

GRUPO DE ESTUDIO SOBRE
INFANCIA Y SOCIEDAD

REPORTES

1/2023



Financiado por Fondo de Publicación CIDENI 1/23

Contenido

PRESENTACIÓN.....	3
PARTICIPACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PROCESO JUDICIAL.....	4
EL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN SOBRE DERECHOS DEL NIÑO	5
BRASIL	7
CHILE	9
MÉXICO.....	12
URUGUAY:.....	15
CONCLUSIONES.....	17
JUSTICIA RESTAURATIVA EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL.....	21
INTRODUCCIÓN	22
LA JUSTICIA RESTAURATIVA.....	22
ESTÁNDARES INTERNACIONALES PARA LA REGULACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA.....	23
LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN BRASIL, CHILE Y COLOMBIA.....	26
CONCLUSIONES.....	31
DERECHO A LA PARTICIPACIÓN EFECTIVA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES.....	34
INTRODUCCIÓN	35
DERECHO A LA PARTICIPACIÓN EFECTIVA DE NNA.....	36
MODELOS DE PARTICIPACIÓN: INTERVENCIONES SIMBÓLICAS O EFECTIVAS.....	37
INSTANCIAS DE PARTICIPACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES	39
PROYECTO PRESENTES: ADOLESCENTES PARA EL PROCESO CONSTITUYENTE.....	40
EFECTIVIDAD DE LAS INSTANCIAS EN CUANTO A LA PARTICIPACIÓN	40
CONCLUSIONES.....	41
VIOLENCIA E INFANCIA	43
INTRODUCCIÓN	44
SOBRE VIOLENCIA ESTRUCTURAL E INSTITUCIONAL	44
ELEMENTOS DE AMBOS TIPOS DE VIOLENCIA.....	47
ELEMENTOS COMUNES Y DIFERENCIADORES DE AMBOS TIPOS DE VIOLENCIA	51
CONCLUSIONES.....	53

PRESENTACIÓN

Desde su fundación, el Centro Iberoamericano sobre Derechos de la Niñez (CIDENI) se ha comprometido con la creación de espacios de discusión y producción académica al servicio de la promoción y difusión de los derechos de niños, niñas y adolescentes. El presente documento se enmarca dentro de las actividades del Grupo de Estudios sobre Infancia y Sociedad, creado en el año 2021 y compuesto por estudiantes, egresadas/os, profesionales y académicas/os interesados en materia de infancia y adolescentes provenientes de Chile, Brasil, Colombia, México, España y Uruguay. Los reportes se centran en el análisis de la realidad jurídica comparada de diferentes países de la región, o en temáticas particulares vinculadas a la protección de la infancia y la adolescencia¹.

Los dos primeros reportes, centrados en el derecho a la participación en los procesos judiciales y en la implementación de la justicia restaurativa, respectivamente, utilizan el enfoque del análisis comparado del derecho. Su finalidad es, por lo tanto, describir sistemáticamente las semejanzas y diferencias en la manera en que diferentes países de la región han contemplado en sus legislaciones diferentes garantías e instituciones en el marco de sus sistemas de justicia. En el caso del tercer reporte, su enfoque es la experiencia chilena en la incorporación de la participación de niños, niñas y adolescentes en el proceso constitucional iniciado en 2019. Para esto, compara las diferentes iniciativas implementadas con estándares propuestos por la academia sobre la base del derecho a la participación efectiva. Por último, el cuarto reporte analiza desde un punto de vista teórico las diferencias conceptuales entre violencia estructural y violencia institucional. Dada la amplia utilización de estos conceptos en el ámbito de la protección de la infancia, muchas veces indiferenciada, los y las autoras ensayan una propuesta que entregue una base para una distinción entre ambos conceptos en la práctica social y legal.

Todos los reportes acá presentados buscan ser un aporte para la investigación jurídica en temáticas relevantes en materia de infancia y la adolescencia en nuestra región. De esta manera, CIDENI confirma su compromiso con su rol formativo, y con la creación de redes regionales de colaboración académica.

Nicolas Soto

Coordinar Grupo de Estudios sobre Infancia y Sociedad

Miguel Cillero

Presidente CIDENI

¹ Las opiniones expresadas en los reportes acá contenidos representan exclusivamente la posición de sus autores y autoras.

PARTICIPACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES EN EL PROCESO JUDICIAL²

Los casos de Chile, Brasil, México y Uruguay

RESUMEN. Este reporte realiza un análisis comparativo de la aplicación que realizan las legislaciones de Chile, Brasil, México y Uruguay del derecho a la participación de niñas, niños y adolescentes en procedimientos judiciales, particularmente en materia de familia y protección. El análisis se realiza a través de una comparación entre los diferentes elementos del derecho a la participación, conforme a su reconocimiento en el artículo 12 de la Convención sobre Derechos del Niño (CDN), y las disposiciones constitucionales y legales vigentes en los países estudiados. Como base para el análisis comparativo se utilizan los criterios desarrollados por el Comité sobre Derechos del Niño en su Observación General N°12 del año 2009 (OG 12).

² Son autores de este reporte Ángela Ríos Infante, Belén Ignacia Mendoza Toporowicz, Blanca Yesenia Reyes Camacho, Edna Eira Torres González, Fabían Leonardo Molina Córdova, Gabriel Nicolás Carvajal Collao y Marielen Moreira Olanar

EL ARTÍCULO 12 DE LA CONVENCIÓN SOBRE DERECHOS DEL NIÑO

Establece el artículo 12 CDN "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".

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.

Este artículo reconoce el derecho niños, niñas y adolescentes (NNA) a expresar su opinión respecto de todas aquellas situaciones que les afectan, debiéndosele entregar los medios para participar efectivamente en aquellas medidas y decisiones que sobre estas situaciones se tomen. Del establecimiento de este derecho se derivan obligaciones particulares para los Estados, como lo es su garantía a través de mecanismos legales que le den aplicación práctica a este derecho. De particular importancia son los medios para participar en procedimientos judiciales y administrativos, tanto por su complejidad como por el impacto que pueden tener sobre la vida de niños, niñas y adolescentes.

Los organismos internacionales y la academia han desarrollado interpretativamente los alcances de este derecho, elaborando sus elementos específicos conforme a la finalidad de su establecimiento. Particularmente relevante para el esclarecimiento de las medidas particulares que deben adoptar los Estados es la Observación General N°12 del Comité sobre Derechos del Niño del año 2009 (OG 12), la cual puede ser complementada por lo recomendado en la Observación General N°5 del año 2003 del mismo organismo (OG 5) y por la Opinión Consultiva 17/2002 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos.

En su análisis jurídico, la OG 12 reitera que la participación no es solamente un derecho, sino además un principio general de la Convención, "junto con otros tres derechos que igual fungen como principios: el derecho a la no discriminación, el derecho a la vida y el desarrollo y el interés superior de la niñez y adolescencia". En este sentido, la participación forma parte de aquellos principios que deberán de ser utilizados para interpretar y hacer respetar los demás derechos de los NNA.

A partir de estas consideraciones, el Comité ha indicado en su OG 12 las principales medidas para garantizar la observancia de los NNA a ser escuchados. Estas medidas abarcan todas las etapas del procedimiento administrativo o judicial donde se decidirá el asunto que concierne al niño, y son responsabilidad de los diferentes actores intervinientes en el proceso.

Estas medidas son las siguientes:

a. Preparación: Esta primera medida implica la necesidad de brindar información para que los NNA conozcan el alcance de su derecho a expresar su opinión, las modalidades en las que puede hacerlo (directamente, por medio de representante o de un órgano apropiado) y sobre las consecuencias que ello implica, así como sobre la forma, el tiempo y el lugar en que se desarrollará la escucha (OG 12, párr. 41).

Añade el Comité la importancia de que los NNA reciban información sobre sus derechos de conformidad con la legislación nacional y la Convención sobre los Derechos del Niño; la opción de comunicar su opinión o de guardar silencio; las instancias que tiene para ser escuchado (dónde y cuándo); quiénes lo escucharán; que su opinión deberá ser tenida en cuenta; los mecanismos de apoyo cuando haga una denuncia y participe en la investigación y en el proceso judicial, entre otros.

Por último, se enfatiza que todas las explicaciones que se den al NNA sean en un lenguaje acorde a su edad, desarrollo y madurez, pues el acceso a la información apropiada es determinante para su

protección y la toma de decisiones de forma libre y sin presiones.

b. Audiencia: durante la realización de la audiencia propiamente tal, el Comité enfatiza la necesidad de que sea realizada en un contexto propicio y que inspire confianza, evitándose una modalidad que se asemeje a un interrogatorio.

Respecto del entorno se sugiere que este sea “amigable”, en el sentido de que se cuente con un espacio adecuado para que el NNA pueda sentirse cómodo. Se ha entendido oportuno que, bajo la premisa de preservar la intimidad de los NNA, sería aconsejable no gravar su audiencia con el órgano jurisdiccional, con el psicólogo o con el equipo adscrito al juzgado. En ese caso, el órgano jurisdiccional debe dejar constancia en las actuaciones de su interpretación sobre lo que ha expresado de forma verbal y no verbal en la audiencia. También se ha considerado como una buena práctica que en la sala se encuentre la menor cantidad de adultos posible y que la instancia de declaración del NNA se realice la menor cantidad de veces posible para evitar su victimización secundaria (Ver también, Consejo General del Poder Judicial de Uruguay, 2010). Por otro lado, como ya se indicó, se debe destacar que estamos frente a un derecho del NNA, por tanto, este no podría ser obligado a declarar y, en caso de que su decisión fuera no ejercer su derecho a ser escuchado, deberá respetarse su decisión.

c. Evaluación de capacidad: conforme lo indica el Comité, deberán establecerse medidas para evaluar la capacidad de los NNA de formarse un juicio propio. Señala la OG 12, que “si los NNA están en condiciones de formar un juicio propio de manera razonable e independiente, el encargado de adoptar decisiones debe tener en cuenta las opiniones de los NNA como factor destacado en la resolución de la cuestión” (párr. 44). Ahora, en opinión de estos autores, es importante tomar en consideración que la capacidad de los NNA para formar un juicio propio, su madurez y desarrollo, o la autonomía progresiva de su voluntad, no es un concepto que los aplicadores del derecho conozcan generalmente por su formación profesional. Por lo mismo, parece recomendable que esta evaluación sea realizada por profesionales o técnicos formados en la materia, particularmente cuando el niño se encuentra en su primera infancia.

d. Información sobre la consideración otorgada a las opiniones de los NNA: al ser considerados los NNA como partes del proceso, cuentan además con el derecho a que se les informen los resultados del proceso y se le explique cómo su opinión fue considerada en la resolución judicial o administrativa. Indica el Comité, que “[l]a comunicación de los resultados a los NNA es una garantía de que las opiniones no se escuchan solamente como mera formalidad, sino que se toman en serio... [l]a información puede motivar a los NNA a insistir, mostrarse de acuerdo o hacer otra propuesta o, en el caso de un procedimiento judicial o administrativo, presentar una apelación o una denuncia.” (OG 12, párr. 45).

Como comentario a esta recomendación, debe sin embargo indicarse la opinión de algunos especialistas, quienes entienden que muchas veces no será beneficioso que el NNA esté al tanto de todos los detalles procesales del litigio que lo involucra. En este sentido, la comunicación debe ser adecuada, neutral y positiva para protegerlo de aquello que pueda resultar perjudicial. En cuanto al conocimiento de las consecuencias, algunos expertos señalan que debe evitarse responsabilizar al NNA del efecto de sus manifestaciones, a riesgo de coartar su expresión (Barber, 2019).

e. Quejas, vías de recurso y desagravio: por último, el Comité señala la necesidad de que, en caso de que no se hubiese tenido en cuenta la opinión de los NNA, éste pueda acudir a su defensor para impugnar las decisiones que no le satisfacen. A saber, el ordenamiento jurídico debe prever vías específicas de recurso o mecanismos, judiciales y administrativos, que le permitan tener acceso a procedimientos de apelación y denuncia en caso de violaciones de sus derechos.

A continuación, se describe de manera crítica la forma en que las legislaciones de Brasil, Chile, México y Uruguay garantizan la observancia del derecho de los NNA a ser escuchados. Esta descripción se referirá particularmente a las medidas establecidas en materia proteccional y de familia (excluyendo otros procedimientos, por ejemplo, el penal).

Como criterio de comparación se utilizarán las recomendaciones realizadas por el Comité en su OG 12, conforme a los cinco puntos que han sido descritos en esta sección.

