de la Niñez y la Adolescencia y en la normativa vigente en la materia”.

Resolución N° 81/08. POR LA CUAL SE DELIMITAN LAS FUNCIONES DE LAS DEFENSORIAS DE LA NIÑEZ Y DE LA ADOLESCENCIA ANTE LAS PROBLEMATICAS SOCIALES QUE AFECTAN A LA POBLACION INFANTO – JUVENIL EN NUESTRO PAÍS. En su parte resolutive establece: “DISPONER”, que los Defensores de la Niñez y Adolescencia no participen de intervenciones realizadas por entidades no jurisdiccionales para el abordaje de cuestiones de índole social (tales como niños y adolescentes desarraigados de su núcleo familiar por adicciones, utilizados para la mendicidad, en situación de calle, involucrados en hechos delictivos, explotados sexualmente, etc.), sin perjuicio de que posteriormente asuman la intervención que les compete, dentro de los procesos jurisdiccionales y en virtud de las prescripciones contenidas en los Arts. 162 y 168 del Código de la Niñez y Adolescencia, representando y garantizando a todo niño y adolescente, sujeto de una causa judicial, el cumplimiento de sus derechos fundamentales”

8. INTERVENCION DE LA DEFENSORIA ESPECIALIZADA EN LOS JUICIOS SUBSTANCIADOS EN LA JURISDICCION ESPECIALIZADA

8.1 INTERVENCIÓN JURISDICCIONAL

El Art. 158 del C.N.y A., menciona con relación a la composición de la Justicia de la Niñez y la Adolescencia, “a la Corte Suprema de Justicia y los Tribunales, Juzgados y la **Defensoría creados por esta Ley**, así como sus auxiliares”.

El Art. 162 del C.N.y A ., Dispone: “Crease la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia, dependiente del Ministerio de la Defensa Pública. Será parte esencial y legítima en los juicios de patria potestad, tutela y de adopción. En los demás procesos judiciales en que hubiese que precautelar intereses del niño o adolescente, deberá intervenir cuando éste no tuviese defensor particular”

De ambas disposiciones legales se desprende que la Defensoría Especializada es una Institución creada por el C.N.y A , y forma parte de la Jurisdicción Especializada, por tanto los Defensores de la Niñez y de la Adolescencia ejercen las funciones y atribuciones que le confieren los Arts. 163 y 164 del C.N. y A., dentro del ámbito jurisdiccional no administrativo.

En varios Países del mundo donde se han creado Instituciones independientes de defensa de los Derechos Humanos de los niños, las

mismas entienden en denuncias o quejas relativas a vulneraciones de Derechos de niños o adolescentes contra acciones o actos administrativos, correspondiendo su intervención siempre que el caso no se encuentre sustanciándose dentro del ámbito Jurisdiccional.

Podemos citar al Defensor Noruego, creado por Ley del Defensor de los Niños de 1981. Este recibió el amplio encargo de “Promover los intereses de los niños frente a las autoridades Públicas y Privadas, y de supervisar el desarrollo de las condiciones en la que crecen los niños. Las únicas restricciones a su actividad se refieren a su intervención en conflictos familiares o temas que ya han sido Juzgados ante un tribunal de Justicia”

Igualmente podemos mencionar a las Instituciones de Tutela de los Derechos del Niño creadas en España. Entre ellas la Institución El adjunto o Defensor del menor Catalán responsable de la Tutela no Jurisdiccional de la Infancia y de la Juventud frente a la actuación administrativa. El adjunto Catalán no puede investigar quejas cuyo objeto se encuentre pendiente de resolución Judicial, pudiendo suspender su actuación si, una vez iniciada, una persona interesada interpone demanda o recurso ante los Tribunales. La misma situación acontece con el Profesor del Pueblo Andaluz, quien no entrará en el examen individual de aquellas quejas sobre las que esté pendiente resolución judicial y lo suspenderá, si iniciada su actuación, se interviniera por persona interesada demanda o recurso ante los Tribunales⁸ (9)

En nuestro País, a diferencia de otros Países del Mundo el Defensor del niño y del Adolescente fue creado por Ley 1680/01 y sus funciones se limitan al ámbito Jurisdiccional. En la Constitución Nacional del Paraguay promulgada en el año 1.992 se creó la Defensoría del Pueblo que tiene entre una de sus funciones la defensa de los derechos humanos y no tiene en ningún caso función judicial ni competencia ejecutiva.

Al Defensor del Pueblo le corresponde la defensa de los derechos humanos de cualquier ciudadano, sin embargo en el ámbito administrativo en nuestro país, no existe una institución independiente de defensa de los derechos humanos especializado en la infancia.

⁸ www.uv.es/reutet/num2/celias1.htm

8.2 INTERVENCIÓN ESENCIAL Y LEGÍTIMA

Partiendo de que las funciones del Defensor del niño y adolescente se limitan al ámbito Jurisdiccional, nos planteamos si su intervención es necesaria en todos los juicios que se substancian en la jurisdicción especializada. Entre los operadores del derecho no hay una unidad de criterios con relación al tema que nos ocupa. En la práctica algunos juzgados de la niñez disponen la intervención de los defensores de la niñez en todos los juicios iniciados, mientras que otros solo dan intervención a la Defensoría Especializada en un número limitado de procesos.

Seguidamente pasamos a analizar las Disposiciones del Código de la Niñez y Adolescencia que hacen relación al tema planteado:

Art. 158 del C.N. y A., de la composición de la Justicia de la Niñez y la Adolescencia.

La Corte Suprema de Justicia y los Tribunales, Juzgados y la Defensoría especializados creados por esta Ley, así como sus auxiliares, entenderán en todas las cuestiones que se relacionen con los derechos del niño y del adolescente.

Según se desprende de la citada disposición legal la Defensoría Especializada como parte integrante de la Justicia de la Niñez y la Adolescencia, entenderá en todas las cuestiones que se relacionen con los derechos del niño y del adolescente. Todos los juicios substanciados en la Jurisdicción Especializada guardan relación con derechos del niño y del adolescente. La disposición legal mencionada no limita los juicios en los cuales la Defensoría tendrá intervención necesaria.

El Art. 162 del C.N. y A., Dispone: “Crease la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia, dependiente del Ministerio de la Defensa Pública. Será parte esencial y legítima en los juicios de patria potestad, tutela y de adopción. En los demás procesos judiciales en que hubiese que precautelar intereses del niño o adolescente, deberá intervenir cuando éste no tuviese defensor particular”.

La mencionada disposición legal dispone que la Defensoría Especializada es parte esencial y legítima en los juicios de Patria Potestad, Tutela y Adopción. Con relación a las Instituciones de la Tutela y la Adopción, la interpretación es clara, el Defensor es parte esencial y legítima en estos juicios.

Con respecto a la Institución de la Patria Potestad, surgen distintas interpretaciones entre los operadores del derecho: Algunos sostienen que la Patria Potestad comprende los juicios de reconocimiento de Filiación y Desconocimiento de Filiación o Impugnación de Filiación, ya que en estos juicios se está discutiendo la atribución del ejercicio de la Patria Potestad a un progenitor (juicio de Reconocimiento de Filiación), o el cese del ejercicio de la Patria Potestad (Juicio de Desconocimiento y de impugnación de Filiación). Otra interpretación que puede darse es que la Patria Potestad se relaciona con el ejercicio de la Patria Potestad conforme a lo dispuesto en los Arts. 70 y 71 del C.N. y A., por lo tanto la intervención del Defensor del Niño y del Adolescente sería esencial en los juicios de alimentos, convivencia, relacionamiento y otros, que guardan relación con el ejercicio de la Patria Potestad. Nos adherimos a la segunda interpretación y consideramos que la Patria Potestad abarca además de los juicios de Reconocimiento, Desconocimiento e Impugnación, los juicios de Convivencia, Régimen de Relacionamiento y otro que guardan relación con la Patria Potestad, conforme a lo dispuesto en los Arts. 70 y 71 del C.N. y A.

En la última parte el citado artículo dispone que el Defensor es parte esencial y legítima en “los demás procesos judiciales en que hubiese que precautelar intereses del niño o adolescente, deberá intervenir cuando éste no tuviese Defensor particular. Al referirse el mencionado artículo a Defensor Particular no queda claro si los padres actúan como Defensores particulares de sus hijos en virtud a lo establecido en el Art. 70 inc. e)” del Código de la Niñez y Adolescencia, el cual establece “representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad y responsabilidad civil”, o el niño necesita de un representante dentro del juicio independientemente a sus padres.

Seguidamente analizaremos un juicio de Asistencia Alimenticia sustanciado ante un Juzgado de la niñez y la Adolescencia y en el cual constatamos que los Derechos de percibir Alimentos y Derechos relacionados al ejercicio de la Patria Potestad de un niño fueron vulnerados por los propios padres biológicos, quienes se encontraban en ejercicio de la Patria Potestad:

EXPEDIENTE CARATULADO: “XX S/ ASISTENCIA ALIMENTICIA”

El Juzgado dictó una Sentencia Definitiva Homologando el acuerdo arribado por los padres con relación a la asistencia alimenticia

de su hija. Posteriormente ambos padres biológicos presentaron ante el Juzgado un Acta de Acuerdo celebrado ante Escribano Público y en el cual los mismos convinieron lo siguiente: “solicitar se declare la Suspensión de la Patria Potestad del padre biológico respecto a su hija menor, declarando las partes que a partir de la firma del acuerdo, la única responsable de la niña será su madre. Asimismo las partes resolvieron solicitar la cesación de asistencia alimenticia dispuesta por Sentencia Definitiva en el mismo juicio.

El Juzgado interviniente considerando el acuerdo al cual han arribado los progenitores con relación a su hija, dispuso en una S.D. el finiquito y archivamiento del juicio. El Defensor del Niño de Turno asumió la representación de la niña y promovió “Acción Autónoma de Nulidad contra la Sentencia Definitiva dictada por la Jueza interviniente en el caso de Alimentos, en el Juzgado de Turno”.

En el escrito de presentación el defensor de la Niñez y de la Adolescencia funda la acción planteada en los siguientes fundamentos: ...“...Los padres biológicos de la niña xx, en virtud a la Patria Potestad que ejercen sobre su hija y conforme al principio de la autonomía de la voluntad pueden establecer acuerdos con relación a cuestiones derivadas de la patria potestad relacionadas con la Asistencia Alimenticia, Régimen de Relacionamiento, Convivencia de su hija xx, siempre que estos acuerdos sean contrarios al orden público”.

En su escrito asimismo manifiesta la parte actora: “El Código de la Niñez y la Adolescencia en su Art. 97 establece la obligación que tienen los padres de proporcionar a sus hijos alimentos suficientes adecuados a su edad. La Constitución Nacional de la República del Paraguay en su art. 53 también establece que los padres tienen la obligación de asistir, de alimentar, de educar y de amparar a sus hijos menores de edad. Tanto la Constitución Nacional, el Código de la Niñez y la Adolescencia son leyes de orden Público y las Convenciones particulares no pueden dejar sin efecto las disposiciones mencionadas en los citados cuerpos legales. El Art. 9 del Código Civil establece: “Los actos jurídicos no pueden dejar sin efecto las Leyes en cuya observancia estén interesados el orden Público o las buenas costumbres. Y el artículo 262 del mismo cuerpo legal establece que la obligación de Alimentos no puede ser objeto de compensación y transacción. El derecho a reclamarlos es irrenunciable e inaccesible. ...”...Los padres biológicos de la niña xx, en un acuerdo privado celebrado entre los mismos ignoraron y vulneraron los derechos de su hija ...”.

Que el Juzgado interviniente resolvió con relación al caso planteado: “Hacer Lugar, parcialmente, a la acción autónoma de nulidad interpuesta por la Defensora de la niñez y la Adolescencia en representación de la niña xx, conforme al alcance y fundamento expuesto en el exordio de la presente resolución, y en consecuencia, DECLARAR NULO el apartado primero de la S.D., que establece disponer el finiquito del presente juicio y su posterior archivamiento”.

El Juzgado fundó su resolución en lo siguiente: “En cuanto al primer punto del acuerdo transcrito precedentemente, es criterio de esta Magistratura que el mismo es nulo, de nulidad absoluta, en razón de que la Patria Potestad es una Institución de orden Público, y en consecuencia no puede ser objeto de Suspensión ni de pérdida por acuerdo de voluntades entre los progenitores. La Patria Potestad se pierde o se Suspende por resolución judicial, cuando se hallan acreditados por las causales previstas por la Ley para la aplicación de la referidas Sanciones. Dichas causales están establecidas en los Artículos 72 y 73 del C.N. y A. El principio de la Autonomía de la voluntad se ve restringido y limitado en las cuestiones de orden público como indudablemente lo es la patria potestad”.

Igualmente el Juzgado interviniente en el considerando de la citada resolución manifestó lo siguiente: “es criterio de esta Magistratura que la parte de la cláusula segunda del acuerdo donde los señores disponen sobre la cesación del juicio de Alimentos a favor de su menor hija también es nula, en razón que en el presente caso la cesación de los Alimentos acordada se asimila a una renuncia a alimentos futuros, lo cual está vedado a las partes en virtud a las claras disposiciones del artículo 262 del Código Civil ...”.

Después de un minucioso análisis del caso presentado, sostenemos que la intervención de la Defensoría Especializada en los juicios substanciados en la Jurisdicción Especializada, es esencial, a fin de precautelar los Derechos del Niño. El niño tiene derecho a tener un representante legal dentro del juicio, independientemente a la representación ejercida por sus padres biológicos en virtud al ejercicio de la patria potestad. La intervención de la Defensoría Especializada constituiría una garantía para el efectivo cumplimiento de todos sus derechos, enunciados en la Convención de los Derechos del niño y en otros instrumentos Internacionales que rigen la materia.

La representación asumida por el defensor del niño y adolescente es al efecto de velar por el fiel cumplimiento de los Derechos del niño o del adolescente al cual representa, en el juicio en

el cual le corresponde intervenir, finalizado el mismo termina la intervención de la Defensoría Especializada. Por lo tanto la representación asumida por el Defensor del niño no se contrapone a la representación de los padres en ejercicio de la patria potestad. El mismo **artículo 163 inc. b)** establece entre una de las funciones del Defensor del niño y adolescente: “representar al niño y adolescente en juicio a pedido de sus padres. Los padres biológicos pueden según el texto del citado artículo recurrir al defensor del niño para que éste asuma la representación de su hijo, sin que pierdan por este motivo la representación legal que le corresponde conforme al ejercicio de la patria potestad que detentan.

El Art. 168 del C.N. y A., de las partes en el procedimiento. “Serán partes en el procedimiento el niño o adolescente, sus padres, los tutores, los defensores y el Ministerio Público, en los casos en que así lo establezcan las leyes respectivas, sin perjuicio de los casos de adopción, pérdida de patria potestad y maltrato, en los que los Defensores y el Ministerio Público tendrán necesaria intervención”. Del texto del mencionado artículo se desprende claramente que los defensores y el Ministerio Público tendrán necesaria intervención en los casos de Adopción; Perdida de la Patria Potestad y Maltrato.

El art. 174 del C.N.y A. regula con relación a la audiencia de sustanciación dentro del procedimiento general en la jurisdicción de la Niñez y la Adolescencia. El citado artículo dispone lo siguiente: “Promovida la demanda el Juez correrá traslado de la misma a la parte demandada por el término de seis días. Contestada la demanda, o transcurrido el plazo para el efecto, el Juez de oficio convocará a las partes a una audiencia de conciliación dentro de los seis días siguientes, bajo apercibimiento de que la incomparecencia de una de las partes, sin causa justificada, no obstará la prosecución del procedimiento. Iniciada la demanda, previamente el Juez procurará avenir a los interesados **en presencia del defensor o del representante del niño o adolescente.**”

El art. 174 del C.N.y A. dispone que una vez contestada la demanda o transcurrido el plazo para el efecto, el Juez de oficio convocará a las partes a una audiencia de conciliación. Para que el Juez pueda procurar una conciliación es necesario que ambos padres biológicos estén presentes, de lo contrario se prosigue con el procedimiento. Pero la norma además de la presencia de los padres biológicos quienes son los representantes legales del niño según lo dispuesto en el art. 71 inc e) C.N.y A requiere la presencia del Defensor o Representante del Niño al disponer “en presencia del defensor o del

representante del niño o adolescente” pues de lo contrario no haría esta salvedad.

Es decir que para el legislador al niño o adolescente dentro de un juicio le corresponde una representación legal independiente a la representación ejercida por los padres biológicos, a través de la figura del Defensor del Niño o Adolescente. Como hemos mencionado anteriormente la representación que asume el Defensor del Niño y el Adolescente dentro de un juicio no se contrapone a la representación legal de los padres y que deriva de la patria potestad. El mismo artículo 163 inc. b) le faculta a los padres a solicitar al defensor del niño y adolescente que este le represente al niño o al adolescente en juicio.

De la interpretación de la citada disposición legal concluimos que la Defensoría Especializada es parte esencial en los juicios que se rigen por el procedimiento general regulado en el TITULO II, CAPITULO I, C.N.y A.

Luego de un análisis exhaustivo de las disposiciones legales contenidas en el C.N.y A. y que regulan la materia podemos concluir que el Defensor del Niño y del Adolescente es parte esencial y legítima en todos los juicios que se substancian en la jurisdicción especializada. Además de los fundamentos ya señalados pasamos a mencionar los siguientes:

a) Orígenes de la institución del Defensor del Niño: La Institución de la Defensoría del Niño tiene sus orígenes en la Institución del ombudsman o Defensor del Pueblo, organismo que tiene por función primordial la Defensa de los derechos humanos de todos los ciudadanos de un País. El Defensor del niño es un ombudsman para la infancia y su creación surgió debido a la necesidad de proporcionarle al niño de una protección especial en sus derechos Humanos fundamentales. En nuestra legislación la competencia del defensor del niño se limita al ámbito jurisdiccional, y en todo proceso sustanciado en la jurisdicción especializada se encuentra involucrado un derecho Humano de un niño o un adolescente, consideramos que la intervención de la defensoría especializada, atendiendo a la razón de su creación, sería esencial en todos los procesos jurisdiccionales.

b) Interpretación Sistémica: En el ámbito de la niñez los operadores del Derecho al aplicar una disposición legal a un caso concreto, no pueden limitarse a una interpretación estricta de la norma jurídica, deben realizar necesariamente

una interpretación extensiva recurriendo a los instrumentos internacionales que rigen la materia, aprobados y ratificados por nuestro País. Especialmente deben ser objeto de una interpretación sistémica aquellas disposiciones legales que por su falta de claridad dan lugar a distintas interpretaciones entre los operadores del derecho, de tal manera a lograr que la respuesta Jurisdiccional sea la más adecuada para el niño o adolescente objeto de un juicio, respetando siempre en la resolución de los casos el Interés Superior del mismo.

La cuestión planteada debe interpretarse partiendo de la Convención Internacional sobre los Derechos del niño, instrumento Internacional de Derechos Humanos que incorpora la Doctrina de la protección integral basada en los principios: Interés Superior del Niño, la no discriminación, la efectividad, la autonomía progresiva y la participación..

PRINCIPIO DEL INTERES SUPERIOR DEL NIÑO:

El Art. 3 de la Convención sobre los Derechos del niño establece: “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”.

Con relación al Interés Superior del niño Miguel Gillero Bruñol nos dice: “Si bien no es posible abordar aquí todas las aristas de este principio, es necesario afirmar que el “Interés Superior del Niño”, no alude, ni puede aludir, más que a la satisfacción de sus derechos fundamentales” . Compartimos con el citado autor en el sentido que el Interés Superior del Niño, “no es más que la satisfacción de sus Derechos fundamentales”, es decir, el efectivo cumplimiento de sus Derechos fundamentales, constituyendo la intervención de la Defensoría Especializada una garantía en el cumplimiento de sus Derechos esenciales dentro del proceso Jurisdiccional.

PRINCIPIO DE LA EFECTIVIDAD DE LOS DERECHOS:

El Art. 4º de la Convención por los Derechos del niño dispone: “Los Estados partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”. Si bien la Convención de los

Derechos del niño, no hace referencia a la obligación de los Estados partes con relación a la creación de una Defensoría Especializada, el art. 4º establece la obligación de los Estados partes de adoptar medidas legislativas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención.

El Paraguay en cumplimiento con la obligación asumida en el Art. 4º de la Convención de los Derechos del Niño aprobó el Código de la Niñez y la Adolescencia, cuerpo legal en el cual se crea la Defensoría Especializada, Institución que tiene como función primordial hacer efectivo los Derechos enunciados en la Convención por los Derechos del Niño, en el ámbito Jurisdiccional.

Podemos mencionar igualmente que el Comité de los Derechos Humanos previsto en el Art. 43 de la Convención por los Derechos del Niño, destaca de modo consistente el papel vital que tienen los Defensores del niño en el seguimiento, promoción y protección de los Derechos del Niño y ha recomendado insistentemente a los Estados Partes la creación de Organismos independientes de Defensa de los Derechos del Niño.

9. FUNCIONES Y ATRIBUCIONES DEL DEFENSOR DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE

El Art. 163 del C.N.y A. regula con relación a las **funciones del Defensor del Niño y del Adolescente**. El citado artículo dispone que serán funciones del Defensor de la Niñez y la Adolescencia:

- a) recibir denuncias de transgresiones a los derechos del niño o adolescente y promover las acciones correspondientes;
- b) representar al niño o adolescente en juicio, a pedido de éste, sus padres, tutores o responsables;
- c) velar por los derechos del niño o adolescente, de oficio o a petición de parte, asumiendo su representación ante las autoridades judiciales y requiriendo las medidas de protección que considere necesarias para el mejor cumplimiento de su cometido; y,
- d) requerir el cumplimiento de los plazos y términos legales en la substanciación de los casos sometidos a la Jurisdicción y ante la inobservancia reiterada de los Juzgados y tribunales, denunciar las trasgresiones a la Corte Suprema de Justicia”.

El art. 164 del C.N.y A. regula con relación a las atribuciones del **Defensor del Niño y del Adolescente**. El citado artículo establece que El Defensor de la Niñez y la Adolescencia está facultado a:

- a) Solicitar informes, peritajes y documentos a las autoridades nacionales, departamentales y municipales, así como requerir inspecciones y otras diligencias necesarias a sus investigaciones;
- b) requerir, por vía del Juzgado, informes y documentos a instituciones privadas o particulares; y
- c) requerir el concurso de los auxiliares especializados; y,
- d) acceder en cualquier momento a locales donde se encuentren niños o adolescentes que requieran su asistencia. Cuando se trate de residencias u oficinas particulares, el acceso requerirá autorización Judicial previa”

9.1. COMENTARIO DEL ART. 163 INC. A

El art. 163 inc a) del C.N.y A. establece como una de las funciones del Defensor del Niño y del Adolescente el de “recibir denuncias de transgresiones a los derechos del niño o adolescente y promover las acciones correspondientes”. Esta función de la Defensoría especializada surge igualmente del Art. 5to. Del C.N.y A el cual dispone “Toda persona que tenga conocimiento de una violación a los derechos y garantías del niño o adolescente debe comunicarla inmediatamente a la Consejería Municipal por los Derechos del Niño, Niña y Adolescente (CODENI) o, en su defecto al Ministerio Público o al **Defensor Público**”.

En cuanto a la obligación de denunciar el art. 5to. dispone en el primer párrafo que “Toda persona que tenga conocimiento de una violación a los derechos y garantías del niño o adolescente deberá comunicarla inmediatamente.....” y el segundo párrafo dispone que “El deber de denunciar incumbe en especial a las personas que en su calidad de trabajadores de la salud, educadores, docentes, o de profesionales de otra especialidad desempeñen tareas de guarda, educación o atención de niños o adolescentes”.

El Prof. Dr. Silvio Rodríguez en su monografía “Análisis del Artículo 5to. Del C.N.y A. “realiza una interesante interpretación del Art. 5to. del C.N.y A. En su obra manifiesta lo siguiente “En principio, como en la preceptiva se emplea la frase “toda persona”, queda fuera

de toda duda que cualquier ciudadano, paraguayo o extranjero, esté o no relacionado con el niño cuyo derecho a sido violado, tiene la obligación de comunicarle a la CODENI, al Ministerio Público o al Defensor Público. Por otra parte, el término debe, implica que no se trata de una simple opción de quien tiene el conocimiento de la violación del derecho. Por el contrario, se trata de una obligación que la Ley impone a cualquier persona. Asimismo, la palabra “comunicarla” no parece que sea la correcta, si no la de “denunciarla”. Desde el punto de vista semántico, quizás puedan interpretarse los vocablos comunicar o denuncia como si fueran sinónimos, pero en rigor de verdad, el término denunciar dentro del lenguaje forense común tendría más peso que la simple comunicación.”

Nuestra Carta Magna también regula con relación a la obligación de denunciar en su Art. 54 el cual dispone “la familia, la sociedad y el estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos, protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación. Cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores”.

El niño o el adolescente también está facultado a presentarse ante el Defensor del Niño o del Adolescente a denunciar hechos o situaciones que vulneren sus derechos. El art. 26 del C.N.y A. establece “El niño y el adolescente tienen derecho a presentar y dirigir peticiones por sí mismos, ante cualquier entidad o funcionario público, sobre los asuntos de la competencia de éstos y a obtener respuesta oportuna”. El art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño regula con relación al derecho que tiene el niño de ser oído en los siguientes términos “Los Estados Partes en la presente Convención 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”.

Otra disposición legal contenida en el C.N.y A. que regula con relación a la obligación de denunciar es el Art. 111 que establece lo siguiente: “Toda persona que tenga conocimiento del desamparo por orfandad de un niño o adolescente, está obligada a poner en conocimiento de esta situación a cualquier autoridad competente en el término de cuarenta y ocho horas, la que a su vez debe comunicarlo al Juzgado de la Niñez y la Adolescencia”.

“EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”
COMENTARIOS AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

Con relación a las medidas que debe adoptar la Defensoría Especializada al recibir una denuncia el C.N.y A. en su artículo 163 inc. a) dispone que el Defensor debe promover las acciones correspondientes. En la citada norma no se especifica cuáles son las acciones correspondientes. La misma situación se presenta con el Art. 5to. el cual establece que la CODENI, el Ministerio Público y Defensor Público adoptarán las medidas correspondientes, que les competen.

Consideramos que el primer análisis que debe realizar el Defensor del Niño y del Adolescente al recibir una denuncia es determinar si el hecho denunciado amerita una intervención jurisdiccional. Si la situación planteada por su naturaleza es de competencia de la CODENI debe derivar el caso en forma inmediata y si existiera duda con relación a la judicialización del mismo, el Defensor conforme a las atribuciones que le confiere el Código puede recurrir a los auxiliares especializados sin necesidad que medie una autorización judicial, a fin de que estos le proporcionen el informe técnico necesario.

Igualmente el Defensor del Niño y del Adolescente en el ejercicio de sus funciones puede encontrarse con situaciones que ameritan en forma urgente una intervención jurisdiccional. En estos casos le corresponde a la Defensoría Especializada presentar sin más trámite la denuncia correspondiente ante el Juzgado a fin de que éste dicte en forma inmediata las medidas cautelares establecidas en el Art. 175 del C.N.y A.

Concluyendo el tema que nos ocupa transcribimos nuevamente un interesante comentario del Prof. Dr. Silvio Rodríguez que encontramos en su monografía “Análisis del Artículo 5to. del C.N.y A. “Por lo dicho, admitiendo que también puede ser objeto de críticas, la redacción correcta del artículo sería la siguiente “Toda persona que tenga conocimiento de una violación de los derechos y garantías del niño o del adolescente, debe denunciarla inmediatamente a la CODENI local o, en su caso el Ministerio Público o al Defensor del Niño, a fin de que se adopten las medidas correspondientes de acuerdo con la naturaleza del derecho violado y dentro de sus respectivas competencias”. En cuanto al segundo párrafo, éste solamente hace hincapié en la obligación de denunciar que incumbe en especial aquellas personas que como trabajadores de la salud, educadores, docentes o profesionales, realicen tareas que están en contacto directo con los niños o adolescentes. Vale decir, este párrafo debería haber quedado al final de la redacción de la norma. Ahora bien de acuerdo con las aclaraciones que anteceden, debe precisarse cuál es la

naturaleza del derecho violado, porque de acuerdo a esta especificación se podrá concluir cual de las instituciones citadas en la norma va a ser la que tiene competencia para adoptar las medidas que el caso requiere. “

CONSIDERACIONES FINALES

El Paraguay al igual que la mayoría de los países del mundo por ley 57/90 ha ratificado la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño asumiendo el compromiso ante la comunidad internacional de respetar cada una de las disposiciones contenidas en este instrumento internacional. Podemos afirmar que este acontecimiento originó un proceso de grandes cambios legislativos en nuestro país adecuándose los nuevos ordenamientos legales a los principios sustentados por la Convención.

Entre estos cambios podemos mencionar la incorporación en nuestra Carta Magna del nuevo paradigma, la aprobación de la Ley de Adopciones, la derogación del Código del Menor y la aprobación del Código de la Niñez y la Adolescencia inspirado en el nuevo paradigma. No podemos dejar de mencionar una innovación muy importante dentro de este proceso de adecuación de nuestra legislación al nuevo paradigma, la incorporación en el C.N.y A. de la Defensoría Especializada.

Si bien la creación de esta Institución no se encuentra prevista expresamente en la Convención de la Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, su incorporación en el ordenamiento legal de nuestro país constituye el cumplimiento del compromiso asumido por el Estado Paraguayo de adoptar todas las medidas legislativas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. (Art. 4 de la Convención).

El Defensor del Niño a la luz de la Doctrina de la Protección Integral tiene el rol primordial de proteger de manera efectiva, los derechos enunciados en la Convención de las Naciones Unidas sobre los derechos del niño, promoviendo las acciones que sean necesarias para el cumplimiento de sus funciones. Su intervención se limita al ámbito jurisdiccional, no ejerciendo por lo tanto funciones dentro del ámbito administrativo.

El C.N.y A. en su Art. 163 le atribuye al Defensor del Niño y del Adolescente funciones muy amplias para el cumplimiento de sus funciones como el de recibir denuncias de transgresiones a los

derechos del niño o adolescente, la representación del niño o adolescente en juicio, velar por los derechos del niño, de oficio o a petición de parte, requerir el cumplimiento de los plazos y términos legales.

Igualmente el art. 74 del C.N.y A. le otorga legitimación para demandar la suspensión o pérdida de patria potestad contra los padres biológicos en los casos establecidos en el C.N.y A. El Art. 164 del C.N.y A. le atribuye facultades muy importantes para el cumplimiento de sus funciones, como solicitar informes, peritajes y documentos, requerir el concurso de auxiliares especializados y otras previstas en la citada disposición legal.

Finalmente podemos mencionar el Art. 162 que regula con relación a la intervención esencial y legítima de la Defensoría especializada en los juicios substanciados en la jurisdicción especializada. La ambigüedad de esta disposición legal da lugar a distintas interpretaciones entre los operadores del derecho, pero consideramos que en el ámbito de la niñez, la interpretación de todo texto legal debe realizarse a la luz de los principios sustentados por la Doctrina de la Protección Integral. La misma Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en su Art. 3 dispone “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”.

BIBLIOGRAFIA

- Lourdes Barboza, Teresa Martínez, Compendio Niñez. Tomo I y II, Editorial a.m.a.r., Primera Edición, Asunción, 2.001.
- Emilio García Méndez (compilador). Protección Integral de Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, Editores del Puerto s.r.l., Corrientes, 2.006.
- Prof. Dra. Alicia Pucheta de Correa, Manual de Derecho de la Niñez y la Adolescencia, O.R., Producciones Gráficas, Asunción, Paraguay, 2.001.
- Océano Conciso, Diccionario de Antónimos y sinónimos. Editorial Océano, México S.A., Impreso en España.
- Sopena Inter., Diccionario ilustrado de la Lengua Española, Editorial Ramón Sopena, Barcelona, España.

- Abog. María Teresa Garcete de Sosa. La Mendicidad de Niños en las Calles de Asunción. Asunción, Paraguay, 2.005.
- Constitución de la República del Paraguay, Ediciones Diógenes, Asunción, Paraguay.
- Prof. Dr. Silvio Rodríguez, Análisis del Artículo 5to. del C.N.y A. Monografía.
- Emilio García Méndez, De la situación Irregular a la Protección Integral, Derecho de la Infancia Adolescencia en América latina, Editorial Forum Pacis, Ibagué, Segunda Edición.
- Néstor Eliseo Solari, la Niñez y sus nuevos paradigmas, La Ley S.A., Provincia de Buenos Aires – República Argentina, 2.002.

PAGINAS WEB CONSULTADAS

www.parlamento.gub.uy/repartido/Acceso

www.EmilioGarciaMendez.Unicef15latin.Indd-5

<http://defensorpueblo.blogspot.com/2.007/03/antecedentes-históricos-del-ombudsma>

www.crin.org/espanol/gmi/defensoria.asp

www.crin.org/docs/Innocenti-digest1.pdf

www.uv.es/reutet/num2celias1.htm

www.iin.oea.org/Infancia-autonomia-derechos.pdf

**ATRIBUCIONES DE LOS/AS
JUECES/ZAS DE PAZ EN EL MARCO
DE LA LEY NO. 1.680/2001 “CÓDIGO
DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA”**

Por Silvia Beatriz López Safi

ATRIBUCIONES DE LOS/AS JUECES/ZAS DE PAZ EN EL MARCO DE LA LEY NO. 1.680/2001 “CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA”

Por Silvia Beatriz López Safi

PROEMIO

Entendida la atribución como “señalamiento o fijación de competencia”, la jurisdicción asignada a los/as Jueces/zas de Paz en la Ley No. 1.680/2001 “Código de la Niñez y la Adolescencia”, puede considerarse en algunos casos originaria y en otros, derivada. Aludimos a los primeros cuando los/as mismos/as son llamados/as a conocer en un asunto por razón de la materia, aún cuando es de todos conocido que en general las cuestiones relacionadas con los derechos de niños/as y adolescentes son entendidas por tribunales y juzgados especializados, que componen la justicia de la niñez y la adolescencia. Y a los segundos, en las cuestiones derivadas del ejercicio de la patria potestad, en razón que si bien ellas deben ser resueltas por los Juzgados de la Niñez y la Adolescencia, en los lugares donde no existan éstos el/la Juez/a de Paz de la localidad podrá ordenar las medidas de seguridad urgentes con carácter provisorio legisladas por el Código de la Niñez y la Adolescencia, con obligación de remitir al/la Juez/a competente en el plazo de cuarenta y ocho horas todo lo actuado.

La Jurisdicción Especializada de la Niñez y la Adolescencia comprende un procedimiento con caracteres y principios propios. Entre los caracteres se mencionan expresamente los de sumario y gratuito, y de la gama de principios rectores se destaca por su asidua mención el del interés superior del niño, como directriz en la adopción de medidas concernientes a niños/as y adolescentes.

Puntualizamos el interés superior del niño como principio rector de todo asunto donde se traten sus derechos, no como “mera fórmula mecánica”, es decir, su mención por el solo hecho de su consagración cuasi universal, sino a partir de una línea de pensamiento que desarrolle ideas, argumentos y fundamentos, que denoten la completitud de su invocación.

Con la mirada puesta en la particular situación en que se encuentran niños/as y adolescentes en razón de su progresivo desarrollo, y teniendo como parámetros las peculiaridades que hacen de ésta una jurisdicción especializada, la presente monografía tiene por objeto determinar los casos *–para una mejor comprensión divididos en núcleos temáticos–*, en que deben intervenir los/as Jueces/zas de Paz en el marco de la mencionada Ley No. 1.680/2001, que en adelante será referida como CNA (Código de la Niñez y la Adolescencia) por las siglas correspondientes a dicho Código.