BRASIL

a. Preparación: La regulación principal de la entrevista del NNA en sede familia se encuentra en el artículo 28 del Estatuto da Criança Adolescente (ECA)³, la cual se ha interpretado como de aplicación general para los diversos procedimientos en materia de familia⁴. El objetivo de la entrevista es garantizar los derechos fundamentales del NNA y su integridad. Así, si en un proceso una parte es NNA, la jurisprudencia ha entendido la existencia de una obligación legal de escucha y valoración de su opinión. La legislación contempla el además la deposición especial (audiencia de rendición de prueba testimonial focalizada). Esta se distingue porque tiene un carácter eminentemente forense. Otra norma fundamental es el artículo 227 de la Constitución de Brasil. Esta norma exige que los NNA sean tratados de forma prioritaria. Podemos apreciar que, sea cual sea el enfoque con que se practiquen los métodos forenses, de entrevista y uso de protocolos, se esperan alcanzar en la fase de preparación los siguientes objetivos: establecimiento de confianza (acoger), permitir el desarrollo infante juvenil (cómo criar), esclarecimiento (saber que temas serán conversados en la entrevista con reglas previas y claras), aporte de hechos (con base en los recuerdos), clausura de la sesión (encerramiento). Vale la pena recordar que el procedimiento condiciona el resultado. Las disposiciones normativas pueden encontrarse en la ley 13.431⁵ en sus artículos 2º, 5, 7, 8, 10 y demás aplicables en concordancia con el artículo 227 de la Constitución de Brasil de 1988.

b. Audiencia: En 2017 se implementó el plan que previene la revictimización en la Provincia de Porto Alegre. Hoy este plan opera a nivel nacional.

La reforma que crea el Sistema de Garantía de Direitos da Criança e do Adolescente (SGDCA) se inspira en los siguientes ejes: i)

Prevenir la revictimización (victimización secundaria) en la etapa de rendición de la prueba testimonial en la audiencia de juicio, ii) Evitar estrés y daño al NNA, iii) Sea en calidad de víctima o testigo: que se materialice el derecho a ser oído, iv) Usando la psicología, obtener una mejor prueba, rica en detalles de información precisa y veraz, v) Evitar que los entrevistadores haga sugestión o condicionen la respuesta que emana de los entrevistados. En la práctica, sobre todo en provincias, la idea es que esta etapa se realice en el juzgado. Por otra parte, la arquitectura del lugar es fundamental en un proceso judicial, y es uno de los déficits en América Latina. El Estatuto de Infancia y Adolescencia (1990) dispone que la entrevista sea realizada en un ambiente acogedor. Se precisa que esto no es sinónimo de lúdico, sino que busca resguardar la concentración con el entrevistador, en sala separada, cuidando el derecho a la privacidad, libre de presión o amenaza y el formato es videograbado. En tiempo real la magistrada debe estar presente. Pueden además estar presentes el defensor y abogados de las partes. La entrevista debe adaptar las preguntas *vis à vis* y distinguir que el desarrollo y madurez es distinto en las etapas de desarrollo (niñez y adolescencia). Su desarrollo progresivo está ligado a un contexto social y emocional. En la práctica, las dos modalidades referidas se efectúan desde los 5 años, bajo ese rango etario es preferible un informe psicológico. Todo el país tiene un sistema de entrevistas videograbadas consagradas en la Ley Federal 13.431 de 2017. Utilizan una técnica de entrevista, de modo que el NNA habla espontáneamente, y eso torna el debate y la declaración más real y fidedigno. Esta es la única etapa que es videograbada.

c. Evaluación de la capacidad: Se respeta el desarrollo progresivo y, dependiendo de la edad, hay distintas formas de aproximarse, lo que da cuenta de una correcta interpretación del espíritu de la Convención de los Derechos de NNA, pudiendo el Comité aportar también

³ Artículo 28: La colocación en familia sustituta se hará mediante guarda, tutela o adopción, independientemente de la situación jurídica del niño o adolescente, en los términos de esta ley.

1º. Siempre que sea posible, el niño o adolescente deberá ser previamente oído y su opinión debidamente considerada. 2º. En la apreciación del pedido se tendrá en cuenta el grado de parentesco y la relación de afinidad o de afecto, a fin de evitar

o mitigar las consecuencias resultantes de la medida.

^{4 4} Se ubica en el apartado de familias sustitutas (de acogida). Respecto al derecho a ser oído de NNA, cabe destacar que en procesos de colocación en familias sustitutas existe la obligación de que los niños, niñas y adolescentes sean escuchados, sin embargo, los jueces suelen interpretar esta disposición con carácter eminentemente general.

⁵ Entrada en vigor en 2017.

más lineamientos. La capacidad legal o falta de esta, no es sinónimo de estar “amputado” de intervenir en el proceso o sin voz, sino que corresponde a una institución común en América Latina; es la capacidad de la parte de intervenir o no en el proceso por sí misma, por lo que el niño, niña o adolescente deberá actuar representado. A su vez, los adultos también tienen que estar asistidos por abogados en los juicios, pues es un mandato constitucional. Las excepciones a esta regla en ciertos procedimientos marginales confirman la regla, por tanto, las personas sólo pueden comparecer ante los tribunales con un abogado habilitado para ejercer la profesión. El paradigma desde este punto de vista se enfoca en la representación legal más que en la capacidad en sí misma. De forma relacionada, un problema pareciera ser la falta de recursos humanos y presupuesto — sea fiscal o privado— para financiar la debida representación legal. Por esto, sin tener una estadística completa (porque el estudio no existe), en varios procesos la niñez y adolescencia podría quedar carente de representación judicial exclusiva por un modelo, como todos los de la región, que debe aprender a priorizar los recursos financieros, materiales y humanos.

Respecto a la evaluación de la madurez/capacidad de niños, niñas y adolescentes de entender el asunto en discusión judicial y formar criterio propio; no es obligatorio una evaluación.

d. Información sobre la consideración otorgada a las opiniones de los NNA: Esta opinión es valorada conjuntamente con otras gestiones del proceso, como los argumentos de los litigantes, pericias psicológicas y evaluaciones de asistentes sociales, etc. Sobre la representación en el proceso de niños, niñas y adolescentes, entendidos como sujetos de derecho, existe la posibilidad de que en el procedimiento niños, niñas y adolescentes tengan un abogado exclusivo que vele por su interés superior. A su vez, es posible encontrar en algunos procesos que esta representación es efectuada, por ejemplo, por alguno de los padres, cuando el procedimiento involucra a estas partes. Es

importante destacar que, dentro del equipo del Juzgado, hay un psicólogo.

La forma en que la opinión sea canalizada es fundamental, pues es considerada por el tribunal y forma parte de la motivación de la sentencia, asunto que se consagra en el Estatuto da Criança e do Adolescente: “Art. 28. (...) § 1º Sempre que possível, a criança ou o adolescente será previamente ouvido por equipe interprofissional, respeitado seu estágio de desenvolvimento e grau de compreensão sobre as implicações da medida, e terá sua opinião devidamente considerada.” Das Medidas Específicas de Proteção: Art. 100.- XII – oitiva obrigatória e participação: a criança e o adolescente, em separado ou na companhia dos pais, de responsável ou de pessoa por si indicada, bem como os seus pais ou responsável, têm direito a ser ouvidos e a participar nos atos e na decisão da medida de promoção dos direitos e de proteção, sendo sua opinião devidamente considerada pela autoridade judiciária competente, observado o disposto nos § 1º e 2º do art. 28 desta Lei.”. A partir de lo anterior, la opinión del NNA se interpreta dentro de la ratio decidendi de la sentencia. Distinto es, como todo procedimiento judicial, que obligatoriamente haya que tener sentencia favorable; pero la opinión sí formó parte del canon de consideraciones antes de fallar.

Es importante recalcar que la legislación dispone que la opinión de la niñez y adolescencia siempre debese escuchada y valorada, sin embargo, esta opinión no será del todo decisiva para el caso, pues debe ser combinada con otros elementos y pruebas que sean relevantes en el caso, como por ejemplo estudios sobre la estructura de familia, etc. Artículo 16 Estatuto del niño y adolescente de Brasil (ECA). Así, en principio el curador⁶ va a defender el interés superior del niño, niña, o adolescente, que no es necesariamente el interés que el niño, niña o adolescente manifiesto. Respecto a este punto existe disposición legal y también la Constitución hace referencia. Según dichas normas el Curador representa como principio el interés superior del NNA, que

⁶ Código Procesal Civil de Brasil. Art. 71. El incapaz será representado o asistido por sus padres, tutor o curador, según lo dispuesto por la ley. Art. 72. El juez nombrará curador especial al: I – incapaz, se no tuviese representante legal o si los intereses de este colisionasen con los de aquel, mientras dure la

incapacidad; II – demandado preso rebelde, así como al demandado rebelde citado mediante edicto o con hora cierta, en tanto no presente a su abogado. Párrafo único. La curatela especial será ejercida por la Defensoría Pública, según lo que disponga la ley.

como ya se mencionó, no es siempre el interés manifiesto del NNA⁷.

Sobre la jurisprudencia en la materia, es necesario mencionar que una debida investigación científica al respecto demandaría un estudio sumamente extenso, debiendo tener un universo de sentencias, de las cuales habría que señalar previamente criterios de selección, y luego establecer un criterio al menos temporal de búsqueda. Considerando que los límites de este trabajo no permiten avanzar más allá de lo que se nos ha permitido, sí se puede tener como referencia, ciertas sentencias como las que siguen. i) Si la conveniencia de tener que institucionalizar al NNA o dejarlo continuar con la familia que tramita la adopción atendió a un criterio de comprobación de lazos afectivos⁸, ii) Si habiendo considerado la opinión del NNA, la decisión del cuidado personal que había quedado a cargo de una tía, fué preponderante su integridad atendido el riesgo que corría viviendo con sus padres⁹.

Si el NNA queda abandonado por su progenitor. Se deben adoptar medidas urgentes que corrijan esta situación antijurídica. El abandono y su contexto es un elemento objetivo, que funda el cese del cuidado personal. (TJPR - 12a Câmara Cível - 0005274-23.2019.8.16.0077 - Rel.: Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau Luciano Carrasco Falavinha Souza- J. 31.03.2021). En definitiva, el análisis jurídico antes de dictar sentencia se efectúa siguiendo el método de la Sana Crítica. Junto a otros elementos, se quiere responder la cuestión por excelencia en los procedimientos de familia: Cuál es el interés superior.

e. Quejas, vías de recurso y desagravio: Si bien, no existe un recurso procesal de carácter

especial, es un hecho que en la práctica se hace uso del régimen general, por lo que las resoluciones judiciales pueden ser revisadas por una Corte de segundo grado. Por tanto, si bien no existe un recurso de carácter especial para NNA, la vulneración del derecho a ser oído en los NNA, es fundamento de peso para presentar un recurso ante las Cortes superiores.

CHILE

a. Preparación: El artículo 70 de la Ley N°19.968 señala que un procedimiento puede también ser iniciado a requerimiento de un NNA: “Artículo 70.- Inicio del procedimiento. El procedimiento podrá iniciarse de oficio o a requerimiento del NNA, de sus padres, de las personas que lo tengan bajo su cuidado, de los profesores o del director del establecimiento educacional al que asista, de los profesionales de la salud que trabajen en los servicios en que se atienda, del Servicio Nacional de Menores o de cualquier persona que tenga interés en ello. El requerimiento presentado por alguna de las personas señaladas en el inciso anterior no necesitará cumplir formalidad alguna, bastando con la sola petición de protección para dar por iniciado el procedimiento.” Lo anterior se establece bajo el entendido de que el derecho a ser oído del NNA se aplica en casos de amenaza o vulneración de derechos, y no en causas contenciosas, según se desprende del artículo 68 de la Ley 19.968.

A su vez, el segundo inciso del artículo 72 de la Ley 19.968, en el contexto de la audiencia preparatoria, señala cómo se debe informar al NNA del procedimiento en sí: “Artículo 72.- Audiencia preparatoria. Iniciado el

⁷ Constitución de Brasil. Art.s 227 epígrafe 3 numerandos IV, V VI y 228.

⁸ TJPR - 12a Câmara Cível - 0027335-19.2019.8.16.0030 - Rel.: Desembargador Fábio Haick Dalla Vecchia - J. 04.02.2021. 1. Não demonstrada a má-fé na conduta dos pais afetivos, já habilitados em regular processo de adoção e, estando a criança amparada em todas as suas necessidades, deve-se reverter a sentença de acolhimento da medida protetiva de acolhimento institucional, devendo ser concedida a guarda provisória aos recorrentes. Tudo em atenção ao **melhor interesse da criança**, bem maior a ser preservado e segundo as disposições do Estatuto da Criança e do Adolescente. 2. Recurso conhecido e provido.

⁹ (TJPR - 12a Câmara Cível - 0069475-53.2018.8.16.0014 - Rel.: Desembargadora Rosana

Amara Girardi Fachin - J. 29.03.2021). No caso dos autos, desde a instauração da medida, em 2018, a equipe interprofissional acompanhou a família, considerou a opinião da protegida (art. 28, §1o, ECA). Porém, concluiu que os pais não estariam aptos a exercer a guarda da filha. 3. A concessão de guarda à tia materna observou o grau de parentesco e a relação de afinidade e afetividade com a adolescente, mostrando-se como a medida que evita ou minimiza as consequências dela decorrentes. 4. Não foram apresentadas provas quanto à tese de inaptidão ou impossibilidade do exercício de guarda unilateral pela tia. Ademais, não há prejuízo à mãe, que pode conviver e visitar livremente a filha e, futuramente, reverter a medida, mediante prova de sua aptidão para o encargo parental, em ação própria.

procedimiento, el órgano jurisdiccional fijará una audiencia para dentro de los cinco días siguientes, a la que citará al NNA, a sus padres, a las personas a cuyo cuidado esté, y a todos quienes puedan aportar antecedentes para una acertada resolución del asunto. Durante la audiencia, el órgano jurisdiccional informará a las partes acerca del motivo de su comparecencia, sus derechos y deberes, y responderá a las dudas e inquietudes que les surjan. Los NNA serán informados en un lenguaje que les resulte comprensible.” Sin embargo, la legislación chilena en ninguna parte hace referencia a mecanismos previos al procedimiento en que el NNA pueda ser informado de su derecho a participar en el mismo, por ejemplo, una entrevista previa entre el curador ad litem y el NNA queda a criterio del primero, pudiendo dificultar ante la aprehensión o negativa de los padres o adultos significativos de propiciar el contacto incluso. Además, no ha habido un catálogo específico de derechos del que el órgano jurisdiccional haga uso para explicarle al NNA sus derechos antes de iniciar el procedimiento. Al respecto, la nueva Ley N° 21.430 del 13 de marzo de 2022 en su Título II viene en establecer un catálogo de principios, derechos y garantías para NNA, pero no funda una obligatoriedad hacia el órgano jurisdiccional de explicárselo al NNA antes de iniciar un procedimiento. Al respecto, queda entender el derecho del NNA a ser informado y el derecho de acceso a la justicia, entre otros, como partes del derecho fundamental al debido proceso, de acuerdo con lo señalado en el inciso 1° del artículo 50 de la Ley N° 21.430, para constatar la existencia de dicha obligación.

Otro problema que podemos encontrar en la legislación chilena consiste en que tampoco existe un mecanismo en que el mismo NNA pueda resolver fácilmente sus dudas sobre el proceso, más allá de lo que le pueda comunicar el órgano jurisdiccional respecto de este una vez ya iniciado, o del derecho a audiencia contemplado en el artículo 79 de la Ley N° 19.968.

b. Audiencia: En general, la participación del NNA en una audiencia se restringe a contextos puntuales, por ejemplo, la audiencia reservada, los informes periciales y diagnósticos, y la existencia del curador ad litem. El problema es que el enfoque de estos mecanismos está en demostrar la capacidad y madurez del NNA de poder manifestar su

derecho a ser oído, en vez de evaluar la capacidad de los operadores y las condiciones en que se busca dicha manifestación. Por ejemplo, respecto a la audiencia reservada contemplada en el artículo 79 de la Ley N° 19.968: “En la práctica, se trata de actuación procesal que tiene un objetivo acotado y, que, por lo general, está vinculada a otras actuaciones predefinidas por la ley. Normalmente, se efectúa por una sola vez en forma aislada y no habilita al NNA a realizar ningún tipo de gestión en el proceso, como, por ejemplo, presentar pruebas, impugnar resoluciones, solicitar cautelares, etc. En general, se escucha a los NNA con ocasión de la audiencia preparatoria o de juicio, antes o durante su realización y en un breve lapso de tiempo (10 a 15 minutos). Esta actuación se realiza principalmente en la sala de audiencia, en un ambiente formal y solemne diseñado para el litigio, que a nuestro juicio en nada contribuye a generar una atmósfera de confianza para entablar un diálogo con NNA.” (Vargas y Camus, 2011). Por otra parte, el artículo 19 de la Ley N° 19.968 establece que en todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de NNA, estos serán representados/as por abogados/as especializados/as en la protección de sus derechos. De esta forma surge la figura de Curador Ad Litem, definida en dicho artículo.

En la práctica encontramos unidades especializadas asociadas a la Corporación de Asistencia Judicial, como el programa Mi Abogado y el Centro Integral por los Derechos del Niño (CREDEN), que otorgan defensa jurídica especializada para NNA, y que trabajan para representar los intereses de NNA en los litigios en que se requiera. Además, la Ley N° 21.057 del año 2015 que regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a los NNA víctimas de delitos sexuales, señala en su artículo 1 que su objetivo es prevenir la victimización secundaria de NNA, pero sólo de quienes hayan sido víctimas de los delitos contemplados en los títulos del Código Penal que allí se señalan. Además, menciona que sus normas se aplicarán con pleno respeto de los derechos de NNA asegurados en la Convención sobre los Derechos del Niño, y los estándares internacionales para la protección de los NNA víctimas y testigos de delitos. Así mismo, el artículo 3 de la ley contempla una serie de principios de aplicación, entre estos, la prevención de la

victimización secundaria, asunto al que se hace referencia en su letra d): “Prevención de la victimización secundaria. Constituye un principio rector de la presente ley la prevención de la victimización secundaria, para cuyo propósito las personas e instituciones que intervengan en las etapas de denuncia, investigación y juzgamiento procurarán adoptar las medidas necesarias para proteger la integridad física y psíquica, así como la privacidad de los NNA. Asimismo, procurarán la adopción de las medidas necesarias para que las interacciones descritas en la presente ley sean realizadas de forma adaptada al NNA, en un ambiente adecuado a sus especiales necesidades y teniendo en cuenta su madurez intelectual y la evolución de sus capacidades, asegurando el debido respeto a su dignidad personal.”

c. Evaluación de la capacidad: La Ley N° 19.968 contempla dentro de sus normas de aplicación de medidas de protección, la comparecencia del NNA en procedimientos judiciales en su art. 69, y su capacidad para requerir el inicio de estos en su art. 70, estableciendo que: “Artículo 69.- Comparecencia del NNA. En este procedimiento, el órgano jurisdiccional tendrá debidamente en cuenta las opiniones de los NNA, considerando su edad y madurez. Para este efecto podrá escucharlos en las audiencias a que se refieren los artículos 72 y 73, o en otra especial fijada al efecto, en un ambiente adecuado y cautelando su salud física y psíquica.” Por ejemplo, la Guía de Abordaje de Derechos de NNA a ser oídos en los Tribunales de Familia, del Poder Judicial, pone énfasis en las características y capacidad de nivel evolutivo de un NNA para evaluar su comparecencia en juicio, como son las habilidades cognitivas, socioemocionales, lingüísticas y morales que un NNA pueda tener. Sin embargo, en la práctica se tiende a preponderar la edad como factor para definir la capacidad de un NNA de participar del proceso, más que la combinación de edad y madurez que la legislación señala. Al respecto, se indica lo siguiente: “En los casos de vulneración de derechos se advierte una situación diversa: a mayor edad, mayor participación. Los más grandes (15 a 18 años) hacen las denuncias, asisten a las audiencias, son oídos por el órgano jurisdiccional y, en algunas ocasiones, como ya se ha mencionado, se les asigna un curador ad litem. No ocurre lo mismo con los niños más pequeños (0 a 9 años), cuya voz -al igual que

en el resto de las materias estudiadas- tiende a estar ausente en todo el proceso y es traducida y/o interpretada por adultos.”(Vargas y Camus, 2011) Todo lo anterior se concreta bajo el entendido de que la carga de la prueba de la capacidad del NNA para formarse un juicio propio no es del NNA, sino de quien la cuestiona, según la Observación General N°12 del Comité de los Derechos del Niño, pero otro problema que se presenta es que en ninguna legislación se especifica si el NNA concurre en calidad de parte o no al respectivo procedimiento.

d. Información sobre la consideración otorgada a las opiniones de los NNA: El artículo 75 de la Ley N° 19.968 se refiere a lo que el órgano jurisdiccional debe considerar al momento de dictar una sentencia: “Artículo 75.- Sentencia. Antes de pronunciar sentencia, el órgano jurisdiccional procurará que las partes acuerden la forma más conducente a la resolución de la situación que afecta al NNA. Si ello no fuere posible, en la sentencia fundamentará la necesidad y conveniencia de la medida adoptada, indicará los objetivos que se pretenden cumplir con ella y determinará el tiempo de su duración. La sentencia será pronunciada oralmente una vez terminada la audiencia que corresponda, según sea el caso. El órgano jurisdiccional deberá explicar claramente a las partes la naturaleza y objetivos de la medida adoptada, sus fundamentos y su duración.” Pero no se establece un deber claro de fundamentación para el órgano jurisdiccional en su sentencia. Además, en la práctica lo que se ha dado ha sido más bien un uso amplio del interés superior de la niñez y adolescencia como fundamento al momento de dictar la resolución respectiva. A esto se suma la prioridad de otro factor para determinar la participación de un NNA en la audiencia, esto es, la forma en que termine el caso, ya que, si los adultos por ejemplo lograran llegar a un acuerdo en la audiencia en concreto, esto puede implicar la ausencia del NNA en la misma. Es esencial considerar que los jueces expliciten la motivación de sus sentencias, qué peso le dieron a la opinión del NNA, si es que llevaron a cabo una ponderación de dicha opinión y, en caso de una respuesta positiva, explicar cómo la hicieron.

e. Quejas, vías de recurso y desagravio: El artículo 71 de la Ley N° 19.968 establece una lista de medidas de protección, pudiéndose aplicar en cualquier momento del

procedimiento o incluso antes de su inicio. Incluso, el NNA tiene derecho a solicitar hablar con el órgano jurisdiccional respecto de algún cambio o cese en la medida de protección, de acuerdo a los artículos 79 y 80 de la Ley N° 19.968., pero más allá de eso, los procedimientos judiciales que involucran vulneración de derechos de NNA se rigen por el mismo sistema recursivo que cualquier procedimiento en tribunales de familia, teniendo en cuenta las modificaciones señaladas en el art. 67 de la Ley 19.968, y garantizando la representación jurídica del NNA a través de la figura del curador ad litem contemplada en el artículo 19 de la Ley 19.698. El problema es que esa designación la realiza el órgano jurisdiccional, quedando a su criterio los casos en que la estime necesaria. Además, la legislación restringe la designación a un abogado de la Corporación de Asistencia Judicial y otra institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción y protección de derechos del NNA, limitando el acceso a la justicia del NNA por la capacidad que tenga dicha institución de proveerla. Estos puntos quedan parcialmente resueltos con la entrada en vigencia de la Ley N° 21.430, que señala en el segundo inciso de su artículo 50 que “El Estado proveerá la existencia de una oferta de programas con el objetivo de garantizar progresivamente el derecho a defensa jurídica letrada, especializada y autónoma a los niños, niñas y adolescentes que enfrenten un proceso para la posible aplicación de una o más medidas de protección de sus derechos, desde las primeras actuaciones del procedimiento administrativo o judicial”, aunque no indica específicamente de qué programas se trata, o qué órgano específico del Estado proveería dichos programas.

MÉXICO

a. Preparación: En México la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes obliga a todas las autoridades del país, de las 32 entidades federativas que lo conforman y de los tres poderes (ejecutivo, legislativo y judicial) a garantizar el pleno ejercicio, respeto, protección y promoción de los derechos humanos de los NNA conforme a lo establecido en la Constitución Política de los

Estados Unidos Mexicanos y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano forma parte¹⁰. Sin embargo, sólo el Poder Judicial cuenta con un Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren NNA expedido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), el cual regula su actuar, siendo un documento orientador en procesos que involucren NNA.

El Protocolo al que se ha hecho referencia establece que el órgano jurisdiccional debe, como primer requisito respecto de la participación idónea de NNA, brindar información al NNA sobre el procedimiento judicial y su papel en el mismo, a fin de que se anticipen a los hechos que podrían ocurrir en el proceso. Para ello, las y los juzgadores deben informarle sobre su papel en el proceso judicial, la importancia de su participación, el momento y la manera de prestar testimonio y la forma en que participará durante la investigación y el juicio; los mecanismos de apoyo a su disposición cuando haga una denuncia y participe en la investigación y en el proceso judicial; las medidas de protección disponibles; los mecanismos existentes para revisar las decisiones que les afecten; sobre sus derechos de conformidad con la legislación nacional y con los que establezcan los tratados internacionales ratificados por México; las posibilidades de obtención de reparación por parte de quien haya cometido un delito o del Estado mediante el proceso de justicia, procedimientos civiles alternativos u otros procedimientos; y de la existencia y el funcionamiento de programas de justicia restaurativa¹¹.

Pese a que las leyes nacionales y el Protocolo antes citado no establecen textualmente la obligación de explicar en un lenguaje que todo NNA pueda comprender, cuáles son los derechos que les asisten, siempre se hace referencia a la obligación que tienen las autoridades federales, las entidades federativas y municipales que substancien procedimientos de carácter jurisdiccional o administrativo o que realicen cualquier acto de autoridad en los que estén relacionados NNA, de conformidad con su edad, desarrollo evolutivo, cognoscitivo y grado de madurez,

¹⁰ Artículo 1°, fracción II de la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes.

¹¹ Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niñas, niños y adolescentes, 2da edición 2014, SCJN, PP 58.

obligándose a garantizar el ejercicio de sus derechos.

b. Audiencia: El Protocolo orientador del poder judicial expedido por la SCJN menciona que los NNA poseen características y necesidades particulares, diferentes a las de las personas adultas, lo que hace necesario que quien tome la declaración conozca cuáles son estas y se adapte a las necesidades de este, con la finalidad de no revictimizar y de obtener información adecuada para el procedimiento judicial¹².