1. DEL EJERCICIO DE LA PATRIA POTESTAD

Entendida la patria potestad como el conjunto de derechos y obligaciones que los padres tienen sobre las personas y bienes de sus hijos menores de edad no emancipados; el concepto por tanto, cubre los derechos y deberes ligados al cuidado del/a niño/a y de sus propiedades. Incluye la responsabilidad de asegurarse que él/ella tiene un hogar, comida y ropa y que recibe una educación, a lo que agregamos el cuidado de su salud. También incluye la responsabilidad de ocuparse de sus bienes y el derecho a representarlo/a legalmente.

En la mayoría de los Estados que forman parte de la Unión Europea, se viene utilizando el término *“Responsabilidad Parental”* para describir los derechos relacionados con los cuidados que recibe un niño. En la República Argentina, la especialista en Derecho de Familia, Dra. Cecilia P. Grosman, hace notar que algunos países siguen arrastrando una terminología anticuada en lo que se refiere a los derechos de niños, niñas y adolescentes, que no refleja los cambios que se han producido en la función de gobierno de los hijos. En ese sentido propone reemplazar la expresión “patria potestad” que significa “poder del padre” por “responsabilidad parental”, como ya se ha hecho en el Children Act de Inglaterra (año 1989).

1.1. MARCO REGULADOR

Como quedó apuntado en el proemio, las cuestiones derivadas del ejercicio de la patria potestad serán resueltas por los Juzgados de la Niñez y la Adolescencia; ésta es la regla. Sin embargo dicho aserto reconoce una excepción, y son los casos en los que, por razón del lugar no existan dichos Juzgados especializados, ocasión en las que los/as Jueces/zas de Paz de la localidad podrán ordenar medidas de seguridad urgentes con carácter provisorio legislados por el CNA, con la obligación de remitir al/a Juez/a competente –en este caso al/a de la

Niñez y la Adolescencia– en el plazo de cuarenta y ocho horas todo lo actuado.¹

Concatenando lo dicho con el artículo 182 del Código de la Niñez y la Adolescencia, los/as jueces/zas de cualesquiera otros fueros tienen la obligación de remitir al Juzgado de la Niñez y la Adolescencia dentro de dos días de haberse producido, copias de las actuaciones de las que resulten comprometidos intereses del niño/a o adolescente.

Ahora, ¿qué cuestiones se derivan del ejercicio de la patria potestad?

Para responder a ello partimos de la misma disposición referida – artículo 70 del CNA– que dispone, que la patria potestad conlleva el derecho y la obligación principal de criar, alimentar, educar y orientar a los hijos, ejerciéndola el padre y la madre en igualdad de condiciones.² Dicha disposición de rango constitucional –artículo 53, 1er. párrafo–, concuerda con lo preceptuado en el artículo 18 de la Convención de los Derechos del Niño. A su vez el artículo 53 de la Carta Fundamental, se aviene con lo dispuesto en el artículo 13 de la misma Carta Magna, al sancionar con pena privativa de libertad el incumplimiento de los deberes alimentarios.

El citado art. 53 de la Carta Magna establece una responsabilidad compartida por parte de los progenitores al disponer que los padres tienen el derecho y la obligación de asistir, alimentar, de educar y de amparar a sus hijos menores de edad.

Sin embargo pueden presentarse circunstancias como la separación de hecho de los padres, o de derecho, cuando por sentencia judicial es declarada la separación personal o el divorcio de los esposos. En estos casos pueden surgir conflictos entre los padres en razón del ejercicio de la patria potestad. Entonces habrá que acudir al órgano competente para que provea lo favorable al/a hijo/a, en este caso al

¹ Art. 70 CNA.

² Complementando la disposición contenida en el artículo 70 del CNA, el artículo 71 del mismo cuerpo legal prevé en el segundo párrafo con relación a los derechos y deberes del padre y de la madre que: “... *La patria potestad implica además los siguientes deberes y derechos:*

- a) *velar por su desarrollo integral;*
- b) *proveer su sostenimiento y su educación;*
- c) *dirigir su proceso educativo y su capacitación para el trabajo conforme a su vocación y aptitudes;*
- d) *vivir con ellos;*
- e) *representarlos en los actos de la vida civil mientras no adquieran la capacidad y responsabilidad civil; y,*
- f) *administrar y usufructuar sus bienes, cuando los tuvieren.”*

Juzgado de la Niñez y la Adolescencia, siempre respetando su derecho a ser oído; teniendo en cuenta su edad, grado de madurez y desarrollo³, lo que otorgará un poder de discernimiento, permitiéndole aquilatar los efectos de los actos.

En todos los casos deben ser observados principios sustantivos y adjetivos, citando entre los primeros el Interés Superior del Niño, la Autonomía Progresiva, la Efectividad de los Derechos, y la No Discriminación. Entre los segundos tenemos, los principios de Concentración, Inmediación y Bilateralidad, atendiendo al carácter del procedimiento, Sumario y Gratuito.⁴ Se destaca igualmente en la Jurisdicción Especializada el principio de Oficiosidad, y que las sentencias del Juez serán fundadas y no causan estado.⁵

El/a magistrado/a debe aplicar estos principios sin desnaturalizar la esencia de la Doctrina de la Protección Integral, considerando en cada caso en particular los parámetros que conlleva el Principio del Interés Superior del Niño. Así su condición de persona en desarrollo, el respeto a su vínculo familiar y la opinión del mismo.

Dichas pautas o directrices que orientan al aplicador, deben ser observadas en los conflictos derivados del ejercicio de la patria potestad; por ejemplo en los casos que resuelva otorgar un régimen de convivencia compartido, atendiendo en especial a la edad del sujeto que merece protección, al aspecto geográfico, y en fin, los demás elementos citados como parámetros para sustentar el ánimo y convicción del/a Juez/a.

De lo expuesto se colige que si bien lo concerniente a los regímenes de convivencia, de relacionamiento, y la asistencia alimenticia, son cuestiones reservadas a los Juzgados de la Niñez y la Adolescencia, vemos de lo apuntado *supra* que por razones de urgencia los/as Jueces/zas de Paz podrán adoptar medidas provisionales en esos casos –así las contenidas en los artículos 175 y 34 del CNA–, las que

³ Art. 167 C.N.A. – tercer párrafo: “... El Juez, para resolver las cuestiones, escuchará previamente la opinión del niño o adolescente en función a su edad y grado de madurez. ...”.

⁴ Art. 167 C.N.A. – primer párrafo: “El procedimiento tendrá carácter sumario y gratuito, respetando los principios de concentración, intermediación y bilateralidad. ...”.

⁵ Art. 167 C.N.A. – segundo párrafo y cuarto párrafos: “... Podrá ser iniciado a instancia del niño o adolescente, sus padres, tutores o responsables, la Defensoría de la Niñez y la Adolescencia, el Ministerio Público o quienes tengan interés legítimo. Podrá igualmente ser iniciado de oficio por el Juez. ...Las sentencias del Juez serán fundadas y no tendrán carácter de definitivas, pudiendo ser modificadas y aún dejadas sin efecto, de oficio o a instancia de parte, toda vez que cesen las condiciones que la motivaron.”

serán objeto de abordaje en los tópicos 3.1. y 3.2. de la presente monografía, a los que nos remitimos a fin de no caer en repeticiones.

2. DE LA AUTORIZACIÓN PARA VIAJAR AL EXTERIOR

A ocho años de la entrada en vigencia del CNA, hacemos una reflexión respecto a las autorizaciones para viajar al exterior, teniendo en cuenta los procedimientos observados hasta este momento, los cambios que se fueron dando en la interpretación de la normativa imperante en la materia, y los intentos de solución esbozados en torno a las casuísticas surgidas.

La ratificación por parte de la República del Paraguay de la Doctrina de la Protección Integral dejando atrás a la Doctrina de la Protección Irregular, ha implicado un cambio paradigmático. Es en ese ámbito, observando los principios rectores de la actual Doctrina, que debemos analizar las instituciones jurídicas del ámbito de la niñez y la adolescencia.

En efecto, la concepción del niño/a y adolescente como sujeto de derechos y no simplemente como objeto de abordaje por parte de la ciencia jurídica, ha llevado a legisladores y estudiosos del Derecho, a repensar la situación de quienes por diversos motivos peticionan autorizaciones para salir del país, con el fin de evitar el traslado o retención ilícitos de los/as menores de edad o la sustracción, operando la restitución en su caso. Cabe destacar que por Decreto No. 3.230/04 *“... se designa a la Secretaría Nacional de la Niñez y la Adolescencia, dependiente de la Presidencia de la República, como Autoridad Central del Estado Paraguayo en materia de Restitución Internacional de Menores”*.

2.1. MARCO REGULADOR

Las autorizaciones para viajar al exterior básicamente se encuentran reguladas en los artículos 100 y 101 del Código de la Niñez y la Adolescencia, observando un procedimiento especial y rápido, reglamentado a través de la Acordada N° 230 de fecha 23 de noviembre de 2001.

No podemos dejar de mencionar los instrumentos internacionales ratificados por la República del Paraguay en relación al tema, como: Ley No. 57/90 “Que aprueba y ratifica la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño” (arts. 9º, 10 y 11); Ley No. 928/96 “Que aprueba la Convención Interamericana sobre

Restitución internacional de Menores”; Ley No. 1.062/97 “Que aprueba la Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores”; Ley No. 900/96 “Que aprueba el Convenio relativo a la Protección del Niño y a la cooperación en materia de Adopción Internacional”; Ley No. 983/96 “Que aprueba el Convenio sobre Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores”.

De la gama de instrumentos internacionales se menciona el “Convenio de La Haya de 19 de octubre de 1996 relativo a la Competencia, la Ley Aplicable, el Reconocimiento, la Ejecución y la Cooperación en Materia de Responsabilidad Parental y de Medidas de Protección de los Niños” – tratado en el 70º Encuentro de la Comisión Técnica de la Reunión de Ministros de Justicia del MERCOSUR, Bolivia y Chile – MERCOSUR/CT-RMJ/ACTA No. 02/03 – Asunción 4 y 5 de junio de 2003.

En este contexto ponemos de resalto que en ocasión del “LXXXI Encuentro de la Comisión Técnica de la Reunión de Ministros de Justicia del MERCOSUR y Estados Asociados”, llevado a cabo en la ciudad de Asunción los días 13, 14 y 15 de abril de 2005; mereció tratamiento la “Ley Aplicable en Materia de *Menores*” y la “Simplificación de la Legalización en el Ámbito del MERCOSUR”, dando como resultado la elaboración de una Addenda al “Acuerdo entre los Estados Parte del MERCOSUR sobre Jurisdicción Internacional en Materia de *Menores*” de 25 de noviembre de 2004.

Con posterioridad, en 2005 se realizó un estudio plasmado en otro Acuerdo a nivel MERCOSUR, contenido en el Anexo IV referido al “Procedimiento para la verificación de la documentación de egreso e ingreso de menores entre los Estados Partes del MERCOSUR y Estados Asociados” – MERCOSUR/RMI/MIG/ACTA No. 0/05 – Asunción, 31 de mayo al 02 de junio de 2005.

Durante el proceso de discusión y aprobación de acuerdos a nivel regional e interno, se vislumbraron situaciones preocupantes por la diversidad de opiniones en torno a las documentaciones a ser presentadas, la edad de los/as niños/as en el caso que viajen solos/as, el tiempo de salida del país, y éste último unido a las razones o motivos de los traslados, que a su vez generaron no pocos problemas en cuanto a la competencia atribuida a Jueces/zas del Paz y Jueces/zas de la Jurisdicción Especializada.

Así las cosas se llevaron a cabo reuniones propiciadas por la Corte Suprema de Justicia mediante la designación de referentes del ámbito judicial, en conjunto con autoridades representativas del

Departamento de Identificaciones de la Policía Nacional y del Ministerio de Relaciones Exteriores; dando como resultado la firma de instrumentos como actas de compromiso por parte de los distintos entes intervinientes, a fin rodear a estas actuaciones de las máximas garantías y seguridades para evitar los traslados ilícitos, sin menguar los derechos del justiciable.

Por otra parte, un breve análisis de la jurisprudencia –realizado en el siguiente *ítem*– nos permite extraer los aspectos positivos y negativos en las autorizaciones para viajar al exterior, de donde se colige que ante estas solicitudes es preciso brindar al justiciable la seguridad jurídica que obtendrá una rápida respuesta a su pedido, si procediere, evitando la arbitrariedad que se configuraría para el caso que negáramos la autorización siendo competentes en la materia y estando reunidos los requisitos para ello.

2.2. COMPETENCIA

Del artículo 100 del Código de la Niñez y la Adolescencia, se desprende que la competencia en la materia es atribuida a los/as Jueces/zas de Paz cuando los/as niños/as viajan al exterior acompañados/as de uno de los padres, con autorización expresa del otro; o cuando viajan solos/as, siempre y cuando los padres presten su consentimiento, pudiendo estar acompañados de parientes o terceros.

Sin embargo, corresponderá al/a Juez/a de la Niñez y la Adolescencia conceder la autorización para que el/a niño/a o adolescente viaje al exterior, cuando uno de los padres se oponga al viaje; y cuando el padre, la madre o ambos, se encuentren ausentes, justificando este hecho con la presencia de dos testigos. En el primer caso, es decir, cuando uno de los padres se oponga al viaje, el/a niño/a o adolescente deberá ser presentado/a al Juzgado a su regreso. Y si se tratare de una adopción internacional, el/a Juez/a que entendió en el Juicio, en la resolución que otorga la adopción deberá autorizar expresamente la salida del/a mismo/a.

Cuando el/a niño/a tuviese designado un tutor, regirá lo dispuesto en el artículo 143 del CNA que reza: “... *El tutor no podrá autorizar la salida del país del niño o adolescente ni llevarlo consigo, sin venia del Juez.*” (Se refiere al/la Juez/a que ha otorgado la tutela, es decir, de la Niñez y la Adolescencia).

Igualmente serán de competencia de los Juzgados de la Niñez y la Adolescencia los casos en que los niños/as y adolescentes deban permanecer en el exterior en carácter de “radicados/as”, y ello ha sido

consagrado a nivel jurisprudencial. En este sentido se ha consensuado en las reuniones a las que hemos referido *supra*, llevadas a cabo con representantes del Poder Judicial y del Departamento de Identificaciones de la Policía Nacional, que el tiempo máximo a ser concedido en las autorizaciones por los Juzgados de Paz será de noventa días –tres meses– haciendo un paralelo con el plazo máximo otorgado en los distintos Estados a fin de permanecer en ellos sin ánimo de radicación.

Ello es así basado en precedentes según los cuales las autorizaciones con fines de radicación en el extranjero deben regirse por el Procedimiento General, en razón que las autorizaciones previstas en los artículos 100 y 101 CNA se refieren a viajes de breve duración y con un objetivo específico.⁶

Reforzando esta idea traemos a colación lo expresado en otro fallo⁷ en el que se argumenta que la inapelabilidad de la resolución dictada en grado inferior en el procedimiento seguido para los viajes por breve tiempo – supuesto para los cuales rigen los artículos 100 y 101 CNA– determina que en las autorizaciones para viajar con fines de radicación en el extranjero no debe seguirse este procedimiento requerido para los viajes por breve tiempo, sino el Procedimiento General. El fundamento reside en que la pretensión conlleva que el/la niño/a o adolescente cambie de *modus vivendi* o el ambiente donde estaba residiendo y, consecuentemente la autorización otorgada o denegada debe estar respaldada en la razonabilidad de la petición y la oposición del otro progenitor o representante legal, previos los estudios y probanzas que sean imprescindibles realizar, los que deben naturalmente contar con la garantía de la doble instancia. Queda explicitado de manera coherente que la apelación debe concederse con efecto suspensivo teniendo en cuenta la circunstancia del extrañamiento que significará para el/la niño/a el desarraigo de su hogar del país.

Respecto a los trámites ante el Juzgado de Paz, ponemos de manifiesto que los mismos pueden ser iniciados ante cualquier Juez/a de Paz, sin observar que éste/a sea del domicilio del niño o adolescente; con lo cual no es preciso arrimar Certificado de Vida y Residencia, requisito inicialmente solicitado, que consecuentemente ha quedado en desuso.

⁶ *Vide* Acuerdo y Sentencia No. 182 de 10/11/05 – Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia; S.D. No. 150 de 24/08/05.

⁷ Ac. y Sent. No. 15 de 08/03/05 – Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia.

“EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”
COMENTARIOS AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

Con relación a la forma, si bien es cierto el artículo 100 del CNA estatuye que la autorización se hará en acta ante el Juez de Paz que corresponda; dicha formalidad ha quedado sin efecto con la entrada en vigencia de la Acordada No. 230 de fecha 23 de noviembre de 2001, en virtud de la cual las autorizaciones a que alude el citado artículo 100, deben ser extendidas en formularios duplicados, pre impresos, numerados anualmente de manera correlativa en fojas de seguridad; correspondiendo a la Corte Suprema de Justicia, autorizar a su vez la confección y distribución de dichos formularios.

Un ejemplar del formulario debidamente completado, es entregado a los interesados, y el otro queda archivado en el Juzgado, con las fotocopias autenticadas por el Actuario, de los documentos exigidos en el artículo 2º de la Acordada No. 230.

El pedido es exonerado del pago de tasa judicial, conforme a lo preceptuado en el artículo 167 del Código de la Niñez y la Adolescencia; disposición que establece la gratuidad de las actuaciones en la Jurisdicción Especializada, con el fin de evitar que la falta de medios económicos frustre la afectividad de los derechos del niño. Asimismo la expedición del formulario es gratuita, en los términos del artículo 3º de la Acordada No. 230.

En caso de existir disenso, como quedó expresado más arriba y en los términos del artículo 100 CNA, corresponderá al Juez de la Niñez y la Adolescencia conceder la autorización para que el niño o adolescente viaje al exterior, cuando uno de los padres se oponga al viaje; y cuando el padre, la madre o ambos, se encuentren ausentes, justificando este hecho con la presencia de dos testigos. Aquí se debe aplicar lo dispuesto en el artículo 101 del CNA, que hace una remisión al artículo 94 del mismo cuerpo legal, que a su vez regula lo relativo al procedimiento a ser observado en la restitución, con una salvedad, en el sentido que la resolución en los casos de concesión o denegación de la autorización, será de carácter inapelable.⁸

El Juicio es de trámite sumarísimo, bajo declaración jurada de los hechos alegados; ocasión en que el Juzgado convocará a una audiencia a llevarse a cabo en un plazo no mayor a tres días, debiendo el/la Juez/a resolver sin más trámite, siendo la resolución recaída – como quedó señalado– de carácter inapelable.

⁸ Art. 101 CNA: “Del Trámite del Disenso. En caso de disentimiento de uno de los padres con relación al viaje, la cuestión se resolverá por el trámite establecido en el Artículo 94 de este Código. La resolución será inapelable.”

En la hipótesis que el padre, la madre o ambos se encuentren ausentes, se debe justificar el hecho ante el/la Juez/a de la Niñez y la Adolescencia con la presencia de dos testigos, en audiencia que deberá ser llevada a cabo respetando los principios de celeridad, concentración, economía e inmediatez y observando los trámites en los términos del citado artículo 94 del CNA.

Es importante determinar cuándo se registra un caso de ausencia, entendida ésta por la condición legal de una persona cuyo paradero se ignora. Para Capitant es el estado de la persona cuya desaparición y falta de noticias durante un tiempo mas o menos largo, tornan su existencia incierta.

De lo expresado se colige que no todos los casos etiquetados como “ausencia” son tales. Por ejemplo cuando las autorizaciones se otorguen en el interior de la República e incluso en el exterior, pero con autorización expresa del progenitor de que se trate; éste no puede considerarse como ausente, no sólo por conocerse su paradero, sino por haber autorizado expresamente la salida del país del hijo, en instrumento público. Por ejemplo los trámites realizados en los Consulados cuando el progenitor en cuestión se halla en el exterior, o los trámites realizados ante un Juzgado de Paz, tratándose de padres domiciliados en el interior de la República.

3. DEL MALTRATO

Se destaca que el maltrato infantil es un “problema social”, lo que ha generado una creciente demanda hacia los poderes públicos para la protección de niños/as y adolescentes, como también planes y programas con inclusión de capacitaciones para profesionales, y un tratamiento especializado para las víctimas.

El factor común que subyace en todas las formas de maltrato, es el abuso de poder o autoridad, que ocurre cuando una persona más fuerte o poderosa (padres, adultos) aprovecha la ventaja que tiene sobre otro menos fuerte o poderoso (niño/a y adolescente).

Los diversos tipos de abuso representan diversas formas de maltrato. Las formas de abuso pueden ser: físico, sexual, emocional, patrimonial; dejando sentado que el maltrato infantil es un problema muy complejo, ya que algunas formas de abuso son más difíciles de detectar que otras; así por ejemplo el emocional.

Cabe señalar que la atención del maltrato en el CNA no posee una reglamentación como sucede con los demás procedimientos

especiales, lo que ha motivado que un grupo de personas –entre las que se encuentra comprendida la autora de la presente monografía–, la Asociación Paraguaya de Mujeres de Carreras Jurídicas, haya elaborado un anteproyecto de ley atendiendo a los sujetos involucrados, plazos, medidas posibles de aplicar, en miras a dotar de seguridad jurídica a las víctimas de estas causas.

3.1. DEL PROCEDIMIENTO PARA LA ATENCIÓN DEL MALTRATO – MARCO REGULADOR

Partimos de la afirmación que el derecho a la integridad física – en nuestro caso de niños/as y adolescentes– como derecho humano fundamental debe ser analizado desde los artículos 54 y 60 de la Constitución Nacional, concordante con lo establecido en el art. 19 de la Convención de los Derechos del Niño, y las disposiciones contenidas en la Ley No. 1.600/2000 contra la Violencia Doméstica.⁹ Por su parte, el derecho de niños/as y adolescentes a ser protegidos contra toda forma de explotación se halla legislado en el art. 25 CNA, concordante con el artículo 32 de la Convención.

El CNA, en el Capítulo IV establece la regulación del procedimiento en caso de maltrato, y en realidad –como ya señaláramos *ut supra*– en un solo artículo, el 191, dispone acerca “*Del Procedimiento para la Atención del Maltrato*”, sin establecer plazos para la realización de los trámites, generando de esta manera un vacío o laguna al tratarse de un procedimiento de carácter especial.

No obstante la trascendencia del tema y el carácter sumario del procedimiento imponen un trámite ágil y eficaz, mediante la adopción inmediata de medidas cautelares de protección para el niño/a o adolescente, previstas en el CNA, sin perjuicio de las acciones penales que correspondan, siendo la medida de abrigo la última alternativa.¹⁰

⁹ Desde luego, en la base de toda la normativa se halla la Carta Fundamental que dispone en el artículo 54, que la familia, la sociedad y el Estado tienen la obligación de garantizar al niño su desarrollo armónico e integral, así como el ejercicio pleno de sus derechos, protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación; casos en los que cualquier persona puede exigir a la autoridad competente el cumplimiento de tales garantías y la sanción de los infractores. El mismo artículo prevé que, los derechos del niño en caso de conflicto, tienen carácter prevaleciente, aludiendo al ya conocido principio del interés superior del niño. Asimismo el artículo 60 de la Carta Magna establece que, el Estado promoverá políticas que tengan por objeto evitar la violencia en el ámbito familiar y otras causas que atenten contra su solidaridad.

¹⁰ Art. 191 CNA.

Al referir que las medidas cautelares de protección serán adoptadas sin perjuicio de las acciones penales que correspondan, considerando que el ámbito penal escapa a los fines de esta monografía, para una mejor comprensión del tema destacamos que el Código Penal –modificado por Ley No. 3.440/2008–, en el Capítulo VI, Título I, Libro Segundo, trata de los “Hechos Punibles contra Menores”, tipificando los hechos de “Maltrato de Menores” (art. 134)¹¹, “Abuso sexual en niños” (art. 135), “Abuso sexual en personas bajo tutela” (art. 136); y por su parte en el Capítulo I, Título IV, Libro I, trata acerca de los “Hechos Punibles contra el Estado Civil, el Matrimonio y la Familia”; refiriéndose a la Violencia Familiar en el art. 229; concordando éste último con las disposiciones contenidas en la Ley No. 1.600/2000 contra la Violencia Doméstica. El Código Procesal Penal se refiere en el Título IV, Libro Segundo, al “Procedimiento para Menores”.

Las Medidas Cautelares de Protección se hallan contempladas en el Capítulo I, “*Del Procedimiento General en la Jurisdicción de la Niñez y la Adolescencia*”, Título II, “*Del Procedimiento en la Jurisdicción Especializada*”, Libro IV. Son aquellas que se adoptan en el marco de un juicio o proceso, a instancia de parte o de oficio, para prevenir que la resolución del mismo pueda ser más eficaz.¹²

En virtud al inc. f) del citado artículo 175 del CNA, podemos mencionar las medidas de protección y apoyo contempladas en el artículo 34 del mismo cuerpo legal, en el Capítulo II, “*De la Prevención a las Transgresiones a los Derechos y de las Medidas de Protección al Niño o Adolescente*”, Libro I, “*De los Derechos y Deberes*”, del CNA.¹³

¹¹ Art. 134 – Ley No. 3.440/2008 “Que modifica varias disposiciones de la Ley No. 1.160/97”: “**Maltrato de niños y adolescentes bajo tutela.** El encargado de la educación, tutela o guarda de una persona menor de dieciocho años de edad, que sometiera a éste a sufrimientos síquicos, maltratos graves y repetidos o lesiones en su salud, será castigado con pena privativa de libertad de hasta tres años o con multa, salvo que el hecho sea punible como lesión grave según el artículo 112.”

¹² Art. 175 C.N.A. “**De las medidas cautelares de protección.** Son consideradas medidas cautelares de protección:

- a) la guarda o el abrigo;
- b) la restitución en el caso previsto en el Artículo 94 y concordantes de este Código;
- c) la exclusión del hogar del denunciado en casos de violencia doméstica;
- d) la hospitalización;
- e) la fijación provisoria de alimentos; y,
- f) las demás medidas de protección establecidas por este Código, que el Juez considere necesarias en interés superior o para la seguridad del niño o adolescente.”

¹³ Art. 34 CNA: “**De las medidas de protección y apoyo.** Cuando el niño o adolescente se encuentre en situaciones que señalan la necesidad de protección o apoyo, se aplicarán las siguientes medidas de protección y apoyo:

Caracterizan a estas medidas de protección y apoyo que las mismas pueden ser ordenadas en forma separada o conjunta, y además pueden ser cambiadas o sustituidas, si el/la niño/a o adolescente lo requiere. La autoridad competente para emitir la orden de aplicación es la Consejería Municipal por los Derechos del Niño, Niña y Adolescente (CODENI), pero sin embargo, tratándose del abrigo, la ubicación del/a niño/a o adolescente en una familia sustituta, o en un hogar, la orden requerirá autorización judicial.¹⁴

3.2. COMPETENCIA

Circunscribiéndonos al tema en estudio, nos preguntamos qué atribuciones corresponden a los/as Jueces/zas de Paz en los casos de maltrato a niños/as y adolescentes, pues la competencia para estos casos es otorgada a los Juzgados de la Niñez y la Adolescencia, en los términos del mencionado artículo 191 del CNA.

Afirmamos entonces por aplicación analógica del artículo 70 del CNA, que en los casos de maltrato en los que las víctimas son niños/as y adolescentes, si se tratara de Jueces de Paz de localidades lejanas, los mismos podrán adoptar las medidas de seguridad urgentes con carácter provisorio legisladas en el mencionado CNA, con la obligación de remitir al Juez competente en el plazo de cuarenta y ocho horas todo lo actuado, en los términos del artículo 182 del CNA.

En cuanto a las medidas de seguridad urgentes con carácter provisorio, pueden ser cualesquiera de las enunciadas en el presente trabajo, es decir, las comprendidas en los artículos 175 del CNA, en los términos ya esbozados más arriba, sin perjuicio de las demás medidas de protección –las del artículo 34 del CNA– que el/la Juez/a considere necesarias en interés superior o para la seguridad del/a niño/a o adolescente.

-
- a) *la advertencia al padre, a la madre, al tutor o responsable;*
 - b) *la orientación al niño o adolescente y a su grupo familiar;*
 - c) *el acompañamiento temporario al niño o adolescente y a su grupo familiar;*
 - d) *la incorporación del niño en un establecimiento de educación escolar básica y la obligación de asistencia;*
 - e) *el tratamiento médico y psicológico;*
 - f) *en caso de emergencia, la provisión material para el sostenimiento del niño o adolescente;*
 - g) *el abrigo;*
 - h) *la ubicación del niño o adolescente en una familia sustituta;*
 - i) *la ubicación del niño o adolescente en un hogar. ...”*

¹⁴ *Ibid.*

Por otra parte, es pertinente hacer unas reflexiones en el marco de la Ley No. 1.600/2000 “Contra la Violencia Doméstica”, donde el órgano competente –los Juzgados de Paz– tienen atribuciones que convierten a la Ley No. 1.600/2000 en una herramienta de protección para todos los miembros que integran las familias, e incluso tratándose de sujetos no comprendidos en las relaciones de parentesco, y por supuesto aún tratándose de niños/as y adolescentes.

Concordando las disposiciones de la citada Ley Contra la Violencia Doméstica con lo estatuido en el artículo 191 del CNA referido a la atención del maltrato, podemos colegir semejanzas en base a un cuadro comparativo que se anexa en el siguiente tópico.

3.3. REFLEXIONES EN EL MARCO DE LA LEY N° 1.600/2000 “CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA”

En los supuestos de violencia en que resultan víctimas niños, niñas y adolescentes, vemos que la Ley No. 1.600/2000 no dispensa un trato especial para los/as mismos/as, y la experiencia nos dice que en estos casos las más de las veces se hallan comprometidos sus derechos, ya que indefectiblemente son vulnerados como integrantes del grupo familiar o de su entorno.

Al respecto la autora de la monografía ha recomendado en reiteradas ocasiones la necesidad de introducir modificaciones en la Ley Contra la Violencia Doméstica, específicamente en lo que respecta a los hipotéticos en que niños/as y adolescentes son víctimas de violencia doméstica o intrafamiliar; en miras a dotar al aplicador de facultades que efectivicen su cumplimiento, a través del dictado de órdenes judiciales que conviertan a la Ley 1.600/2000 en una verdadera protectora de los derechos de las familias y de los miembros que la integran.

No pretendemos que los/as Jueces/zas de Paz se arroguen competencias atribuidas a los/as Jueces/zas de la Niñez y la Adolescencia. Simplemente señalamos la necesidad de distinguir en los respectivos procesos de violencia doméstica, la viabilidad de aplicar medidas de urgencia en relación a niños/as y adolescentes, práctica que si bien es cierto ya se viene dando a través de la interpretación del artículo 70 del CNA; en un primer momento fue dificultosa por no existir claridad que permitiera actuar con seguridad al/a aplicador/a de la Ley Contra la Violencia Doméstica. Sin embargo la praxis ha arrojado luz en este sentido, a través de la integración normativa como técnica que posibilitó zanjar las dudas suscitadas en sus inicios.

“EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”
COMENTARIOS AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

En efecto, es frecuente que en los casos de violencia doméstica, víctima y victimario tengan que separarse (cónyuges o concubinos, generalmente), y los/as niños/as y adolescentes fruto de esa unión, también víctimas de esos hechos, queden las más de las veces a cargo de la progenitora. Al momento de la audiencia de sustanciación la misma acostumbra solicitar se establezca la manera de subvenir las necesidades alimenticias de la familia, así como el régimen de relacionamiento para con los/as hijos/as, a lo que el/la Juez/a de Paz ante declaraciones y compromisos de la parte que se obliga, consigna en el acta respectiva los términos de la obligación.

Ello no significa un exceso de competencia de su parte e incursión en la del/a Juez/a de la Niñez y la Adolescencia, pues las medidas adoptadas en el marco de esta Ley, sólo tienen el carácter de urgentes que la norma les atribuye, a fin que esos/as niños/as no queden sin sus derechos y garantías fundamentales durante el tiempo de aplicación de las medidas.

Advertimos que en estos supuestos, el/a Juez/a de Paz debe hacer constar en el acta de audiencia de sustanciación, que la adopción de las medidas en relación a niños/as y adolescentes, deberán ser confirmadas, modificadas o revocadas por parte del/a Juez/a de la Niñez y la Adolescencia, en razón de la competencia, dejando expresa constancia en el acta, que los progenitores se comprometen a iniciar las acciones correspondientes ante la instancia superior. En caso que la víctima sea de escasos recursos, deberá solicitar al Defensor Público su asistencia.

En la hipótesis que se configuren como consecuencia de estos hechos de violencia, ilícitos tipificados en el Código Penal, el/a Juez/a de Paz deberá elevar los antecedentes del caso al Ministerio Público, al modo de lo preceptuado en el artículo 191 del CNA, a fin que el representante de dicho Ministerio promueva la acción correspondiente ante el Juzgado Penal competente.

Recordemos igualmente que conforme al art. 175 inc. c) del CNA los Jueces de la Niñez y la Adolescencia podrán decretar en carácter de medida cautelar, la exclusión del hogar del denunciado en casos de violencia doméstica.

Luego de este breve análisis procedimental, basado en la experiencia vivida durante casi siete años en el Juzgado de Paz del Distrito de la Encarnación, nos pronunciamos nuevamente por una revisión y modificación de la Ley No. 1.600/2000 en relación a lo apuntado *supra*, haciendo hincapié en que la República del Paraguay

es parte de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño desde el año 1990, y al ratificarla asumió la obligación de adaptar su legislación a los términos de dicho instrumento internacional; lo que plantea una modificación sustancial y una reglamentación acorde a la calidad de los sujetos en juego.

El paso de la Doctrina de la Situación Irregular a la Doctrina de la Protección Integral, implica un cambio conceptual que deviene necesariamente en una adecuación de la normativa, así como también el impulso de políticas públicas tendientes a lograr un efectivo cumplimiento de los derechos de niños/as y adolescentes.

Concluyendo, la aplicación de la Ley No. 1.600/2000 Contra la Violencia Doméstica, deja abierta la brecha para que el/a Juez/a de Paz pueda efectivizar los derechos y garantías consagrados en ella, pero con la expresa manifestación que todo lo actuado y resuelto sería inútil si este/a Magistrado/a no contara con el auxilio de las autoridades llamadas por la ley a coadyuvar en los juicios de referencia, sin olvidar que la Policía Nacional, los Centros de Salud y los auxiliares de la justicia – *recomendando en este último caso la inclusión expresa de los mismos en la modificatoria legal* – constituyen actores principales sin los cuales tampoco sería posible la aplicación óptima de la Ley.

3.4. CUADRO COMPARATIVO – CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA Y LEY N° 1.600/2000 CONTRA LA VIOLENCIA DOMÉSTICA

<i>Código de la Niñez y la Adolescencia – art. 191</i>	<i>Ley N° 1.600/2000 “Contra la Violencia Doméstica”</i>
<ul style="list-style-type: none"> • <i>Juicio especial</i> • <i>Compete al/a Juez/a de la Niñez y la Adolescencia</i> • <i>Ab initio se deberán adoptar medidas cautelares de protección</i> • <i>Denuncia verbal o escrita</i> • <i>CN (art. 54) y CNA (arts. 175 y 34)</i> • <i>En tres días se fijará audiencia respectiva</i> • <i>El Juzgado dictará resolución pudiendo ratificar, modificar y adoptar nuevas medidas</i> • <i>Recurribilidad</i> 	<ul style="list-style-type: none"> • <i>Juicio especial</i> • <i>Compete al/a Juez/a de Paz de la jurisdicción</i> • <i>Ab initio se podrán adoptar medidas de protección – art. 2º</i> • <i>Denuncia verbal o escrita</i> • <i>CN (art. 60), CNA (art. 70) y Ley N° 1.600 (art. 2º)</i> • <i>En tres días se fijará audiencia de sustanciación (art. 4º)</i> • <i>El Juzgado dictará resolución pudiendo ratificar, modificar y adoptar nuevas medidas (art. 5º)</i> • <i>Recurribilidad (art. 6º)</i>

EPÍLOGO

El *íter* seguido y las ideas expuestas, producto de experiencias recogidas desde la Judicatura de Paz, las capacitaciones realizadas en el país con operadores/as de justicia, y en las aulas universitarias, así como los trabajos desarrollados con representantes y técnicos de los estamentos comprometidos con los derechos de niños/as y adolescentes; pretenden constituir un modesto aporte para su análisis y, una invitación para quienes tienen en sus manos la ardua tarea de administrar justicia en la Jurisdicción Especializada, sea desde la

Judicatura de Paz o desde los propios Juzgados de la Niñez y la Adolescencia, a fin de discurrir en nuevos desafíos, y a través de ellos lograr la efectividad de principios y normas dirigidos al sector de la infancia y la adolescencia.