Si a partir de la edad, grado de madurez, desarrollo o necesidades particulares de los NNA, que podrían incluir sin limitarse a ello la discapacidad (si la hubiera), el grupo étnico, la pobreza o el riesgo de victimización repetida, el NNA requiere de medidas especiales de asistencia con el fin de prestar declaración o participar en el proceso de justicia, deberá canalizarse con los profesionales especializados idóneos¹³. Independientemente de la metodología o modelo de intervención utilizada con el NNA, esta deberá ajustarse a los siguientes requisitos: a) Debe basarse en las características de desarrollo cognitivo, emocional y moral del NNA; b) Debe permitir la narrativa libre por parte del NNA como base para toda indagatoria con el NNA; c) Debe contemplar la adecuada elaboración de preguntas para el esclarecimiento de lo narrado por el NNA; d) Debe contemplar el uso adecuado de materiales de apoyo para la expresión del NNA, y e) Debe contemplar estrategias para el manejo de la tensión y estrés en el NNA, así como la detección y manejo de mecanismos de defensa psicológicos.

Los órganos jurisdiccionales deberán proveer a los progenitores y los NNA involucrados en un conflicto familiar los servicios y herramientas necesarios para garantizar que el proceso mismo no genere revictimización. En la práctica los órganos jurisdiccionales intentan que el espacio donde tendrá lugar la diligencia es importante que sea lo menos intimidante posible y se garantice la privacidad, es importante sentarse al mismo nivel de los NNA como una medida muy concreta de eliminar formalismos y tener los materiales de apoyo para la narrativa de los NNA a la mano. De igual manera, la sala de

audiencias debe disponer de lo necesario para los NNA como agua, asientos elevados, asistencia para NNA con discapacidad, entre otros aspectos. La disposición de la sala debe permitir que los NNA puedan sentarse cerca de sus padres o tutor, persona de apoyo o abogado durante todo el procedimiento. Así como tomar todas las medidas necesarias para garantizar que los NNA puedan desarrollar dicha actuación en privado. En orden preferencial una oficina o espacio cerrado será el lugar ideal para el desarrollo de toda diligencia con NNA¹⁴. Aunado a que las audiencias en las que participen NNA deberán ser grabadas en audio y video en su totalidad, dicha intervención se transcribirá y anexará a los expedientes del asunto y siempre se les deberá mostrar y explicar el motivo de las videograbaciones y cómo serán utilizadas. Sin embargo, las agencias del Ministerio Público donde los NNA rinden su comparecencia para interponer sus denuncias en su mayoría no cuentan con las características de los espacios antes mencionados.

c. Capacidad: El Protocolo de la SCJN anuncia que el nivel de desarrollo de los NNA y las capacidades que puede desplegar en un momento determinado dependen de múltiples factores como congénitos, neurofisiológicos, biológicos, de aprendizaje, de contextos de desarrollo, de personalidad, de acceso a la educación y estimulación adecuados, entre otros, lo que hace imposible que el nivel de desarrollo de los NNA corresponda a su edad cronológica¹⁵. Con independencia de su edad, lo importante es atender a la madurez de los NNA, a su capacidad de comprender el asunto y sus consecuencias, así como a su capacidad de formarse un juicio o criterio propio; de ahí que sus opiniones deban analizarse en cada situación concreta, siempre con una actitud orientada a favorecer la eficacia de su derecho de participación.

La Primera Sala de la SCJN hizo notar que aún cuando la participación en un procedimiento judicial pudiera significar un impacto para los NNA, esta razón en sí misma no es una justificación válida para negarle el derecho a participar, máxime que dicho impacto está matizado de dos formas: a) El órgano jurisdiccional, con apoyo de personal

¹² Ibidem, p. 26.

¹³ Ibidem, p.60.

¹⁴ Ibidem, p. 70.

¹⁵ Ibidem, p. 25.

de psicología, deberá realizar un ejercicio de valoración judicial para definir si su intervención no constituye una práctica desmedida del derecho; y, b) Hay lineamientos emitidos por el Alto Tribunal del país sobre la preparación y el desahogo de la prueba, cuyo objetivo es mitigar los efectos negativos así como garantizar su participación diferenciada y especializada¹⁶.

Cuando los NNA están involucrados en casos civiles¹⁷ vinculados por ejemplo con guardia y custodia, patria potestad, régimen de visitas y pensión alimenticia, la opinión de los NNA resulta igualmente fundamental no sólo porque tienen el derecho a ser escuchados en todo proceso que le involucre, sino también porque puede aportar información relevante para el caso (como el clima cotidiano en que se desenvuelven, la percepción subjetiva de la relación con cada uno de sus padres, su opinión sobre la calidad de vida con sus progenitores, entre otros elementos).

Para garantizar la participación de NNA en los procesos en que se vean involucrados, la Ley General de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes en su artículo 4 establece 3 tipos de representaciones a NNA: 1) Representación coadyuvante: en procedimientos jurisdiccionales y administrativos se da de manera oficiosa, la cual queda a cargo de las Procuradurías de Protección de Niñas, Niños y Adolescentes de cada entidad federativa conforme a sus ámbitos de competencia; 2) Representación originaria: a cargo de quienes ejerzan la patria potestad o tutela; y 3) Representación en suplencia: NNA que se encuentran bajo la tutela pública del estado, ejercida a través de las Procuradurías de Protección de cada entidad federativa en el ámbito de sus competencias.

d. Información sobre la consideración otorgada a las opiniones de los NNA: La valoración de las declaraciones de NNA debe ser hecha tomando en cuenta sus derechos y su grado de desarrollo, especialmente al momento de estudiar aparentes contradicciones en las mismas. Además, se debe tener en cuenta los criterios de

credibilidad establecidos que habrán de orientar y fundar la valoración judicial, la cual, en el uso del buen criterio y la sana crítica, deberá a su vez considerar las condiciones en las que fue tomada dicha declaración y su posible afectación sobre la actuación de los NNA¹⁸.

Así las cosas, la SCJN en el amparo 30/2008 se pronunció en relación con la obligación de los órganos jurisdiccionales de tomar en consideración las manifestaciones de los NNA y la forma de hacerlo. En este amparo se argumenta que la participación de NNA puede aportar elementos al órgano jurisdiccional para dictar sentencia y, especialmente, para determinar cuál es su interés superior, razón por la cual el órgano jurisdiccional debe tomar en consideración su opinión, respetando la voluntad del NNA de participar o no en el proceso. Sin embargo, esta condición debe ser respetada y comprendida ampliamente, por lo que el peso que se dé a la opinión del NNA es una cuestión que deberá evaluarse caso por caso.

e. Quejas, vías de recurso y desagravio: Tal como se ha mencionado anteriormente, la SCJN en el amparo 30/2008, se pronunció en relación con la obligación de los órganos jurisdiccionales de tomar en consideración las manifestaciones de los NNA y la forma de hacerlo, teniendo siempre en cuenta el respeto de la voluntad de los NNA de participar o no en el proceso. Dado lo anterior, es imperativo que la opinión de los NNA forme parte explícita del razonamiento de lo resuelto¹⁹. Por su parte, el derecho de acceso a la justicia se inscribe dentro de las obligaciones generales del Estado mexicano, concretamente la de garantía, para que en caso de violaciones a sus derechos humanos todas las personas, incluyendo a los NNA, cuenten con un recurso mediante el cual exigir la restitución de sus derechos vulnerados, cumplimiento el amparo mexicano con el estándar de recurso efectivo establecido en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y siendo, en ese sentido, una vía accesible a todas las personas, teniendo entonces todo el sentido abordar el

¹⁶ El derecho de los menores de edad a participar en procedimientos jurisdiccionales que les afecten debe ser valorado por el juzgador y no estar condicionado a su edad biológica, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, México.

¹⁷ En México los asuntos familiares están regulados por el Código Civil de la entidad Federativa o por el Código Civil Federal.

¹⁸ Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niñas, niños y adolescentes, 2da edición 2014, SCJN, PP 64.

¹⁹ Ibidem, p. 52.

juicio de amparo como medio de garantía especializado.

URUGUAY:

a. Preparación: Los intereses de los NNA serán manifestados por sus representantes legales cuando no hubiese conflicto de intereses entre ambos, caso en el cual el NNA no requerirá abogado defensor que lo patrocine. En caso contrario, cuando los intereses de los representantes legales y el NNA estuvieren contrapuestos, se deberá determinar la autonomía progresiva de la voluntad y, en función de ello, será representado y asistido por un curador ad litem o actuará por sí mismo con asistencia letrada (el abogado “defensor” del NNA) (Bentos, 2014).

Si analizamos el rol de la defensa en Uruguay, debemos identificar si los defensores de los niños son curadores o abogados defensores. Se ha observado que jurisprudencialmente son utilizados estos términos en forma indiscriminada; en situaciones los jueces nombran “curador-defensor” y otras veces nombran “defensor del niño”. Se trata de figuras jurídicas muy distintas que suponen la asunción de un rol también diferente por parte del profesional. Véase que el rol del curador supone la idea de incapacidad y representación otorgando, el plus de capacidad que la ley reclama para la validez de determinados actos procesales de los sujetos incapaces. Por lo tanto, cuando un sujeto requiere un curador es porque entendemos que dicho sujeto es incapaz. La representación se ubica, dentro de la figura de la cooperación o colaboración jurídica que un sujeto aporta a otro, encarnando en sí misma la figura de la sustitución, es decir la sustitución de la actuación del representado por el representante, logrando mediante esta ficción jurídica que los actos del representante generen efectos en el representado.

Por otro lado, el defensor del niño supone la asistencia letrada del niño no ya considerado como un ser incapaz, sino que se le reconoce su capacidad, de allí el rol del abogado será brindar asistencia letrada especializada cuyo objetivo es la satisfacción del interés propio del niño o del adolescente.

El abogado del niño, cuando no es su curador, sino su asistente, es el letrado encargado de

satisfacer los intereses de éste, con prescindencia de sus opiniones personales respecto de qué es lo mejor para ese niño. El rol del abogado del niño no es sustituir la voluntad de éste, sino que es hacer todo lo posible para que su voluntad se exprese (Brunetto, 2012). Por tanto, será el Juez de la causa quien determinará cuándo el letrado cumplirá la función de curador y cuándo la de abogado defensor.

En el año 2009, se incorporó al derecho uruguayo las “reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad” en las que se previó la necesidad de garantizar una asistencia jurídico-técnica de calidad y especializada. Pero no se prevé expresamente en la normativa interna como “deber” que la representación deba ser especializada. Por otra parte, se ha previsto especialmente las responsabilidades de la defensa. El Código de la Niñez y Adolescencia enumera los deberes que tendrá el abogado defensor de los NNA y, entre ellos destaca los siguientes: entrevistar a su defendido al inicio del procedimiento para interiorizarse en su situación y escuchar sus necesidades y opinión; informarlos y asesorarlos sobre sus derechos; escuchar y tener en cuenta su opinión en todas las etapas del proceso especialmente cuando deba tomarse una decisión que lo afecte directamente en sus condiciones de vida; llevar adelante las acciones judiciales correspondientes para la protección y restablecimiento de sus derechos; requerir y tener en cuenta la opinión de técnicos y profesionales que hayan tenido conocimiento o intervención en su situación para que la defensa sea adecuada a sus características individuales y contexto familiar y social.

Se entiende que las referidas responsabilidades de la defensa son aplicables tanto en los asuntos de protección de derechos como en los casos de adolescentes en infracción a la Ley Penal.

Asimismo, La Ley 19.580 (Ley de violencia hacia las mujeres basada en género), reconoció a los NNA ciertos derechos en los procesos judiciales y administrativos, entre ellos: el derecho a ser informados por su defensa sobre sus derechos, el estado y alcance de las actuaciones administrativas, los plazos y resoluciones judiciales en la causa, en forma accesible a su edad, teniendo en cuenta su madurez y grado de autonomía, así como

a recibir información previa accesible a su edad y madurez.

b. Audiencia: Al momento de incursionar sobre este aspecto, no se encontró regulación específica en el Código de la Niñez y Adolescencia ni en sus leyes modificativas, que indique cómo se deberían llevar a cabo las audiencias en las que participen los NNA. Sin embargo, las reglas de Brasilia incorporadas al derecho uruguayo²⁰, señalan que en los actos judiciales en los que participen los NNA se deberá: a) tener en cuenta su edad y desarrollo; b) llevar a cabo su participación en una sala adecuada; c) facilitar su comprensión utilizando un lenguaje sencillo y; d) evitar las formalidades innecesarias como el uso de la toga, la distancia física con el tribunal y otros similares. En cuanto a esto último debe advertirse que en Uruguay no se utiliza la toga en la vestimenta de los magistrados, pero sí existe en las salas de audiencia distancia física entre el magistrado y las partes. Además, en muchos tribunales del país, el escritorio del magistrado se encuentra elevado sobre una tarima, por encima del nivel de los escritorios asignados a las partes. Este formalismo podría resultar intimidante u hostil para los NNA y, a nuestro criterio, no es propicio a generar un ambiente amigable para que puedan expresar su opinión libremente.

En el año 2018, la Ley N° 19580 reconoció una serie de derechos a los NNA en busca de evitar su victimización secundaria, por ejemplo, se previó que: 1) para la realización de los exámenes u otras acciones que afecten su intimidad, podrán ser acompañados por la persona adulta de confianza que ellos y ellas mismos elijan; 2) tendrán derecho a que se recabe su relato mediante personal técnico especializado, en lugares adecuados a tal fin y evitando su reiteración; se restrinja lo máximo posible la concurrencia de los NNA a la sede judicial o policial, así como los interrogatorios realizados directamente por el tribunal o personal policial; 3) tendrán derecho a ser protegidos frente a posibles represalias asegurando que no coincidan en lugares comunes con las personas denunciadas en los espacios judiciales y policiales; 4) en las audiencias no podrá estar presente el agresor o denunciado y la defensa no podrá formular preguntas a los NNA salvo

que el Tribunal lo autorizare, caso en el cual esta circunstancia debe darse únicamente a través del personal técnico especializado²¹.

c. Capacidad: El Código de la Niñez y Adolescencia prevé como principio general que todos los NNA gozan de los derechos inherentes a la persona humana y que tales derechos deberán ser ejercidos de acuerdo con la evolución de sus facultades. También establece que, en todo caso, tiene derecho a ser oído y a obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida. La Ley N° 19.580 especialmente prevé que deberán recibir información previa conforme a su edad y madurez. Respecto de lo mencionado, no encontramos que en la legislación interna se contemple una instancia específica en la que el magistrado deba realizar la evaluación de la madurez del NNA.

En el derecho uruguayo, a diferencia de otros ordenamientos, no se habilitó el principio de la autonomía progresiva de la voluntad para la esfera patrimonial, pero sí para el ejercicio de los derechos de la personalidad, caso para el cual no se han establecido límites fijos para el ejercicio de este derecho. Además, se ha decretado que no compete al NNA probar su autonomía o competencia, sino que su madurez y voluntad libre deberá ser apreciada por el magistrado en el caso concreto (Díaz, 2014).

La doctrina ha entendido que los criterios que deberá utilizar el magistrado para la valoración de la opinión del NNA serán los establecidos por las reglas de la sana crítica y de la experiencia de acuerdo con lo dispuesto por los artículos 140 y 141 del CGP (Barreiro, 2014), pues no se han identificado normas internas específicas que los regulen.

A los efectos de exponer un ejemplo de la valoración jurisprudencial sobre la capacidad evolutiva de niños de corta edad, Díaz (2014) señaló que se les reconoció capacidad evolutiva a niñas de 7 y 5 años que sistemáticamente se negaban a mantener comunicación con su padre, por la violencia psicológica que este ejercía contra ellas, fundamento que conllevó a que la sentencia de primera instancia rechazará la acción de visitas pretendida por el progenitor (Díaz, 2014, p. 166

²⁰ En Uruguay, las citadas Reglas han adquirido valor de Acordada al ser aprobadas por la Suprema

Corte de Justicia el día 1 de abril de 2009 (Acordada N° 7.647).

²¹ Ley 19.580, artículo 9.

d. Información sobre la consideración otorgada a las opiniones de los NNA: En materia de protección de derechos es aplicable el elenco de responsabilidades del abogado defensor de los NNA ya mencionado. Los NNA tienen derecho a ser informados por su defensa sobre el estado y alcance de las actuaciones administrativas, los plazos y resoluciones judiciales en la causa, en forma accesible a su edad, teniendo en cuenta su madurez y de autonomía²². Como ya se ha puesto de manifiesto, los magistrados deberán tener en cuenta su opinión atendiendo la autonomía de la voluntad y el interés superior del NNA. Por consiguiente, de acuerdo con las normas generales procesales la sentencia que se pronuncie al respecto deberá exponer las razones jurídicas que justifican la aplicación del derecho que corresponde en cada caso concreto.

e. Quejas, vías de recurso y desagravio: En la legislación uruguaya, en materia de protección de derechos, se le designará un abogado defensor a los NNA siempre que se trate de procesos judiciales en los que pueda existir un conflicto de intereses entre sus progenitores o representantes legales. Por ejemplo, en asuntos de tenencia, vulneración de derechos, patria potestad, visitas, autorizaciones de viaje, tutela, entre otros. En todos estos procesos, los NNA son considerados parte en el proceso y, por tanto, a través de su abogado defensor, quien brindará asistencia letrada, podrán utilizar todos los medios impugnativos contra las resoluciones judiciales que prevé el Código General del Proceso Uruguayo (recursos de aclaración, ampliación, reposición, apelación, casación y revisión, así como el de queja por denegación de apelación o de casación o de la excepción o defensa de inconstitucionalidad).

CONCLUSIONES

Dentro de la investigación precedente, como puntos principales se destaca la intención en cada uno de los países estudiados de reconocer, respetar y aplicar criterios tendientes a hacer valer derechos inherentes a los NNA. En cuanto a la existencia de representación especializada, cada país se encarga de darle cabida a ese punto en cuerpos legales específicos, pero en la práctica esa especialización se sujeta al

organismo al que cada legislación le otorga esa función, y a la intención del abogado de seguir perfeccionándose en eso. Lo mismo ocurre con los criterios de audiencia, capacidad y peso de la opinión, respecto de los cuales en la práctica su aplicación depende de la intención de los intervinientes tanto de escuchar la opinión del NNA, como de propender a otorgarle relevancia a esta, dentro del procedimiento al cual dicho NNA se expone, evitando su exposición y vulneración de derechos. Finalmente, respecto a la existencia y aplicación de un sistema recursivo, pese a no contar con un sistema especializado respecto de una vulneración de derechos de NNA, en cada país se logra aplicar de manera relativamente óptima los recursos judiciales generales para los procedimientos respectivos, en favor de corregir esa vulneración.

Aún así, surgen otras problemáticas respecto a la materia en discusión, especialmente respecto a la continua especialización y la falta de recursos en las organizaciones para hacer valer esa representación para cada NNA. Al respecto, se pueden presentar nuevas propuestas objeto de investigación, como, por ejemplo, la armonización de las legislaciones en los cuatro países, considerando que están inspiradas por las mismas fuentes y replican instituciones procesales similares para aplicar sus preceptos.

Así las cosas, para dar un cierre investigativo a la materia, podría también llevarse a cabo un estudio estadístico en los cuatro países por medio del Instituto de Estadísticas respectivo, acerca del universo de procesos judiciales que terminó en sentencia el año 2022 en sede familiar, y de cuántos NNA tuvieron abogado exclusivo (ad-litem), así como de los procesos judiciales llevados a cabo en sede penal, contando con la cantidad de casos en que se accedió a la posibilidad de tener un abogado exclusivo; o, atendiendo el desarrollo progresivo, averiguar estadísticamente qué entienden las Cortes de Casación por autonomía progresiva e interés superior y cuáles son las fuentes a las que han recurrido este último período de tiempo.

Por último, pertinente nos parece mencionar que, cuando se trata de investigaciones, independiente de la materia a tratar, suele suceder que exista una primera impresión

²² Ley 19580, artículo 9.

que dé a entender que está todo dicho y escrito, o de haber temas agotados en los que no se puede incursionar más. Sin embargo, podemos dar cuenta de que aún queda mucho camino por recorrer en este tipo de investigaciones, principalmente porque esta materia es relativamente nueva en comparación con los derechos humanos en general, por lo que aún hay suficientes temas

pendientes de los que hablar y publicar, asunto que ha quedado demostrado en el presente trabajo que propone, como se ha podido ver, la búsqueda jurisprudencial y en análisis sistematizado a nivel de derecho comparado, para una próxima investigación, de manera de poder continuar aportando a esta área tan fértil e importante para nuestra sociedad.

REFERENCIAS

Bárber Cárcamo, R., «El derecho del menor a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta», REDUR 17, págs. 5-21. ISSN 1695-078X. doi: 10.18172/redur.4492. (2019).

Barreiro, María Virginia: “Capacidad procesal de niños y adolescentes”, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal - Procesos de Familia, FCU, Uruguay (2014).

Beloff, Mary, Responsabilidad Penal Juvenil y Derechos Humanos, referencia No.00, disponible en:

http://www.iin.oea.org/cursos_a_distancia/cursoprojur2004/bibliografia_sist._justicia_juvenil_mod_4/pdf/responsabilidad%20penal%20y%20DDHH.pdf, consultado 06-04-2022.

Carlín Balboa, Alejandro, Manual Básico de Justicia para Adolescentes, Juez Especializado en el Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, Coordinación Editorial, Poder Judicial del Estado de Nuevo León, México. (2018)

Carranca Álvarez, Luis Xavier, Estructura y Principios de la Convención de los Derechos del Niño, México.

Castañer, Analía, La memoria y la atención en los niños y niñas, Oficina de la Defensoría de los derechos del niño

Castañer, Analía, Modelo especializado para la toma de declaraciones infantiles, ¿Cómo obtener declaración sin revictimizar al niño?, Oficina de la Defensoría de los Derechos del Niño, México 2009.

Castañer, A, Griesbach, M. y Muñoz, A. Utilización de los hijos e hijas en el conflicto parental y la violación de derechos del supuesto síndrome de alienación parental. Suprema Corte de Justicia de la Nación y Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia a.c. México 2014.

Defensor del Pueblo de España: Estudio sobre la escucha y el interés superior del menor: revisión judicial de medidas de protección y procesos de familia. (2014).

Díaz, María del Carmen. “El niño como sujeto de derecho”, en Revista Uruguaya de Derecho Procesal - Procesos de Familia, FCU, Uruguay (2014).

García Chavarria, Ana Belem, La Convención sobre los Derechos del Niño, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, (2015).

Griesbach, Margarita, El derecho familiar y su importancia para niñas, niños y adolescentes, Oficina de la Defensoría de los Derechos de la infancia AC,

Griesbach, Margarita, El alcance de la psicología para el esclarecimiento de los hechos, Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia A.C. [file:///C:/Users/Blanca/Downloads/El%20alcance%20de%20la%20psicolog%C3%ADa%20para%20el%20esclarecimiento%20de%20los%20hechos%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/Blanca/Downloads/El%20alcance%20de%20la%20psicolog%C3%ADa%20para%20el%20esclarecimiento%20de%20los%20hechos%20(1).pdf) consultado 02-04-2022.

Jimenez García, Joel Francisco, Derechos de los niños,

Lansdown, Gerison, The evolving capacities of the child, Centro de Investigaciones Innocenti, UNICEF/Save the Children, Florencia (2005).

Mirabal Bentos: "El interés superior del niño, la autonomía progresiva y el rol del defensor" en Anuario Uruguayo Crítico de Derecho de Familia y Sucesiones, (2014).

Müller, María Beatriz, Teoría sobre la expresión proyectiva infantil, Consideraciones Teóricas, <https://es.scribd.com/document/370980726/Teoria-sobre-la-expresion-proyectiva-infantil-pdf> consultado 02-04-2022

Observación General No.12 Derecho del niño a ser escuchado, Instituto de Investigaciones Jurídicas - UNAM, México.

Ortega Soriano, Ricardo Alberto, Estándares para Niñas, Niños y Adolescentes, UNAM, CNDH, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México (2018).

Rivera Luisa, Como acompañar a un niño niña o adolescente durante una diligencia judicial, , Oficina de Defensoría de los Derechos de la Infancia A.C. <https://es.scribd.com/document/473924654/COMO-ACOMPANAR-A-UN-NINO-NINA-Y-ADOLESCENTE-A-UNA-DILIGENCIA-JUDICIAL> consultado 02-04-2022.

Straccali, Barbara, La narrativa asistida, Defenspra de los derechos del niño , <https://es.scribd.com/document/544497047/5-La-Narrativa-Asistida> consultado 02-04-2022.

Troncoso Vergara, María Olga, Soto Muñoz, Ricardo y Puyol Wilson, Carolina, Derecho de niños, niñas y adolescentes a ser oídos en los Tribunales de Familia: Guía de Abordaje, Poder Judicial (2015).

Vargas Pavez, Macarena y Correa Camus, Paula. La Voz De Los Niños En La Justicia De Familia De Chile. Ius et Praxis [online]. 2011, vol.17, n.1 [citado 2022-04-05], pp.177-204. Disponible en : <http://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-00122011000100008&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0012. <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-00122011000100008>.

Viñas Maestre, Dolores: Propuestas de conclusiones sobre la exploración de menores del Seminario sobre instrumentos auxiliares en el ámbito del Derecho de familia, celebrado en el Consejo General del Poder Judicial, del 17 al 19 de febrero de 2010, Madrid, España (2010). <https://www.icab.cat/export/sites/icab/.galleries/documents-noticies/2010/seminari-sobre-instruments-auxiliars-en-l-ambit-de-dret-de-familia.pdf>

Información Básica para entrevistas, UNICEF, México, 2017.