Los tópicos esbozados no constituyen temas que puedan ser agotados en las disposiciones normativas vigentes, pues las crecientes necesidades van cambiando a diario, razón por la que los/as aplicadores/as del Derecho van acrecentando con su quehacer cotidiano las posibles soluciones a que se pueda arribar, cumpliéndose con ello la prevalencia de lo fáctico sobre lo plasmado en cuerpos normativos, en la seguridad que las normas van a la zaga de los hechos acaecidos.

NORMATIVA CONSULTADA

- Constitución Nacional de 1992.
- Ley No. 57/1990 “Que Aprueba y Ratifica la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”.
- Ley No. 1.160/1997 “Código Penal de la República del Paraguay”.
- Ley No. 1.600/2000 “Contra la Violencia Doméstica”.
- Ley No. 1.680/2001 “Código de la Niñez y la Adolescencia”.

EL PROCESO DE ADOPCIÓN

Por Susana López

EL PROCESO DE ADOPCIÓN

por Susana López

La ADOPCIÓN es sin lugar a dudas, la institución mas humana, delicada y admirable del derecho. Involucra aspectos psicológicos, sociales y jurídicos que conjugados resultan en una noble alternativa de convivencia familiar y solución para los problemas de los sujetos involucrados: para el niño o la niña, cualquiera sea la situación en la que se encuentre, es la posibilidad de acceder y pertenecer a una familia; lo es también para los padres biológicos quienes por diversas razones no pueden hacerse cargo de la crianza, educación y manutención de sus hijos y, para los adoptantes, es la solución ante el deseo de ser padres y la imposibilidad de concebir hijos biológicos.

Constituyendo la adopción en esencia, la solución para todos los sujetos del proceso, para los padres biológicos – en general la madre soltera- del niño entregado en adopción es a veces una decisión tomada ante el estado de necesidad en el que se encuentran y la carencia de las mínimas condiciones materiales de vida para ofrecer al hijo. Ese desprendimiento parental se da con mayor frecuencia porque los padres no pueden hacerse cargo económica y materialmente del niño, no porque no quieren.

Nuestro país atravesó por una etapa en que las madres biológicas entregaban a sus hijos en adopción inseguras de hacer lo correcto, pues nadie le explicaba ni tenían la información suficiente para dimensionar la gravedad de su decisión, y porque principalmente eran presionadas para hacerlo, frecuentemente a cambio de interesantes sumas de dinero que en ese momento pudieran satisfacer otras necesidades familiares.

Por ello durante muchos años, y frente a la carencia de un marco regulador actualizado, la figura de la adopción se fue desvirtuando, con procesos plagados de irregularidades, convirtiéndose en un negocio para quienes se aprovechaban de la desesperanza y la miseria de unos, engañando y lucrando con parejas ansiosas por tener un hijo, transformando la noble institución en un vulgar y desmedido tráfico de niños, especialmente con las adopciones internacionales, las cuales fueron suspendidas por ley en el año 1995.

En el procedimiento anterior no existía la etapa previa de la pérdida de la patria potestad de los padres biológicos y declaración del estado de adopción, trámites que garantizan la adecuada toma de decisiones por parte de los padres biológicos, del niño sujeto del proceso y también del órgano jurisdiccional.

Frente la situación irregular antes apuntada, el Congreso Nacional sancionó la Ley N° 1136/97, inspirada en la *Doctrina de la Protección Integral*, acorde con los instrumentos internacionales (especialmente la Convención Internacional de las Naciones sobre los Derechos del Niño), y la legislación regional, las cuales garantizan un adecuado control jurisdiccional y administrativo, otorgando transparencia y seguridad para los adoptados y los adoptantes, así como el aporte de confianza que la sociedad necesitaba en este tipo de procesos.

El marco legal que regula las Adopciones en nuestro país, en orden de prelación es:

- La Constitución Nacional, art. 54
- La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, ratificado por Paraguay por Ley N° 57/90, especialmente los artículos 3 y 21.
- El Convenio de La Haya relativo a la Protección de Niños y a la Cooperación en Materia de Adopción Internacional, ratificado por Paraguay por Ley N° 900/96.
- Ley de Adopciones, Ley N° 1136/97, por la cual se crea también el Centro de Adopciones, instancia administrativa central en materia de adopciones y encargada de apoyar al juzgado competente en todos los aspectos vinculados con el proceso.

El procedimiento establecido en la Ley de Adopciones se divide en dos etapas: a) la pérdida de la patria potestad y declaración de estado de adopción, y b) la Adopción propiamente dicha, las cuales serán analizadas en este trabajo. Esta separación de procesos está contenida en el art. 23 de la ley, que dice que *“los procesos por los cuales se declara a niños en estado de adopción son independientes de los juicios de adopción”*

La adopción es plena e irrevocable, porque confiere al adoptado una filiación que substituye a la de origen y porque una vez que la sentencia quede firme, no podrá ser revocada, salvo el caso de demanda de nulidad presentada por el adoptado, la madre o el padre

biológicos, dentro del plazo establecido en la ley (arts. 3, 53 y 54 de la ley N° 1136).

La adopción del hijo del cónyuge presenta una característica diferenciada a la anteriormente citada: como no cesa el vínculo biológico respecto de la madre que lo reconoció, la filiación adoptiva no substituye a la de origen, salvo que el niño o la niña haya sido también reconocido por el padre y contra éste se promovió la pérdida de la patria potestad, en cuyo caso cesa el vínculo biológico con relación al padre pero no contra la madre. Por ello, esta adopción debe ser de carácter simple. De esto, nada dice la ley.

LOS SUJETOS

Pueden ser adoptados, los niños, niñas y adolescentes de cualquier edad hasta los 18 años, salvo que antes de cumplir esa edad, se hubiera iniciado el proceso de declaración de estado de adopción (art. 9), pudiendo ser estos: huérfanos de padre y madre; hijos de padres desconocidos; hijos de padres biológicos que hayan sido declarados en estado de adopción; hijos del cónyuge o pareja conviviente por 4 años o más, previo consentimiento de éstos; y quienes se encuentran acogidos por guarda o tutela por más de 2 años, previo consentimiento de los padres biológicos y declarados en estado de adopción, según el caso.

Dice la ley que los adoptantes deben tener entre 25 y 50 años, *salvo convivencia previa con el adoptado de por lo menos un año de duración, y una diferencia de edad con la persona que pretendan adoptar de no menos de 25 años, ni mayor de 50 años. En caso de una pareja, la diferencia se considerará respecto al adoptante más joven* (art. 11)

La esencia de este artículo radica en la importancia de que, entre adoptante y adoptado, no existan marcadas diferencias generacionales y que la adopción se otorgue a personas que –por la edad– naturalmente hubieran podido ser padres.

Sin embargo, las limitaciones relacionadas con la edad no se tendrán en cuenta cuando se pretenda adoptar al hijo del cónyuge o conviviente, o cuando el adoptante sea un pariente de hasta el cuarto grado de consanguinidad. Siendo la adopción una salida de carácter excepcional, en caso de que el niño no pueda permanecer en el seno de su familia biológica, la prioridad es procurar la inserción en la familia extensa (abuelos, tíos, etc.) antes de recurrir a una familia sustituta.

Como la adopción plena –a diferencia de la adopción simple– confiere al adoptado una filiación que substituye a la de origen, los padres adoptivos tienen las mismas responsabilidades y derechos que los padres biológicos en relación con la administración de los bienes del adoptado, debiendo rendir cuentas de la administración una vez alcanzada la mayoría de edad del hijo adoptivo, a pedido de éste. También tienen la obligación de compensar por los daños que hubiere ocasionado la mala administración del patrimonio del adoptado (art. 16 de la Ley N° 1136/97).

EL CONSENTIMIENTO

En la primera etapa (declaración de estado de adopción), el consentimiento de los *padres biológicos* es el más importante y delicado, pues es primordial que ese consentimiento se efectúe con toda la libertad y la información previa para que la decisión sea la real expresión de su voluntad, sin condicionantes. Para ello, es transcendental el papel que debe desempeñar el Centro de Adopciones, quienes en sus distintos ámbitos (psicológico, social y jurídico) deben informar acabadamente sobre los alcances de la decisión tomada y determinar si tal decisión es madura y responde a los reales deseos de los padres biológicos y, como dijera, a la libre expresión de la voluntad de ellos.

En la segunda etapa (adopción), el adoptado debe prestar su consentimiento a partir de los 12 años, debido que, a esa edad se presume que cuentan con la madurez suficiente para poder decidir en su beneficio. Los niños menores de 12 años deben ser citados para ser oídos, sin que ello implique consentimiento y que sus opiniones sean determinantes para la decisión judicial, debiendo el Juzgador valorar sus dichos en función de su desarrollo y madurez.

En esta segunda etapa también es requisito el consentimiento del o los adoptantes, prestado ante el Juez competente bajo pena de nulidad del acto (art. 20, Ley N° 1136/97).

ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO

1. PÉRDIDA DE LA PATRIA POTESTAD Y DECLARACIÓN DE ESTADO DE ADOPCIÓN

Según sea el caso, el proceso de *Pérdida de la patria potestad y declaración de estado de adopción* puede ser iniciado de oficio por el Juez o por petición del Defensor del Niño, con intervención del Fiscal

de la Niñez, o bien, cuando los padres voluntariamente se presenten al Juzgado a manifestar su deseo de dar al hijo en adopción.

La otra vía es la que tiene la madre de solicitar la pérdida de la patria potestad a través del procedimiento contradictorio previsto en el art. 73 del C.N. y A., por alguna de las causales que el citado artículo señala. Posteriormente, la misma podría peticionar la declaración del estado de adopción para que, eventualmente, su hijo sea adoptado por el cónyuge o pareja conviviente.

En virtud del derecho que tiene el niño de vivir y permanecer en su familia de origen, la adopción debe ser otorgada con carácter excepcional. Por ello, dice el art. 21 de la Ley N° 1136/97 que *los padres biológicos que manifiesten su deseo de dar al niño o adolescente en adopción, deberán pasar obligatoriamente por un período durante el cual el juez impulsará las medidas necesarias para mantener el vínculo familiar con la familia nuclear o ampliada.* A ese efecto, debe trabajar en forma conjunta con los profesionales del Centro de Adopciones, quienes acompañarán el proceso afectivo en la familia e informarán sobre el resultado del mismo.

MANTENIMIENTO DEL VÍNCULO

Este período de “*mantenimiento del vínculo*” con la familia biológica se producirá durante 45 días pudiendo ser prorrogado a criterio del Juez. Vencido el plazo fijado, los padres biológicos deberán ratificarse en su decisión de dar al hijo o la hija en adopción.

Producida la ratificación, previo dictamen del Defensor del Niño y del Ministerio Público, el Juez resolverá la pérdida de la patria potestad y declarará al hijo en estado de adopción. En caso contrario, ordenará el finiquito del proceso y archivo del expediente.

La Ley de Adopciones no distingue las variables que pueden ir presentándose, dependiendo del origen del niño o la niña y del resultado de la investigación.

Tratándose de niñas o niños abandonados, de padres desconocidos (art.22), el Juzgado ordenará la búsqueda y localización de los padres o miembros de la familia biológica por un período mínimo de 90 días –también prorrogables a criterio del Juez-, a cargo del equipo del Centro de Adopciones, quienes requerirán la asistencia de otras instituciones si fuere necesario.

Ubicados los progenitores, se iniciará nuevamente el período de “*mantenimiento del vínculo*” por el plazo de 45 días (prorrogables). En

caso de no lograrse la ubicación de los padres, se intentará con la familia ampliada (tíos o abuelos), debiendo evaluarse si la familia reúne las condiciones para promover el mantenimiento del vínculo con el objeto de lograr la inserción del niño en ella.

Los informes del proceso de búsqueda y localización, así como los resultados de las evaluaciones efectuadas por el equipo del Centro de Adopciones durante el período de mantenimiento del vínculo son remitidos al Juzgado correspondiente, a fin de determinar la suerte del proceso y el destino que tendrá el niño o la niña, y en caso de constatarse la imposibilidad de la familia ampliada de acoger al niño o de no ser beneficiosa la permanencia en su seno, el Juez, en sentencia fundada declarará la pérdida de la patria potestad y el estado de adopción del menor, informando y remitiendo los antecedentes al Centro de Adopciones.

Los casos analizados precedentemente son aplicados al supuesto en que los padres biológicos hayan reconocido voluntariamente a su hijo o hija en el Registro del Estado Civil de las Personas.

Cuando el proceso involucra a niños o niñas abandonados, no reconocidos voluntariamente por ninguno de sus progenitores, y que sean inscriptos solo por orden judicial no será necesario decretar la pérdida de la patria potestad, ya que la inscripción ordenada al Registro Civil en forma judicial carece de efectos para establecer el vínculo paterno-filial y en consecuencia, debe presentarse en forma directa la petición de declaración del estado de adopción, realizándose en esta instancia del procedimiento el trámite establecido para la búsqueda y localización de los familiares biológicos en caso de tenerse algún indicio acerca del origen del menor o del paradero de los presuntos padres biológicos.

La declaración del niño en estado de adopción implica haber agotado todas las instancias tendientes a mantener al niño en el seno de su familia biológica, ya sea nuclear o ampliada, y con ello no solo se desvincula jurídicamente al niño de la misma, sino que se declara formalmente que ese niño o niña se encuentra en condiciones de ser adoptado. Por ello, es importante que esta etapa se cumpla con todos los requerimientos legales a fin de evitar posteriores nulidades.

En esta etapa, no intervienen los postulantes a la adopción, quienes deben presentar directamente su solicitud al Centro de Adopciones, y esta institución es la encargada de evaluar, seleccionar y proponer a los posibles adoptantes para el niño sujeto del proceso.

La excepción al período del mantenimiento del vínculo, tienen quienes han acogido al niño *en guarda o tutela por mas de 2 años o cuando el niño sea pariente hasta el cuarto grado de consaguinidad del o los adoptantes*”. Se entiende que la guarda y tutela que aquí menciona debe ser anterior a la vigencia de la ley de adopción, aunque cabe la duda de ¿que sucedería de existir una guarda concedida como medida cautelar autónoma (art. 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia) a una persona extraña a la familia del niño o la niña, con posterioridad a la vigencia de la ley de adopciones? En este caso, considero que sin soslayar el derecho de los padres biológicos o el procedimiento previsto en los artículos 21 y siguientes de la ley 1136/97 y, si se dan las causales previstas en la ley para solicitar la pérdida de la patria potestad, el guardador, transcurridos 2 años puede presentarse personalmente ante el Juez a los efectos de impulsar la primera etapa del proceso y continuar los trámites hasta obtener la sentencia que decrete la pérdida del vínculo biológico y se declare al niño en estado de adopción.

En cuanto a la tutela, obviamente la ley refiere a la figura prevista en el art. 110 del C.N. y A., en cuyo caso, tampoco se requiere el trámite del mantenimiento del vínculo y, en caso de no ubicarse a los progenitores, o estando los mismos fallecidos, la declaración de estado de adopción se dictaminará –previo proceso- en forma directa.

DÓNDE PERMANECEN LOS NIÑOS ABANDONADOS MIENTRAS TRANSCURRE EL PROCESO GENERAL DE LA ADOPCIÓN, QUE PODRÍA DURAR HASTA 12 MESES, A VECES MÁS?

En la práctica, durante el proceso de adopción (en sus dos etapas) el niño encuentra acogimiento en una institución de abrigo del Centro de Adopciones, en otro albergue infantil, o en una “familia acogedora” dentro del programa de “Acogimiento Familiar” creado por el Centro de Adopciones, en el cual existe un registro de familias dispuestas a acoger transitoriamente al niño mientras se define su situación socio-jurídica.

Estas familias (matrimonios o personas) deben formular expresamente el compromiso de no solicitar en el futuro la adopción del niño acogido, pues la figura de la “familia acogedora”, en teoría, no tiene relación con la pretensión de adoptar un niño. La función del Centro de Adopciones de promover hogares de acogimiento se encuentra prevista en el art. 29, inc. 16) de la ley 1136/97.

Esta situación de acogimiento del niño o la niña se prolonga hasta que se presenten los pretensos adoptantes y el Juez disponga la guarda del niño en el hogar de los mismos, por el plazo mínimo de 30 días, a los efectos de corroborar el modo de inserción del mismo en el hogar de los postulantes y determinar si el lazo afectivo creado entre ellos es beneficioso para el niño o la niña.

2. EL PROCEDIMIENTO DE ADOPCIÓN (ART. 40, LEY 1136/97)

Las solicitudes de Adopción deben ser presentadas ante el mismo Juzgado que entendió en el procedimiento de pérdida de la patria potestad y/o declaración de estado de adopción, y la competencia está establecida de conformidad con el lugar donde reside el niño o adolescente, en virtud de lo que dispone el art. 21, tercer párrafo y 37 de la Ley 1136, aún cuando el art. 33 establece que debe presentarse ante el Juzgado de turno, contradicción que no se ha tomado muy en cuenta, en razón de que los postulantes han optado indistintamente por cualquiera de las dos posibilidades. –

En esta etapa del proceso, son partes: *el niño, el Defensor del niño, el o los adoptantes, el Fiscal del menor y los padres biológicos cuando se trate de la adopción del hijo del cónyuge o conviviente* (art. 39, Ley 1136/97).

Los adoptantes, previo asesoramiento del Centro e informados sobre los antecedentes conocidos del niño a quien van a adoptar, deben presentar su petición al Juzgado, acompañando la propuesta del Centro de Adopciones y los documentos que acrediten sus condiciones personales. El proceso también puede ser iniciado a instancia del Area Jurídica del Centro de Adopciones, quienes seleccionarán a la persona, matrimonio o pareja que se adapte al perfil del niño declarado en estado de adopción.

Una vez presentada la petición, el Juzgado debe aceptar la propuesta y señalar audiencia para la ratificación de los adoptantes. En la práctica no se formaliza la aceptación de la propuesta a través de una resolución judicial, y el Juzgado simplemente convoca a los adoptantes, otorga intervención al Fiscal y al Defensor del Niño y solicita al centro de adopciones el legajo de los adoptantes.

En cuanto al consentimiento, me remito a lo comentado mas arriba en el capitulo pertinente, agregando que el art. 41 dice que en el momento de citar al niño el Juez se “*cerciorará sobre la identidad del niño, pudiendo ordenar nuevas pruebas o testimonios cuando hubiere alguna duda; que el mismo haya pasado por el período de*

mantenimiento del vínculo familiar; que las informaciones sobre su identidad, origen e historia personal y de sus antecesores estén correctamente descriptos y detallados, según las posibilidades, en sus aspectos físicos, médicos y psíquicos; que su opinión haya sido y sea tomada en cuenta según su madurez; y que su consentimiento, cuando sea mayor de 12 años sea otorgado previo adecuado asesoramiento, libre de presiones y compensaciones de clase alguna”.

El Juez debe cerciorarse que todos los consentimientos que la ley requiere sean prestados en debida forma, conforme lo prevé el art. 42 concordante con lo previsto en el art. 20.

GUARDA PRE-ADOPTIVA

La GUARDA como medida cautelar autónoma se encuentra prevista en el art. 106 del Código de la Niñez y la Adolescencia, y es aquella que el Juez de la Niñez otorga a una persona apta, para el cuidado, protección, atención y asistencia integral del niño, niña o adolescente objeto de la misma, imponiendo obligaciones al guardador. Esta medida es de carácter temporal –en la ley no se establece el tiempo de duración- y puede ser revocada ante la modificación de las circunstancias que determinaron en su momento la necesidad de otorgarla.

La institución de “guarda” también se encuentra prevista en el art. 43 de la Ley de Adopciones ya que en esa misma disposición legal se establece que el Juzgado debe conceder la *guarda provisoria* del niño al/los postulantes por un período no menor de 30 días, salvo las mismas excepciones que las previstas para el mantenimiento del vínculo. Esta es –literalmente- una guarda pre-adoptiva.

En cuanto a las excepciones mencionadas en el párrafo precedente, no se dispone la guarda pre-adoptiva, cuando el adoptado sea hijo del cónyuge o conviviente, o cuando el adoptado haya estado bajo la guarda o tutela del adoptante por mas de dos años. Quiere decir que, en este último caso, nos encontramos ante la guarda prevista en el art. 106 del C.N. y A.

Cualquiera sea el motivo de la guarda otorgada, ésta debe ser evaluada periódicamente (por el Juzgado o por el Centro de adopciones, según el caso) y revocada por el juez si existe mérito para ello, concluyendo la guarda en caso de que se otorgue la adopción del niño al “guardador”.

Por otra parte, podemos advertir que en el artículo 103 al 105 del C.N. y A., se establece la institución de familia sustituta, lo cual implica que al otorgarse el acogimiento por una familia sustituta mediante la guarda o tutela, se deja abierta la posibilidad de que la persona a quien se otorgó la guarda pueda adoptar, especialmente cuando se trata de niños menores de 6 años. Este enunciado refuerza la tesis de que, nuestra misma ley permite la concesión de guarda pre-adoptiva.

PORQUÉ ES BENEFICIOSA LA GUARDA PRE-ADOPTIVA?

Podríamos imaginar por ejemplo, que un niño es encontrado en la vía pública, abandonado en un predio privado o centro de salud. Como primera medida se lo remite a una de las instituciones de abrigo existentes en el sistema; posteriormente, mientras se intenta ubicar a su familia biológica se lo acoge en una *familia acogedora*. Luego del largo proceso de búsqueda (pueden ser 90 días o más) finalmente se ubica a la familia biológica (nuclear o ampliada). Se intenta el mantenimiento del vínculo por el período establecido en la ley (45 días o más) y este no tiene éxito. El niño regresa a la misma familia acogedora y otra nueva, entretanto continúa el trámite para la pérdida de la patria potestad y declaración de estado de adopción. Al cabo de más de un (1) año el Juzgado dispone la guarda provisoria (pre-adoptiva) a los postulantes. Durante todo el proceso antes detallado, el niño ha vivido en 4 o 5 lugares, (entre instituciones y hogares).

Es importante analizar si vivir en tantos lugares es mejor para el niño que, desde el principio, pueda pertenecer a una familia que probablemente sea la única que tenga el resto de su vida, en caso de no ser reinsertado en su familia biológica.

Si apuntamos al beneficio exclusivo del niño y que su interés debe priorizarse, considero que la guarda pre-adoptiva al inicio del proceso de pérdida de la patria potestad es más beneficiosa desde el punto de vista psicológico y por ello, si bien nuestra ley no lo hace expresamente, la legislación regional permite su implementación.

El artículo 316 del Código Civil Argentino (que incorporó las disposiciones de la Ley N° 24.779/97) regula al procedimiento sobre Adopción, y establece la posibilidad de otorgar la guarda a los postulantes de la adopción, *por un lapso no menor de 6 meses ni mayor a un año, el que será fijado por el Juez. El juicio de adopción sólo podrá iniciarse transcurridos seis meses del comienzo de la guarda. La guarda deberá ser otorgada por el juez o tribunal del domicilio del menor o donde judicialmente se hubiese comprobado el abandono del*

mismo. Estas condiciones no se requieren cuando se adopte al hijo o hijos del cónyuge.”

Sin desconocer la formalidad que rodea al proceso de adopción que pretende evitar que los niños o niñas sean nuevamente objeto de comercio despojados de todo derecho humano fundamental cual es el de nacer y crecer dentro de su propia familia, lo que se debe en este juicio es brindar al niño –en el menor tiempo posible- una familia que lo cuide y lo quiera, a fin de que la institución cumpla con su función protectora, respetando en todo momento las garantías procesales y el derecho de los padres biológicos y la familia ampliada en caso de que esta pueda ser ubicada.

Por ello -en mi opinión- la guarda pre adoptiva no colisiona con el *interés superior del niño* ni con lo preceptuado en la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, pues no ubica al menor en una situación irregular, y debe ser otorgada –especialmente- en los casos de niños abandonados y de padres desconocidos. Así, cuando el Defensor del Niño toma intervención ante la existencia de un niño o niña cuyos progenitores sean desconocidos, debe comunicar inmediatamente al Juzgado y éste dar intervención al Centro de Adopciones quienes del registro de postulantes seleccionarán los que reúnen las condiciones para ese niño sea acogido en guarda.

Del mismo modo en que las familias acogedoras tienen conciencia de que el niño acogido no podrá ser adoptado por ellos, también los padres postulantes quienes detentan la guarda pre adoptiva deberán tomar conciencia de la posibilidad de que los familiares biológicos del niño puedan ser hallados para atravesar posteriormente por el período de mantenimiento del vínculo, con la posibilidad de que este trámite tenga éxito y el niño se reinsertado en forma definitiva en su familia biológica.

En relación con la importancia de proporcionar al niño o niña un ambiente estable, el artículo 21, primer punto, inciso b) de la Convención de las Naciones Unidas por los Derechos del Niño establece que “*se debe asegurar sin dilación alguna una colocación del niño en vistas a su adopción o en su defecto, una colocación alternativa de carácter duradero*”. Esto es así por lo que se explicara anteriormente, a fin de evitar que el niño resida transitoriamente en varias familias creando vínculos que no serán duraderos.

REGISTRO DE POSTULANTES A LA ADOPCIÓN

Así como posee un registro de los niños declarados en estado de adopción, el Centro de Adopciones cuenta también con un Registro de Postulantes a padres adoptivos, quienes han sido debidamente asesorados y evaluados por el equipo técnico del Centro (Abogados, Psicólogos y Trabajadoras Sociales), además de cumplir con los requisitos previstos en el art. 34 de la Ley N° 1136/97 en cuanto a la demostración de sus condiciones personales, antecedentes judiciales, familiares, sociales y medios de vida.

ES CONDICIÓN QUE LOS PADRES POSTULANTES SE ENCUENTREN INSCRIPTOS EN EL CENTRO DE ADOPCIONES PARA PODER SOLICITAR LA ADOPCIÓN DE UN NIÑO?

Conforme a lo dispuesto en el art. 29 inciso 7) de la Ley 1136/97 una de las funciones del Centro de Adopciones es la de evaluar a las personas que se postulan para adoptar, creando un legajo de los adoptantes con la documentación pertinente, asegurándose que sean aptas, en base a los requerimientos de la misma ley. Esto, implica en principio que es necesario que los adoptantes se encuentren inscriptos en el Centro de Adopciones.

Sin embargo, en mi opinión, cuando el niño o la niña es entregado en forma voluntaria y directa por la madre biológica, situación que en la realidad siempre se puede presentar, se debe tener en cuenta y considerar la voluntad de ésta para otorgar la guarda pre-adoptiva del niño o la niña a determinada familia, sin exigir la previa inscripción en el registro de adoptantes del Centro de Adopción. Si la familia reúne las condiciones mínimas exigidas en la ley y demuestre su interés en adoptar a ese niño o niña, deberá ser inmediata y debidamente evaluada por el equipo técnico del Centro para determinar si se encuentra en condiciones físicas, emocionales, psicológicas y materiales para adoptar un niño.

En situaciones como éstas el Juez podría apartarse del rigor de la ley, pero con prudencia, dependiendo de cada circunstancia, evitando caer en la situación existente antes de la vigencia de la ley de adopciones en cuanto a la irregularidad de la entrega del niño, y solo cuando existan motivos que lo justifiquen, respetando la decisión de la madre en virtud del principio de la "*autonomía de la voluntad*". Esto es, sin perjuicio del cumplimiento de actuaciones cuya inobservancia podrían ocasionar la nulidad del proceso.

“Esta problemática nos conduce, entonces, al estudio del esquema implementado por la mencionada ley 25.854, el cual, mas allá de la relevancia que adquieren su existencia y la validez de las gestiones a cargo de los registros nacionales o locales de adoptantes, en resguardo de las personas menores de edad- no puede ser interpretado ni aplicado independientemente de las circunstancias fácticas y concretas de cada caso. Si así fuera, nada se habría avanzado con su puesta en marcha, sino que, de la mano de aquel precepto, se caería en un automatismo burocrático contrario a la esencia misma de la función jurisdiccional. “La trascendencia del tema exige, reitero, detectar con esmero los distintos componentes de cada situación particular para sopesarlos en su conjunto, en coherencia con el fin protectorio que, como sabemos, es el norte indiscutible de la actuación estatal en materia de niñez. Precisamente, el artículo propio de los jueces es la prudencia, que discierne lo justo con referencia al caso concreto (bene judicat quid bene distinguit).”¹

EVALUACIÓN DE LA GUARDA PROVISORIA

Durante el período de guarda provisoria, el Departamento Técnico del Centro de Adopciones acompañara y evaluara el proceso de adaptación para detectar si el vínculo creado con los adoptantes es beneficioso para el menor, presentando un informe al Juez. Si el informe fuere favorable se dará por concluido de período de convivencia y dictará resolución; si el informe fuere desfavorable, el Juez resolverá inmediatamente si revoca la guarda otorgada y comunicará su decisión al Centro de Adopciones, el que ubicará al niño provisoriamente en una entidad de abrigo (art. 43, ley 1136/97).

Aquí de nuevo entramos en otra situación traumática para el menor. Luego de convivir por varios meses (porque la ley dice que deber ser de 30 días como mínimo), el niño nuevamente debe ser institucionalizado en una entidad de abrigo, mientras el Centro de Adopciones remite otra propuesta con nuevos postulantes para adoptar al mismo.

En caso de que el informe sobre los avances de la convivencia entre el o los adoptantes y el niño sea positivo, el Juez remitirá las actuaciones al Fiscal de la Niñez y al Defensor de la Niñez, a los efectos de que los mismos dictaminen acerca de la viabilidad de la adopción, en el perentorio plazo de 3 (tres) días. Recibida las opiniones, el

¹ Corte Suprema de Justicia de la República Argentina, fallo publicado en la Revista de Derecho de Familia, N° 2, Año 2009, pág. 31, Editorial Abeledo Perrot.

Juzgado llamará autos para sentencia (art. 45, ley 1136/97), salvo que considere la necesidad de diligenciar medidas para mejor proveer, las cuales, podrían estar relacionadas con nuevas informaciones de los adoptantes o del niño. En la práctica generalmente esto no sucede.

Finalmente, el Juez dictará sentencia definitiva, y en caso de conceder la adopción, fijará el seguimiento previsto en la ley, por el plazo de 3 años, a cargo del equipo técnico del Centro de Adopciones (art. 47, ley 1136/97). La misma será apelable en el perentorio plazo de 3 días, luego de los cuales causará ejecutoria y no podrá ser revocada.

La sentencia dictada por la Cámara de Apelaciones, previo dictamen del Fiscal y del Defensor de la Niñez causará ejecutoria.

Las sentencias de adopción deberán ser remitidas al Centro de Adopciones, e inscriptas como nacimiento en un libro especial en la Dirección General del Registro del Estado Civil de las Personas.

EL DERECHO DE CONOCER SU ORIGEN

Aunque no existe obligación de incluir en la sentencia este enunciado, el art. 54 de la Ley de Adopciones establece el derecho que tiene el adoptado de conocer su origen, y para ello al alcanzar la mayoría de edad podrá solicitar se exhiban los documentos judiciales y administrativos relativos a su caso, pudiendo también petitionar el levantamiento de la reserva a través de un apoderado o acompañado del Defensor del Niño.

Como sea, no puede negarse el derecho de los hijos adoptivos de conocer su historia, derecho reconocido en nuestra ley de adopciones, la cual se ajusta a la corriente psicológica existente en la actualidad, aunque muchos padres adoptivos aún no están de acuerdo con la necesidad de informar al hijo sobre su condición. Algunos con un sentido de protección a fin de evitarle sufrimiento por sentirse abandonados o diferentes y otros sin embargo, omiten hablar de eso por temor a que el hijo adoptivo “deje de quererlos”, sin pensar que le están ocultando parte de su historia de vida que en definitiva será fundamental para construir su personalidad.

Si bien es cierto el parentesco con su familia biológica se extingue, esa familia biológica es parte de su vida y de su origen. Lo importante aquí es la manera en que se aborda la situación y se presenta la información al hijo, dependiendo de la edad, de su personalidad y su comprensión. Para ello, es importante llevar el proceso acompañado de profesionales idóneos pues de lo contrario, se

podría perturbar gravemente la psiquis del niño o la niña y con ello, la armonía familiar.

Es importante que la información que ellos reciban provenga de sus propios padres adoptivos, con la verdad y en ese caso, no habrá sufrimiento irreversible. Por otra parte, si los padres aceptan, protegen y acompañan al hijo o la hija en el proceso de conocimiento o búsqueda de sus orígenes, se fortalecerá aun más el vínculo afectivo que tienen como familia.

REFLEXIÓN FINAL

Como se mencionara al principio de este trabajo, la adopción es una bella y sensible forma de brindar una familia a un niño, y a una familia deseosa de tener un hijo la posibilidad de concretarlo. Nosotros los profesionales abogados, así como los operadores de justicia y las instituciones que intervienen en este proceso, debemos cooperar para que éste sea transparente, asesorando ética y legalmente a quienes nos requieren, y protegiendo en todo momento el derecho que tiene el niño o la niña de crecer y permanecer en su familia biológica, sin importar la situación económica en la que se encuentre ésta. Con ello habremos cumplido también con nuestra función social apoyando al Estado en el funcionamiento eficaz del sistema nacional de protección de la niñez y la adolescencia en estado de abandono y de vulnerabilidad.

BIBLIOGRAFÍA

CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO.
CODIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA
LEY N° 1136/97 DE ADOPCIONES
CODIGO CIVIL ARGENTINO
REVISTA DE DERECHO DE FAMILIA, N° 2, AÑO 2009, Editorial Abeledo Perrot, Buenos Aires, Argentina.

EL PROCESO DE ADOPCIÓN	111
Los sujetos	113
El consentimiento	114
ANÁLISIS DEL PROCEDIMIENTO.....	114
1. Pérdida de la patria potestad y declaración de estado de adopción.....	114
Mantenimiento del vínculo	115
Dónde permanecen los niños abandonados mientras transcurre el proceso general de la adopción, que podría DURAR hasta 12 meses, a veces más?	117
2. El procedimiento de Adopción (art. 40, Ley 1136/97)...	118
Guarda pre-adoptiva	119
Porqué es beneficiosa la guarda pre-adoptiva?.....	120
Registro de Postulantes a la Adopción	122
Es condición que los padres postulantes se encuentren inscritos en el Centro de Adopciones para poder solicitar la adopción de un niño?	122
Evaluación de la guarda provisoria.....	123
El derecho de conocer su origen.....	124
Reflexión final	125

PERICIA PSICOLÓGICA FORENSE EN NIÑOS/AS QUE SUFREN MALTRATO.

Por Marta Amelia Núñez

PERICIA PSICOLÓGICA FORENSE EN NIÑOS/AS QUE SUFREN MALTRATO.

Por Marta Amelia Núñez

CONSIDERACIONES GENERALES

Actualmente son cada vez más numerosas y con diferente cariz las denuncias presentadas por maltrato; y dentro del maltrato infantil consideramos lo más dañino y traumático “el abuso sexual”. Tal vez los casos no hayan aumentado en número con relación a años anteriores, pero existe en nuestros días mayor consciencia en cuanto a la importancia de la denuncia; por lo tanto, tanto maestros como amigos de la familia, vecinos y la misma víctima se sienten de alguna manera con el deber de proteger a la víctima o protegerse, denunciando el hecho. También creemos que hoy hay mayor claridad conceptual en cuanto a los derechos de los niños/as y adolescentes y la importancia del cumplimiento de los mismos.