La denuncia como elemento terapéutico para el niño víctima del delito, Secretaría de Seguridad Pública Subsecretaría de Prevención y Participación Ciudadana Dirección General de Derechos Humanos, México, 2009.

NORMATIVA E INSTRUMENTOS INTERNACIONALES

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión consultiva oc-17/2002. Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño, (2002).

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Garantía y Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes, 2017.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos, Relatoría sobre los derechos de la niñez, Justicia Juvenil y derechos Humanos en las Américas, 2011.

Organización de las Naciones Unidas, Convención sobre los derechos del Niño, Niña y Adolescente, (1990).

Organización de las Naciones Unidas, Observación General N°12, sobre el derecho del niño a ser escuchado de la Convención sobre los Derechos del Niño, Ginebra, (2009).

Organización de las Naciones Unidas, Observación General N°14, sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, Ginebra, (2013).

XIV Cumbre Judicial Iberoamericana Brasilia, Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, Brasilia, (2008)

NORMATIVA NACIONAL

Constitución Política de la República Federativa del Brasil de 1988. Ley Nacional del Sistema Integral de Justicia Penal para Adolescentes, México, (2016).

Ley N° 13.105, código procesal civil, Brasil, (2015).

Ley N.º 8.069, Estatuto del niño y adolescente, Brasil, (1990).

Ley N°12.852 Estatuto de la juventud, Brasil, (2013).

Ley N° 13.431, *O depoimento sem dano*, Brasil, (2017).

Ley N°19.968, El proceso en los Juzgados de Familia, Chile, (2004).

Ley N° 21.057, Regula entrevistas grabadas en video y otras medidas de resguardo a niños, niñas y adolescentes, víctimas de delitos sexuales, Chile, (2015).

Ley N° 19.580, Violencia hacia las mujeres basada en género, Uruguay, (2018)

Ley N° 17.823 y sus modificativas, Código de la Niñez y Adolescencia - CNA -, Uruguay, (2004).

Ley N° 15.982 y sus modificativas, Código General del Proceso - CGP-, Uruguay, (1988).

Acordada N° 7647 de la Suprema Corte de Justicia, que aprueba las Reglas de Brasilia. (2009).

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Protocolo de Actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren a niñas, niños y adolescentes, segunda edición, México (2014).

Ley N° 21.430, Estatuto de garantías para brindar protección integral a la niñez y adolescencia, Chile (2022).

JURISPRUDENCIA

Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, N. de asunto 00256/2014-00 El derecho de los menores de edad a participar en procedimientos jurisdiccionales que les afecten debe ser valorado por el juzgador y no estar condicionado a su edad biológica, México, 02/25/2015.

TJPR - 11a Cámara Cível - 0027335-19.2019.8.16.0030 - Rel.: Desembargador Fábio Haick Dalla Vecchia - J. 04.02.2021

(TJPR - 12a Cámara Cível - 0069475-53.2018.8.16.0014 - Rel.: Desembargadora Rosana Amara Girardi Fachin - J. 29.03.2021)

(TJPR - 12a Cámara Cível - 0005274-23.2019.8.16.0077 - Rel.: Juiz de Direito Substituto em Segundo Grau Luciano Carrasco Falavinha Souza- J. 31.03.2021)

JUSTICIA RESTAURATIVA EN LA JUSTICIA PENAL JUVENIL²³

Los casos de Brasil, Chile y Colombia

RESUMEN. La Justicia Restaurativa, en materia penal, consiste en un proceso que da respuesta al fenómeno delictual con enfoque la compensación del daño a las víctimas, haciendo a los delincuentes responsables de sus acciones y también, a menudo, involucrando a la comunidad en la resolución del conflicto.

Este enfoque ha sido promovido en el seno de organizaciones internacionales. Se ha incentivado a los Estados distintos Estados a optar por una menor intervención del sistema penal en los adolescentes infractores, y de ser posible, a establecer mecanismos alternativos para resolver los conflictos.

Este reporte realiza un análisis de la realidad en la que se encuentran las legislaciones de Brasil, Chile y Colombia en esta materia. En Brasil, en las últimas décadas ha existido una tendencia más punitiva, con la salvedad, de que en materias específicas se ha avanzado en justicia restaurativa, pero como se señala, para circunstancias específicas.

En lo que respecta a Chile, la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente vigente no contempla esta materia de manera específica, y las pocas salidas alternativas que existen son derivadas del sistema penal para adultos y se aplican porque existe una norma supletoria que lo autoriza. La promulgación de la Ley del Nuevo Servicio de Reinserción Social Juvenil modifica expresamente algunas instituciones ligadas a la justicia restaurativa, siendo especialmente relevante, la de la mediación.

En cuanto a Colombia, es posible señalar que, de los tres, es el país que demuestra mayores avances legislativos tiene en la materia, regulando expresamente vías de justicia restaurativa, siendo la más relevante de aquellas, el principio de oportunidad.

²³ Son autores de este reporte Bruno de Lamare, Felipe Cañete Claudia Delgado y Fernanda Sanfurgo.

INTRODUCCIÓN

La búsqueda por formas alternativas de resolución de conflictos se inserta en la crisis de legitimidad que vive el Derecho Penal en América Latina, abriendo el camino a un discurso críticamente sesgado sobre el agotamiento de las funciones modernas de intervención estatal y control social y dando lugar a teorías de construcciones que fueron desarrollados con el objetivo de reemplazar o, al menos, operar como "diques de contención" al movimiento punitivo en curso. La resolución alternativa de conflictos o las formas alternativas de solución de conflictos son mecanismos procesales que se traducen en un menor nivel de represión, buscándose privilegiar una solución al conflicto que representa el delito, más que la imposición de una sanción penal. Entre estos movimientos se destaca la Justicia Restaurativa, precisamente por romper con la tradicional racionalidad.

Cabe señalar que esta búsqueda de formas alternativas de resolución de conflictos, incluso en relación con la Justicia Restaurativa, se encuentra plenamente respaldada por los estándares internacionales de protección de la niñez y la adolescencia. En el artículo 40 de la CDN fue previsto que "siempre que sea posible y recomendable", se dé prioridad a la adopción de medidas "sin recurrir a procedimientos judiciales, siempre que se respeten plenamente los derechos humanos y las garantías". En la Observación General N° 24 del Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas sobre la CDN (OG24), publicada el 18/09/2019, se establecieron, entre otros, los siguientes objetivos: promover estrategias para reducir los efectos que el contacto con el sistema de justicia pena provoca con los niños, niñas y adolescentes, ampliando la aplicación de formas alternativas de resolución de conflictos (p. 6).

El presente reporte de investigación propone explorar la justicia restaurativa en Brasil, Chile y Colombia, en particular en los sistemas de justicia juvenil de estos países.

LA JUSTICIA RESTAURATIVA

Los actos violentos existen desde el inicio de

la humanidad, ahora bien, la manera en la cual las distintas sociedades han enfrentado esto, ha ido variando con el transcurso de la historia. En un primer término, nos encontramos con la resolución de estos problemas, mediante la venganza privada. Con posterioridad surge la idea de la venganza pública, de la mano de la ley del talión. A continuación, nos encontramos con el concepto de venganza divina, donde aquello que se quiere satisfacer, es la ira de la deidad que se ha visto afectada por el acto violento.

Con el surgimiento de la Justicia Pública es la autoridad quien se hace cargo de la represión y la víctima pasa a un segundo plano. Así las cosas, transcurrió el periodo de la Edad Media donde primó un sistema de justicia penal inquisitiva. Con la Ilustración, se busca dejar atrás el periodo de la Edad Media, centralizando el poder en el Estado, estableciendo una proporcionalidad en las penas, siendo el Estado el único habilitado para crearlas y aplicarlas, basándose así en principios como la igualdad, la protección de la libertad y la seguridad jurídica

Con posterioridad (este proceso es fruto jurídico de la Ilustración) surge el periodo vinculado a la Codificación penal, período en el cual se termina de afianzar la exclusión total de la víctima del proceso penal, donde pasa a ser el Estado el agraviado y es quien se hace cargo de llevar a cabo las sanciones correspondientes. Como respuesta a esto, es que surgen movimientos abolicionistas, los cuales critican la privación de la libertad como un método eficaz para solucionar el conflicto penal, proponiendo soluciones alternativas a este. Ante estas posturas, surge el minimalismo, el cual pretende que la respuesta penal estatal debe darse sólo ante aquellos delitos de mayor gravedad, dejando el resto a soluciones alternativas.

Con estas últimas posturas, es con las cuales se vuelve a tomar en consideración a la víctima dentro de la fórmula a aplicar en el proceso penal, y es aquí donde se comienza a hablar de justicia restaurativa. (Osorio y Campos, 2003)

De acuerdo con el Manual sobre Programas de Justicia restaurativa de la Oficina De Las Naciones Unidas Contra La Droga y El Delito, ésta es un proceso para resolver el problema de la delincuencia enfocándose en la compensación del daño a las víctimas, haciendo a los delincuentes responsables de sus acciones y también, a menudo, involucrando a la comunidad en la resolución

del conflicto (UNOCD, 2006).

En este mismo sentido, según la antropóloga brasileña Patrice Schuch, la Justicia Restaurativa se puede definir como un instrumento alternativo para la resolución de conflictos, caracterizado por el énfasis en los métodos de comunicación no violentos y la restauración de los lazos humanos entre las personas en disputa. Así, el principal objetivo de la medida es transformar a las personas involucradas desde un punto de vista ético. En cualquier caso, la aplicación de la práctica aún permite alcanzar el objetivo secundario de pacificar el círculo social de origen de las personas involucradas, a partir del ejemplo de la posibilidad de resolver un conflicto de manera no Violenta (SCHUCH, 2008).

Esta autora caracteriza, desde un punto de vista antropológico, las prácticas de Justicia Restaurativa como un “instrumento de justicia alternativa”, ya que pretenden constituir una ruptura con el sistema penal tradicional, con especial énfasis en las técnicas de negociación y mediación y con el objetivo principal de promover la paz social. En este contexto, la Justicia Restaurativa y sus métodos no violentos de resolución de conflictos, podrían calificarse como “tecnologías”, es decir, como medios específicos adoptados para resolver determinados propósitos. Así considerada, la Justicia Restaurativa no solo tiene el potencial de constituir un cambio en la tradición jurídica brasileña de resolución de conflictos, sino también de introducir valores y principios dirigidos a la formación de nuevos sujetos éticos con un enfoque en la *responsabilidad individual y la autonomía en gestión de la vida* (Schuch, 2008).

En la justicia penal juvenil cobra especial importancia la justicia restaurativa, debido a que tanto ésta como otras salidas alternativas al proceso penal deben ser promovidas de acuerdo a los principios de la Convención Sobre los Derechos del Niño, la interpretación que de esta ha hecho el Comité Sobre los Derechos del Niño y a los principios que establecen otros cuerpos normativos.

ESTÁNDARES INTERNACIONALES PARA LA REGULACIÓN DE LA JUSTICIA RESTAURATIVA

La Convención sobre los Derechos del Niño fue aprobada por la Asamblea General de la ONU el 20/11/1989, entrando en vigor el 02/09/1990. Es el acto normativo de derechos humanos más aceptado en la historia universal, habiendo sido ratificado

por 196 países, incluidos Brasil, Chile y Colombia.

La Convención, además de asegurar, entre sus principios generales, los lineamientos de que toda intervención estatal relacionada con niños y niñas debe observar “el interés superior del niño” (art. 3) y que los niños y niñas tienen derecho a la “expresar libremente su opinión” en cualquier proceso de intervención estatal que se lleve a cabo en su contra (art. 12), también establece que siempre que los niños y niñas que presuntamente hayan infringido la legislación penal, sean acusados o declarados culpables de haber infringido la legislación penal, deben ser tratados de tal manera que se respeten sus derechos humanos y se promueva su reintegración a la sociedad (art. 40).

Si bien la Convención ha admitido, en los artículos 37 y 40, la posibilidad de responsabilidad penal de los niños y niñas (de preferencia, adolescentes), cabe señalar que no sólo se establecieron límites a esta posibilidad de responsabilidad, sino que también se señaló que los objetivos antes mencionados de preservar los derechos humanos y promover la reinserción social, de los menores acusados o declarados culpables sólo se lograrán si el proceso se lleva a cabo “de manera adecuada al bienestar” del niño y niña y de manera proporcionada a las circunstancias y tipo de delito. Establecida esta premisa, se precisó que la resolución del problema penal será más adecuada al bienestar del niño o niña cuando, en lo posible, pueda realizarse sin necesidad de formalizar un procedimiento judicial o, de modo subsidiario, sin que se adopten medidas que impliquen la institucionalización y, principalmente, la privación de libertad, quedando esta última medida relegada a casos excepcionales. Esto es lo que expresa el artículo 40.3 de la CDN, al establecer que, siempre que sea conveniente y deseable, los procedimientos aplicables a los adolescentes que infrinjan la legislación penal no deberán tener carácter judicial, siempre que se respeten plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

Lo que se busca con ello es evitar o al menos minimizar, el contacto con el sistema de justicia criminal, de los adolescentes acusados de la comisión de un ilícito. El objetivo es evitar los efectos perjudiciales que conlleva la participación de los jóvenes en el proceso penal, con el fin de favorecer su integración social o socialización, especialmente considerando las características propias de los

adolescentes como personas en desarrollo y lo perjudicial que puede ser esta experiencia para sus procesos de desarrollo.

Asimismo, otro instrumento internacional que ha recogido este principio son las denominadas Reglas de Beijing, (Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores) que en su regla N°11 se refiere a la remisión de casos en forma previa al contacto jurisdiccional.

Por otro lado, el Comité de los Derechos del Niño de la ONU fue creado por la misma Convención en su artículo 43, con el objetivo de brindar a los Estados signatarios de la Convención, una orientación más precisa sobre los parámetros que deben observar para que la Justicia Juvenil de cada país esté más cerca de las directrices de la Convención. En este contexto, como resultado de las sesiones de discusión que realiza el Comité, este órgano suele publicar documentos denominados "Observaciones Generales", que contienen recomendaciones dirigidas a los Estados-Partes.

La Directriz General n° 10 del Comité de los Derechos del Niño de la ONU fue publicada el 25/04/2007, como resultado del 44° período de sesiones de discusión del organismo, realizado entre el 15/01/2007 y el 02/02/2007. Posteriormente, la OG 10 fue sustituida por la OG 24. En todo caso, para efectos de reconstituir la evolución histórica de las orientaciones generales, cabe señalar que la OG 10 adoptó la premisa fundamental de que el tratamiento dado por los países signatarios al niño o niña imputado o condenado por infringir una norma penal sólo será compatible con las directrices de la Convención cuando priorice la adopción de formas alternativas de privación de libertad.

Se ha establecido que los Estados Partes deben ser conscientes de que no solo deben regular su Justicia Juvenil en estricto apego a los artículos 37 y 40 de la Convención, sino que además deben observar los principios generales de los artículos 2, 3, 6 y 12, así como así como aquellos de los artículos 4 y 39, entre los cuales, se cuentan principalmente, los principios que aseguran la búsqueda del "interés superior" del niño o niña y la garantía de que el adolescente, cuando sea sometido a cualquier intervención estatal, pueda expresar libremente su opinión. También se señaló que el contenido general de la Política de Juventud de cada país debe prestar atención a la prevención de la delincuencia juvenil y la priorización de medidas que

reduzcan la delincuencia sin recurrir, preferentemente, a los procedimientos judiciales.

En lo que respecta, específicamente, al art. 40.1 de la Convención, el Comité resaltó la necesidad de que los menores en conflicto con la ley, incluidos los reincidentes, reciban un tratamiento por parte del Estado que promueva su reintegración a la sociedad, por lo que se debe priorizar, en detrimento de la institucionalización, medidas que promuevan la inclusión de los jóvenes en programas de educación y profesionalización. Por otro lado, si la privación de libertad es inevitable, se sugirió que se tomen medidas que prescindan de la necesidad de un proceso judicial formal y una posible condena penal. Se sugirió priorizar los servicios comunitarios de supervisión y orientación para el puesto de trabajadores sociales o agentes de libertad condicional; así como la celebración de "conferencias familiares" y otras formas de "justicia restitutiva", incluida la compensación a las víctimas. En este contexto, se enfatizó que es posible inferir del análisis del art. 40.1 de la Convención, que la reinserción social exige que no se adopten medidas que dificulten la participación plena del niño o niña en su comunidad, por lo que es necesario que el niño o niña "se convierta en miembro pleno de la comunidad, desempeñando un papel efectivo papel constructivo en ella" (p. 29). Finalmente, se resaltó que, siendo inevitable la judicialización y condena, se debe dar prioridad a la adopción de sanciones que no impliquen privación de libertad.

Posteriormente, el 18/09/2019, el Comité publicó la Observación General N° 24, editada con el propósito deliberado de sustituir a la Observación General N° 10/2007, en consideración a los cambios verificados desde 2007, en relación con la actualización de la normativa internacional, el avance de la jurisprudencia del Comité, los nuevos conocimientos sobre niñez y juventud y el resultado de experiencias en torno a nuevas prácticas de resolución de conflictos, entre las cuales, principalmente, la Justicia Restaurativa (p.1).

Esta Observación General también partió de la premisa de que se debe evitar en la mayor medida posible la privación de libertad y el contacto con el sistema penal, ya que perjudican el desarrollo de los niños y niñas (p. 2), tanto que se planteó como objetivo central del documento, expandir la aplicación de formas alternativas de resolución de conflictos (p. 6). En este escenario, se dio

especial énfasis a la Justicia Restaurativa, definida expresamente como “cualquier proceso en el que la víctima, el agresor y otra persona o el miembro de la familia afectado por un delito participen conjunta y activamente en la resolución de los conflictos derivados de este delito, con la ayuda de un tercero justo e imparcial. Son ejemplos de procesos restaurativos: la mediación, la celebración de conversaciones, la conciliación y las reuniones para decidir sentencias” (pág. 8).

En la Observación General n° 24 también se hizo referencia expresa a que, en la actualidad, existe un amplio histórico de experiencias relacionadas con las medidas no privativas de la libertad, incluidas las prácticas restaurativas. Así, se sugirió a los Estados signatarios de la Convención “aprovechar la experiencia y aplicar estas medidas adaptándolas a su cultura y tradición” (p. 74). Por otra parte, se señaló que, aún en los casos en que la institucionalización y la judicialización sean ineludibles, el Estado debe, concomitantemente con la responsabilidad penal, adoptar medidas tendientes a educar a los adolescentes y prepararlos para su reincorporación a la sociedad, lo que incluye el restablecimiento de formas de diálogo con representantes de la comunidad en general (p. 95).

El Comité asimismo puso énfasis en los sistemas de justicia plural que “funcionan fuera del sistema oficial”, entre los que destacan las formas de justicia consuetudinaria e indígena. El énfasis se justificó precisamente por el énfasis que el documento propone en cuanto a la adopción de formas alternativas de resolución de conflictos, que tengan características restaurativas y potencial para el desarrollo de la personalidad y la reinserción social, considerando que los sistemas no oficiales antes mencionados tienen el potencial de favorecer cambios de comportamientos, en relación con personas familiarizadas con sus respectivos referentes culturales. En ese contexto, se señaló que la Justicia Consuetudinaria o Indígena debe integrarse al derecho constitucional formal, con todas sus garantías, sin perjuicio de su compatibilidad con la Justicia Restaurativa, considerando que *a menudo, las respuestas de justicia restaurativa pueden lograrse a través del sistema de justicia estatal, y puede brindar oportunidades de aprendizaje al sistema oficial de justicia de menores. Además, el reconocimiento de estos sistemas de justicia puede contribuir a aumentar el respeto por las tradiciones de las sociedades indígenas, lo que podría beneficiar a los*

niños pertenecientes a ellas (p. 102-104).

En este sentido, si bien en un principio la Convención se limitaba a promover *la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales* (artículo 40.3 b), lo que podría comprender de forma amplia a las salidas alternativas al procedimiento penal. En línea con lo que dispone el Comité en la Observación General N°24, creemos que de éstas las que se deben preferir son aquellas que apliquen los principios de la justicia restaurativa, ya que este tipo de formas de resolución de conflictos, pueden importar beneficios que van más allá de evitar los efectos negativos del contacto con el sistema penal, pudiendo llegar a ser en algunos casos una herramienta de aprendizaje relevante para el desarrollo social y afectivo del adolescente, en ámbitos como la empatía y autoestima. Lo anterior porque la justicia restaurativa de alguna forma, “devuelve” el conflicto a las partes, en contraposición al sistema tradicional, en el cual tanto víctima como infractor son actores contrapuestos, a los que de una u otra forma se les impone un resultado. Como alternativa, en procesos como la mediación, lo que se intenta es llegar a una solución colaborativa, en las que las partes son protagonistas, fomentándose sobre todo la comunicación y la empatía, lo que aun cuando el proceso se vea frustrado puede resultar bastante más beneficioso para el aprendizaje del adolescente.

Lo anterior se ve reforzado por el principio de especialización de la Justicia Juvenil, también consagrado en el artículo 40.3 de la CDN, norma que establece la necesidad de que leyes, procedimientos, autoridades e instituciones del sistema penal juvenil, deben ser especializados.

Asimismo, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), establecen en su regla N°2.3 que se deberán promulgar leyes, normas y disposiciones, y contemplarse organismos e instituciones específicas para la justicia de menores. Y en el mismo sentido, la directriz N°52, de las Directrices de Riad, para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, al referirse a la administración de justicia a los menores de edad, establece que los gobiernos deberán promulgar y aplicar leyes y procedimientos especiales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes.

Esta especialización de los procesos e instituciones tiene que ver con el derecho del

niño, niña o adolescente a ser reconocido como sujeto de derechos y a que como tal se reconozcan sus características, que lo distinguen de los adultos, entre ellas su edad. A ello precisamente se refiere el art. 40.1 de la Convención al señalar que, debe reconocerse el 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.

LA JUSTICIA RESTAURATIVA EN BRASIL, CHILE Y COLOMBIA

BRASIL

En Brasil en las últimas décadas, a pesar de una creciente tendencia punitiva, ha habido, en el derecho penal, movimientos específicos de despenalización de conductas; y, en el proceso penal, el fomento de prácticas alternativas para la resolución del conflicto penal, aunque aún restringido a un número limitado de delitos. En el universo penal de adultos se dictaron leyes que preveían la posibilidad de componer directamente el conflicto entre el autor y la víctima para evitar cualquier posible iniciativa acusatoria del Estado; o preveían la posibilidad de que el propio cuerpo de acusación concluyera acuerdos con el autor del hecho, privilegiando el principio de la oportunidad sobre la acción penal. Estas leyes no se aplican al universo penal de menores, el cual está regulado por leyes especiales, principalmente la Ley Federal No. 8.069 de 1990, conocida como el Estatuto de la Niñez y la Adolescencia - ECA. El ECA no prevé ninguna posibilidad de composición directa del conflicto entre el autor y la víctima, previendo, en cambio, de forma restringida a determinados casos, la posibilidad de acuerdo entre la acusación y el menor infractor, en un de manera similar a lo que ocurre en el derecho penal de adultos (se trata del llamado instituto de remisión, previsto en los artículos 126 a 128). En todo caso, a pesar de la ausencia de una disposición legal directa, se puede buscar la composición entre adolescente infractor y víctima, incluso como condición del acuerdo con el Ministerio Público.

Ocurre que estas leyes, se ocupan generalmente de formas alternativas de resolución de conflictos penales, sin

mencionar específicamente la Justicia Restaurativa, ni regular específicamente enfoques que serían propios de la intervención restaurativa. Por lo tanto, en Brasil, ni en el universo criminal adulto ni juvenil, existe una regulación legal específica sobre la posibilidad de adoptar prácticas de justicia restaurativa, como alternativa a la intervención criminal o incluso como forma de intervención criminal alternativa. Solo hay proyectos de ley en proceso y discusión dirigidos a la futura regulación del instituto.

Aun así, a pesar de la ausencia de una disposición legal expresa, durante las últimas dos décadas se desarrollaron proyectos específicos para la aplicación experimental de la Justicia Restaurativa, con el objetivo de reunir elementos que subsidien los diferentes proyectos de ley que se encuentran en preparación y discusión.

En este caso, los citados proyectos experimentales podrían implementarse en base a las previsiones genéricas, resumidas anteriormente sobre la posibilidad de suscribir convenios entre la fiscalía y el autor del hecho, como forma de suspender o excluir la responsabilidad penal del investigado. En estos casos, la composición reparadora del daño entre autor y víctima es utilizada por el Ministerio Público como justificación, para que el Ministerio Público ejerza su disponibilidad y no ofrezca acusación formal o, eventualmente, la obligación de reparar el daño pactado entre autor y víctima termina por ser catalogada como obligación para con el investigado, como condición del acuerdo suscrito con la Fiscalía.

Esta es la posición del investigador Daniel Achutti, según la cual, al menos por el momento, mientras no exista una ley específica que regule las diferentes formas de aprovechar el enfoque restaurativo en Brasil, la vía principal para la introducción de la justicia restaurativa en el proceso penal brasileño consiste en la posibilidad “de que el juez no aplique determinada sanción o la reduzca, según el caso, según la voluntad expresada por las partes durante la reunión restaurativa”, lo que privilegia la opción legítima de los involucrados en el conflicto para resolverlo, cuando sea posible, a través de una respuesta diferente a la que ofrece el Estado a través de la aplicación del derecho penal (Achutti, 2013).

El hecho de que las posibilidades de aplicación se centren en el momento procesal descrito anteriormente ayuda a comprender

el hallazgo de que, en Brasil, el enfoque restaurativo ha alcanzado un mayor nivel de desarrollo en el universo penal adulto que en el juvenil. Esto se debe, inicialmente, al hecho de que, como se destacó anteriormente, las leyes brasileñas que regulan los procesos penales de adultos, en comparación con las leyes relativas a los procesos penales de menores, tienen un nivel de regulación más detallado en cuanto a la posibilidad de que la voluntad de los involucrados en el conflicto sea valorada por el juez como una forma de justificar la no aplicación de una respuesta penal al conflicto.