Desde nuestra oficina especializada en Atención al Maltrato Infantil (EEAMI) dependiente de la Dirección de D.D.H.H. de la Corte Suprema de Justicia y considerando el interés superior del niño/a, ponemos énfasis en mejorar y afinar cada vez más el enfoque multidisciplinario, el diagnóstico psicológico y el estado emocional de la víctima y familiares; y sobre todo ponemos énfasis en las medidas y acciones, además de las conclusiones y recomendaciones que son valoradas y tenidas en cuenta por juzgados y defensores a cargo de la causa.

El EEAMI (Equipo Especializado en Atención al Maltrato Infantil) fue creado en el año 2003 como necesidad y parte de un acuerdo firmado por la Corte Suprema de Justicia y una ONG en un Programa de Acogimiento Familiar para niños/as en situación de maltrato.

El EEAMI es un equipo que trabaja como auxiliar de la justicia y en este caso específico para los seis juzgados de 1ra. Instancia de la Niñez y Adolescencia en causas de Medidas Cautelares de Protección y Maltrato infantil.

EVALUACIÓN PSICOLÓGICA

Es muy importante tener en cuenta el estado emocional en que se encuentra el niño/a al enfrentarse una vez más al frío edificio del Palacio de Justicia por lo que generalmente el primer objetivo es la utilización de técnicas especiales para conseguir la favorable disposición y confianza de esa persona víctima que generalmente ya se ha entrevistado; ha estado en contacto con otras personas y ha sufrido victimización por ser tratada o interrogada de manera inadecuada. Igualmente el profesional psicólogo no debe “contaminarse” con la víctima y su estado emocional, brindándole el apoyo y contención que necesita y tener en cuenta su alto índice de inseguridad y vulnerabilidad.

Es fácil caer en la subjetividad ya que el psicólogo/a debe acompañar al niño/a en un momento difícil y doloroso y buscar la manera de comprenderlo en un trauma pasado dentro de su abandono o falta de protección que pudo haber tenido.

PERFIL DEL PSICÓLOGO Y COMPROMISO PROFESIONAL

Es importante adaptarnos a las condiciones del niño a su sufrimiento y a lo que él está esperando encontrar. Confiarle y contarle su drama a otro/a constituye tanto una prueba de fuego para la víctima como para el profesional. En ese contexto, el perfil del psicólogo/a debe estar acorde con la inmensa dosis de dolor y sufrimiento psíquico y emocional de la víctima.

Es fundamental, madurez emocional y psíquica a fin de ser capaz de despegarse del impacto y trauma en la vida de las víctimas, y del desasosiego que a veces se siente. Este aspecto debe constituir un desafío para seguir creciendo profesionalmente e implica también el grado de compromiso personal que cada uno pone al servicio de la temática.

En el campo de exploración y tratándose del maltrato y abuso aún no hay consenso establecido ni límites en cuanto a las prácticas que regulan la intervención por lo tanto el aporte creativo del profesional en encontrar el camino adecuado por recorrer y explorar es invaluable.

LA EVALUACIÓN PSICOLÓGICA:

Consiste en un acabado y profundo estudio diagnóstico en cuanto a lo que está pasando dentro de la psiquis de la persona: las características personales, el estado emocional, los impulsos y represiones y su capacidad defensiva ante la frustración y traumas. Se debe tener en cuenta los aspectos positivos y recursos con que cuenta la persona ante la adversidad.

Las técnicas de evaluación psicológica para el diagnóstico de abuso y maltrato no son válidas como lo serían para otra problemática o estudio. Para los casos de abuso y maltrato; es diferente. Cada víctima acude con estado distinto y reacciones diferentes por lo cual necesita ser recibida, comprendida y contenida de manera diferente. Todo niño/a necesita ser visto, ser escuchado, ser acompañado en su dolor; y es ahí de vital importancia la intervención del psicólogo/a quien debe “extraer” literalmente al mismo/a del fondo de su psiquis del abuso o maltrato y comenzar la tarea de “reparación psíquica” y la restitución de sus derechos.

Ese niño/a se encuentra con toda la secuela de desconfianza, vergüenza, duda y culpa; y en ocasiones también con una “sensación de confusión”; sobre todo en el caso de abuso sexual, cuando el agresor es el padre quien de día se comporta amorosamente y por las noches se transforma y abusa de él o ella. A eso debemos sumar el desgaste que acarrea todo el proceso judicial al cual también debe enfrentarse. Y la posibilidad de pérdida de ese familiar, en este caso el padre, el cual debe ser alejado del niño/a o ser castigado con la cárcel.

Es de fundamental importancia la primera sesión o encuentro con la víctima que es “la entrevista psicológica”. Ese niño/a necesita sentirse seguro/a y sobre todo contenido/a por lo cual nunca debe utilizarse un interrogatorio armado o preguntas sugerentes.

ENTREVISTA INICIAL PSICOLÓGICA

- Para facilitar lo que se llama el abordaje psicológico y el adecuado “rapport”, la relación con el niño/a debe ser muy buena y confiable. Nunca ser indagatoria con un interrogatorio armado, sino más bien debe ser “contenedora”.
- El profesional debe tener una buena formación en cuanto a psicología evolutiva y de desarrollo; de esa manera podrá conocer la capacidad y las limitaciones propias de cada edad, reacciones y actitudes normales de niños/as y adolescentes.

- El lenguaje utilizado también debe estar acorde con la realidad psico social del niño/a; por ejemplo: no es lo mismo la comunicación de un niño/a que proviene del campo; que se maneja sólo en el idioma guaraní ; que otro niño/a de la ciudad o de poblaciones aledañas a Asunción. Aquí también cabe mencionar las personas con discapacidades o limitaciones en su comunicación, a quienes les cuesta expresarse y que tienen una alta vulnerabilidad por su misma limitación. Recordemos que el agresor lo que más busca es el silencio de su víctima.

- Teniendo en cuenta todos estos detalles que son muy importantes para la validez y confiabilidad de un estudio, reiteramos que el profesional psicólogo siempre debe adecuarse al niño/a y no la víctima a un cuestionario o a una situación de estudio.

- Debemos asegurarnos también de que el niño/a no haya sido expuesto a otra información que lo confunda o distorsione con fines de manipulación. Esto generalmente se produce en padres con desavenencias cuando uno de ellos o ambos proyectan sus conflictos en el niño o la niña. También en los medios masivos de comunicación, el lenguaje que se maneja a nivel popular y el propio proceso de esa víctima (lo que él o ella tuvo que pasar antes de llegar); que muchas veces antes de ayudar lo confunde y contamina más y a veces entorpece el proceso y la elaboración del trauma.

- También hay otra situación que es importante mencionar: el “estrés” y “estrés postraumático” que se produce en una persona que se siente desbordada por lo que le es imposible o muy difícil procesar la información de manera ordenada y narrativa.

¿ Cómo afecta el “estrés postraumático”?

ESTRES POSTRAUMÁTICO:

La víctima no logra integrar la información a causa del trauma que le produjo en la estructura existente del pensamiento. Esto produce un impacto negativo (el estrés) en la capacidad de atención y procesamiento de la información, llevando al niño/a a una conducta con déficit atencional y/o hiperactividad.

Cuanto más pequeño/a es el niño/a es más susceptible y vulnerable de caer y ser víctima de alguna violación a sus derechos; así también le es más difícil tomar consciencia de lo que sucede. Por lo tanto se debe tener en cuenta no solamente lo que el niño/a recuerde y cuente sino que también los “mecanismos de defensa” psicológicos utilizados por él o ella; como son: la disociación, la negación o el olvido.

Se debe tener en cuenta también los afectos y las emociones del niño/a. pues generalmente suele estar ligado afectivamente a la persona que lo maltrata o que abusa de él o ella; por lo tanto existen sentimientos afectivos hacia ella con un gran componente también de mucha culpa y miedo por lo que está ocurriendo. Esta es una situación ambivalente para la víctima; cuando se mezclan sentimientos y emociones contradictorias como el amor, rabia y culpa.

ENTREVISTA DE INVESTIGACIÓN

Si bien al psicólogo no le compete la investigación de los hechos en sí, sino más bien la búsqueda del daño o trauma ocasionado en el niño/a; el estado emocional y su relacionamiento con los adultos más cercanos. Una entrevista a los adultos denunciadores puede ayudar. Esta entrevista deber ser detallada con énfasis en el aspecto emocional del niño/a y el profesional debe saber manejar los efectos transferenciales y al mismo tiempo ser muy cauteloso en sus comentarios. Reiteramos que el psicólogo debe centrarse en la búsqueda de indicadores asociados al trauma en el niño/a y no en la investigación de la veracidad en quien relata los hechos.

El perito psicólogo presenta mediante un informe las pruebas y resultados al Juez o Jueza quedando la decisión a cargo de ellos.

VARIABLES INTERVINIENTES

Existen **recomendaciones** que deben ser tenidas en cuenta por ser estas de suma importancia, por el tema a ser abordado y por que consideramos que el niño es lo primordial y prioritario en el proceso. Así como mencionamos ya la solvencia profesional y la necesidad de que el psicólogo/a sea un especializado y experto en la temática, también las técnicas a ser utilizadas; deben ser suficientemente calificadas, confiables y nunca rígidas.

El trabajo profesional del psicólogo/a será en varias sesiones de trabajo; las necesarias para que la víctima se encuentre en un espacio

de confianza y apertura donde pueda ser escuchada, comprendida y apoyada.

El proceso de evaluación del abuso sexual puede requerir la intervención de distintos profesionales y expertos. Aunque la formación, capacidad y actitudes de todos ellos sea la apropiada para los requerimientos del caso; es recomendable e importante que haya un solo profesional al frente del caso, el cual debe ser el encargado de reunir e integrar la información. Al niño le puede resultar chocante y estresante el hecho de ser interrogado o entrevistado por diferentes personas (victimización).

Dentro de las técnicas a ser empleadas es de recurrir a la Cámara de Gessell, que constituye un recurso invaluable para que otros profesionales a quienes requiera el Tribunal puedan observar al niño/a sin intimidarlo/a ni angustiarse/a y libre de presiones.

La presencia de los padres y otros adultos no solamente puede inhibir a un niño/a sino que puede perjudicar la observación de su conducta durante la entrevista; puesto que los adultos podrían tener algún interés en el caso.

Tratándose de niños pequeños, menores de cinco años, la separación de sus familiares o cuidadores puede ocasionar ansiedad por lo que quedarse a solas con un extraño le puede resultar insoportable. Por esta razón, el entrevistador puede pedirle previamente a los cuidadores que preparen al niño para quedarse solo.

UTILIZACIÓN DE ELEMENTOS DE AYUDA EN LA ENTREVISTA

La situación de sentarse a hablar a solas con una persona desconocida no es el ámbito o ambiente favorable para ningún niño/a por tanto la primera tarea del psicólogo consiste en buscar que éste/a se sienta cómodo/a y tranquilo/a.

Es importante contar con elementos facilitadores para el efecto como lápices, papeles, plastilina, juegos, muñecos. etc. Es sumamente útil y agradable para el niño/a la utilización de técnicas gráficas o de modelaje. Los juguetes y muñecos sexuados, de parejas y niños; títeres y hasta animales pueden colaborar sobre todo cuando se trata de niños/a con alto grado de inhibición.

Las técnicas proyectivas igualmente muy utilizadas en psicología y los instrumentos y tests son obviamente de imponderable utilidad, para cuya utilización el profesional debe estar altamente capacitado.

EN CUANTO A LAS CONCLUSIONES:

La conclusión a la que el entrevistador debe llegar puede iniciarse con un espacio donde el niño/a pueda pedir aclaraciones o responder preguntas sobre sus inquietudes si las hubiere.

En cuanto a los resultados que debemos informar es importante recordar una vez más, que los psicólogos no somos jueces y nuestra misión no es defender ni condenar a nadie. El psicólogo debe realizar una evaluación lo más objetiva posible del daño o trauma que la víctima padece; el estado emocional del niño/a y cuales son los indicadores psíquicos y de comportamiento en los cuales nos basamos.

El interés superior del niño/a es nuestro objetivo principal teniendo en cuenta que ese niño/a al cual estamos evaluando ha sido víctima y violado en sus derechos fundamentales.

Un informe que solo advierte sobre la presencia de indicadores asociados al estrés postraumáticos sin ninguna especificación respecto a las posibles causas y consecuencias que acompañaría en la vida del sujeto resultaría incompleta y de poca utilidad. Evaluar a un niño/a que ha sufrido maltrato y/o abuso sexual ya constituye de por sí una tarea dolorosa. Agreguémosle a esto la situación de que es realizada por requerimientos judiciales y de fiscalización. Por este motivo el psicólogo especialista debe poder diferenciar y especificar el trauma original y los daños psicológicos ocasionados.

Son necesarias y útiles las **recomendaciones** en cuanto a las orientaciones, cuidados y protección de la víctima, el tratamiento de la víctima y los involucrados y todo lo que signifique una situación de riesgo para el niño/a con una proyección a futuro.

Por último sugerimos, a quienes deban entrevistarlo, las cuestiones de cuidado a ser tenidas en cuenta a fin de no aumentar su ansiedad o angustia y evitar siempre la re-victimización.

CARACTERÍSTICAS PSICOLÓGICAS DE LOS NIÑOS MALTRATADOS DE ACUERDO A LOS RESULTADOS DE LOS ESTUDIOS PSICOLÓGICOS.

- Baja autoestima (pobre concepto de sí mismo).
- Inseguridad.
- Mecanismo de defensa, evasión, regresión, disociación.
- Ansiedad
- Angustia y depresiones
- Temores y miedos
- Dependencia del adulto
- Agresividad (verbal y física)
- Hostilidad
- Desconfianza
- Represión afectiva
- Aislamiento social
- Perturbaciones con la figura materna y/o paterna
- Síndrome del cuerpo dañado- Deterioro de la imagen corporal
- Perturbaciones en el sueño

CARACTERÍSTICAS PSICOLÓGICAS DE LOS NIÑOS/AS CON ABUSO SEXUAL DE ACUERDO A LOS RESULTADOS DE LOS ESTUDIOS PSICOLÓGICOS

- Lenguaje sexual inadecuado
- Comportamiento inadecuado
- Perturbaciones sexuales
- Desconfianza de los adultos
- Desamparo
- Mecanismo de defensa: regresión
- Sentimiento de culpabilidad y vergüenza
- Disociación
- Vergüenza
- Agresividad
- Impotencia de frenar el abuso
- Aislamiento social
- Sentimiento social/ Inadecuada percepción de sí mismo.
- Angustia, depresiones, fantasías suicidas; tendencias auto-agresivas
- Dependencia de los adultos

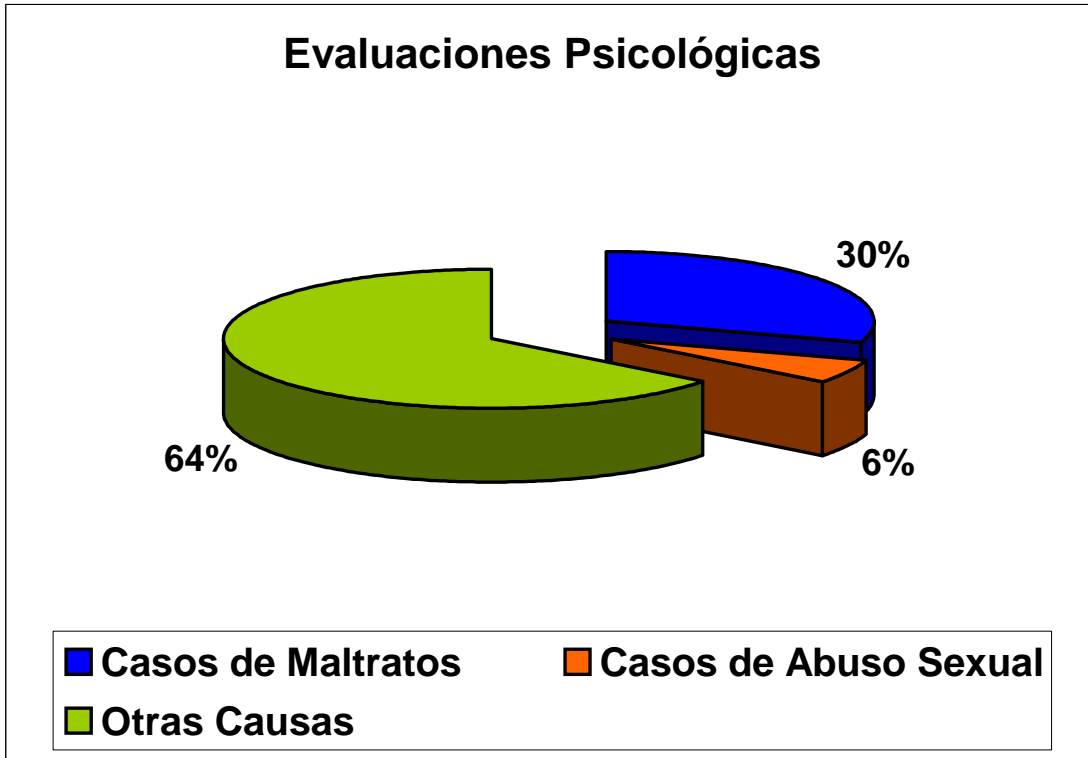
- Desadaptación síndrome del cuerpo dañado
- Temores nocturnos
- Polarización de sentimientos

**CARACTERÍSTICAS PSICOLÓGICAS DEL AGRESOR DE
ACUERDO A LOS RESULTADOS DE LOS ESTUDIOS
PSICOLÓGICOS.**

- Manipulación de intereses
- Perturbaciones sexuales
- Descontrol y agresividad de las emociones
- Pensamiento dominante
- Negativismo
- Negación de la realidad
- Frustraciones
- Dependencia del alcohol, droga, etc.
- Sentimiento de inferioridad
- Personalidad disminuida
- Trastornos mentales en algunos casos que son derivados a centros psiquiátricos

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
OFICINA DE ATENCIÓN AL MALTRATO INFANTIL
Psicología de la Niñez y la Adolescencia.

Evaluaciones Psicológicas desde Agosto del 2003 Hasta Agosto del 2005.
Total de Evaluaciones Psicológicas: 431

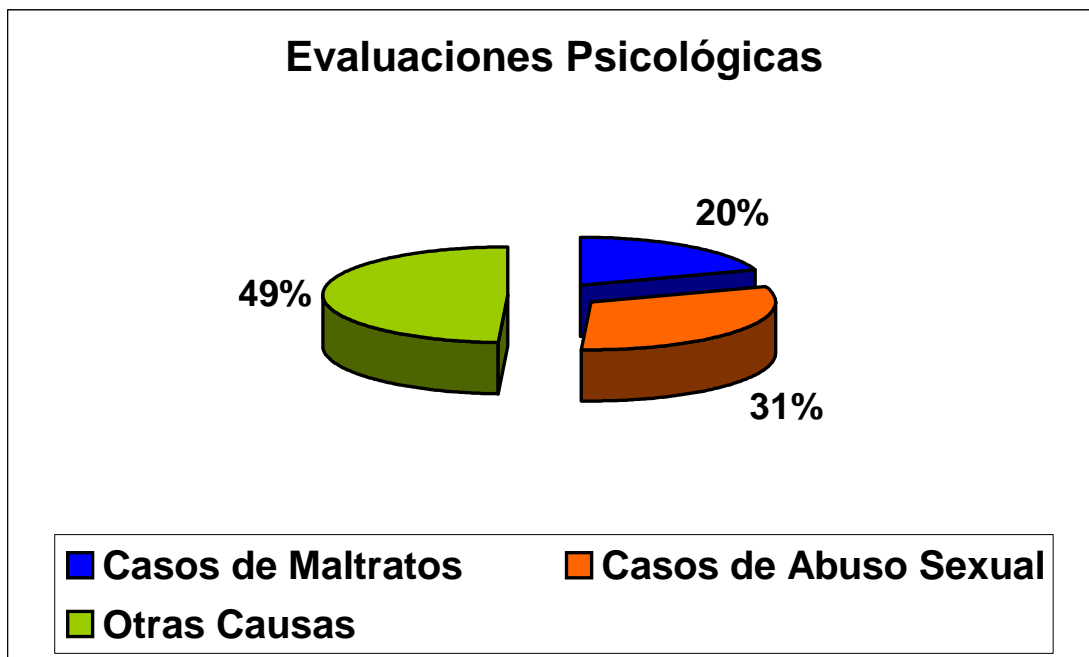


■ Casos Maltratos:	129
■ Casos de Abuso Sexual:	24
■ Otras Causas:	278

OBS:

Otras Causas: Medidas de relacionamiento, convivencia, guarda, protección, restitución, etc.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Programa de Inserción Familiar - PINFA
Equipo especializado en Maltrato Infantil
Área Psicología
Evaluaciones Psicológicas desde el 1º de Enero hasta el 15 de
Noviembre del año 2006.
Total de Evaluaciones Psicológicas: 183



■	Casos Maltratos: 36
■	Casos de Abuso Sexual: 57
■	Otras Causas: 90

OBS:

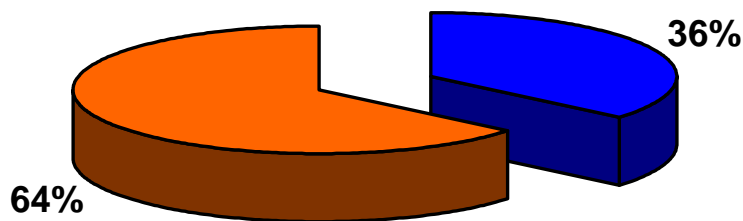
Otras Causas: Medidas de relacionamiento, convivencia, guarda, protección, restitución, etc.

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Programa de Inserción Familiar - PINFA
Equipo especializado en Maltrato Infantil
Área Psicología

Evaluaciones Psicológicas desde el 1º de Febrero hasta el 15 de
Noviembre del año 2007.

Total de Evaluaciones Psicológicas: 236

Evaluaciones Psicológicas



■ Casos de Maltratos ■ Otras Causas

■ Casos Maltratos: 85

■ Otras Causas: 151

OBS:

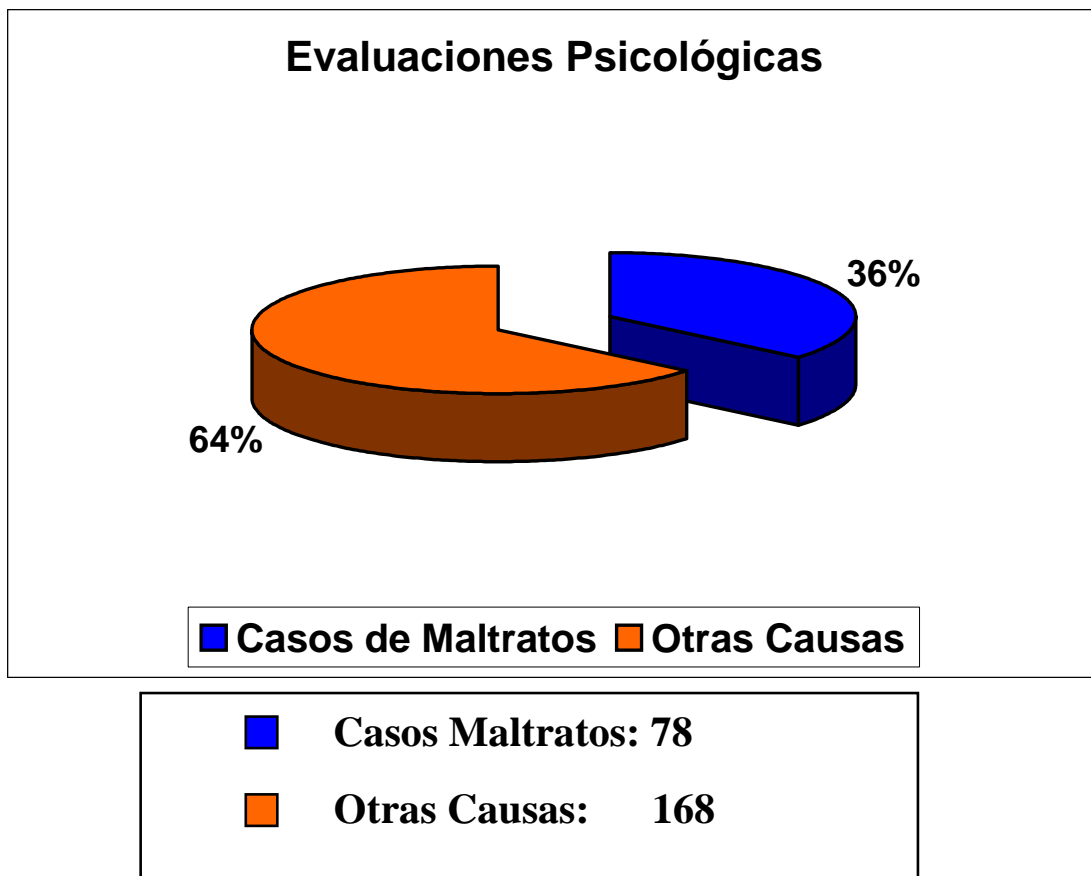
Otras Causas: Medidas Cautelares, Venias, Régimen de Relacionamiento, de Convivencia, Guarda, Abrigo, Pérdida de Patria Potestad, Restitución, etc.

“EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”
COMENTARIOS AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
Programa de Inserción Familiar - PINFA
Equipo especializado en Maltrato Infantil
Área Psicología

Evaluaciones Psicológicas desde el 1º de Febrero hasta el 12 de
Noviembre del año 2008.

Total de Evaluaciones Psicológicas: 246



OBS:

Otras Causas: Maltrato, Medidas Cautelares, Venias, Régimen de Relacionamento, de Convivencia, Guarda, Abrigo, Pérdida de Patria Potestad, Restitución, etc.

El número de evaluaciones en algunos casos supone más de una sesión de trabajo y a todos los involucrados.

**CORTE SUPREMA DE JUSTICIA
DIRECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS**

Directora: Abogada NURY MONTIEL MALLADA

**EQUIPO ESPECIALIZADO EN ATENCIÓN AL MALTRATO INFANTIL
(EEAMI)**

ÁREA PSICOLOGÍA

- **Habilitación de la oficina:** Agosto del 2003.
- **Localización:** 1er. Piso.- Palacio de Justicia.
- **Psicólogas Especializadas:**
 - Lic. Marta Núñez de Benítez.
 - Lic. Lides Leiva
 - Lic. Mercedes Céspedes

Estudios psicológicos solicitados por:

- Tribunal de apelación; etc.
- Juzgados.
- Defensorías.

OBJETIVOS:

- Obtener un perfil psicológico a requerimiento de los Tribunales y Juzgados a fin de facilitar los elementos para que estos puedan dictar sentencias justas.
- Brindar atención especializada y clasificada a niños/as en situación de maltrato, abuso sexual y otras causas.
- Intervenir en los juicios cuando el juzgado lo requiera, teniendo en cuenta el interés superior del niño/a y toda acción destinada a proteger sus derechos.
- Establecer redes con organismos estatales y privados para el tratamiento posterior.

METODOLOGÍA DE TRABAJO:

- Entrevista con las víctimas, agresores y familiares.
- Aplicación de tests psicológicos.
- Trabajos de campo: traslados y seguimientos de casos (por Convenios).

Observación: los estudios psicológicos son realizados en dos o más sesiones según lo requiera cada caso, en la oficina del Poder Judicial, planta baja, en el horario laboral de 7:00 a 13:00 hs.

ACTIVIDADES:

- Suministrar informes psicológicos a los jueces, tribunales y defensores.
- Participar en las audiencias a requerimiento de los jueces.

“EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”
COMENTARIOS AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

- Acompañar en asesoramiento psicológico a las víctimas a través de visitas domiciliarias mediante convenio entre la C.S.J. y las ONGs. Programa de Inserción Familiar. (PINFA)
- Intervenir en crisis a solicitud de las defensorías.

CONVENIOS DE COOPERACIÓN:

- **Mantenimiento del Vínculo con las Familias de origen**, Poder Judicial y las ONGs “Enfoque Niñez” y “Corazones por la Infancia”. (PINFA).
- **Equipo Especializado en Maltrato Infantil – EEAMI**. Poder Judicial y las ONGs “Enfoque Niñez” y “Corazones por la Infancia”.

BIBLIOGRAFIA

- “Guía para la Evaluación del Abuso Sexual Infantil”. José Cantón Duarte. María del R. Cortés A. Psicología Pirámide.
- “H.T.P.” Back- W.L. Warren.
- “Abuso y Maltrato Infantil”. Pericia Forense. Rosa Inès Colombo, etc. Cauquen Editorial.
- “Inventario de Frases”. Rosa Inés Colombo, etc. Santa Claire Editora.
- “Persona bajo la lluvia”. Rosa Inés Colombo. Carolina Beigbeder de Agosta. Zulema Barilari.
- “Psicología Forense. Consideraciones sobre temáticas centrales”. Osvaldo Varela. Héctor Álvarez. Alfredo J. Sarmiento. Lexis Nexos- Abeledo- Perrot.
- “La Infancia Rota”. Testimonios y guías para descubrir y tratar el abuso sexual infantil. Isabel Cuadros Ferré. Martha Ordóñez Vera. Grupo Editorial Norma.
- “Abuso Sexual Infantil”. ¿Denunciar o Silenciar? Carlos Alberto Rozanski. Ediciones B Argentina S.A.

PROYECCIÓN DE LA CONVENCION
SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO
EN LOS ÁMBITOS SOCIAL Y
JURISDICCIONAL

Por Silvio Rodríguez

PROYECCIÓN DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LOS ÁMBITOS SOCIAL Y JURISDICCIONAL

Por Silvio Rodríguez

INTRODUCCIÓN

La Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada durante el 44° Periodo de Sesiones de la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York el 20 de noviembre de 1989 y suscripta por la República del Paraguay el 4 de abril de 1990. Posteriormente, fue aprobada y ratificada por nuestro país por Ley N° 57/90. Este instrumento jurídico ha impuesto la necesidad de elaborar leyes adecuadas a la **Doctrina de la Protección Integral** en contraste con la **Doctrina de la Situación Irregular**, sostén esta última del Código del Menor, vigente en ese entonces. Ciertamente, con la promulgación de la Ley N° 1680/00, ley en virtud de la cual se promulgó el Código de la Niñez y la Adolescencia y en la que se recogieron los delineamientos generales de la Convención, no será ocioso hacer una comparación de ambas doctrinas en la inteligencia que esta labor servirá de parámetro para comprender mejor el alcance de determinadas normas del Código de la Niñez y la Adolescencia que tienen que ver con el aspecto social y jurisdiccional que afectan a los niños en general.

TITULO I

SITUACIÓN IRREGULAR - PROTECCIÓN INTEGRAL CONCEPTO MENOR – CONCEPTO NIÑO

Sócrates (IV a.C.) fue el primer filósofo que tuvo un método para filosofar y lo denominó Mayéutica. El método consistía simplemente en hacer interrogaciones sobre la esencia de los objetos de las personas que él pensaba le darían las respuestas correctas. Si la contestación no era del todo satisfactoria, ella era perfeccionada, acicateada por otra pregunta hasta llegar, lo más posible, a captar la esencia o el **logos** de los objetos. Era la preocupación, pues, definir a los objetos percibidos en su esencia. El **logos** Socrático pasó a ser el **verbum** latino y, finalmente el **concepto** para la lengua castellana. El concepto, por tanto, implica una definición y ésta, a su vez, posibilita la captación de otras y la construcción del pensamiento. En el Derecho, la diferencia de

la percepción de los conceptos origina doctrinas distintas y la elaboración de leyes igualmente disímiles. Por lo dicho, no resultará ocioso tratar de llegar a aprehender la esencia de los conceptos **menor** y **niño** empleados en el Código del Menor y en la Convención sobre los Derechos del Niño respectivamente.

El artículo 1º del Código del Menor decía: “Este Código regula los derechos y garantías de los menores desde su concepción hasta la edad de veinte años cumplidos, en que termina la minoridad y comienza la mayoría de edad”. Tal como puede apreciarse, la norma se limita a especificar la materia que regula el Código, es decir, los derechos y garantías de quienes no han llegado a la mayoría de edad. Por otra parte, el artículo 233 del citado cuerpo legal establecía que: “La protección judicial de los menores estará a cargo de los Juzgados y tribunales y de los Agentes Fiscales de Menores”. En consecuencia, podrían definirse como menores a quienes, por no haber llegado aún a la mayoría, requieren de la protección judicial.

Paralelamente, el artículo 1 de la Convención sobre los Derechos del Niño estatuye cuanto sigue: “Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado la mayoría de edad”. Entonces, la Convención define al niño como ser humano menor de dieciocho años. La similitud entre el Código y la Convención es que en ambos la conceptualización se halla referida al factor cronológico de la edad y la diferencia, notoria por cierto, radica en los términos ser humano que la Convención contiene, ausentes en el Código.

En cuanto a la similitud, cabría acotar que el aspecto de la edad, como sustento de la necesidad de proteger los derechos de los menores o de los niños, responde al proceso de formación como seres humanos que los distinguen de los mayores de edad. Convendría subrayar, por otro lado, que en las resoluciones dictadas en el área jurisdiccional para dirimir los conflictos en el orden civil (tutelar) como en el discernimiento de una tutela, la designación de un curador, la fijación provisoria de alimentos u otras materias que corresponden a la competencia de los Juzgados en lo Tutelar (art. 277 del C.M), no tiene demasiada trascendencia si el destinatario de dichas decisiones es un menor o un niño. Quiere decir, en suma, que existe un plano en que los aludidos conceptos se hallan asimilados debido a la aplicación del principio de resolver siempre en beneficio de los menores, según la terminología del Código (art. 277 inc. “j” del C.M).

Respecto a la diferencia, al margen de las consideraciones que anteceden, con alguna razón podría decirse que carece de relevancia ya que, el menor o niño, implícitamente conllevan como sustrato al ser humano. Sin embargo, aún admitiendo como verdad este razonamiento, no puede negarse que uno u otro concepto evoquen imágenes no coincidentes. Así, cuando se hace alusión a los niños, sin esfuerzo la mente focaliza la imagen de pequeños todavía con el candor de la inocencia. En cambio, la franja de menores, a más de ser difusa, de su misma expresión queda visualizada una especie de adherencia con la incapacidad (por ser menor) y, al mismo tiempo, con la capacidad que no tienen los niños. El titular de un medio periodístico elegido al azar, ayudará a entender la idea: MENOR DE 16 AÑOS VIOLA A UNA NIÑA DE 10. Informaciones como ésta, en letras de molde, son muy comunes y revelan con muda elocuencia que la propensión natural que anida en el modo de pensar del común de las personas es que un niño no podría realizar semejante hecho punible, pero el menor sí.

Queda claro, por ende, que cada concepto representa la percepción de dos categorías de seres humanos: Por un lado, los menores y por otro, los niños. Esta distinción, si no es convenientemente clarificada, tiene sus consecuencias al ser trasladadas en el campo del Derecho. En efecto, si el Jurista, sea como legislador o como Juez, se deja encasillar por esa propensión natural de la manera de percibir los conceptos, inevitablemente se inclinará a adoptar una actitud de represión con relación al menor imputado y de protección hacia la niña víctima. Esto significa, que al mediar un hecho punible, ya el concepto menor se desprende del concepto niño, por los menos y en principio, en lo que respecta a la opinión forjada por los no entendidos en la materia.

TITULO II

SITUACIÓN IRREGULAR – PROTECCIÓN INTEGRAL

CONCEPTO MENOR – CONCEPTO NIÑO

Se ha podido constatar de que manera los conceptos menor y niño, sutil e imperceptiblemente representan en la mente y la actitud de las personas categorías diferentes de seres humanos. En puridad, resulta comprensible que sea así teniendo en cuenta que históricamente desde el punto de vista civilista, debido a las reglas que regulan lo concierne a la capacidad de las personas (art. 36 y sgtes. del C.C), el término **menor** se ha consolidado por contraposición al **mayor de edad**, no así el término niño, introducido como concepto de

significación jurídica a través de la Convención y que requiere ser explicitado para ser captado correctamente. A este efecto, mediante el método de la contraposición será posible deslindarlos como conceptos y la implicancia de cada uno en el Derecho.

En este orden de ideas, vale la pena recordar que el Código del Menor fue promulgado el 18 de diciembre de 1981, es decir, estando aun vigente el Código de Vélez (Código Civil anterior). En éste, se define como personas de existencia visible los entes que presentasen signos característicos de humanidad, sin distinción de cualidades o accidentes (art. 51). Por consiguiente, no sería aventurado, concluir que el **menor**, desde la óptica del mencionado Código, sea también un **ente** (lo que es o existe), como substancia de personas. El **menor**, pues, es un ser que tiene entidad pero cuya existencia es estática en el sentido de ser percibido con carencia de potencialidad. Efectivamente, si se repara, por ejemplo, que en el ejercicio de la patria potestad el padre tenía la atribución de elegir la profesión del hijo (art. 265) o la de hacerlo detener en un establecimiento correccional con la intervención del Juez (art. 278), la deducción que fluye es que la única apetencia del **menor** era la de llegar a la mayoría para poder ejercer en plenitud todos sus derechos.

Esta misma concepción del **menor** – **ente**, aunque atemperada, es la que se desprende de la lectura del artículo 1º del Código del Menor, preceptiva en la que el término menores se halla desligado de los términos personas o seres humanos como puntos de referencia. Es cierto, no se repitieron las atribuciones que hoy se catalogarían de absurdas, como la de elegir la profesión de los hijos, pero, quedó la esencia del menor como ser estático.

Prueba de ello es que en el artículo 220 del Código del Menor la potestad del Juez en disponer las medidas de protección con relación a los menores en situación irregular o de peligro era omnímoda. Esta inferencia tiene su sustento en la ausencia del proceso, cause obligado para que el Juez tome determinaciones, de la naturaleza que fueren. Por lo dicho, las facultades discrecionales ante la inexistencia de un proceso, inevitablemente desembocaban en la concepción del menor como objeto del cual podía disponerse con la justificación de la protección. En resumen, en el Código del Menor, aquél era concebido como un ente inmóvil y equiparable a un objeto.

Conviene puntualizar, en este aspecto, que la atribución del Juez derivada de la doctrina de la **Situación Irregular** tiene un exacto correlato con la del Juez penal en el **Sistema Inquisitivo**. En este sistema, opuesto al paradigma del **Sistema Acusatorio**, es el mismo

Juez quien investiga el hecho punible, busca identificar los culpables y, finalmente, condena o absuelve a los procesados. La correlación se daba en la etapa sumarial del proceso, fase en la que el procesado era un **objeto** y no un **sujeto** del procedimiento, y en la que la medida restrictiva de libertad era normalmente la primera que se dictaba. En otros términos, la doctrina de la **Situación Irregular** y el **Sistema Inquisitivo Penal** responden a la tradición de autoritarismos que en los hechos se traducen en facultades jurisdiccionales sintonizadas con la idea y el convencimiento de que la internación o reclusión, según el caso, constituyen la medida previa indispensable para resolver el problema de los menores en situación irregular o para la dilucidación de un hecho punible.

Frente a esta percepción del **menor** como **ente**, se contrapone al **niño** de la Convención. Recordando la imagen que proyecta este vocablo, con facilidad el pensamiento relaciona al niño con cambios que van desde el periodo de lactancia, del gateo al caminar, de los balbuceos a las palabras primeras, pasando por la edad escolar y secundaria para, en definitiva, elegir una carrera o profesión en la vida. Obviamente, estos cambios reflejan al ser humano en su evolución en cuyas etapas afloran apetencias que no pueden ser ignoradas, derechos que tiene que ser protegidos. El niño, por tanto, **ES EL SER HUMANO QUE VIVE Y CRECE EN EL MENOR**. Es éste, precisamente el concepto de la Convención que aspira a consolidarse con el tiempo.

En este sentido, cuando la Convención reconoce al niño el derecho a dar su opinión en todo asunto que le concierne en cualquier **procedimiento judicial o administrativo** (art. 12), a la libertad de expresión, de pensamiento, de conciencia y de religión (arts. 13 y 14), a la libertad de asociarse y de reunirse (art. 15), a que se respete su privacidad (art. 16) y al de informarse (art. 17), por citar algunos de los derechos enunciados en aquella, lo que se pretende es que el niño sea intuido como sinónimo de dinámica, de potencialidades. La acentuación en el reconocimiento de estos derechos puede ser abonado por el más elemental estudio psicológico que podría demostrar, sin mayores inconvenientes, la conexión entre las distintas etapas de crecimiento y de las diferentes apetencias que emergen en cada una de ellas. Es más, igual conclusión pueden dar los padres que dentro de sus posibilidades tratan de proporcionar a sus hijos la alimentación, el estudio y la recreación que estén acordes con su edad.

De momento, pues, a quedado en claro que el concepto restringido de menor del Código del Menor se halla rebasado

ampliamente por el niño de la Convención. Resta, por tanto, un análisis sobre las consecuencias en el ámbito social y en el campo del Derecho

TITULO III SITUACIÓN IRREGULAR – PROTECCIÓN INTEGRAL LA PROBLEMÁTICA DE LOS NIÑOS EN LA CALLE

El artículo 220 del Código del Menor establecía que: “El Juez de Menores, en todos los casos en que tomare conocimiento de la existencia de menores de veinte años en estado de abandono material o moral, de peligro para los mismos, procederá a la investigación correspondiente, obtendrá los informes pertinentes y tomará las medidas idóneas para su protección”.

Los dos artículos siguientes (arts. 221 y 222) describen las situaciones que se consideraban como estado de abandono material o moral y las de peligro. En conjunto, las preceptivas en cuestión constituyen el sumun de la **Doctrina de la Situación Irregular** en sus dos aspectos esenciales: Por un lado, comprendiéndose en la misma a los menores en estado de abandono o de peligro y, por otro, la responsabilidad que se le atribuía al Juez de Menores para resolver los problemas derivados de la mentada **Situación Irregular**.

Al margen de las críticas que pueden hacerse, con más o menos fundamentos, el paradigma que supone la Doctrina de la Situación Irregular, lo cierto y concreto es que surgen dos conclusiones que no admiten disidencias. Una, que los menores que carezcan de hogar y vivan de la mendicidad (art. 221 inc. a del C.M.), que en forma habitual u ocasional trafiquen o consuman drogas (art. 222 inc. b del C.M.), o a que se dediquen a la prostitución (art. 222 inc. d del C.M.) - a modo de ejemplos , son situaciones absolutamente reales y con tendencia a aumentarse con el tiempo (a menos que se tomen medidas correctivas oportunas) y, otra, que el Juez de Menores **por sí solo**, jamás podría dar solución a ninguno de tales problemas.

Ambas conclusiones, por ser evidentes, no necesitan ser demostradas. Entonces si los problemas existen – se los ve a diario – y el Juez no está en condiciones de resolverlos, necesariamente tiene que buscarse la solución en otros ámbitos de decisión.

En este contexto, para encarar adecuadamente el problema que significa los niños en la calle hay que separar claramente dos situaciones en las que los mismos pueden estar inmersos: La primera, la de los niños que realizan algún tipo de actividad lucrativa y, la segunda, la de aquellos que se dedican a la mendicidad y/o al consumo

de drogas, bebidas alcohólicas o a otras adicciones que ponen en peligro sus propias vidas. En el primer caso, la prioridad es organizarlos de suerte que su trabajo les dignifique como seres humanos sin descuidar lo relativo a su educación, (art. 73 de la Constitución Nacional) mientras que, en el segundo, tratar de recuperarlos y buscar su inserción en el primer grupo. Naturalmente, en una u otra situación, las acciones necesariamente tienen que involucrar a la familia biológica o a la familia ampliada de los niños (art. 54 de la C.N. y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Resulta evidente, pues, que la magnitud del problema no admite soluciones parciales. En efecto, éstas solo consumen energía y recursos que se desperdician en meros intentos de afrontar el problema quedando la cuestión de fondo postergada, y pasado un cierto tiempo aparecen los mismos inconvenientes con nuevos rostro y mayor lozanía.

TITULO IV

SITUACIÓN IRREGULAR – PROTECCIÓN INTEGRAL

LA PROBLEMÁTICA DE LOS NIÑOS DE LA CALLE

Cuadro Uno: Calle 25 de Mayo y Brasil. Hora Indeterminada.

Una niña con escasos seis o siete años, sosteniendo en sus brazos a un bebé, se acerca a uno de los vehículos estacionados sorteando con una suerte de malabarismo a otros en la misma posición y pide al conductor que le dé para la leche de su hermano. Detrás del cuadro, quizás a pocos metros, están unos padres (o sólo una madre) controlando la forma en que realiza su trabajo de “pidear”. Incluso, es posible que el bebé sea alquilado. Esto último ha sido comprobado a través de intervenciones judiciales, intervenciones que en ciertos casos han ayudado a detectar situaciones más alarmantes aún: La existencia de organizaciones que explotan a los niños sumidos en circunstancias iguales o parecidas a la escena descripta precedentemente.

Cuadro Dos: Calle República Argentina y Avenida Fernando de la Mora. Alrededor de la medianoche

Dos niños, entre catorce y dieciséis años, bebiendo “ñoños” (cerveza de dos litros) después de una jornada de limpiar parabrisas. El dueño de la casilla expendedora contempla a sus adolescentes clientes con la tranquilidad de un comerciante que está haciendo su negocio habitual.

Cuadro Tres: En la penumbra de una calle con poca iluminación o en un escondrijo escogido para el efecto, tres o cuatro niños, a lo sumo con ocho o diez años, se los encuentra inhalando “cola de zapatero”, un producto alucinógeno que lo pueden adquirir de alguna ferretería de la zona sin control alguno.

Los tres cuadros pintados con el desapego clínico de un cirujano, constituyen, en cierto modo, una forma de demostrar los problemas sociales en que se encuentran los niños en nuestro país, problemas que obviamente no puede solucionarse jurisdiccionalmente. Es por esto que uno de los objetivos de la Convención es la desjudicialización de dichos problemas. En este orden de ideas, resulta aconsejable dejar como cierto que para la comprensión de una realidad sea percibida en toda su dimensión, requiere que la misma sea vivenciada y, asimismo, que para poder superarla hace falta una buena dosis de racionalidad. Caso contrario, la vivencia sin racionalidad normalmente enceguece o tiende a producir la sensación de impotencia ante la magnitud del problema y, viceversa, la racionalidad desconectada de la vivencia casi siempre se vuelve estéril por la ausencia de humanidad, requisito indispensable **para encender el fuego de la pasión por una creencia o un propósito convertido en un ideal.**

Redondeando la idea, la Doctrina de la **Situación Irregular** implicaba por su misma esencia que las intervenciones del Juez tenía el límite estrecho de las respuestas inmediatas, para éste o aquél caso cuya urgencia no admitía dilaciones. En cambio, la Doctrina de la **Protección Integral**, sin desdeñar tales soluciones, busca integrarlas con otras de mayor cobertura, transponiéndose ya la esfera propia de la función jurisdiccional. Si alguna duda cupiere respecto a este aserto, bastará reparar en que ninguna intervención o resolución judicial podría tener el efecto mágico de que la niña con el bebé en brazos deje de mendigar o, de que los niños que beben cerveza o se drogan con “cola de zapatero” dejen de hacerlo. Y esto es así porque la intervención **ataca el efecto y no la causa del problema.** Por otra parte, es natural que así sea. En efecto, el Juez de Menores mal podría ocuparse de la escenografía familiar y social que está detrás de los niños, al menos desde el punto de vista integral. En todo caso, si su humanismo lo impulsa a romper su función primordial de resolver conflictos de orden estrictamente jurídicos, lo que pueda hacer dentro del ámbito familiar o social carecería de coercitividad. De modo que, en rigor de verdad, y como colofón a las consideraciones antes expresadas, podrían sintetizarse el tema afirmando que no son los niños quienes están en una situación irregular. Por el contrario, sí lo

están la familia, la sociedad y el Estado, por omisión en el cumplimiento de sus respectivos roles.

LA FAMILIA: La familia es el primer instituto de protección del niño, sea la nuclear o la ampliada. Se da por sentado que así debe ser ya que se trata de una premisa cuyo sustento es el mismo derecho natural. Se supone, en efecto, que la familia – antes que la Sociedad y el Estado – es la obligada en garantizar al niño el ejercicio pleno de sus derechos, protegiéndolo contra el abandono, la desnutrición, la violencia, el abuso, el tráfico y la explotación.

La realidad, empero, se presenta en muchos casos como una contradicción al enunciado constitucional (art. 54 de la C.N), y lo curioso de la contradicción es que aflora en los dos extremos de la sociedad. Ejemplo de ello es que tanto los niños cuyos padres gozan de una holgada posición económica así como los dejados a su suerte igualmente se vuelven adictos a las bebidas alcohólicas o al consumo de drogas. La diferencia es que los primeros lo hacen en discotecas de moda y los otros en la calle o en clubes de dudosa categoría. Pero el resultado es el mismo: niños cuyos derechos a la protección y a la salud se hallan abiertamente conculcados por la **permisividad de las familias y la sociedad**.

LA SOCIEDAD: El niño se proyecta en la sociedad como un producto de su familia, de su entorno familiar y del trato que ha recibido de la sociedad. Una sociedad que hace marginamientos con sus niños se margina asimismo como base y fuerza creadora de un verdadero Estado de Derecho. Una sociedad que no reacciona ante la desprotección de sus niños no tiene conciencia colectiva, y si esta no existe, **no puede haber progreso ni civilidad**.

EL ESTADO: El Estado puede ser definido – sin menoscabo de otras definiciones – como “La Nación jurídicamente organizada”. La Nación importa una identidad como pueblo y la identidad se diluye cuando no se nutre de una tradición sana y constructiva. El pueblo paraguayo es paradójico. Ha demostrado ante la historia una voluntad indomable de unidad y coraje colectivo dignos de los poemas épicos de Homero en las confrontaciones bélicas como la guerra contra la Triple Alianza (1.864-1870), y la que tuvo lugar en la defensa de la Heredad Chaqueña (1933-1935) y, sin embargo, en tiempos de paz se vuelve recurrente en luchas fratricidas y en desgastes inútiles debido al **apetito voraz de muchos de sus políticos**.

TÍTULO V PROYECCIÓN DE LA CONVENCION EN TÉRMINOS DE JUSTICIA SOCIAL

La Convención, reconociendo la realidad social de los niños con problemas de diferentes índoles que en la cotidianeidad de la vida se presentan, propugna una protección que abarque a ricos y marginados por igual, pero, buscando fortalecer a las familias cuya vulnerabilidad económica es terreno propicio para que sus miembros se disgreguen y los hijos asuman responsabilidades que no condicen con su edad y desarrollo (niños que trabajan en la calle) o se inclinen a diversas adicciones o a actividades al margen o en el límite de hechos reprochables jurídicamente (menores en situación irregular o de peligro). En fin, tratando de resumir el significado de la Protección Integral, podría decirse que la interpretación de su meta o intención, entre otras cosas, es la de propugnar la defensa de los Derechos Humanos de los niños sin marginamientos, mínima intervención judicial en los casos en que las cuestiones sociales todavía estén conectados por la herencia de costumbres ancestrales difíciles de vencer, que el trabajo de los niños en las calles no les haga perder su dignidad como personas, apoyar a las familias que tienen niños con desarreglos de conducta o en conflicto con la ley.

Con relación a este tema, en el de Código de la Niñez y la Adolescencia, en el que se recogen los delineamientos esenciales marcados en la Convención, se ha creado El Sistema Nacional de Protección y Promoción de los Derechos de la Niñez (art. 37), la Secretaría Nacional de la Niñez y la Adolescencia (art. 39), el Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia (art. 42), los Consejos Departamentales de la Niñez y la Adolescencia, el Consejo Municipal de la Niñez y la Adolescencia (art. 46) y las Consejerías por los Derechos del Niño, Niña y Adolescente (art. 48)). Por lo tanto, a nivel de Estado (Poder Ejecutivo), se impone la obligación de abordar e implementar una Política Nacional definida en acciones concretas que abarque a todo el país, las diferentes gobernaciones y, finalmente, esa responsabilidad es transmitida a los diferentes Municipios a través de las CODENIS.

Sería imposible entrar en detalle sobre las diferentes instancias que conforman todo el Sistema, la coordinación entre las mismas, las funciones de las CODENIS y, en su caso, este tema debería ser objeto de una labor aparte. No obstante, lo que ha quedado en claro en forma definitiva es que los problemas sociales han quedado fuera de la función jurisdiccional. En otros términos, el Juez de la Niñez y la

Adolescencia dejó de ser el padre sustituto de niños cuyos padres se han olvidado del rol que les corresponde.

TITULO VI PROYECCIÓN DE LA CONVENCIÓN CON RELACIÓN AL NIÑO COMO SUJETO DE DERECHOS

El artículo 8º del Código del Menor contiene la enumeración de los derechos que tiene el **menor** y es posible distinguir en la misma dos particularidades: Por un lado, que los derechos descriptos tienen como receptáculo al **menor** concebido como **ente** y, por otro, que la enumeración no es taxativa.

La primera particularidad es demostrable considerando que derechos como el de la protección pre-natal (inc. a), el de recibir alimentos (inc. c), el de ser reconocido por sus padres (inc. g), así como los demás derechos enunciados, son aquellos cuyo ejercicio o exigibilidad no dependían directamente del **menor**. Es cierto que según el Código (art. 260), el procedimiento puede ser iniciado a instancia del propio **menor**, pero también es cierto que en la práctica, son sus representantes legales quienes usualmente accionaban en su nombre. En realidad, haciendo abstracción de la protección que debe prestarse a los menores en situación de peligro o de orfandad, circunstancias fácticas que sustentaban la doctrina del Código y en las que el mismo **menor** podría incitar la intervención judicial, acciones encaminadas a procesos con un determinado objeto y trámites pre-establecidos (prestación de alimentos, reconocimiento de filiación u otras acciones), necesariamente requerirán la participación como partes de quienes ejercen la representación del **menor**. La segunda particularidad deviene de la disposición final de la preceptiva (art. 8º) que textualmente dice: *“Esta enumeración no importa la negación o limitación de otros derechos inherentes a la personalidad del menor”*.

Y bien, es en este espacio de derechos no negados ni limitados por el Código donde la Convención hace hincapié, transformando al **menor** en niño como sujeto activo de sus derechos y descorriendo el velo derivado del texto de la ley en lo que respecta a su interpretación y correspondiente aplicación. En síntesis, si bien del texto del Código del Menor se desprende que el **menor** podría ejercer por sí mismo sus derechos, en la práctica no se procedía así.

En este aspecto, el artículo 12 de la Convención vino a dar el paso inicial para que se cambie esta situación. En efecto, el artículo 12 dice cuanto sigue: *“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 del procedimiento de la ley nacional”.*

Quiere decir, pues, que si en un juicio está en discusión la convivencia de un niño, si éste no es escuchado, se estaría **conculcando uno de sus derechos**, uno de aquellos implícitos en el Código del Menor y que antes de la vigencia de la Convención no podía ser intuido ni imaginado. Y, ni que decir en las cuestiones que podrían suscitarse en el ámbito administrativo, por ejemplo, cuando el niño puede ser objeto de sanciones en los estamentos estudiantiles. Por consiguiente, queda absolutamente claro que el derecho del niño a ser oído se halla consagrado plenamente en la Convención de suerte que la incapacidad absoluta o relativa, tal como se halla establecida en los artículos 36 y 37 inc. “b” del C.C., resultan disposiciones que hoy día ameritan ser revisadas desde otra óptica.

Este concepto del niño como sujeto de derechos se ha tornado indiscutible y real de acuerdo a lo dispuesto en el artículo 26 del C. N. y A. En efecto, en esta preceptiva se dispone cuanto sigue: *“El niño y el adolescente tienen derecho a presentar y dirigir peticiones por sí mismos, ante cualquier entidad o funcionario público, sobre los asuntos de la competencia de éstos y a obtener respuesta oportuna”*. Nótese que, sin querer, el niño tiene capacidad procesal por lo menos en el ámbito jurisdiccional, sin menoscabo de las peticiones que pueda hacer en sede administrativo.

Concatenando el artículo 26 del C. N. y A. con el artículo 12 de la Convención, el **órgano** que naturalmente debe impulsar la petición o la pretensión del niño planteada ante cualquier instancia es el Defensor del Niño, según así lo dispone el artículo 162 y siguientes del C.N. y A. De modo que, si un niño se presenta ante cualquier instancia judicial o administrativa, la petición del niño, si no tiene representantes legales, su representación la debe ejercer el Defensor del Niño hasta la terminación del proceso en sede jurisdiccional o a obtener las respuestas en el ámbito administrativo.

Por lo expuesto hasta aquí, es de rigor reconocer que el niño es un sujeto de derechos, uno de los postulados de la Convención que ha tenido su evolución partiendo del artículo 12 de la misma y que, a su

vez, ha inspirado la redacción del artículo 26 del C.N. y A. En consecuencia, el **niño** de la Convención no es el **menor** del Código del Menor

Tal como puede apreciarse, la Convención reconoce los Derechos del Niño no enunciados en el artículo 8 del Código. Naturalmente, el de manifestar su opinión es nada más que una muestra de ella. El cambio que esto implica, el paso del menor pasivo al niño activo, está en concordancia con la realidad que impone la vida. Efectivamente, si los jóvenes de un colegio conforman un club literario, organizan torneos deportivos, constituyen un centro de estudiantes, cada uno de estos emprendimientos conllevan el ejercicio del derecho de reunirse, de asociarse y de la libertad de expresar sus pensamientos. De modo que la Convención no hace sino sacar a la superficie la obligación de garantizar al niño el desarrollo de sus potencialidades.

Obviamente, el ejercicio de este derecho no es absoluto. Tiene el límite del Derecho de los demás del mismo modo que se da por entendido entre adultos pero lo importante es que ese despliegue del accionar de los niños necesitan ser incentivados y acompañados por la Familia, la Sociedad y el Estado. El apoyo de estos estamentos es indispensable para que los niños gradual y paulatinamente se hagan responsables de sus decisiones y maduren en civilidad.

TITULO VII NIÑOS EN CONFLICTO CON LA LEY

El artículo 219 del Código del Menor, establecía que los menores de 14 años son inimputables y, por otro lado, el artículo 12 del Código Penal, actualmente en vigencia, estatuye cuanto sigue: “*Este Código se aplicará a los hechos realizados por menores salvo que las legislaciones sobre menores infractores disponga algo distinto*”. En consecuencia, como existía una expresa remisión del Código Penal a la legislación de menores, puede concluirse válidamente que eran inimputables los menores de 14 años. En realidad siguen siendo inimputables tal como se verá más adelante. Sin embargo, lo importante es rescatar lo que dice la Convención respecto a la franja de menores de 14 años.

En artículo 40 numeral 3 de la Convención establece que: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se aleguen que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes, y en particular: a) El establecimiento de una edad

mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales; **b)** Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños **sin recurrir a procedimientos judiciales**, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales”.

Respecto a la edad mínima, si bien es cierto que en el Libro V del C. N. y A, se hace referencia que la responsabilidad penal se adquiere con la adolescencia (artículo 194), de acuerdo con la Ley 1.702/01 inc. “b”, se define adolescente a toda persona humana desde los 14 años hasta los 17 años de edad. Por consiguiente, se siguió el mismo delineamiento del Código del Menor y que a su vez guarda relación con las reglas que rigen respecto a la incapacidad absoluta de los menores de 14 años (artículo 37 inc. b del C.C.). Entonces, existe concordancia actualmente entre las disposiciones de la Convención (edad mínima), el C.N. y A. y el C.C.

En lo que concierne a los menores de 14 años, el Libro V del C. N. y A., a más de estatuir que los menores de 14 años son inimputables, excluyó el Procedimiento Correccional contemplado en los artículos 231 y siguientes del Código del Menor, quedando la atención de los menores de 14 años bajo la competencia de las CODENIS locales, instancia no jurisdiccional que debe encontrar y aplicar las medidas que sean necesarias para que el niño inimputable vuelva al seno de la familia o se le aplique alguna de las medidas previstas en el artículo 34 del C.N. y A. (Medidas de Protección y Apoyo). De esta manera, se vino a cumplir el mandato de la Convención respecto a estos puntos antes especificados. Resta, por tanto, referirnos a las normas procesales que se deben aplicar a los adolescente en conflicto con la Ley y a las medidas establecidas en el Libro V del C. N. y A.

Antes de hacer alusión a las normas procesales y a las medidas establecidas en el Libro V del C. N. y A., es preciso ocuparse de algunos principios de orden constitucional que guardan relación con el proceso penal. Uno de ellos es que *“La prisión preventiva solo será dictada cuando fuese indispensable en las diligencias del juicio”* (art. 19 primer párrafo de la C. N.). Si la norma constitucional es aplicable a un imputado cualquiera, en el caso de los niños sube de punto, máxime cuando el hecho punible sea considerado como delito de acuerdo con la clasificación que trae el Código Penal (art. 13 inc. 2do.). El Código Procesal Penal recoge la preceptiva constitucional cuando en su artículo 245 estatuye que el Juez preferirá imponerle (al imputado) en

lugar de la prisión preventiva, algunas de las medidas alternativas que la misma norma prevé.

Otro de los principios incorporados es que: “Toda persona detenida tiene derecho a: numeral 2) que la detención sea inmediatamente comunicada a los familiares o personas que el detenido indique. El Código Procesal Penal establece en el Procedimiento para menores (art. 247 inc. 7), concomitantemente a las reglas especiales estatuidas para el juzgamiento de menores, que los padres o quienes lo hayan tenido a su cuidado, guarda o tutela, podrán asistir al juicio y participar en la defensa del adolescente. Tanto la norma constitucional como el Código de forma hacen hincapié en la comunicación y posterior intervención de los familiares e incluso, yendo más lejos, el Código hace mención a quienes lo hayan tenido a su cuidado, guarda o tutela. Queda claro por tanto, que en el caso de los niños en conflicto con la ley, ésta da singular importancia a la intervención de la familia en el proceso, intervención que tiene su explicación en la necesidad de que el niño cuente con el apoyo de su entorno familiar para superar los efectos del hecho cometido.

Por otra parte, el artículo 20 de la Constitución Nacional dispone que: “*Las penas privativas de libertad tendrán por objeto la readaptación de los condenados y la protección de la sociedad*”. Se trata, como puede apreciarse, de dos valores que se deben tener en cuenta al dictarse una medida privativa de libertad y de estos valores, en el caso de los niños, obviamente se tiene que poner el acento en la readaptación de los mismos. Conviene aclarar sin embargo, que el objeto de las medidas previstas en el Libro V del C.N. y A., no se hace mención a la readaptación sino a la educación del niño en conflicto con la ley. Efectivamente, se supone que los niños están en edad para que la educación sea posible sin perjuicio, naturalmente, de que también la protección de la sociedad no pierda su importancia como principio.

Las disposiciones constitucionales precedentemente transcriptas constituyen el marco orientador dentro del cual tienen que tener su correcta interpretación y aplicación las prescripciones de la Convención y del Código Procesal Penal. Las disposiciones de la Convención están interrelacionadas con principios constitucionales y con las normas del Código Procesal Penal. Así, cuando en su artículo 40 numeral 1 establece que: “*Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acusa o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratados de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y*

el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”, obviamente se está haciendo hincapié en el principio constitucional en virtud de la cual la readaptación (educación) es una finalidad en la cual hace hincapié la Convención.

Asimismo, en el artículo 40 Numeral 2 de la Convención se establecen para los niños en conflicto con la ley una serie de garantías procesales que en puridad son las mismas reconocidas en los diferentes incisos del artículo 17 de la Constitución Nacional. Entre ellos, la presunción de inocencia, que no se le condenen sin juicio previo, fundado en una ley anterior al hecho del proceso, que se defienda por sí mismo o sea asistido por Defensores de su elección, que el Estado le provea de un Defensor gratuito en caso de no disponer de medios económicos para solventarlos, la comunicación previa y detallada de la imputación, así como disponer de copias, medios y plazos indispensables para la preparación de su defensa en libre comunicación, que ofrezca, practique, controle e impugne pruebas y que no se le opongan pruebas obtenidas o actuaciones producidas en violación a las normas jurídicas. En otros términos, el niño en conflicto con la ley es acreedor de todas las garantías procesales reconocidas en la Constitución Nacional y en la Convención.

NORMAS PROCESALES RELATIVAS A LOS ADOLESCENTES EN CONFLICTO CON LA LEY

Es conveniente puntualizar que la Convención coincide con el Código Procesal Penal en ciertas normativas que son importantes clarificar. En primer lugar, que el niño debe ser informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales de los cargos que pesan sobre él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa (art. 40 numeral 2 inc. “i” - Convención-). Estas disposiciones están conectadas con las reglas estatuidas en el artículo 427 incs. 3 y 7 del Código Procesal Penal.

El primer inciso tiene que ver con la asistencia jurídica del niño y, el segundo, con la participación del entorno familiar en la tramitación del proceso. Sobre este último punto, su importancia radica no solo en conocer a los padres del niño o a quienes hayan estado al cuidado, guarda o tutela del mismo, sino fundamentalmente, en conocer las condiciones personales de aquellos para tomar las

medidas correctivas apropiadas al caso. En efecto, el trabajo jurisdiccional exige un plus en la protección de los derechos del niño que tienen que estar orientados a saber con certeza si el entorno familia, de guarda o tutela, es el apropiado para ayudar a la readaptación del niño. Caso contrario, carecería de sentido la regla que obliga a la realización de la investigación socio ambiental a cargo de un perito (art. 427 inc. 8 del C.P.P.). Quiere decir, pues, que tanto la Convención como el Código Procesal Penal dan particular relevancia a la intervención del entorno familiar con un doble propósito: Por un lado, para la asistencia jurídica del niño y, por otro, para ser destinatario del cuidado del niño ante una decisión del Juez que así lo disponga eventualmente.

En segundo lugar, en cuanto a otro punto en coincidencia, es dable puntualizar que se debe respetar la vida privada del niño en todas las fases del procedimiento (artículo 40 inc VII de la Convención), disposición que tiene su correlato exacto con el artículo 427 inc. 6 del Código Procesal Penal en el que se establece que el juicio se realizará a puertas cerradas, salvo que el imputado o representante legal requieran la publicidad del juicio.

Es sabido que el Juzgamiento de un delito o crimen debe ser en un juicio público (art. 17 inc. 2 de la C.N. y 368 del C.P.P.), regla general que reconoce como excepción cuando el imputado es un niño. Esta excepción se funda en la necesidad de poner a resguardo su intimidad salvo que, de acuerdo con las circunstancias del caso, el mismo imputado o su representante legal requieran la publicidad del juicio. Va de suyo, que la responsabilidad en que se excluya la excepción, ya recaerá sobre quien lo haya solicitado en cuanto el Juez lo admita.

Las garantías procesales contempladas en la Convención tienen que ver con los prolegómenos propios de un juicio penal. Actualmente, con la vigencia de la nueva Constitución y la puesta en marcha del Nuevo Código Procesal Penal en su plenitud (1/III/00), ya no existen disidencias con los términos de la Convención, tal como se ha podido apreciar. No obstante, conviene dejar en claro que la Convención fue ratificada por el Paraguay en el año 1990, es decir, mientras regía en el País el vetusto Código Procesal Penal anterior, de neto corte inquisitorial. Este desfasaje entre los postulados de la Convención y el mentado Código, se ha traducido en la inobservancia de un tratado de carácter internacional que de acuerdo con el orden de prelación de las leyes (art. 137 de la C.N.) debía ser aplicado con preferencia a la ley nacional y que en la práctica ha significado, en gran medida, la superpoblación del Panchito López.

Expuestas las ideas directrices en materia procesal penal para los adolescentes infractores de la Ley, resta un breve análisis sobre la responsabilidad penal del adolescente y las medidas socio educativas, correccionales y privativas de libertad.

TITULO VIII RESPONSABILIDAD PENAL DEL ADOLESCENTE

El artículo 194 del Código de la Niñez y la Adolescencia contienen tres apartados que requieren ser considerados separadamente. El primer apartado dice: *“La responsabilidad penal se adquiere con la adolescencia sin perjuicio de la irreprochabilidad sobre un hecho, emergente del desarrollo Psíquico incompleto y demás causa de irreprochabilidad, previstas en el artículo 23 y concordante del Código Penal”*.

Queda claro la concordancia entre esta disposición y la que distingue al **niño** del **adolescente**, en suma, que la responsabilidad penal se adquiere con la adolescencia. No obstante, en la norma se halla añadida la frase sin perjuicio de la irreprochabilidad de un hecho emergente del desarrollo psíquico incompleto. Quiere decir, por ende, que el simple factor cronológico de la edad exige a los jueces tener en cuenta como causa de irreprochabilidad según el caso y de acuerdo con la naturaleza del hecho tipificado como delito o crimen, según la clasificación de los hechos punibles establecido en el artículo 13 del Código Penal; se hace alusión también en esta parte de la norma a las demás causas de irreprochabilidad previstas en el artículo 23 del Código Penal que reza:

1° No es reprochable el que en el momento de la acción u omisión, por causa de trastorno mental, de desarrollo psíquico incompleto o retardado, o de grave perturbación de la conciencia, fuera incapaz de conocer la antijuricidad del hecho o de determinarse conforme a ese conocimiento.

2° Cuando por las razones señaladas en el inciso anterior el autor haya obrado con una considerable disminución de su capacidad de conocer la antijuricidad del hecho o de determinarse conforme a este conocimiento, la pena será atenuada con arreglo al artículo 67.

Deviene importante verter algunas apreciaciones sobre las condiciones que deben reunirse para que un hecho punible dé lugar a la aplicación de una pena. En principio, la acción u omisión deben estar expresamente previstas en el Código Penal (Principio de Legalidad). Asimismo, el autor tiene que estar en pleno conocimiento

de la antijuricidad del hecho realizado y, finalmente, no debe existir causas de irreprochabilidad. En el caso de los adolescentes, de acuerdo con su madurez psicosocial puede determinarse, en primer lugar si conocía la antijuricidad del hecho y, en segundo lugar, aunque estuviese en conocimiento, el factor de la edad y su desarrollo psíquico incompleto, debe servir de orientación para la aplicación de la medida correspondiente.

El segundo apartado dispone cuanto sigue: Un adolescente es penalmente responsable solo cuando al realizar el hecho tenga madurez psicosocial suficiente para conocer la antijuricidad del hecho realizado y para determinarse conforme a ese conocimiento.

Tal como puede apreciarse, en esta parte de la preceptiva la condición de la madurez psicosocial está en directa relación con la posibilidad de conocer o no la antijuricidad del hecho. Por ejemplo, si el adolescente sufre de algún trastorno mental, resulta obvio que no podría atribuírsele el conocimiento del hecho punible realizado, y excluida esta exigencia tiene que analizarse el grado de reprochabilidad.

El último apartado de la norma en cuestión preceptúa: Con el fin de prestar la protección y el apoyo necesario a un adolescente que en atención al párrafo anterior no sea penalmente responsable, el Juez podrá ordenar las medidas previstas en el artículo 34 de este Código.

Quiere decir, pues, que si un adolescente no tiene la madurez psicosocial suficiente para conocer la antijuricidad del hecho cometido no es penalmente responsable, o dicho de otro modo, queda excluida su responsabilidad penal.

Ahora bien, el artículo 34 del Código de la Niñez y la Adolescencia prevén determinadas medidas de Protección y Apoyo, medidas que son aplicables tanto a **niños** como a **adolescentes** que están en situaciones que así lo ameritan. En estos casos, por tanto, resulta indiferente que el destinatario de la medida sea un niño o un adolescente. Conviene advertir, en este sentido, que medidas como: *“a) la advertencia al padre, a la madre, al tutor o responsable; b) la orientación al niño o adolescente y a su grupo familiar; c) el acompañamiento temporario al niño o adolescente y a su grupo familiar; d) la incorporación del niño en un establecimiento de educación escolar básica y la obligación de asistencia; e) el tratamiento médico y psicológico; f) en caso de emergencia, la provisión material para el sostenimiento del niño o adolescente; g) el abrigo; h) la ubicación del niño o adolescente en una familia sustituta; i) la ubicación del niño o*

adolescente en un hogar, son medidas que corresponden ser dispuestas u ordenadas por las Consejerías Municipales por los Derechos del Niño, Niña y Adolescente (CODENI), a excepción de las enunciadas en los incisos “g”, “h” e “i”, las cuales requerirán la autorización judicial correspondiente. Naturalmente, esta autorización se requiere cuando alguna de las medidas de Protección y Apoyo las van a aplicar las CODENIS, no así cuando lo va a disponer el Juez. De modo que, el Juez Penal Juvenil, por remisión del artículo 194 del Código de la Niñez y la Adolescencia, tendría la competencia para adoptar medidas que corresponden ser aplicadas por las diferentes Consejerías. Obviamente, si el adolescente no resulta penalmente responsable a tenor de lo dispuesto en la norma de referencia.

TITULO IX

LIBRO V DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

Entre las sanciones previstas en el Código de la Niñez y la Adolescencia están: Las medidas *socioeducativas* (art. 200), las medidas **correccionales** (art. 203) y las medidas **privativas de libertad** (art. 206). Esta clasificación de sanciones, aún cuando el tema central lo constituyen las medidas *socioeducativas*, ameritan ser examinadas en conjunto de modo tal que se tenga un panorama completo de las diversas medidas, la naturaleza de las mismas y el efecto que a cada una corresponda. Nótese, que el Código de la Niñez y la Adolescencia, teniendo en mira la finalidad que hace referencia a la readaptación y posterior reinserción del adolescente en sociedad, en concordancia y enfatizando la ya comentada disposición constitucional, no estatuye **penas** como en el Código Penal, si no que establecen **medidas**, medidas dictadas, obviamente, en el proceso en el que aquél es **sujeto de derechos**. Aunque para algunos, resulte indiferente la sutil diferencia entre **penas y medidas**, lo que se trata de acentuar con el empleo de dichas terminologías es que el objeto de las medidas tiene como fundamento primordial el tratar de enderezar por todos los medios posibles la vida y la conducta del infractor juvenil.

REGLAS DE APLICACIÓN

a) Cuando el adolescente comete un hecho punible, las primeras medidas que podrían ser dictadas por el Juez son las denominadas *socioeducativas* y, solamente cuando estas medidas no sean suficientes, podrían aplicarse las medidas correccionales y, en su caso, la medida privativa de libertad (art. 196 del C. N. y A.).

Existe, pues, un orden establecido en la ley para la aplicación de las medidas. Pero este orden no necesariamente puede seguirse, tal como se verá más adelante.

b) El Juez está facultado a prescindir de todas estas medidas si a su criterio la internación del adolescente en un hospital psiquiátrico o en un establecimiento de desintoxicación sea lo indicado (art. 196 del C. N. y A.).

Hay situaciones en las que se justifica sobradamente una decisión del Juez en la que se prescinde del orden de aplicación anteriormente visto. Efectivamente, si un adolescente sufre de trastornos mentales o padece de un estado de alcoholización permanente, o intoxicado como resultado de la ingestión de sustancias alucinógenas, resulta evidente que no puede estar consciente de la antijuricidad del hecho cometido. Debe convenirse entonces, que lo que debe buscarse es la curación del adolescente. Es cierto, no existen los establecimientos adecuados para seguir un tratamiento efectivo para estos casos. Sin embargo, el Juez podría suplir esta carencia a través de un tratamiento ambulatorio buscando el apoyo del entorno familiar o de la familia ampliada, incluso la ayuda de vecinos o alguna persona de buena voluntad o institución interesada en la recuperación del adolescente. Es preciso recalcar, en este aspecto, que lo que se busca o pretende lograrse a través de la implementación de la doctrina de la Protección Integral es la participación de la sociedad civil en la solución de los problemas que atañen a los niños en conflicto con la ley ya que, es la propia sociedad civil la principal afectada por la situación de los adolescente cuyas actividades no se ajustan a la ley.

c) De acuerdo con las circunstancias, el Juez se halla habilitado para aplicar las medidas socio-educativas y correccionales en forma combinada. También tiene la atribución de aplicar varias de las mismas medidas al adolescente infractor en forma acumulativa. En cuanto a las medidas privativas de libertad, dictadas éstas, la acumulación de las anteriores no son admisibles. Desde luego, al dictarse una medida privativa de libertad, no tendrían objeto las medidas socio-educativas ni las medidas correccionales. De todos modos, la ley permite la adición a la medida privativa de libertad de ciertas imposiciones y obligaciones (art. 199 del C. N. y A.).

Es importante señalar que la medida privativa de libertad se aplica únicamente como última ratio, es decir, cuando las dos anteriores no sean suficientes para la finalidad que se busca a través de ellas.

MEDIDAS SOCIOEDUCATIVAS

Las medidas socioeducativas son prohibiciones y mandatos que regulan la forma de vida del adolescente con el fin de asegurar y promover su desarrollo y educación. Dichas reglas de conducta no podrán exceder los límites de la exigibilidad, conforme a la edad del adolescente. El Juez podrá ordenar:

- a) *residir en determinados lugares;*
- b) *vivir con una determinada familia o en un determinado hogar;*
- c) *aceptar un determinado lugar de formación o de trabajo;*
- d) *realizar determinados trabajos;*
- e) *someterse al apoyo y a la supervisión de una determinada persona;*
- f) *asistir a programas educativos y de entretenimiento social;*
- g) *reparar, dentro de un plazo determinado y de acuerdo con sus posibilidades, los daños causados por el hecho punible;*
- h) *tratar de reconciliarse con la víctima;*
- i) *evitar la compañía de determinadas personas;*
- j) *abstenerse de concurrir a determinados lugares o lugares exclusivos para mayores de edad;*
- k) *asistir a curso de conducción; y,*
- l) *someterse, con acuerdo del titular de la patria potestad o del tutor, en su caso, a un tratamiento médico social por un especialista o un programa de desintoxicación (art. 200 del C. N. y A.)*

Las prohibiciones y mandatos que se pueden imponer al adolescente tienen como fundamento la necesidad de buscar y asegurar su desarrollo y educación.

Naturalmente, todo esto dentro del parámetro que impone el límite de la exigibilidad. Es conveniente aclarar que el Juez puede combinar la aplicación de las medidas socioeducativas. Por ejemplo, bien podría ser posible imponer la medida de *vivir con una determinada familia* (inc. “a”) y al mismo tiempo, que el *adolescente se abstenga de concurrir a determinados lugares* (inc. “j”). Las medidas socioeducativas, pues, tienen por objeto no precisamente la sanción de

un hecho cometido, sino más bien que este hecho no vuelva a ser cometido. Es cierto, tienen como antecedente una acción u omisión de carácter delictual, pero apuntan a la vida futura del adolescente, a su desarrollo y a su educación. Por último, cabría advertir que la enunciación de las medidas socioeducativas no tiene carácter taxativo, lo cual significaría que el Juez tiene la facultad de crear otras de acuerdo con la gravedad del ilícito, la edad del adolescente y sus aptitudes sicosociales frente a la vida.

Abundando la conclusión que antecede, no puede perderse de vista la disposición contenida en el artículo 40 Numeral 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que textualmente dice: “*Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción*”.

De modo que, como se dijo, la determinación de las medidas socioeducativas en cuanto a su conveniencia para cada caso concreto, sean o no las contempladas en el Código de la Niñez y la Adolescencia, es una función indelegable del Juez. Sin embargo, para tomar este tipo de determinaciones resultará imperativo que el Juez no quede atado o sujeto exclusivamente al texto legal. El Juez con pensamiento anclado exclusivamente en el texto de la norma, al menos en lo referente al tema de las medidas socioeducativas, devendría inapto para ejercer el cargo en la jurisdicción especializada de la Niñez y la Adolescencia. En síntesis, se requerirá que el Juez sea un **humanista** en el más amplio sentido de la palabra.

DURACIÓN DE LAS MEDIDAS

Las medidas socioeducativas se ordenarán por un tiempo determinado que no excederá de dos años de duración (art. 201 1° parte del C. N. y A.)

Nótese que la norma establece un plazo máximo de duración. Quiere decir, por tanto, que por debajo de dicho límite no existe una regla impuesta para el Juez. Éste, según los casos, puede decretar las medidas de acuerdo a la duración que en su opinión sea más conveniente para el niño. En el supuesto, verbigracia, de que el adolescente infractor logre reconciliarse con la víctima (inc. “h”), ni

siquiera valdría la pena hablar de plazos, salvo que ínterin, el Juez haya ordenado alguna otra medida. Quizás pueda pensarse que el plazo máximo de duración estatuido en la Ley sea muy exiguo, pero en realidad se trata de un tiempo razonable teniendo en cuenta que por la edad del infractor fácilmente podría captarse (incluso antes de los dos años), si la medida va tener o no el efecto deseado.

El Juez podrá cambiar las medidas, eximir de ellas y prolongarlas, antes del vencimiento del plazo ordenado, hasta tres años de duración, cuando esto sea indicado por razones de la educación del adolescente (art. 201 2da. parte del C. N. y A.)

Esta parte de la norma introduce tres posibilidades que el Juez podría decidir libremente. En primer lugar, puede cambiar una medida por otra. Así, si la medida ha consistido en que el infractor de la Ley **resida en un determinado lugar** (inc. “a”), y si se comprueba que esta medida resulta insuficiente para un caso determinado, puede optar con que el destinatario de la medida viva con una familia que por su entorno pueda ser más beneficioso para el adolescente (inc. “b”). En segundo lugar, si el adolescente **ha reparado los daños causados por el hecho punible** (inc. “g”), sería obviamente innecesario seguir manteniendo la existencia de otra u otras medidas. Finalmente, también puede prolongarlas, pero según interpretación que surge del plano lingüístico de la norma, para decretarla se requiere como condición que aun no se halle vencido el plazo originalmente ordenado. Por ejemplo, **si el tratamiento médico social a cargo de un especialista exija**, eventualmente, un tiempo mayor para el tratamiento adecuado del adolescente en conflicto con la Ley (inc. “l”), resulta lógico inferir que la prolongación del plazo descansaría en razones bien fundadas.

Conviene advertir, sin embargo, que las atribuciones ya comentadas y su fiel cumplimiento no corresponden al Juez sentenciador, sino al Juez Penal de Ejecución de Medidas, tal como ocurre y se halla previsto en el Código Procesal Penal. El artículo 218 del Código de la Niñez y la Adolescencia prevé cuanto sigue: “El Juez Penal de Ejecución de Medidas vigilará el cumplimiento de las medidas y sus efectos para el logro de sus objetivos. Cuando sea necesario para el bien del adolescente, podrá, previo informe de expertos en la materia y en las condiciones establecidas en este Código, modificar, sustituir o revocar las medidas ordenadas”.

En otros términos, según se desprende de esta parte de la norma transcrita, tanto la duración así como la modificación, la sustitución, e incluso la revocación de las medidas ordenadas, corresponderán al

Juez Penal de Ejecución de Medidas. Se trata, como puede verse, de una labor que apetece el mismo conocimiento de la naturaleza humana que el Juez sentenciador debe tener.

“La vigilancia se ejercerá de oficio y, al menos, cada tres meses” (art. 218 2da. parte del C. N. y A.). El problema que podría afectar el buen funcionamiento de este sistema de vigilancia es la cantidad de infractores juveniles a quienes se han aplicado las medidas, en especial aquellas que ameritan un seguimiento continuado: residir en determinados lugares, realizar determinados trabajos o asistir a programas educativos y de entrenamiento social (art. 200 incs. “a” ,” b” y “f” del C. N. y A.), por citar nada más a modo ilustrativo algunos supuestos.

El Juez Penal de Ejecución de Medidas actuará también a solicitud del adolescente, de su padre, madre, tutor o responsable y a solicitud del director de la institución en que el adolescente se encuentre ubicado. La repetición de una solicitud se admitirá solo cuando se aleguen hechos nuevos, que la justifican (Art. 218 3ra. parte del C.N. y A.)

Entonces, queda claro que el Juez Penal de Ejecución de Medidas, además de la posibilidad de proceder de oficio, puede también tomar decisiones a solicitud de cualquiera de las personas enunciadas en la norma siempre que existan hechos nuevos que así lo ameriten. En los casos en que se repita la solicitud para cualquiera de las finalidades establecidas respecto a las Medidas, la misma tiene que ser necesariamente considerada, independientemente a la determinación que pueda tomar el Juez posteriormente.

MEDIDAS CORRECCIONALES

El hecho punible realizado por un adolescente será castigado con una medida correccional cuando, sin ser apropiada una medida privativa de libertad, sea necesario llamar seria e intensamente la atención del adolescente acerca de la responsabilidad por su conducta.

Son medidas correccionales:

- a) *la amonestación;*
- b) *la imposición de determinadas obligaciones.*

Las medidas correccionales no tendrán los efectos de una condena o una pena, en lo relativo a los antecedentes del afectado, sin perjuicio de la posibilidad de asentarlas en un registro destinado a

recoger datos para actividades estatales, educativas y preventivas (art. 203 del C.N. y A.).

El Código de la Niñez y la Adolescencia únicamente establece el procedimiento a seguir y las medidas aplicables al adolescente infractor. En cuanto a los hechos punibles, la configuración de los mismos son las estatuidas en el Código Penal de fondo. En este cuerpo legal se clasifican los hechos punibles de la siguiente manera:

Crímenes: Hechos punibles cuya sanción legal sea pena privativa de libertad mayor de cinco años.

Delitos: Hechos punibles cuya sanción legal sea pena privativa de libertad hasta cinco años, o multa (art. 13 del C.P.).

Cabría suponer, en consecuencia, que cuando el Juez tenga que decidir que tipos de medidas ordenar en cada caso determinado, sería la de considerar el tipo base de los hechos punibles, es decir, si qué medidas corresponderían a los delitos y a los crímenes, todo esto según la clasificación anteriormente vista.

Respecto a las medidas correccionales, la norma inserta la frase sin ser apropiada una medida privativa de libertad. Esta frase induce a pensar que en ciertos casos, aún cuando del hecho punible surja como pena la privación de libertad, por razones de conveniencia en relación al infractor, se escoge una de las medidas correccionales como solución al problema. En efecto, el hecho de llamar la atención del adolescente, sería e intensamente, implica por el significado de las palabras que las medidas socioeducativas tampoco serían las indicadas. En síntesis, las medidas correccionales serían aplicables cuando evidentemente las medidas socioeducativas no sean las recomendables para el caso concreto y, por otro lado, que la medida privativa de libertad no sea la apropiada por razones de conveniencia.

AMONESTACIÓN

La amonestación es la llamada de atención que el Juez dirige oralmente y en forma clara y comprensible al adolescente, con el fin de hacerle consciente de la reprochabilidad de su conducta y su obligación de acogerse a las normas de trato familiar y convivencia social.

Cuando correspondan, el Juez invitará al acto a los padres, tutores o responsables y les proporcionará informaciones y sugerencias acerca de su colaboración en la prevención de futuras conductas punibles (art. 204 del C. N. y A.).

Al margen de precisarse el tipo penal que daría lugar a la amonestación, aparecen dos cuestiones sobre cuya relevancia habría que insistir. En primer lugar, la inmediatez directa entre el Juez y el adolescente, constituye sin duda un enfrentamiento del infractor con la justicia encarnada en la figura del Juez. En la amonestación, tiene que denotarse la preocupación del Juez respecto a la vida futura del adolescente, y su efectividad dependerá en gran medida del convencimiento que pueda transmitir el Juez. En segundo lugar, la intervención de los padres, tutores y responsables del adolescente, involucrándolos en la solución del problema, se adecua a los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño, convención en la que se hace hincapié en la importancia del entorno familiar y social para la prevención de hechos delictuales.

DE LA IMPOSICIÓN DE OBLIGACIONES

El Juez podrá imponer al adolescente la obligación de:

- a) reparar, dentro de un plazo determinado y de acuerdo con sus posibilidades, los daños causados por el hecho punible;*
- b) pedir personalmente disculpas a la víctima;*
- c) realizar determinados trabajos;*
- d) prestar servicios a la comunidad; y,*
- e) pagar una cantidad de dinero a una entidad de beneficencia.*

Las obligaciones no podrán exceder los límites de la exigibilidad.

El Juez deberá imponer la obligación de pagar una cantidad de dinero solo cuando:

- a) el adolescente haya realizado una infracción leve y se pueda esperar que el pago se efectúe con medios a su propia disposición; o,*
- b) se pretende privar al adolescente del beneficio obtenido por el hecho punible.*

El Juez podrá, posteriormente, modificar las obligaciones impuestas o prescindir de ellas, cuando esto sea recomendado por razones de la educación del adolescente (art. 205 del C. N. y A.).

En principio, cabría reparar en que la obligación de pagar una cantidad de dinero, tal como se hallan previstas en los incs. “a” y “e” de la norma transcrita, se halla sujeta a tres condiciones.

Primera, que el adolescente haya realizado una infracción leve, lo cual trae aparejada un primer problema que resolver: si que se entiende por infracción leve. En efecto, si el Código Penal distingue entre **delitos y crímenes**, *¿será que se considerará leve a los delitos y no a los crímenes?* La cuestión, obviamente ofrece dificultades, y solamente la jurisprudencia será la encargada de definir este tema en el futuro.

Segunda, que el infractor pueda realizar el pago con medios propios. Se supone, entonces, que aquél tenga alguna fuente de trabajo o de ingresos.

Tercera, que se pretenda evitar al adolescente del beneficio obtenido. Quiere decir, de acuerdo con esta última condición, que el hecho punible entraría entre aquellos tipificados como hechos punibles contra el patrimonio o contra los derechos patrimoniales. De entrada, al menos, si el infractor se ha beneficiado económicamente con el hecho punible, permite presumir que las medidas se adecuarían a los tipos penales que caracterizan a los enunciados precedentemente.

El otro problema a resolver es, si en qué casos podría imponerse la obligación de pedir disculpa a la víctima (inc. “b”). Efectivamente, si éste no acepta las disculpas, *¿cómo quedaría resuelta la cuestión?* *¿Imponiendo tal vez otro tipo de medida?* Las otras obligaciones, la de realizar determinados trabajos (inc. “c”) y la de prestar servicios a la comunidad (inc.”d”), aparentemente serían los que menos reparos ofrecen.

No obstante, como se dijo, lo primero que el Juez debe determinar es la naturaleza de la infracción. Es decir, si es leve o no, por lo menos en cuanto a la obligación de pagar la cantidad de dinero. En lo referente a las demás obligaciones, por un elemental principio de razonabilidad, también cabría admitirse la misma conclusión. Ahora bien, no debe olvidarse que la modificación o la prescindencia de las obligaciones impuestas, ya no corresponde al Juez que ha dictado la sentencia sino el Juez Penal de Ejecución de Medidas, tal como ha quedado aclarado suficientemente.

MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

La medida privativa de libertad consiste en la internación del adolescente en un establecimiento especial, destinado a fomentar su educación y su adaptación a una vida sin delinquir.

La medida será decretada solo cuando:

- a) Las medidas socioeducativas y las medidas correccionales no sean suficientes para la educación del condenado;*
- b) La internación sea recomendable por el grado de reprochabilidad de su conducta;*
- c) El adolescente haya reiterado y gravemente incumplido en forma reprochable medidas socioeducativas o las disposiciones ordenadas;*
- d) Anteriormente se haya intentado responder a las dificultades de adaptación social del adolescente mediante una modificación de las medidas no privativas de libertad; o,*
- e) El adolescente haya sido apercibido judicialmente de la posibilidad de la aplicación de una medida privativa de libertad en caso de que no desistiese de su actitud*

En este caso, la duración de la medida privativa de libertad será de hasta un año (art. 206 del C. N. y A.)

NATURALEZA DE LAS MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

En puridad, la creación de establecimientos especiales destinados a la educación y a la adaptación del adolescente a una vida sin delinquir, requiere ineludiblemente que el Estado asuma e implemente una adecuada política criminal. En este aspecto, vale la pena acotar la frase acuñada por un famoso criminólogo que dice: *No hay mejor política criminal que una buena política social.* Efectivamente, si el Estado destina los fondos necesarios para llevar adelante una buena política social, obviamente incidiría positivamente en la reducción de la delincuencia, tratándose de adolescentes o mayores de edad. Se podrá sostener contra este argumento las dificultades económicas que afronta el país, pero, si es la propia sociedad la que hace marginamientos, es la misma sociedad la que sale dañada como producto de su indiferencia. De modo que, volviendo al principio constitucional (art. 20 de la C.N.), si la readaptación de los condenados no pasa primeramente por *una buena política social*, no habrá política

criminal que pueda hacer tangible y realizable la mentada readaptación.

REGLAS DE APLICACIÓN Y DURACIÓN DE LAS MEDIDAS PRIVATIVAS DE LIBERTAD

La imposición de las medidas privativas de libertad, solo tendrán lugar si las medidas socioeducativas y correccionales no fueran suficientes, y como última ratio. La claridad de la norma transcrita no amerita mayores comentarios.

Sin embargo, en lo que respecta a su duración, el contenido del artículo 207 del Código de la Niñez y la Adolescencia amerita ciertos comentarios:

El primer párrafo de la norma establece cuanto sigue: La medida privativa de libertad tendrá una duración mínima de seis meses y máxima de cuatro años. En caso de un hecho calificado como crimen por el derecho penal común, la duración máxima de la medida será de ocho años.

Tal como se desprende de este párrafo de la norma, vuelve al tapete la distinción que el Código Penal hace entre *delito* y *crimen*. Desde el punto de vista lingüístico, daría la impresión que la medida privativa de libertad entre seis y cuatro años, serían aplicables a los casos de *delitos*. En cambio, el *crimen* no se hallaría sujeto a la misma consecuencia. No obstante, como solamente se habla de duración máxima de ocho años, nada obstaría a que en ciertos casos, y en determinadas circunstancias el Juez imponga una medida privativa de libertad inferior a cuatro años.

El segundo párrafo de la misma norma dispone cuanto sigue: A los efectos de la medición de la medida, no serán aplicables los marcos penales previstos en las disposiciones del Derecho Penal común.

Conforme a esta disposición, resulta muy obvio que las atribuciones conferidas al Juez sentenciador son muy amplias en el sentido de no estar compelidos a los marcos penales antes mencionados. Significa, en suma, que el Juez va a juzgar el caso con un criterio que únicamente debe tener como norte que el adolescente se reintegre o se readapte a la vida en sociedad sin delinquir, con toda la responsabilidad que implica esa libertad que el Código le otorga.

Esta conclusión se halla abonada con lo dispuesto en el tercer párrafo de la norma que dice: La duración de la medida será fijada en

atención a la finalidad de una internación educativa a favor del condenado.

Las consideraciones que anteceden han tenido por objeto ilustrar someramente sobre la naturaleza y la duración del sistema de sanciones previstas en el Código de la Niñez y la Adolescencia. Por supuesto, las conclusiones tienen, como no pueden ser de otra manera, las características preliminares que surgen de la interpretación de las normas analizadas. Es cierto, ya en el terreno de los hechos y con la vigencia del Código de la Niñez y la Adolescencia, se podrán vivenciar mejor y con mayor propiedad sobre las dificultades y las ventajas que ofrece el nuevo cuerpo legal. Cabría insistir, empero, que así como el nuevo Código Penal y Procesal Penal aún están en un periodo de adaptación, tanto por parte de los operadores de la justicia como por parte de la sociedad misma, lo mismo va a ocurrir con el Código de la Niñez y la Adolescencia por los nuevos paradigmas que en él se imponen.

EPILOGO

Quizás sea un poco extensa la monografía que antecede. Sin embargo, sin conocer la doctrina de la situación irregular y su tránsito a la protección integral, no podría comprenderse a cabalidad la proyección de la Convención sobre los Derechos del Niño en el fuero civil y penal juvenil y en el área de la justicia social para los niños. Precisamente por este desconocimiento es que para profesionales, magistrados y los auxiliares de la Justicia, que de pronto deben afrontar las diferentes casuísticas que pueden presentarse sin base alguna, se quedan perplejos y no saben cómo enfrentar ciertas situaciones en que la opinión pública, por lo general profana en la materia, particularmente resulta muy susceptible, en especial en los conceptos que se manejan en el aspecto social y penal juvenil. En fin, abrigo la esperanza de que el presente trabajo sea de utilidad para los lectores.

PROYECCIÓN DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LOS ÁMBITOS SOCIAL Y JURISDICCIONAL.....	147
INTRODUCCIÓN.....	147
TITULO I.....	147
Situación Irregular - Protección Integral	147
Concepto Menor – Concepto Niño.....	147
TITULO II	149
Situación Irregular – Protección Integral	149
Concepto menor – Concepto niño	149
TITULO III	152
Situación Irregular – Protección Integral	152
La Problemática de los niños en la calle	152
TITULO IV	153
Situación Irregular – Protección Integral	153
La Problemática de los niños de la calle.....	153
TÍTULO V.....	156
PROYECCIÓN DE LA CONVENCIÓN EN TÉRMINOS DE JUSTICIA SOCIAL	156
TITULO VI	157
Proyección de la Convención con relación al Niño como Sujeto de Derechos	157
TITULO VII	159
Niños en conflicto con la ley.....	159
Normas Procesales relativas a los adolescentes en conflicto con la Ley.....	162
TITULO VIII.....	164
Responsabilidad Penal del Adolescente.....	164
TITULO IX	166
LIBRO V DEL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA	166
Reglas de Aplicación	166
Medidas Socioeducativas	168
Duración de las medidas.....	169
Medidas Correccionales	171
Amonestación	172
De la imposición de obligaciones	173
Medidas Privativas de Libertad.....	175
Naturaleza de las Medidas Privativas de Libertad.....	175
Reglas de Aplicación y Duración de las Medidas Privativas de libertad.....	176
EPILOGO	177

LOS DERECHOS DEL NIÑO/A EN LA
ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA
PRINCIPALES ESTÁNDARES LEGALES
INTERNACIONALES

Por Soledad Villagra de Biedermann

LOS DERECHOS DEL NIÑO/A EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA PRINCIPALES ESTÁNDARES LEGALES INTERNACIONALES

Por Soledad Villagra de Biedermann

1. INTRODUCCIÓN

El objetivo de este artículo es presentar los estándares internacionales de derechos humanos que rigen para los derechos del niño/a, y en especial -dado que se trata de una publicación de la Corte Suprema de Justicia-, de los derechos del niño/a en la administración de justicia. No se hará referencia, por tanto, a la legislación doméstica paraguaya, aún a la que concuerda con la misma Convención sobre los Derechos del Niño, y la terminología utilizada será la misma que se usa en general en derechos humanos en lengua hispana, sin especificar las instituciones propias del país y los tipos penales establecidos en la legislación nacional.

La mejor guía para estos estándares internacionales, aparte de la propia Convención sobre Derechos del Niño, es el capítulo respectivo del Manual de Derechos Humanos en la Administración de Justicia para Jueces, Fiscales y Abogados, de 2002, preparado por la Oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas sobre Derechos Humanos; por lo que la presentación básica, el índice y la línea general de este trabajo son un extracto y una traducción libre del documento “*Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers: The Rights of the Child in the Administration of Justice*”.¹

La autora también se refiere en esta presentación, a la recolección de sus propias experiencias en su trabajo como experta de derechos humanos de la ONU en el Grupo de Trabajo sobre la Detención Arbitraria (desde el 2000 a febrero 2008), donde ha podido

¹ Este documento, en su versión completa de 885 páginas y el capítulo respectivo en las páginas 397 a 443, se puede encontrar en los idiomas inglés y árabe, en el sitio web de la oficina de la Alta Comisionada de Naciones Unidas para Derechos Humanos: www.ohchr.org, en las Publicaciones y Recursos, en la sección de Educación y Formación, Professional Training Series, N° 9.

comprobar la situación in situ de numerosos centros de detención para niños en países como Argentina, México, Ecuador, Bielorrusia, Canadá y Guinea Ecuatorial, así como los sistemas legales en vigencia, tanto el penal como el específico del fuero de la infancia y la adolescencia, en conversaciones con operadores jurídicos de cada sistema, desde los miembros de la Corte Suprema de Justicia de estos países hasta los cuidadores legales de las instituciones.

1.1. LA ESTRUCTURA BÁSICA DE LOS ÓRGANOS CONVENCIONALES DE LOS SISTEMAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS Y EL COMITÉ DE DERECHOS DEL NIÑO COMO MECANISMO CONVENCIONAL DE LA ONU

En el sistema de la ONU, la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 constituyó el punto de partida para el desarrollo de una serie de Pactos y Convenciones que protegen tanto aspectos generales como específicos de derechos humanos, y que a su vez generaron una serie de organismos (llamados órganos creados por tratados o *treaty bodies*) que controlan el cumplimiento de estos convenios y pactos por parte de los Estados que los ratifican. Por tratarse de tratados, los pactos crean obligaciones convencionales para los Estados que son parte en los mismos.

Este sistema es conocido como el de “los mecanismos convencionales”, en contraposición al existente sistema de “los mecanismos extra convencionales”² y se integra con los Comités (órganos creados por tratados) establecidos para supervisar el cumplimiento de los ocho tratados principales del Sistema Universal de Derechos Humanos. Los dos primeros son el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966³, cuyos textos

² En este sistema extra convencional de la ONU está el Grupo de Trabajo de la ONU sobre la Detención Arbitraria, que ha integrado la autora, y otros mecanismos extra convencionales que conciernen a los derechos del niño/a pero no específicamente a la administración de justicia y cuya producción ya no podría ser abarcada por su extensión en un sólo artículo como el presente. Para no dejar de mencionarlos, los principales son: el Relator Especial de la ONU sobre venta de niños, prostitución infantil y utilización de niños en la pornografía, el Relator Especial de la ONU sobre la trata de personas, especialmente las mujeres y los niños y el Relator especial sobre el derecho a la educación.

³ En Paraguay, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos ha sido ratificado como Ley N°5/92 y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales como Ley N°4/92

“EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”
COMENTARIOS AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

contienen un mayor desarrollo de los derechos ya contenidos en general en la Declaración Universal.

Los otros seis tratados, como resultado de las acciones de la ONU en la identificación y definición de los derechos humanos fundamentales, son la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes de 1984; la Convención para la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Contra la Mujer, de 1979; la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación Racial, de 1965; la Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, de 1990; la Convención sobre los derechos de las personas con discapacidad, de 2006 y la Convención sobre los Derechos del Niño, de 1989⁴.

Cada uno de estos tratados tiene un organismo llamado Comité que monitorea el cumplimiento de las obligaciones del tratado respectivo por parte de los Estados. Esto requiere que los Estados parte presenten informes periódicos sobre las medidas adoptadas y el progreso hecho en la observancia de los derechos reconocidos en el correspondiente Pacto o Convención. Tanto la labor de los Comités examinando los informes de los Estados parte, como los Comentarios Generales de los mismos Comités, han ayudado a definir el carácter normativo de los derechos humanos en general, y en específico de cada derecho protegido.

El Comité de Derechos del Niño, creado por la Convención sobre los Derechos del Niño, está compuesto por 18 expertos independientes, y recibe, como los demás comités, informes periódicos de los Estados parte sobre el cumplimiento de los artículos de la Convención y formula observaciones a éstos.

De los ocho organismos que constituyen mecanismos convencionales, siete de ellos están habilitados además para recibir comunicaciones de víctimas de violaciones y emitir informes individuales sobre casos: el Comité de Derechos Humanos (CCPR), el Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales (CESCR) el Comité contra la Tortura (CAT), el Comité contra la Discriminación

⁴ Todos estos tratados han sido ratificados y son parte de la legislación interna del Paraguay: la Convención sobre Derechos del Niño como Ley N° 57/90; la Convención contra la Tortura, Ley N° 69/90; la Convención contra la Discriminación contra la Mujer, como Ley N° 1215/86; la Convención contra la Discriminación Racial, Ley N° 2128/03; la Convención sobre Trabajadores Migrantes y sus familias, Ley N° 3452/08 y la Convención sobre personas con Discapacidad, como Ley N° 3540/08.

contra la Mujer (CEDAW), el Comité contra la Discriminación Racial (CERD) y el Comité de Trabajadores Migrantes (CMW). Sólo el Comité de Derechos del Niño (CRC) no recibe denuncias individuales.

En el sistema de la OEA, sin embargo, aún existiendo varios tratados similares, comenzando por la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁵ (que es la homóloga al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU), sólo dos órganos constituyen los ejes del sistema interamericano de derechos humanos: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Cada uno de estos órganos tiene siete miembros elegidos a título personal. Las funciones más relevantes de la CIDH son la elaboración de informes, las observaciones in loco, las propuestas de normativas y las recepciones de peticiones individuales, desde donde principian y se tratan los casos ante el sistema. La Corte tiene una competencia consultiva y otra contenciosa; en virtud de su competencia contenciosa trata los casos presentados por la CIDH, sobre los cuales, luego de un procedimiento contradictorio en el que se presenta el Estado por una parte y la CIDH y las víctimas, por la otra, dicta sentencias vinculantes para los Estados.

1.2. LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES SOBRE DERECHOS DEL NIÑO/A

Aunque los instrumentos internacionales generales de derechos humanos de la ONU y de la OEA también se pueden aplicar a los derechos de la niñez y adolescencia, la Convención de Derechos del Niño tiene las herramientas específicas para lograr los derechos del niño/a en general, tanto los derechos civiles y políticos como los derechos económicos, sociales y culturales; y en especial, para los niños que han sido afectados por la administración de justicia a través de procedimientos penales, la separación de sus padres o adopciones. La Convención es, de esta manera, el instrumento vinculante por excelencia con el enfoque exclusivo en las necesidades específicas y el interés superior del niño.

Para visualizar los estándares internacionales de los derechos del niño/a, también se tienen en cuenta otros instrumentos, que si bien no son tratados, y por tanto no vinculantes, siguen la misma línea de lo

⁵ Aprobada por Ley N° 1/89 en Paraguay

que dice la Convención, proveyendo al mismo tiempo más detalles sobre el contenido de los derechos existentes. Estos son las Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad), las Reglas de las Naciones Unidas para los Menores Privados de libertad y las Directrices de Acción sobre el niño en el sistema de justicia penal (Directrices de Viena).

Varios desafíos en la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño deben ser enfrentados en varios países para una verdadera vigencia de los derechos del niño/a, especialmente las situaciones del niño/a en conflicto con la ley. La violencia policial contra los niños no es poco común, tampoco las detenciones arbitrarias o el uso de la prisión para delitos menores, aún con el requerimiento de que la privación de libertad debería ser usada como último recurso para la niñez. Contrariamente al derecho internacional, los niños son reclusos en condiciones inaceptables, sujetos a violencia durante su detención, incluyendo muchas veces violaciones a su integridad física y síquica como medidas disciplinarias. Las adolescentes infractoras son particularmente vulnerables. La efectiva implementación de los derechos del niño es responsabilidad de los gobiernos, pero también de las personas que ejercen la profesión legal, así como de los adultos que tratan con niños/as, de los padres, familiares, amigos y maestros.

2. DEFINICIÓN DE NIÑO/A

La edad de mayoría en general es como lo dice el Art. 1 de la Convención, que: “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.”

En cuanto al comienzo de la niñez, la Convención, así como otros instrumentos internacionales, no toma una posición de cuándo esta comienza, si en el nacimiento o en otro momento particular, como la concepción. Sobre el final de la niñez, la Convención da cierta flexibilidad, aunque claramente no se permite que los Estados fijen una edad demasiado baja con el fin de evadir sus responsabilidades bajo el tratado, en especial al establecer edades mínimas para el empleo y matrimonio, entre otros.

Sobre la edad de responsabilidad penal, el Art. 40.3.a dice que los Estados deben buscar: “El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales”. El Comité de Derechos del Niño ha recomendado que esta edad se fije por ley, y ha expresado su preocupación sobre códigos penales que fijan la responsabilidad criminal a los siete o diez años, por ser demasiado baja la edad⁶.

Si no se decidiera de otra manera, la edad de mayoría civil es de la de 18 años. Para fijar edad mínima para el matrimonio, el trabajo o el servicio militar, los Estados están obligados a respetar el interés superior del niño y el principio de no discriminación.

3. PRINCIPIOS BÁSICOS SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA

El derecho internacional de los derechos humanos provee varios principios que condicionan la consideración de todos los temas relativos a los derechos del niño/a, incluida la administración de la justicia juvenil.

Estos son: el principio de no discriminación, el interés superior del niño, el derecho del niño a la vida, a la supervivencia y al desarrollo, y el deber de respetar la opinión del niño. Estos principios han sido considerados reiteradamente por el Comité de Derechos del Niño en el examen de sus informes periódicos, los Estados tienen que asegurar que estos principios “no solamente guíen la discusión de políticas y de toma de decisiones, pero que también se integren a todas las revisiones legales, así como decisiones judiciales, administrativas y proyectos, programas y servicios que tengan un impacto sobre los niños”.⁷

6 En India, 7 años, ver documento ONU CRC/C/94, Comité de Derechos del Niño, Informe de la sesión 23a. (2000), párr. 58 y en Sierra Leona, 10 años, ver *ibid.* párr.143. Aunque la legislación en otros países puede estar más acorde a la Convención, como ocurre en Argentina, en la misión del Grupo de Trabajo de Detención Arbitraria a ese país (donde estuvo la autora), en la Provincia de Salta, se ha visto la diferencia entre teoría y práctica en la visita a un centro de detención en la ciudad de Salta, al encontrar un niño de 10 años detenido con adolescentes infractores que estaba “en guarda” como medida de protección en el lugar. Ver documento ONU de misión del Grupo de Trabajo a Argentina E/CN.4/2004/3/Add.3, párr. 54 al 56

7 Como lo dice, por ejemplo, en Vanuatu, Doc. ONU CRC/C/90, Informe de 22a. sesión (1999), párr. 149.

3.1. EL PRINCIPIO DE NO DISCRIMINACIÓN

El Artículo 2 dice que: “1. Los Estados Partes respetarán los derechos enunciados en la presente Convención y asegurarán su aplicación a cada niño sujeto a su jurisdicción, sin distinción alguna, independientemente de la raza, el color, el sexo, el idioma, la religión, la opinión política o de otra índole, el origen nacional, étnico o social, la posición económica, los impedimentos físicos, el nacimiento o cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales. 2. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para garantizar que el niño se vea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, o sus tutores o de sus familiares.”

El Comité de Derechos del Niño ha expresado su preocupación en general con respecto a ciertos grupos vulnerables de niños, como los niños en la justicia juvenil,⁸ especialmente cuando un criterio de naturaleza subjetiva o arbitraria (tal como la llegada de la pubertad, la edad del discernimiento o la personalidad del niño/a) prevalezca en la determinación de la responsabilidad criminal de los niños y las medidas a ser aplicadas contra ellos⁹.

El principio de la no discriminación está presente en todos los instrumentos internacionales de derechos humanos, entre otros, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de la ONU (Art. 2(1) y 26) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos de la OEA (Art.1.1).

3.2. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

El Art. 3(1) de la Convención de Derechos del Niño tiene su precepto fundamental en el principio del interés superior, y es como sigue:

“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

⁸ Ver por ejemplo, Belice, en Doc. ONU CRC/C/84, Informe de la Sesión No. 20 (1999), párr.75.

⁹ Debate general sobre la administración de justicia juvenil, organizado por el Comité de D. del Niño el 13 de noviembre de 1995, Documento de la ONU CRC/C/46, Informe de 10ª Sesión (1995), párr. 218.

consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

El hecho de que el interés superior del niño deba ser una consideración primordial en la decisión que afecta al niño, es una indicación de que el interés superior no será siempre el único factor que anule a cualquier otro a ser considerado, ya que puede haber intereses de derechos humanos en conflicto o en competencia, por ejemplo, entre niños distintos, entre diferentes grupos de niños, o entre niños y adultos.¹⁰ No obstante, el interés superior del niño debe ser sujeto a una atención especial y se necesita demostrar que este interés se ha buscado y tomado en cuenta como una consideración primordial.

3.3. EL DERECHO AL NIÑO A LA VIDA, LA SUPERVIVENCIA Y EL DESARROLLO

El Artículo 6 de la Convención de Derechos del Niño provee que “1. Los Estados Partes reconocen que todo niño tiene el derecho intrínseco a la vida. 2. Los Estados Partes garantizarán en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño.”

Lo que dice el artículo 6.2 de la Convención también deja claro que los Estados parte tienen que tomar medidas positivas para maximizar la supervivencia y el desarrollo de los niños dentro de su jurisdicción. De esta manera, se hace necesario para los Estados “tomar medidas apropiadas”, entre otras, reducir la mortalidad infantil y en la niñez; asegurar la prestación de la asistencia médica y la atención sanitaria que sean necesarias a todos los niños (Art. 24 de la Convención de Derechos del Niño). Otras medidas que los Estados, incluido el Poder Judicial, pueden tomar a fin de proteger el derecho inherente a la vida de los niños pueden ser, entre muchas otras, la de proveer alimento nutricional adecuado y agua potable, prevenir y prohibir ejecuciones extrajudiciales.¹¹

¹⁰ Un ejemplo de esto es cómo en el sistema judicial de Ecuador se interpretaba erróneamente el interés superior del niño como justificación de una prisión por deudas en la práctica, cuando se permitían detenciones arbitrarias –sin límite de tiempo- a personas que no pudieran pagar prestación de alimentos. Misión del Grupo de Trabajo sobre Detención Arbitraria de la ONU al Ecuador, donde participó la autora como experta del Grupo, ver documento de la ONU A/HRC/4/40/Add.2 (2006)

¹¹ Manual de presentación de Informes en Derechos Humanos, Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Derechos Humanos, Ginebra 1998, p. 424

Como lo ha señalado el Comité de Derechos Humanos en su Comentario N° 6 sobre el derecho a la vida -Art. 6 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos-, “el derecho a la vida ha sido frecuentemente interpretado muy estrechamente”; desde su punto de vista, la expresión “el derecho inherente a la vida” no se puede entender propiamente en una manera restrictiva, y la protección del derecho requiere que los Estados adopten medidas positivas.¹² Sería por tanto “deseable que los Estados tomaran todas las medidas posibles para reducir la mortalidad infantil e incrementar la expectativa de vida, especialmente adoptando medidas para eliminar la malnutrición y las epidemias”.¹³

3.4. EL DERECHO DEL NIÑO A SER ESCUCHADO

Otro importante principio general se encuentra en el Art. 12 de la Convención sobre Derechos del Niño, según el cual:

“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.”

El Comité de Derechos del Niño ha consistentemente promovido los derechos de los niños a la participación y enfatizado el deber de los Estados de garantizar el goce efectivo de las libertades fundamentales, incluyendo la de opinión, expresión y asociación”, como lo dicen los Arts. 13, 14 y 15 de la Convención. Esta es una expresión del hecho de que el niño debe ser visto como una persona por derecho propio, o como un activo sujeto de derechos.

El Art. 12.2 de la Convención, efectivamente, cubre una gama amplia de procedimientos judiciales e incluso políticas que afectan a los niños, en por ejemplo, educación, salud, planeamiento, medio ambiente, etc. Este derecho a ser escuchado del niño no significa un derecho a la libre determinación, sino un derecho a involucrarse en el

¹² Compilación de Comentarios Generales de los Comités de Naciones Unidas, p. 115, párr. 5.

¹³ *Ibíd*em

proceso de toma de decisiones. Esta participación debe ser genuina y no ser reducida a una formalidad. Aún más, cuando mayor y más maduro/a sea el niño/a, mayor el peso que se le dará a sus opiniones. Esto implica que a las opiniones de los adolescentes infractores debe dárseles particular peso en relación a los procedimientos llevados a cabo sobre su persona.

La Regla 14.2 de las Reglas de Beijing prevé en el trato judicial de los niños que "el procedimiento favorecerá los intereses del menor y se sustanciará en un ambiente de comprensión, que permita que el menor participe en él y se exprese libremente."

4. LOS OBJETIVOS DE LA JUSTICIA DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

El objetivo declarado del sistema de justicia juvenil como un todo, en el derecho internacional de los derechos humanos, es la rehabilitación y la reinserción social del niño. Esto está particularmente claro en el Art. 40 (1) de la Convención, que dice:

"Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad."

Según la regla 5.1 de las Reglas de Beijing "El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito." De acuerdo a los comentarios de estas reglas, son dos los objetivos más importantes de la justicia juvenil: 1) la promoción del bienestar del niño y 2) la proporcionalidad. En el primer caso, no sólo se enfatizaría el bienestar del niño en tribunales de la niñez o autoridades administrativas, sino también, dentro de sistemas judiciales que siguen el modelo del tribunal penal, contribuyendo así a evitar las sanciones meramente penales. En cuanto al segundo objetivo, la respuesta a jóvenes en conflicto con la ley no sólo deberá basarse en el examen de la gravedad del delito, sino también en circunstancias personales, como su condición social, su situación familiar, el daño causado por el delito u otros factores en que intervengan circunstancias personales.

En definitiva, la regla 5 de las Reglas de Beijing “sólo exige que la respuesta en los casos concretos de delincuencia o criminalidad de menores sea adecuada, ni más ni menos. Los temas que las reglas vinculan entre sí pueden contribuir a estimular adelantos en ambos sentidos: los tipos de respuesta nuevos e innovadores son tan necesarios como las precauciones para evitar cualquier ampliación indebida de la red de control social oficial sobre los menores.”

5. EL DERECHO A ESTAR LIBRE DE TORTURAS Y OTROS TRATOS O PENAS CRUELES, INHUMANOS O DEGRADANTES.

La prohibición de malos tratos es por supuesto particularmente relevante para niños privados de libertad pero también atañe a niños que por ejemplo, están siendo investigados por la policía sin estar detenidos. De hecho, los periodos más críticos para un niño sospechado o acusado de haber delinquido, son la etapa de la investigación policial y la detención primaria, donde es más probable que el niño/a sea sujeto a malos tratos y otras formas de abuso. Es importante tener en cuenta que actos que podrían no ser considerados como tratamiento ilegal en adultos pueden ser inaceptables en casos de niños por su especial sensibilidad y particular vulnerabilidad. El Comité de Derechos del Niño ha sostenido que “se debe tomar seriamente en cuenta el desarrollo de mecanismos independientes, tanto nacionales como internacionales, para asegurar visitas periódicas para un control efectivo de instituciones que tienen niños en custodia”¹⁴. Estas visitas pueden ser un medio importante para prevenir los malos tratos de los niños. Otra importante medida para prevenir el tratamiento ilegal de niños por funcionarios encargados de cumplir la ley es la organización de cursos de entrenamiento profesional sobre métodos de trabajar con jóvenes de manera constructiva.

Cuando se consideró el informe periódico de India, el Comité de Derechos del Niño expresó preocupación sobre “los numerosos informes de malos tratos rutinarios, castigos corporales, tortura y abuso sexual de niños en lugares de detención, y supuestos episodios de asesinatos de niños viviendo o trabajando en las calles por los funcionarios encargados de cumplir la ley”¹⁵. El Comité por tanto

¹⁴ Debate general sobre la administración de justicia juvenil, organizado por el Comité de D. del Niño el 13 de noviembre de 1995, Documento de la ONU CRC/C/46, Informe de la 10a. sesión (1995), párr. 229.

¹⁵ Informe sobre India, Documento CRC/C/94, Informe de la 23a. sesión (2000), párr. 70.

recomendó “la obligatoriedad de registrar cada niño que sea llevado a las comisarías, incluyendo hora, fecha y razón de la detención, y que esta detención sea sujeta a revisión frecuente obligatoria por un magistrado”. El Comité asimismo alentó al Estado parte a revisar su Código de Procedimientos Penales para que el “examen médico, incluyendo verificación de la edad, sea obligatorio al momento de la detención y en intervalos regulares”¹⁶. Finalmente, también recomendó que la Ley de Justicia Juvenil sea reformada para “proveer mecanismos de quejas y su prosecución para casos de abusos de niños en custodia”.¹⁷

Según el artículo 39 de la Convención de Derechos del Niño, los Estados partes tienen un deber legal de “tomar todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de ... tortura u otra forma de tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.... Esa recuperación y reintegración se llevarán a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño”. Para el Comité de Derechos del Niño, este artículo “merece especial atención”, y en consecuencia, deben desarrollarse programas y estrategias para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de, entre otros, los niños en el sistema de administración de justicia.¹⁸

En la interpretación del Art. 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos que habla de la prohibición de la tortura y los malos tratos, el Comité de Derechos Humanos ha sostenido que “la prohibición de malos tratos debe ser extendida a castigos corporales, incluyendo sanciones excesivas ordenadas como penalización de ofensas o como medidas educativas o disciplinarias”, enfatizando, más aún, que este artículo “protege, en particular, niños, pupilos y pacientes en instituciones educativas y de salud”.¹⁹

6. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL PROCEDIMIENTO PENAL

Según los artículos 3.1. y 40.1. de la Convención de Derechos del Niño, el interés superior del niño debería ser el principio básico que guíe todas las instituciones y autoridades, incluyendo a los tribunales,

¹⁶ *Ibidem*, párr. 71

¹⁷ *Ibidem*, párr. 72

¹⁸ Documento ONU CRC/C/15/Add.34, Observaciones finales, Reino Unido, párr. 39.

¹⁹ Comentario General No. 20, en *Compilación de Naciones Unidas de Comentarios Generales de órganos de tratados*, p. 139, párr. 5.

en todas las acciones que conciernen a los niños. Un niño “de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes” tiene derecho “a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad” (Art.40.1 de la Convención)

7. EL NIÑO/A ACUSADO Y LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA.

Todo niño de quien se alegue o a quien se acuse de infringir la ley penal, tiene, como mínimo, las garantías enumeradas en el artículo 40.2 a y b de la Convención de Derechos del Niño, que también están presentes en otros tratados, aunque la Convención incluye los derechos específicos aplicables sólo a los niños en el procedimiento penal.

Entre estas garantías se encuentran:

El principio de nullum crimen sine lege: “que no se alegue, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido leyes penales, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron”, artículo 40.2.a de la Convención

El derecho a presunción de inocencia, artículo 40.2.b.i de la Convención.

El derecho a ser informado prontamente de cargos en su contra, directamente o a través de sus padres o representantes legales y el derecho a ser asistido legalmente, sea ésta asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa, artículo 40.2.b.ii

El derecho a ser juzgado sin demora por una autoridad o un órgano judicial competente, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales, artículo 40.2.b.iii. Esta provisión implica que puede haber casos en donde se considere que el interés superior del niño sea excluir sus padres o representantes legales de los procedimientos. En el mismo sentido, la

regla 15.2 de las Reglas de Beijing estipula: “los padres o tutores tendrán derecho a participar en las actuaciones y la autoridad competente podrá requerir su presencia en defensa del menor. No obstante, la autoridad competente podrá denegar la participación si existen motivos para presumir que la exclusión es necesaria en defensa del menor.” El *Comentario* a esta regla dice que el derecho de los padres o tutores a participar en los procedimientos “debe considerarse como una asistencia general al menor, de naturaleza psicológica y emotiva”. El *Comentario* justifica la posible exclusión de los padres o de los representantes legales cuando su “presencia ejerza una influencia negativa, por ejemplo, si manifiestan una actitud hostil hacia el menor”.²⁰

El derecho a no declararse culpable y el de presentar pruebas de descargo, artículo 40.2.b.iv. El derecho internacional de los derechos humanos igualmente prohíbe el uso de confesiones obtenidas por medios ilegales, siendo esto crucial en el marco de la administración de la justicia juvenil.

El derecho a apelación, artículo 40.2.b.v. de la Convención sobre Derechos del niño

El derecho a ser asistido gratuitamente por un intérprete, artículo 40.2.b.vi

El derecho a la intimidad del niño en todas las etapas del procedimiento, artículo 40.2.b.vii. Este derecho está mejor desarrollado en la Regla 8 de las Reglas de Beijing, según la cual “Para evitar que la publicidad indebida o el proceso de difamación perjudiquen a los menores, se respetará en todas las etapas el derecho de los menores a la intimidad. En principio, no se publicará ninguna información que pueda dar lugar a la individualización de un menor delincuente”. Como se explica en el *Comentario* la Regla 8, esta regla “destaca la importancia de la protección del derecho de los menores a la intimidad. Los jóvenes son particularmente vulnerables a la estigmatización. Los estudios criminológicos sobre los procesos de estigmatización han suministrado pruebas sobre los efectos perjudiciales (de diversos tipos) que ocasionan la individualización permanente de los jóvenes como “delincuentes” o “criminales”. En segundo lugar, la Regla 8 “hace hincapié en la importancia de proteger a los menores de los efectos adversos que pueden resultar de la

²⁰ Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (“Reglas de Beijing”), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985

publicación en los medios de comunicación de informaciones acerca del caso (por ejemplo, el nombre de los menores que se presume delincuentes o que son condenados)” De esta manera, “corresponde proteger y defender, al menos en principio, el interés de la persona”²¹.

La necesidad de proteger el derecho a la intimidad del niño justifica una excepción a la regla básica de que todo procedimiento judicial debe ser público.

A fin de proteger el derecho a la intimidad del niño, la Regla 21 de las Reglas de Beijing también regula el manejo de los registros de los juveniles en conflicto con la ley en los siguientes términos: “Los registros de menores delincuentes serán de carácter estrictamente confidencial y no podrán ser consultados por terceros. Sólo tendrán acceso a dichos archivos las personas que participen directamente en la tramitación de un caso en curso, así como otras personas debidamente autorizadas”.

Según el *Comentario* a la Regla 21, la misma “trata de alcanzar un balance entre intereses contrapuestos en materia de registros y expedientes: los de los servicios de policía, el Ministerio fiscal y otras autoridades por aumentar la vigilancia, y los intereses del ofensor juvenil”²².

El Comité de Derechos del Niño enfatizó que la intimidad del niño “deberá ser respetada plenamente en todas las etapas del procedimiento, inclusive en relación a registros penales y su posible cobertura por los medios”²³.

8. EL NIÑO/A Y LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD

La privación de libertad del niño representa un problema especial por el cual el niño/a, quien está en una etapa muy sensible de su desarrollo, puede sufrir efectos psicológicos serios y aún irreversibles si se le separa de su familia a ese fin. Por este motivo, el derecho internacional de los derechos humanos trata de reducir la privación de libertad del niño/a a un mínimo. A fin de mitigar los efectos negativos de la privación de libertad cuando ésta ocurra, el derecho internacional provee asimismo reglas específicas basadas en el interés superior del niño. Las principales fuentes legales son aparte de la Convención de

²¹ *Ibidem*.

²² *Ibid*.

²³ Documento ONU CRC/C/46, Informe de la 10a. sesión (1995), párr. 227

los Derechos del Niño, las Reglas de las Naciones Unidas para los Menores Privados de libertad. Estas Reglas son importantes porque aunque no sean vinculantes por sí mismas, ya que constituyen explicaciones de derechos contenidos en la misma Convención.

Las reglas del derecho internacional sobre los niños y la privación de libertad serían aplicables no solo a los sospechosos de cometer una ofensa penal, sino para toda otra forma de privación de libertad, sin importar la base por la cual se efectivice, tal como la salud mental, el bienestar social, el servicio militar, etc. Esto está en consonancia con la definición de privación de libertad de la Regla 11.b de las Reglas de Naciones Unidas para Menores Privados de Libertad: "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 judicial, administrativa u otra autoridad pública."

8.1. LA PRIVACIÓN DE LIBERTAD DEL NIÑO: UNA MEDIDA DE ÚLTIMO RECURSO.

El artículo 37.b de la Convención de derechos del niño, provee, en primer lugar, que "ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente". En segundo lugar, especifica a este respecto que "la detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda". De esta manera, para que la privación de libertad de un niño esté en consonancia con los estándares internacionales, debe ser:

- Legal y no arbitraria;
- Ser impuesta como medida de último recurso, por ej., cuando no existan a disposición de las autoridades otras medidas alternativas apropiadas;
- Durante el periodo más corto posible

La regla que la privación de libertad de un niño debe ser una medida de último recurso, se confirma en las Reglas 1 y 2 de las Reglas de Naciones Unidas. La 2 provee además que la privación de libertad "deberá decidirse... por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales." Asimismo, según esta regla, "la duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la

posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo.”

Según la Regla 30 de las Reglas de Naciones Unidas, deben establecerse centros abiertos de detención, “con medidas de seguridad escasas o nulas. La población de esos centros de detención deberá ser lo menos numerosa posible. El número de menores internados en centros cerrados deberá ser también suficientemente pequeño a fin de que el tratamiento pueda tener carácter individual.” En concordancia con el artículo 2 de la Convención de Derechos del Niño, en la aplicación de la privación de libertad no se puede actuar de manera discriminatoria.

8.2. LOS DERECHOS DEL NIÑO/A PRIVADO DE LIBERTAD

Aunque los derechos de las personas privadas de libertad en general se aplican también a los niños, el niño/a arrestado, detenido o en prisión tiene derechos adicionales atendiendo a su edad, que requiere que el trato al niño/a se ajuste a sus necesidades específicas, al principio del interés superior del niño.

8.2.1. *El derecho a un trato humano al niño* y respeto por su dignidad, de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad, artículo 37.c de la Convención de derechos del niño.

8.2.2. *El derecho de los niños a estar separados de los adultos*, se protege en el artículo 37.c de la Convención de Derechos del Niño, con la excepción de “que ello se considere contrario al interés superior del niño”. Otros tratados internacionales también lo preceptúan, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos lo dice en su artículo 10.2.b: “Los menores procesados estarán separados de los adultos y deberán ser llevados ante los tribunales de justicia con la mayor celeridad posible para su enjuiciamiento”; la Convención Americana sobre Derechos Humanos dice en su artículo 5.5: “Cuando los menores puedan ser procesados, deben ser separados de los adultos y llevados ante tribunales especializados, con la mayor celeridad posible, para su tratamiento”.

Varias veces el Comité de Derechos del Niño ha expresado su preocupación cuando los menores son detenidos con adultos. Por ejemplo, lo ha expresado en un informe sobre Suecia: “mayor atención debe ser otorgada para asegurar que los niños en detención sean separados de los adultos, teniendo en cuenta el interés superior del

niño y alternativas a la institucionalización”²⁴. En otro informe sobre Jordania, niños procesados han sido encarcelados en los mismos lugares que las personas condenadas²⁵. Es claro por el trabajo del Comité, que los requisitos para que los niños estén separados de los adultos se aplican a todas las instituciones, incluidos los establecimientos psiquiátricos²⁶.

8.2.3. El derecho del niño/a de mantener contacto con sus familiares, artículo 37.c que establece que “tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.”

Las Reglas 59 a 62 de Naciones Unidas contienen instrucciones más detalladas respecto al derecho del niño/a detenido para contactar con la comunidad más amplia, incluyendo familia y amigos.²⁷

8.2.4. El derecho del niño/a a un pronto acceso a la asistencia jurídica. En palabras del artículo 37.d. de la Convención de Derechos del Niño, “todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción.”

La Regla 18 de las Reglas de Naciones Unidas suma a esto que los adolescentes en conflicto con la ley tendrán también “derecho al asesoramiento jurídico y podrán solicitar asistencia jurídica gratuita, cuando ésta exista, y comunicarse regularmente con sus asesores jurídicos. Deberá respetarse el carácter privado y confidencial de esas comunicaciones”.

Existen dos particularidades del artículo 37.d de la Convención de Derechos del Niño y las Reglas de Naciones Unidas que diferencian lo aplicable a los niños de la normativa internacional general de derechos humanos, y que hacen referencia a otras instituciones que no son sólo jurídicas para los niños. La primera se refiere a la “asistencia jurídica y otra “asistencia adecuada”, que podría ser un asistente social,

²⁴ Doc. ONU CRC/C/15/Add.2, Observaciones finales Suecia, párr. 12.

²⁵ Doc. ONU CRC/C/15/Add.21, Observaciones finales Jordania, párr.16

²⁶ Doc. ONU CRC/C/15/Add.53, Observaciones finales Finlandia, párr. 16 y 27.

²⁷ En el Informe de la Misión del Grupo de Trabajo ONU sobre detención arbitraria a Ecuador, se menciona como aspecto positivo el contacto frecuente con los familiares. En el mismo sentido, la autora de este artículo pudo observar en el Centro Juvenil Virgilio Guerrero de Quito la integración efectiva de los jóvenes con diferentes grupos sociales, positiva para su reinserción comunitaria. Doc. ONU A/HRC/4/40/Add.2, párr. 59 y 60.

con el cual puede el adolescente tener particular confianza, si su ayuda es en miras del interés superior del niño. La segunda permite que el derecho a impugnar la legalidad de la privación de libertad pueda hacerse no sólo ante un juez o tribunal, sino “otra autoridad competente, independiente e imparcial”. Este puede ser “un funcionario u organismo competente”, como lo dice la Regla 10.2 de Beijing, que “examinará sin demora la posibilidad de poner en libertad al menor”. Por este funcionario u organismo competente, dice el *Comentario* a esta regla, “se entiende toda persona o institución en el más amplio sentido de la palabra, incluidas las juntas de la comunidad y las autoridades de policía, que tengan facultades para poner en libertad a la persona detenida”, aunque por supuesto, se debe ver que cualquiera de estas instituciones tenga la independencia e imparcialidad requeridas para regular la cuestión de legalidad de detención.

8.2.5. EL NIÑO/A Y LAS CONDICIONES GENERALES DE DETENCIÓN

El deber de los Estados de proveer un trato especial para niños detenidos y en prisión y acorde a sus necesidades, es una expresión del enfoque del “interés superior”, que permea la Convención entera. Es también una regla fundamental lógica que el sistema de justicia de la infancia y la adolescencia “deberá respetar los derechos y la seguridad de los menores y fomentar su bienestar físico y mental” (Regla 1 de las Reglas de Naciones Unidas), y luego, que las reglas legales tomadas en conjunto sean direccionadas a “contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar la integración en la sociedad” (Regla 3 de las Reglas de Naciones Unidas).

Esta perspectiva específica orientada a los niños implica, igualmente, que “deberá garantizarse a los menores recluidos en centros el derecho a disfrutar de actividades y programas útiles que sirvan para fomentar y asegurar su sano desarrollo y su dignidad, promover su sentido de responsabilidad e infundirles actitudes y conocimientos que les ayuden a desarrollar sus posibilidades como miembros de la sociedad.” (Regla 12 de las Reglas de Naciones Unidas).

De acuerdo al artículo 24.1 de la Convención de Derechos del Niño, asimismo, los niños tienen derecho a gozar “al disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y la rehabilitación de la salud.” Más aún, “los Estados Partes se esforzarán por asegurar que ningún niño sea privado de su derecho al disfrute de esos servicios sanitarios”. Esta provisión es por

tanto, aplicable también a niños en detención. La Regla 31 de las Reglas de Naciones Unidas, establecen, adicionalmente, que “los menores privados de libertad tendrán derecho a contar con locales y servicios que satisfagan todas las exigencias de la higiene y de la dignidad humana”. Las mismas reglas también dan detalles de asistencia médica, del medio físico y alojamiento, educación, formación profesional y trabajo, actividades recreativas y religión.

El tema del acceso a la educación es de particular importancia para preparar un adolescente detenido o en prisión para su libertad. La Regla 38 de las Reglas de Naciones Unidas proveen a este respecto que “todo menor en edad de escolaridad obligatoria tendrá derecho a recibir una enseñanza adaptada a sus necesidades y capacidades y destinada a prepararlo para su reinserción en la sociedad. Siempre que sea posible, esta enseñanza deberá impartirse fuera del establecimiento, en escuelas de la comunidad, y en todo caso, a cargo de maestros competentes, mediante programas integrados en el sistema de instrucción pública, a fin de que, cuando sean puestos en libertad, los menores puedan continuar sus estudios sin dificultad. La administración de los establecimientos deberá prestar especial atención a la enseñanza de los menores de origen extranjero o con necesidades culturales o étnicas particulares. Los menores analfabetos o que presenten problemas cognitivos o de aprendizaje tendrán derecho a enseñanza especial.”

En cuanto a adolescentes que estén con una edad superior a la obligatoria que desean continuar su educación, “deberá autorizarse y alentarse a que lo hagan, y deberá hacerse todo lo posible por que tengan acceso a programas de enseñanza adecuados” (Regla 39 de las Reglas de Naciones Unidas). Por supuesto, “los diplomas o certificados de estudios otorgados a los menores durante su detención no deberán indicar en ningún caso que los menores han estado reclusos” (Regla 40). Cualquier adolescente privado de su libertad también “tendrá derecho a recibir formación para ejercer una profesión que lo prepare para un futuro empleo” (Regla 42), y, “teniendo debidamente en cuenta una selección profesional racional y las exigencias de la administración del establecimiento, los menores deberán poder optar por la clase de trabajo que deseen realizar (Regla 43).

Es esencial que el derecho a la educación del niño/a o adolescente detenido sea garantizado durante su privación de libertad. El Comité de Derechos del Niño frecuentemente ha expresado preocupación sobre el trato al cual los adolescentes son sometidos durante su privación de libertad, y sobre las condiciones en general de

su detención, como por ejemplo en instituciones educativas en la Federación Rusa²⁸. Otra preocupación recurrente ha sido la sobrepoblación en los centros de detención.²⁹

El Comité igualmente ha mostrado repetidamente su inquietud respecto a la insuficiencia de instituciones y programas para la reintegración social y recuperación psicológica de los jóvenes³⁰, lo que constituye la base de cualquier sistema de administración de justicia.

También los órganos del sistema interamericano han señalado estas violaciones de derechos humanos para los niños privados de libertad, tanto la Comisión como la Corte Interamericana de Derechos Humanos, habiendo una sentencia de esta última que cita específicamente las malas condiciones de detención en el Centro de Reeducción del Menor Panchito López, que ya se ha cerrado, a raíz de este proceso.³¹

8.2.6. LOS DERECHOS DEL NIÑO Y LAS MEDIDAS DISCIPLINARIAS

Si bien el recurrir a medidas disciplinarias para adolescentes privados de libertad es legítimo cuando el propósito es mantener el “interés de seguridad y una vida comunitaria ordenada”, ello “debe ser consistente con el sostenimiento de la dignidad inherente del adolescente y el derecho fundamental de cuidado institucional, es decir, instalando un sentido de justicia, auto estima y respeto por los derechos básicos de cada persona” (Regla 66 de las Reglas de Naciones Unidas).

Según la Regla 67, esto implica que las siguientes medidas “deberán ser estrictamente prohibidas”: las que constituyan tratamiento cruel, inhumano o degradante; el castigo corporal; la reclusión en celda oscura y las penas de aislamiento o de celda

²⁸ Informe de la Federación Rusa, document ONU CRC/C/90, Informe de la 22a. sesión (1999), párr. 130.

²⁹ Informe de Sudáfrica, Doc. ONU CRC/C/94, Informe de la 23a. sesión (1999), párr. 455, y de Belice, Doc. ONU. CRC/C/84, Informe de la 20a. sesión (1999), párr. 89.

³⁰ Informe de Benin, Doc. ONU. CRC/C/87, Informe de la 21ª. sesión, párr. 165 (f).

³¹ Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay, Sentencia de 2 de septiembre de 2004 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas). El caso fue presentado ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1996 por la autora como representante de Cejil y la organización Tekojoja, que había llevado el proceso interno en un habeas corpus genérico para los internos por las malas condiciones del centro. En el 2000 se amplía la denuncia internacional por derecho a la vida debido a varios incendios ocurridos dentro del Instituto, con varias víctimas fatales.

solitaria, así como cualquier otra sanción que pueda poner en peligro la salud física o mental del menor.

Igualmente, las siguientes medidas deberán también ser prohibidas: la reducción de alimentos y la restricción o denegación de contacto con familiares; el trabajo, ya que éste “será considerado siempre un instrumento de educación y un medio de promover el respeto del menor por sí mismo, como preparación para su reinserción en la comunidad, y nunca deberá imponerse a título de sanción disciplinaria”; la repetición de una medida por la misma infracción disciplinaria; las sanciones colectivas.

Los Estados deben adoptar legislación o reglamentaciones que establezcan normas sobre lo siguientes elementos “teniendo plenamente en cuenta las características, necesidades y derechos fundamentales del adolescente”: a) La conducta que constituye una infracción a la disciplina; b) El carácter y la duración de las sanciones disciplinarias que se pueden aplicar; c) La autoridad competente para imponer esas sanciones; d) La autoridad competente en grado de apelación. (Regla 68)

El adolescente debe ser disciplinado “estrictamente de acuerdo a lo dispuesto en las leyes o los reglamentos en vigor” y sólo luego de “que haya sido informado debidamente de la infracción que le es imputada, en forma que el menor comprenda cabalmente, y que se le haya dado la oportunidad de presentar su defensa”. El niño/a tendrá “el derecho de apelar a una autoridad imparcial competente” y “deberá levantarse un acta completa de todas las actuaciones disciplinarias” (Regla 70).

El Comité de Derechos del Niño, entre otros, recomendó a Granada prohibir y erradicar el uso de castigo corporal como los azotes en el sistema de justicia juvenil³² y expresó particular preocupación a Yemen sobre “las penas corporales todavía usadas como medida disciplinaria en las escuelas a pesar de su prohibición oficial”, y que “el castigo corporal, incluidos los azotes, todavía es legal para penalizar los crímenes”³³.

³² Ver Granada, Doc. ONU CRC/C/94, Informe de la sesión 23a. (2000), párr. 412(b)

³³ Doc. ONU CRC/C/150, Informe de Yemen al Comité de Derechos del Niño, párr. 771

9. LOS DERECHOS DEL NIÑO/A Y LAS SANCIONES PENALES

El derecho internacional de los derechos humanos fija ciertos límites al tipo de sanciones penales que pueden ser impuestas a un niño/a encontrado culpable de una ofensa penal. El artículo 37.a. de la Convención de Derechos del Niño, estipula, por ejemplo, que “no se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad”;

Sobre la pena capital, el artículo 6.4 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, así como el 4.5 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, prohíben la imposición de pena de muerte a los menores de 18 años de edad.

Sobre la prohibición de la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación, este es un principio con completa lógica, dado que, bajo el artículo 37.b de la Convención sobre Derechos del Niño, la detención o prisión de un niño “se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”. Una sentencia de prisión perpetua sería contraria *ipso facto* a esta regla y a la concepción del interés superior del niño, que implica que un niño debe tener una oportunidad de recuperación psicológica con el fin de su reintegración social.

En concordancia con la regla de que la prisión de un niño debe ser por el tiempo más corto posible, el Comité de Derechos del Niño expresó preocupación en relación a Zimbabwe sobre la “falta de una clara prohibición legal de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación y sentencia indeterminada”³⁴.

De la misma manera, el Comité se ha expresado preocupación donde la posibilidad de imponer la pena de muerte no está expresamente prohibida por ley³⁵, y donde la ley permite a personas jóvenes de 16 a 18 años ser “juzgadas como adultos y de esta manera enfrentar la imposición de una sentencia de muerte o una sentencia de cadena perpetua”³⁶.

³⁴ Doc. ONU CRC/C/15/Add.55, Observaciones finales: Zimbabwe, párr.21.

³⁵ *Ibidem*

³⁶ Doc. ONU CRC/C/15/Add.38, Observaciones finales: Bélgica, párr. 11.

10. EL NIÑO ACUSADO Y LA REMISIÓN

10.1. EL SIGNIFICADO DEL TÉRMINO REMISIÓN

Como se explica en el *Comentario* a la Regla 11 de las Reglas de Beijing, el término remisión implica “la supresión del procedimiento ante la justicia penal y, con frecuencia, la reorientación hacia servicios apoyados por la comunidad”, y “se practica habitualmente en muchos sistemas jurídicos con carácter oficial y oficioso”. Esta práctica sirve para mitigar los efectos negativos de la continuación del procedimiento en la administración de la justicia de menores (por ejemplo, el estigma de la condena o la sentencia).

El tema de la remisión se maneja en el artículo 40.3.b de la Convención de Derechos del Niño, que dice lo siguiente:

“3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.”

Esta visión alternativa se confirma en la Regla 11.1 de las Reglas de Beijing, de acuerdo a la cual “se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes”. El *Comentario* a esta Regla estipula que “en muchos casos la no intervención sería la mejor respuesta”, lo que implica “por ello la remisión desde el comienzo y sin envío a servicios sustitutorios (sociales) puede constituir la respuesta optima”. Este es particularmente el caso “cuando el delito no tiene un carácter grave y cuando la familia, la escuela y otras instituciones de control social oficioso han reaccionado ya de forma adecuada y constructiva o es probable que reaccionen de ese modo”.

El artículo 40.4 de la Convención sobre Derechos del Niño da otros ejemplos de medidas alternativas a la internación en instituciones “para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarden proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción”. Además del enfoque no intervencionista que puede ser la alternativa más apropiada en muchas situaciones, las siguientes medidas, entre otras, pueden ser previstas en

vez de procedimientos penales, que siempre deberán ser usados solo como último recurso:

- el cuidado,
- las órdenes de orientación y supervisión,
- el asesoramiento,
- la libertad vigilada,
- la colocación en hogares de guarda,
- los programas de enseñanza y formación profesional

Sobre el tema de las formas viables de remisión, la Regla 11.4 de las Reglas de Beijing enfatiza la importancia de las medidas posibles sustitutorias del procesamiento ante la justicia de la niñez, estipulando que “para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas”. Como se nota en el *Comentario* a esta provisión, “los programas que entrañan acuerdos mediante la indemnización de la víctima y los que procuran evitar futuros conflictos con la ley a través de la supervisión y orientación temporales son especialmente recomendados. Los méritos de los casos individuales determinarán el carácter adecuado de la remisión, aún cuando se hayan cometido delitos más graves”, tales como, por ejemplo, una primera ofensa, o cuando el hecho que se haya cometido bajo la presión de los compañeros del menor.

10.2. LA REMISIÓN Y LAS AUTORIDADES RESPONSABLES

De acuerdo a la Regla 11.2 de las Reglas de Beijing, “la policía, el Ministerio fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial, con arreglo a los criterios establecidos al efecto en los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas.”

Esto implica que la remisión “puede utilizarse en cualquier momento del proceso de adopción de decisiones” por una, varias o todas las autoridades responsables. Lo que es más, el recurso a la remisión en relación a los jóvenes “no debe limitarse necesariamente a los casos menores, de tal manera a que la remisión se convierta en un

instrumento importante” en el tratamiento de adolescentes en conflicto con la ley.³⁷

10.3. LA REMISIÓN Y EL CONSENTIMIENTO DEL NIÑO/A

La Regla 11.3 de las Reglas de Beijing requiere el consentimiento del niño/a, sus padres o tutores antes de referirlo a servicios comunitarios o de otro tipo; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso “se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así se solicite.” El *Comentario* a esta Regla subraya la importancia de “asegurar el consentimiento del menor delincuente o de sus padres o tutores con respecto a las medidas de remisión recomendadas, debido a que la remisión que consiste en la prestación de servicios a la comunidad sin dicho consentimiento, constituiría una infracción al Convenio sobre la abolición del trabajo forzoso de la OIT. El consentimiento de la persona afectada por la medida de remisión es por supuesto esencial para que ésta tenga éxito. Tal consentimiento no debe quedar sin embargo inmutable, como se hace notar en el *Comentario*, dado que “el menor algunas veces podría prestarlo por pura desesperación”. La idea de base de la Regla es, en otras palabras, “que se deben tomar precauciones para disminuir al mínimo la posibilidad de coerción e intimidación en todos los niveles del proceso de remisión.” Los jóvenes no han de sentirse presionados (por ejemplo, a fin de evitar la comparecencia ante el tribunal) ni deben ser presionados para lograr su consentimiento en los programas de remisión.

Cuando el Comité de Derechos del Niño considera los informes de los Estados parte a la Convención de Derechos del Niño, examina consistentemente qué alternativas a la privación de libertad existen en el país para tratar con los jóvenes ofensores, exigiendo repetidamente que estas medidas sean fortalecidas.³⁸

11. EL NIÑO/A COMO VÍCTIMA O TESTIGO EN PROCEDIMIENTOS JUDICIALES

La comparecencia de un niño/a como víctima o testigo en procedimientos judiciales genera problemas especiales, por estar el

³⁷ Comentario a la Regla 11.2 de las Reglas de Beijing

³⁸ Informe sobre Honduras, documento ONU CRC/C/87, 21a. sesión (1999), párr. 130; Informe sobre Kuwait, doc. ONU CRC/C/80, 19a. sesión (1998), párr. 150; e Informe sobre Perú, doc. ONU CRC/C/94, 23ª. Sesión (2000), párr. 381.

niño/a en una edad muy sensible, en la cual el contacto con el sistema judicial puede ser profundamente traumático. No obstante el impacto negativo que los procedimientos penales pueden tener en niños víctimas o testigos, sólo recientemente se ha tenido en cuenta esta grave cuestión a nivel internacional, por ejemplo, en las Directrices de Acción sobre el niño en el sistema de justicia penal, anexadas a la Resolución 1997/30 del ECOSOC de las Naciones Unidas, y conocidas como las “Directrices de Viena”. Aunque no son vinculantes para los Estados, estas Directrices de Viena facilitan algunos principios útiles que deberían inspirar el trabajo de policías, fiscales, abogados y jueces a nivel doméstico.

Basándose en la Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, el párrafo 43 de las Directrices de Viena establece que “los Estados deben comprometerse a velar por que los niños víctimas y testigos dispongan de un acceso apropiado a la justicia y de un tratamiento equitativo, resarcimiento, indemnización y asistencia social. Si procede, se deben adoptar medidas para impedir que se solucionen asuntos penales mediante indemnización fuera del sistema de justicia cuando ello no responda al interés superior del niño”.

Sobre *niños/las víctimas*, más específicamente, el párr. 45 de las Directrices de Viena provee que “debe tratarse a los niños víctimas con compasión y respeto de su dignidad. tienen derecho al acceso a los mecanismos de justicia y a una pronta compensación, establecida en la ley nacional, por el daño sufrido”. Los niños/as víctimas deberán además “tener acceso a asistencia que satisfaga sus necesidades, como asistencia letrada, protección, vivienda segura, asistencia económica, asesoramiento, servicios sanitarios y sociales, reinserción social y servicios de recuperación física y psicológica. Debe prestarse asistencia especial a los niños que estén discapacitados o enfermos y hacer hincapié en la rehabilitación basada en la familia y la comunidad, en lugar del internamiento” (párr. 46).

Aún más, “deben crearse y fortalecerse en caso necesario mecanismos judiciales y administrativos que permitan a los niños víctimas obtener reparación mediante procedimientos oficiales u oficiosos que sean expeditivos, justos, poco costosos y asequibles. Debe informarse a los niños víctimas y a sus representantes legales de sus derechos para obtener reparación por conducto de esos mecanismos. (párr. 47). Las autoridades competentes tienen por tanto un deber positivo de proveer la información necesaria a las víctimas.

De acuerdo al párrafo 48 de las Directrices de Viena, debe haber acceso “a una indemnización justa y suficiente a través del sistema judicial para todos los niños víctimas de violaciones de derechos humanos, incluida la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes, comprendidos la violación y los abusos sexuales, la privación de libertad ilegal o arbitraria, la detención injustificable y la denegación de justicia. Se debe proporcionar la necesaria representación letrada para interponer una demanda ante un tribunal competente, así como servicios de interpretación al idioma del menor, en caso necesario.” Todo el contenido del derecho a la reparación, mucho más amplio que el de este párrafo en los tratados vinculantes de derechos humanos, donde se garantiza el derecho a un remedio efectivo a víctimas de violaciones de derechos humanos, es por supuesto igualmente aplicable a los niños víctimas de tales violaciones.

Para ocuparse de los casos en que los niños/as sean víctimas, “la policía, los abogados, el poder judicial y otros funcionarios judiciales deben recibir capacitación” una necesidad reconocida en el párrafo 44 de las Directrices de Viena.

Al mismo tiempo, de acuerdo a la misma provisión “los Estados deben establecer, si todavía no lo han hecho, oficinas y dependencias especializadas para ocuparse de casos de delitos contra el niño.” Finalmente, “los Estados deben establecer un código de buenas prácticas para ocuparse adecuadamente de los casos en que las víctimas sean niños.”

En relación a los *niños/as testigos*, el párrafo 49 de las Directrices de Viena establece que “necesitan asistencia en los procesos judiciales y administrativos”. Consecuentemente, “los Estados deben estudiar, evaluar y mejorar la situación de los niños como testigos de delitos en sus requisitos probatorios, así como en su derecho procesal. De conformidad con las distintas tradiciones jurídicas, debe evitarse el contacto directo entre el niño víctima y el delincuente durante el proceso de instrucción e inculpación, así como durante las vistas del juicio. Debe prohibirse la difusión de fotografías o imágenes del niño víctima en los medios de comunicación, a fin de proteger su vida privada.”

De acuerdo al párrafo 50 de las Directrices de Viena, los Estados también deben considerar, si es necesario, “la posibilidad de enmendar sus códigos de procedimiento penal para permitir, entre otras cosas, la grabación en vídeo del testimonio del niño y la presentación de la cinta ante los tribunales como elemento oficial de prueba. En concreto, la

policía, los fiscales, los jueces y los magistrados deben aplicar, en las redadas policiales y en los interrogatorios de niños testigos por ejemplo, prácticas que tengan en cuenta su condición de niños”.

Por último, el párrafo 51 provee el deber de “facilitarse que los procesos judiciales y administrativos se hagan eco de las necesidades de los niños víctimas y testigos mediante las siguientes medidas:

- a) Informar a los niños víctimas de su función y del alcance, la cronología y el progreso de las actuaciones judiciales y del desenlace de sus casos, especialmente cuando se trata de delitos graves;
- b) Impulsar el desarrollo de planes de preparación de niños víctimas para familiarizar a los niños con el proceso de justicia penal antes de que presten testimonio. Debe prestarse una asistencia apropiada a los niños víctimas y testigos durante todo el proceso;
- c) Permitir que las opiniones y preocupaciones de los niños víctimas sean presentadas y examinadas en las fases apropiadas de las actuaciones cuando sus intereses personales se vean afectados, sin perjuicio del acusado y de conformidad con el sistema nacional de justicia penal de que se trate;
- d) Adoptar medidas para reducir los retrasos en el proceso de justicia penal, proteger la intimidad de los niños víctimas y testigos y, en los casos necesarios velar por que estén protegidos de la intimidación y de las represalias.”

Dado el número en aumento de niños que comparecen en procedimientos judiciales como víctimas y testigos, en particular en casos de abuso, es de crucial importancia que los operadores jurídicos se enfoquen en formas y métodos para poder respetar los derechos de los niños/as y sus necesidades, teniendo en cuenta al mismo tiempo los derechos y necesidades de los acusados, a quienes se debe garantizar el debido proceso.

Es importante considerar que la comparecencia de un niño como víctima o testigo en un procedimiento penal puede tener un efecto traumatizante. Es de esta manera, el deber de los miembros de la profesión legal respetar los derechos y necesidades del niño/a y tratarlo/a con comprensión y simpatía.

12. EL NIÑO/A Y SUS PADRES: CUÁNDO LA SEPARACIÓN PUEDE ESTAR JUSTIFICADA

Los jueces y abogados deben tratar con niños no solo en la administración de la justicia penal y en los procedimientos de remisión, sino también en los procedimientos que tienen relación con la separación de un niño/a de sus padres y la adopción.

El artículo 9 de la Convención de los Derechos del Niño regula la separación excepcional del niño de sus padres con las siguientes palabras:

“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.”

12.1. EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

Dada la perspectiva orientada hacia el niño que adopta la Convención, es lógico que el principio básico de esta provisión sea que la separación debe ser “necesaria para el interés superior del niño”. Es de notar, sin embargo, que las palabras “contra la voluntad de éstos” se refieren tanto a los padres como a la del niño. Los niños no pueden elegir quién los cuide, pero dependen tanto de su familia, como de la comunidad y del Estado para que éstos tomen la decisión por ellos.³⁹

12.2. LAS RAZONES QUE JUSTIFICAN LA SEPARACIÓN

El artículo 9.1. señala expresamente el “maltrato o descuido” de los padres como primera base posible para justificar la separación de un niño de sus padres; como segunda razón menciona la situación en la cual los padres viven separados y se debe decidir donde el niño debería vivir. Sin embargo, como se indica en las palabras “por ejemplo”, estas posibles razones son ilustrativas y no exhaustivas, y

³⁹ Implementation Handbook del “Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers”, p. 121.

puede haber otras situaciones en las cuales los jueces domésticos podrían ser llamados a resolver disputas sobre residencia, por ejemplo, si los padres han acordado ellos mismos donde el niño debe vivir, pero el niño no es feliz con el acuerdo. En tales casos, el Estado juega un rol muy importante como árbitro para resolver los conflictos entre el niño/a y sus padres, aunque fuera solo para “establecer el mecanismo judicial para que el niño pueda presentar su caso a ser intermediado”.⁴⁰

12.3. LAS SALVAGUARDAS LEGALES

El artículo 9 menciona tres salvaguardas legales dirigidas a proveer protección frente a los abusos, asegurando al mismo tiempo la imparcialidad de los procedimientos. Consecuentemente, la decisión de separar un niño/a de sus padres debe:

- Ser tomada por autoridades competentes que apliquen la ley y procedimientos vigentes (Art.9.1)
- Estar sujeta a revisión judicial para determinar su legalidad (Art.9.1.)
- Ser tomada solo luego que todas las partes interesadas han tenido “la oportunidad de participar en los procedimientos y de dar a conocer sus opiniones” (Art. 9.2)

La noción de *autoridades competentes* implica en este contexto órganos que tengan tanto autoridad legal como técnica necesaria para determinar cuando una separación es en el interés superior del niño.⁴¹

El requisito de que la decisión sobre la separación deba ser tomada *de acuerdo a la ley y procedimientos vigentes* quiere decir que los Estados deben legislar en esta área para definir adecuadamente las razones y circunstancias que puedan justificar una medida tan drástica.

Sin embargo, como ninguna ley puede ser tan precisa como para proveer una guía suficientemente detallada para prever la amplia variedad de situaciones individuales en donde se necesitarían intervenir, las autoridades competentes y los tribunales pueden necesitar un cierto grado de discreción, que permita a trabajadores sociales, jueces y abogados buscar alternativas que estén en concordancia con el interés superior del niño.

⁴⁰ Ibídem

⁴¹ Ibíd. Pág.124

Las leyes que regulan la separación no deben ser discriminatorias y no deben ser aplicadas en una forma discriminatoria (Art. 2 de la Convención de Derechos del Niño); consecuentemente, no tener hogar, la pobreza o el origen étnico no pueden ser per se razones para separar a un niño/a de sus padres.⁴² El Comité de Derechos del Niño expresó su preocupación con respecto a Croacia en que los “niños sean removidos de sus familias por sus estado de salud o la situación económica difícil de los padres”.⁴³ Cuando examinó el informe de Bélgica, el Comité señaló que “los niños que pertenecen a grupos con desventajas en la población son los que más probablemente serán puestos en guarda”, y recordó a este respecto “la importancia de la familia en criar un niño” enfatizando su postura de que “la separación del niño/a de su familia debe tomar como consideración primordial el interés superior del niño”.⁴⁴

El requisito de *revisión judicial* de la decisión tomada por la autoridad competente de turno, asegura una determinación de su legalidad, en la base de la legislación y procedimientos vigentes, por una autoridad independiente e imparcial aplicando garantías del debido proceso y otorgando una decisión razonada. Tal revisión deberá incluir un examen de la discrecionalidad con la que las autoridades competentes actuaron en la cuestión de la separación para asegurar que la misma fue aplicada diligentemente, en el interés superior del niño.

El artículo 9.2 de la Convención de Derechos del Niño suma una garantía adicional a la imparcialidad de los procedimientos sobre la separación en que “se ofrecerá a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en los procedimientos y de dar a conocer sus opiniones.” Lo de *partes interesadas* no se define en la Convención, pero incluye, en primer lugar, al niño/a mismo/a. Esto se colige de la lectura del artículo 9.2. a la luz del artículo 12.2 de la Convención, de acuerdo al cual “se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte

⁴²Implementation Handbook del “Human Rights in the Administration of Justice: A Manual on Human Rights for Judges, Prosecutors and Lawyers”, p. 121 Esta precisamente fue la base por la cual se denunció al Estado paraguayo ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por el procedimiento discriminatorio utilizado por una jueza de la infancia y la adolescencia en redadas, en donde los niños en situación de calle fueron separados de sus padres principalmente en razón de su pobreza, caso que ya ha sido admitido por la CIDH. (Ver informe N° 16/08 de admisibilidad, caso 12.359, Cristina Aguayo Ortíz y otros, Paraguay, 6 de marzo de 2008)

⁴³ Documento ONU CRC/C/15/Add.52, Observaciones finales: Croacia, párr. 17.

⁴⁴ Documento ONU CRC/C/15/Add.38, Observaciones finales: Bélgica, párr. 10

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”.

Las opiniones del niño/a “deberán ser tenidas en cuenta debidamente, en función de la edad y madurez del niño” (Art. 12.1.). Más aún, la referencia a “partes interesadas” también implica que ambos padres deben ser escuchados aunque no vivan juntos; teniendo este derecho también otros miembros de la familia extendida del niño/a, así como los profesionales con conocimiento especializado del niño/a.⁴⁵

12.4. EL DERECHO DEL NIÑO/A A PERMANECER EN CONTACTO CON SUS PADRES

El artículo 9.3 de la Convención de Derechos del Niño establece que “los Estados Partes respetarán el derecho del niño que esté separado de uno o de 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.” El énfasis acá es en el derecho del niño a permanecer en contacto con ambos padres, y no en el derecho de los padres en mantener el contacto con su niño/a. Permite al niño quedar en contacto no sólo con el padre con el que reside pero también con el que no reside.⁴⁶

13. LOS DERECHOS DEL NIÑO/A Y LOS PROCEDIMIENTOS DE ADOPCIÓN

El artículo 21 de la Convención sobre Derechos del Niño provee algunas reglas básicas, aplicables a los “Estados Partes que reconocen o permiten el sistema de adopción”. El artículo 20 menciona la adopción como una de las varias formas de cuidado de los niños privados de su medio familiar, pero la Convención, como tal, no toma una posición sobre si es deseable o no la adopción. Sin embargo, donde la haya, esta debe ser regulada por la legislación doméstica, la cual debe dar una consideración primordial al interés superior del niño, en exclusión de otros intereses, como ganancias económicas. La legislación sobre adopción debe también respetar las siguientes reglas mínimas: en primer lugar, debe velar por que “la adopción del niño sólo sea autorizada por las autoridades competentes, las que determinarán, con

⁴⁵ Implementation Handbook, p. 126.

⁴⁶ Ibid., p. 127.

arreglo a las leyes y a los procedimientos aplicables y sobre la base de toda la información pertinente y fidedigna, que la adopción es admisible en vista de la situación jurídica del niño en relación con sus padres, parientes y representantes legales y que, cuando así se requiera, las personas interesadas hayan dado con conocimiento de causa su consentimiento a la adopción sobre la base del asesoramiento que pueda ser necesario” (Art. 21.a)

En cuanto a la noción de *autoridades competentes*, esta cubre tanto a las autoridades judiciales como profesionales que están calificadas para decidir cuál es el interés superior del niño y asegurar que el consentimiento informado ha sido dado⁴⁷; y como ha sido recomendado por el Comité de Derechos del Niño en Panamá, un entrenamiento adecuado debe ser proveído a los profesionales involucrados.⁴⁸

El requisito que una adopción deba estar basada en el *consentimiento informado* de las personas involucradas, ha sido fijado para prevenir que los niños sean “separados erróneamente de sus padres”, aunque la Convención deja que cada Estado parte incluya este requerimiento en su legislación doméstica.⁴⁹ Aunque la legislación doméstica falle al carecer de una cláusula de consentimiento informado, la falta de consentimiento informado en una adopción violará en todo caso el derecho tanto del niño/a como de sus padres naturales, como está garantizado en el artículo 7 y 9 de la Convención de Derechos del Niño, que se basa en la presunción de que “el interés superior del niño será atendido cuando el esté con sus padres donde quiera que esto sea posible”⁵⁰ En cuanto a las opiniones del niño mismo, son, como se ha mencionado antes, requeridas según el artículo 12 de la Convención de Derechos del Niño y deben ser consideradas esenciales también en conexión con los procedimientos de adopción previstos en el artículo 21. En algunos países se requiere el propio consentimiento del niño/a para ser adoptado desde una cierta edad: en Mongolia, desde los nueve años⁵¹, en la provincia de Nueva Escocia de Canadá, la ley provee que en las situaciones donde la persona propuesta a ser adoptada en 12 años o más, “el

⁴⁷ Ibid., p. 273.

⁴⁸ Documento ONU CRC/C/15/Add.68, Observaciones finales Panamá, párr. 31.

⁴⁹ Ibid., p. 273.

⁵⁰ Ibid.

⁵¹ Documento ONU CRC/C/3/Add.32, Informes iniciales de Estados parte, 1992: Mongolia, párr. 136.

consentimiento escrito deber ser obtenido”⁵². El Comité de Derechos del Niño ha recomendado que los Estados parte se aseguren de que su legislación doméstica esté en conformidad en particular con los artículos 3,12 y 21 de la Convención, y consecuentemente, se involucre ampliamente a los niños en las decisiones familiares que les afecten, incluyendo procedimientos familiares relativos a reunificación y adopción.⁵³

El artículo 21.b. reconoce que “la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que éste no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen” y el 21.c. que se debe “velar por que el niño que haya de ser adoptado en otro país goce de salvaguardias y normas equivalentes a las existentes respecto de la adopción en el país de origen”. Los Estados parte deben tomar “todas las medidas apropiadas para garantizar que, en el caso de adopción en otro país, la colocación no dé lugar a beneficios financieros indebidos para quienes participan en ella” (Art. 21.d.) Esta disposición apunta a impedir “la venta o la trata de niños para cualquier fin o en cualquier forma”, como se requiere en el artículo 35 de la Convención de Derechos del Niño. Es evidente que mientras “los pagos que hacen las parejas que adoptan pueden darse de buena fe y sin daño para el niño, el sistema que pone un precio a la cabeza de un niño necesariamente alentará la criminalidad, la corrupción y la explotación”⁵⁴.

Finalmente, los Estados parte que reconocen o permiten la adopción deben “promover, cuando sea apropiado, los objetivos del artículo 21 de la Convención de Derechos del Niño, concluyendo acuerdos y arreglos bilaterales y multilaterales, y procurar, dentro de este marco, asegurar que la colocación del niño en otro país es llevada a cabo por autoridades u órganos competentes”. (Art.21.e.) El principal tratado a tener en cuenta a este respecto es el Convenio de La Haya sobre la Protección del Niño y Cooperación con Relación a la Adopción Internacional, que se basa en el artículo 21 de la Convención de Derechos del Niño, así como en la “Declaración sobre los principios sociales y jurídicos relativos a la protección y el bienestar de los niños, con particular referencia a la adopción y la colocación en hogares de guarda, en los planos nacional e internacional” de 1986. El Comité de

⁵² Documento ONU CRC/C/11/Add.3, Informes iniciales de Estados parte, 1994: Canadá, párr. 1129.

⁵³ Documento ONU CRC/C/15/Add.43, Observaciones finales: Alemania, párr. 29

⁵⁴ Implementation Handbook, p. 275-276.

Derechos del Niño continuamente alienta a aquellos países que aún no ratificaron la Convención de la Haya a que lo hagan.

14. El rol de jueces, fiscales y abogados en garantizar los derechos del niño/a en el curso de la administración de justicia.

El rol de jueces, fiscales y abogados es esencial para la protección de los derechos humanos de todas las personas sospechosas o acusadas de cometer ofensas penales. La responsabilidad de esas profesiones legales y la de todo operador jurídico es particularmente importante cuando los procedimientos judiciales atañen a niños menores de edad en conflicto con la ley o en procedimientos de separación o adopción. Estos procedimientos requieren un conocimiento especial y habilidades de parte de jueces, fiscales, abogados y otros profesionales involucrados, por lo que el Comité de Derechos del Niño ha frecuentemente recomendado que los Estados parte deberían introducir o fortalecer programas de entrenamiento en estándares internacionales relevantes para todos los profesionales inmersos en el sistema de justicia de la infancia y la adolescencia.⁵⁵

El Comité de Derechos del Niño ha igualmente sugerido consistentemente que los Estados parte deberían considerar solicitar cooperación técnica para el área de justicia juvenil, incluyendo a la policía, de la Oficina del Alto Comisionado de Naciones Unidas para Derechos Humanos así como de la UNICEF, entre otras organizaciones.⁵⁶

14. COMENTARIOS FINALES

Los estándares del derecho internacional de los derechos humanos respecto a los niños en la administración de justicia, tienen como fundamento que los niños son personas en su propio derecho, que poseen derechos y obligaciones que deben ser considerados y respetados tanto por autoridades administrativas como judiciales.

Lo que es más, los/as niños/as tienen derechos, necesidades e intereses especiales que deben ser tenidos en cuenta. La administración de justicia, sea en el fuero penal juvenil o en otro, debe ser en todo tiempo guiada, entre otros, por los principios básicos de no

⁵⁵ Ver informes de Venezuela, documento ONU CRC/C/90, Informe de 22a sesión (1999), párr. 61, y de México, *ibid.*, párr. 192.

⁵⁶ *Ibidem*

“EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”
COMENTARIOS AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

discriminación, del interés superior del niño, del derecho del niño a la vida, el desarrollo y su derecho a ser escuchado.

Sin embargo, para hacer realidad estos principios para los niños del mundo, los Estados deben incorporar todas las reglas internacionales en sus propios sistemas domésticos legales, así como proveer entrenamiento apropiado y recursos a los operadores jurídicos, la policía y las autoridades sociales, permitiéndoles adquirir el conocimiento y las habilidades necesarias para llevar a cabo sus deberes de acuerdo a los compromisos legales del Estado.

Incluso, de manera más general, los Estados deben hacer lo posible para erradicar la pobreza, la injusticia y el extensivo desempleo, sin los cuales aún la mejor de las intenciones en relación a la reinserción social y la reintegración de delincuentes juveniles sería de poca ayuda real.

Sin concertados esfuerzos de parte de la humanidad, que debe a los niños lo mejor que tiene para dar, los problemas que se afrontan con la población creciente de los niños pueden posar desafíos prácticamente insuperables.

LOS DERECHOS DEL NIÑO/A EN LA ADMINISTRACIÓN DE JUSTICIA	
Principales estándares legales internacionales	181
1. Introducción	181
1.1. La estructura básica de los órganos convencionales de los sistemas internacionales de derechos humanos y el Comité de Derechos del Niño como mecanismo convencional de la ONU.....	182
1.3. La Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales sobre derechos del niño/a.....	184
2. Definición de niño/a	185
3. Principios básicos sobre los derechos del niño en la Administración de Justicia.....	186
3.1. El principio de no discriminación.....	187
3.2. El interés superior del niño	187
3.3. El derecho al niño a la vida, la supervivencia y el desarrollo.....	188
3.4. El derecho del niño a ser escuchado	189
4. Los objetivos de la justicia de la niñez y la adolescencia.....	190
5. El derecho a estar libre de torturas y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.....	191
6. El interés superior del niño en el procedimiento penal	192
7. El niño/a acusado y la administración de justicia.	193
8. El niño/a y la privación de libertad	195
8.1. La privación de libertad del niño: una medida de último recurso.....	196
8.2. Los derechos del niño/a privado de libertad.....	197
8.2.5. El niño/a y las condiciones generales de detención.....	199
8.2.6. Los derechos del niño y las medidas disciplinarias	201
9. Los derechos del niño/a y las sanciones penales.....	203
10. El niño acusado y la remisión	204
10.1. El significado del término remisión	204
10.2. La remisión y las autoridades responsables.....	205
10.3. La remisión y el consentimiento del niño/a.....	206
11. El niño/a como víctima o testigo en procedimientos judiciales.....	206
12. El niño/a y sus padres: cuándo la separación puede estar justificada ..	210
12.1. El interés superior del niño	210
12.2. Las razones que justifican la separación	210
12.3. Las salvaguardas legales.....	211
12.4. El derecho del niño/a a permanecer en contacto con sus padres	213
13. Los derechos del niño/a y los procedimientos de adopción.....	213
15. Comentarios finales	216

DATOS DE LOS AUTORES

DATOS DE AUTORES

Dra. Irma Alfonso de Bogarín: Abogada graduada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Notaria y Escribana Pública graduada en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Doctora en Ciencias Jurídicas. Calificación Suma Cum Laude (Universidad Americana). Doctora en Ciencias Jurídicas y Sociales. Calificación Suma Cum Laude (Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción). Especializada en Derecho de Familia. Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad del Litoral de Santa Fe, República Argentina. Post Grado en Didáctica Universitaria. Rectorado de la Universidad Nacional de Asunción. Post Grado en Derecho Civil. Universidad de Salamanca – España. Año 2000. Diplomado en Ciencias Penales. Facultad de Ciencias Jurídicas y Diplomáticas de la Universidad Católica “Nuestra Señora de la Asunción” y el Instituto de Estudios Comparados en Ciencias Penales y Sociales. Año 2004. Master en Derecho penal y menores de edad, otorgado por el Centro de Estudios Superiores Especialidades Jurídicas CESEJ. España, Año 2005. Post Grado en Derecho Penal. Universidad de Salamanca – España. Año 2007. Post Grado en Derecho Penal Juvenil – Escuela Nacional de la Judicatura – Santo Domingo, República Dominicana, año 2007. Curso – Seminario sobre Desarrollo de Sistemas Judiciales celebrado en Seúl – Corea. Miembro del Tribunal de Apelación Penal de la Adolescencia. Asunción. Docente de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Docente del Colegio para suboficiales y Academia de la Policía Nacional. Docente de la Escuela Judicial Paraguaya.

Dr. Arnaldo Samuel Aguirre: Miembro del Tribunal de Apelación de la Niñez y la Adolescencia.

Abog. Raúl Arnaldo Bogarín Alfonso: Egresado de la Universidad Nacional de Asunción, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales. Asunción – Paraguay

Abog. María Teresa Garcete de Sosa: Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Asunción (1.993). Cargos

desempeñados en el Poder Judicial: Operador de Computadores del Departamento de Informática Jurídica (1.990-1.993), Asistente Fiscal del Ministerio Público en la Jurisdicción del Menor (1.993-1.996), Actuaría del Juzgado de Primera Instancia en los Tutelar y Correccional del Menor (1.996-1.999), Defensora de la Niñez y de la Adolescencia (desde el año 1.999 - Cargo actual). Ejercicio de otras funciones públicas y/o privadas: Centro Interdisciplinario de Derecho Social y Economía Política (CIDSEP) Programa de Derechos Humanos, Proyecto de Reforma Judicial en el diseño de un modelo de Escuela Judicial Corte Suprema de Justicia -AID (1.993), Miembro del Consejo Nacional de la Niñez y la Adolescencia en representación de la Defensa Pública (2.002-2.004). Postgrados: Diplomado en Derecho de la Niñez y la Adolescencia “Universidad Columbia el Paraguay”, Didáctica Universitaria “Universidad Nacional de Asunción”, Actualmente cursando la Escuela Judicial Paraguaya. Participó en varios cursos referentes a temas jurídicos entre los que se destaca: “Seminario Taller Internacional Implementación del Código de la Niñez y la Adolescencia”, “Curso Los derechos Humanos en las Relaciones de Familia”, “Curso de Derecho Procesal Penal Infractores de la Ley Penal. Diferencia entre Adolescente y Adulto”. Publicaciones. “La mendicidad de Niños en las calles de Asunción”.

Dra. Silvia Beatriz López Safi: Abogada, Notaria y Escribana Pública por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción. Doctoranda por la Universidad Pablo De Olavide de Sevilla (España). Master en Gobierno y Gerencia Pública. Egresada de la Escuela Judicial. Especialista en Didáctica Universitaria y en Metodología de la Investigación Aplicada por el Rectorado de la Universidad Nacional de Asunción. Docente de la Escuela Judicial en la materia “Cuestiones de Género”. Docente Universitaria en las Cátedras de Derecho de la Niñez y la Adolescencia de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Nacional de Asunción y de la Universidad Americana, así como en la Cátedra de Derecho de Familia y Derecho Procesal Civil I de la Universidad Americana. Consultora contratada para el Apoyo al Diseño de Procesos que integra la Carrera Judicial.

Abog. Susana López de Quevedo: Abogada, egresada de la UC de Asunción (1988); especializada en Derecho de Familia; Post Grado en Derechos Humanos en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos de Costa Rica; Coordinadora de Proyectos del CIDSEP,

“EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO”
COMENTARIOS AL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA

Programa de Derechos Humanos de la Universidad Católica; Formación en Planificación Estratégica y Gestión de Proyectos (NESst, Santiago de Chile). Docente en el Programa de Formación de Promotores Barriales de Justicia (CIDSEP/IAF); Co-autora en la Publicación “Jurisdicción de la Niñez y la Adolescencia. Apuntes Doctrinarios, Legislación Aplicable y Jurisprudencia Nacional” (Corte Suprema de Justicia, Año 2004) y otros trabajos publicados.-

Lic. Marta Amelia Núñez de Benítez: Licenciada en Psicología en la Universidad Católica Nuestra Señora de la Asunción y especializada en Psicopedagogía y Educación Especial a niños. Pasantía en ciudades del Estado de Kansas en intercambio “Partnes of América”. Miembro del Equipo Técnico del Instituto DENIDE Doctor “Agustín Carrizosa” como Psicóloga y Psicopedagoga. Curso teórico practico de Educación Especial y Estimulación precoz en Montevideo, Uruguay en el Instituto Magisterial y la Clínica Preescolar de “El Prado”. Co-fundadora de la Sección-Paraguay del DNI (Defensa del Niño Internacional) año 1.986 y miembro de la Comisión Directiva hasta el año 2000. Vice Directora de la Dirección de Asuntos Sociales y Directora de Programas de Niñez y Adolescencia en la Municipalidad de Asunción del 1996 al 2002. Creación de los CODENIS en Asunción y del Hogar Abrigo Municipal. Diseño y Gerenciamiento de Programas y Proyectos Sociales para directivos (Instituto Interamericano para el Desarrollo Social, y el BID) 1999. Seminarios y cursos de Psicología Evolutiva y Psicopedagogía en la Universidad Católica (Psicología) y la Universidad Nacional (Servicio Social). A partir del 2003 hasta la fecha en la Oficina de Atención al Maltrato Infantil del Poder Judicial como Psicóloga. Actualmente Programa de Inserción Familiar PINFA. Consultorio particular para atención, orientación y tratamiento a niños y adolescentes.

Dr. Silvio Rodríguez: Miembro del Tribunal de la Apelación de la Niñez y la Adolescencia

Dra. Soledad Villagra de Biedermann: Abogada, profesora/directora de la Clínica de Derechos Humanos de la Universidad Católica, ex experta independiente de la ONU en derechos humanos

DATOS DE AUTORES