Además, en Brasil prevalece la idea errónea de que la intervención criminal sería beneficiosa para los adolescentes. La confusión entre los ámbitos punitivo y protector es recurrente a nivel jurisprudencial, con una clara tendencia a justificar la agravación punitiva por la supuesta necesidad de protección del adolescente, contexto en el que se justifica la opción por la institucionalización y la privación de libertad como forma de sacar al adolescente del entorno social degradado en el que viviría. Es un discurso que, sin embargo, perpetúa el control social realizado a través del castigo de la vulnerabilidad, refiriéndose al tipo de intervención históricamente realizado durante la etapa tutelar (RIZZINI, 2011). Aunque este discurso ya fue superado hace muchos años por la normativa internacional e incluso por la Constitución y las leyes internas brasileñas, todavía está impregnado en la cultura de muchos jueces que actúan en el derecho penal juvenil brasileño, haciéndolos resistentes a aceptar el enfoque restaurativo como una forma de evitar la aplicación de la ley penal contra un adolescente. Como estos jueces, de acuerdo con esta visión tutelar superada, todavía ven el proceso penal como una intervención que “salvará” al adolescente del ambiente degradado en el que vive, se resisten a aceptar cualquier otra respuesta que no resulte en la institucionalización o alguna otra forma de violencia control por parte del estado.

Por otro lado, otros proyectos, aunque en menor número, han venido aplicando prácticas de Justicia Restaurativa no como una alternativa a la intención criminal, sino como una forma alternativa de intervención criminal, incluyendo la posibilidad de que la dinámica restaurativa entre el perpetrador y la víctima se lleve a cabo concomitantemente con las sanciones habituales previstas en el pedido.

Como ejemplo, cabe mencionar el Proyecto “Justicia Restaurativa para el Siglo XXI”, implementado por la Corte de Justicia del Estado de Rio Grande do Sul en 2004. Inicialmente enfocado en el alcance específico de la Justicia Penal Juvenil, como alternativa a la intervención criminal, se amplió, en 2014, tanto para llegar a la justicia penal de adultos, como para, en el ámbito juvenil y adulto, constituir también una medida complementaria de intervención criminal. Luego de esta expansión, se inició la implementación de prácticas restaurativas entre adolescentes y adultos, que ya cumplían privación de libertad, tanto con el propósito de resolver conflictos internos, incluso entre representantes de facciones criminales rivales, como con el propósito de evaluar la perspectiva de reintegración social del condenado, buscando restablecer los vínculos del joven o adulto con su familia y comunidad, en el entorno externo a la institución de ejecución.

Cabe mencionar que, en ausencia de la ley, estos proyectos experimentales han sido realizados bajo la orientación del Consejo Nacional de Justicia de Brasil (en adelante CNJ), la agencia federal responsable de estandarizar la actuación de los órganos de justicia de los estados. En 2015, el CNJ estableció como objetivo de gestión, que todos los Tribunales del país, hasta el 31/12/2016, implementen un proyecto, con un equipo capaz de ofrecer prácticas restaurativas, así como implementar o habilitar al menos una unidad para dicho objetivo. En 2016, el CNJ elaboró un documento denominado Política Nacional de Justicia Restaurativa en el ámbito del Poder Judicial, desarrollando finalmente, en 2020, un programa de consulta y capacitación, con el objetivo de orientar a los Tribunales del país, en la implementación de las prácticas experimentales en Justicia Restaurativa, así como capacitar a las personas en prácticas restaurativas.

Considerando esta línea de acción, el CNJ brasileño realizó, entre los meses de febrero y abril de 2019, una encuesta con los Tribunales de todo el país, con el objetivo de mapear los programas de justicia restaurativa existentes. Específicamente en lo que respecta al derecho penal de adultos, se encontró que las prácticas de justicia restaurativa son menos comunes en cuanto a los delitos más graves, como los delitos contra la vida o de naturaleza sexual, siendo recurrente, en cambio, en delitos cuya repercusión sea estrictamente patrimonial. En cuanto al procedimiento adoptado en las prácticas, la mayoría de los

programas utilizan círculos de construcción de paz, y también hay un número significativo de programas, que también adoptan encuentros entre víctima e infractor o entre el infractor y representantes de la comunidad (Brasil, Consejo Nacional De Justicia, 2019).

En el universo penal adulto, una importante forma de aplicación de la justicia restaurativa está relacionada con la prevención de la violencia doméstica contra las mujeres. Entre los diversos proyectos en desarrollo en esta área, merece destacarse uno que se está ejecutando actualmente en el Estado de Paraná, que prevé la realización de una audiencia judicial, inmediatamente después de las detenciones, por delitos de violencia doméstica contra la mujer. Así, en esta audiencia, si se da la posibilidad de conceder la libertad provisional al agresor, esta libertad quedará condicionada a la celebración de una sesión reparadora entre éste y la víctima, sesión que servirá no sólo para intentar dirimir el conflicto entre las partes, sino también para que se procure diagnosticar las causas del conflicto, posibilitando así la remisión preventiva a la repetición de hechos de violencia.

Por otro lado, a pesar de las dificultades legales y culturales destacadas anteriormente, el estudio realizado por el CNJ brasileño, también identificó importantes iniciativas para experimentar con la justicia restaurativa en el derecho penal juvenil. Entre estas, merece ser destacada la experiencia realizada en el Estado de Rio Grande do Sul. El objetivo inicial del proyecto consistió en difundir prácticas restaurativas, destinadas a pacificar conflictos y situaciones de violencia, que involucran a los adolescentes de la ciudad de Porto Alegre, con énfasis en los adolescentes en cumplimiento de las medidas socioeducativas, que consisten en las medidas sancionadoras, previstas por la Ley brasileña de adolescentes que practican conductas equivalentes a infracciones penales. Entonces, para posibilitar la ejecución de este proyecto, se creó una agencia denominada "Central de Prácticas Restaurativas", vinculada al Tribunal de la Niñez y la Juventud de Porto Alegre. Este organismo pasó entonces a realizar procedimientos restaurativos, en cualquier etapa del proceso seguido contra el adolescente acusado de un delito, pero con énfasis en la etapa de ejecución de las penas. Es decir, en este caso,

el enfoque restaurativo se aplicó, principalmente, no como una alternativa a la intervención penal, sino como un instrumento concomitante a esta intervención, para, al menos, mitigar su impacto en la vida del adolescente. Posteriormente, este proyecto evolucionó con el objetivo de promover estrategias de pacificación social, basadas en la difusión de principios y en el desarrollo de prácticas restaurativas, para la prevención y transformación constructiva de conflictos, en los ámbitos judicial y extrajudicial, pasando, por tanto, a prever también la justicia restaurativa como alternativa a la intervención criminal.

En todo caso, no se puede dejar de concluir que, en Brasil, la ausencia de una ley específica de Justicia Restaurativa ha obstaculizado la implementación y difusión del instituto, ya sea por la ausencia de regulación específica del procedimiento, o por la imposibilidad de extender la Justicia Restaurativa y otras prácticas alternativas para un universo más amplio de delitos.

CHILE

Respecto a la realidad en Chile, en primer lugar, es necesario señalar que la legislación vigente, no contempla expresamente la justicia restaurativa, o alguna de sus técnicas, en la justicia penal de adultos y tampoco en la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente (en adelante LRPA). Estas técnicas, en particular la mediación, han tenido mayor desarrollo en el ámbito civil, especialmente en el derecho de familia.

Sin embargo, la reforma procesal penal que comenzó a regir en el año 2000 introdujo las salidas alternativas al procedimiento penal, la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios, y con ello la posibilidad del desarrollo de la justicia restaurativa y en particular de procesos de mediación penal, lo que también sería posible en el contexto del principio de oportunidad²⁴ (DÍAZ, 2010). En relación con el sistema de justicia penal juvenil, estas mismas instituciones permiten también el desarrollo de la justicia restaurativa, ya que no existe una regulación especializada de las salidas alternativas al procedimiento, en la LRPA. Sin embargo, es necesario hacer presente, que dada la forma en la que está regulada la determinación de sanciones en esta ley y a su vez, los requisitos para que proceda la

24 En términos estrictos y de acuerdo con la legislación chilena, el Código Procesal Penal, regula bajo la denominación de principio de oportunidad

la facultad del Ministerio Público de no iniciar la investigación o no continuar con ésta en determinadas circunstancias.

suspensión condicional del procedimiento, esta salida alternativa tendrá un ámbito de aplicación más amplio, cuando el imputado es un adolescente.

Por otra parte, en el catálogo de sanciones de la LRPA, destacan los servicios en beneficio de la comunidad y la reparación del daño, que constituyen la primera vez en Chile que se establecen penas de contenido reparatorio como sanciones de aplicación general. No existe una regulación similar en el caso de adultos (Díaz, 2010). En relación con ello, cabe destacar, los Programas de Medidas Reparatorias, creados antes de la entrada en vigencia de la LRPA, que comenzaron a funcionar en 2003 y contemplaban el desarrollo de procesos de mediación para la sanción de reparación del daño. Posteriormente, con la entrada en vigencia de la LRPA, las Orientaciones Técnicas del Servicio Nacional de Menores (SENAME), contemplan que, para la aplicación de esta sanción, la metodología principal de intervención es la mediación penal, (DÍAZ, 2010), sin embargo, es una sanción que tiene muy poco uso en el sistema. Las conclusiones del equipo de Evaluación de la Ley de la Cámara de Diputados de Chile apuntan en ese mismo sentido al señalar en relación con esta sanción que *si bien es considerada como positiva por lo general, tiene actualmente una utilización mínima, careciendo de un diseño completo para su aplicación efectiva. Los entrevistados señalaron que se utilizan los acuerdos reparatorios (3,51% durante el 2014 según datos de la Fiscalía) en lugar de la sanción, porque de esta forma se evita la continuación del proceso* (Comité Evaluación De La Ley/Ocde, Cámara De Diputados De Chile, 2015). A ello debe agregarse que *en Chile no existen centros que aborden específicamente la mediación entre los adolescentes y las víctimas* (PORTO, 2020) y no debe olvidarse que se trata de sanciones que, como tales, son aplicadas una vez establecida la responsabilidad penal del adolescente, tratándose por tanto de aquellos casos, en los que las técnicas de justicia restaurativa no reemplazan el proceso penal.

Respecto a las salidas alternativas al procedimiento, como se señaló, son la suspensión condicional del procedimiento y los acuerdos reparatorios. En el caso de la primera de ellas, se trata de un acuerdo, entre el Fiscal del Ministerio Público²⁵ y el imputado, que, aprobado por el Juez de

Garantía, suspende el procedimiento, por un plazo de entre uno y tres años. Por medio de este acuerdo, el imputado se compromete al cumplimiento de ciertas condiciones, extinguiéndose la acción penal en caso de cumplirse éstas y el plazo acordado. Esta salida procede para delitos leves o de mediana gravedad, cuya pena probable, en concreto, no exceda los tres años. La posibilidad de desarrollar en este contexto la mediación penal, u otras técnicas de justicia restaurativa, está dada por el procedimiento por medio del cual se llega al acuerdo y por el contenido de éste, es decir las condiciones que se compromete a cumplir el imputado, cuyo contenido puede ser restaurativo.

En el caso de los acuerdos reparatorios, para algunos el primer y único antecedente de evolución del sistema chileno desde el retribucionismo a uno con elementos restauradores (Osorio y Campos 2003), el acuerdo es entre el imputado y la víctima del delito, por lo que esta salida alternativa efectivamente se acerca más a los principios de la justicia restaurativa, ya que incluye directamente a la víctima y sus intereses en el proceso penal. En palabras de Díaz, “si bien ni en la ley ni en la historia de su establecimiento aparece una mención expresa a la justicia restaurativa, es posible afirmar que los acuerdos reparatorios incorporan valores que son propiamente restaurativos: la orientación hacia la reparación, la posibilidad de incluir a nuevos actores en el proceso penal, antes no considerados o mínimamente considerados (víctima, imputado y comunidad), y que sea posible la reintegración del ofensor y de la víctima en la comunidad” (Díaz, 2010). Por medio de este acuerdo, el imputado se compromete a reparar a la víctima, reparación que tanto la doctrina como la jurisprudencia, han entendido en términos amplios, es decir, material o simbólica (Díaz, 2010; Osorio y Campos 2003). Por otra parte, una vez cumplido el acuerdo se extingue la acción penal, sin necesidad del cumplimiento de un plazo. Esta salida alternativa procede en casos de delitos culposos y aquellos que atenten contra bienes jurídicos disponibles de carácter patrimonial y si bien su regulación no se refiere a la mediación, *dada la naturaleza autocompositiva de los acuerdos reparatorios, nada impide que éstos se lleven a cabo a través de la mediación penal o de algunas de las diversas*

25 En el sistema procesal penal, son los fiscales los que dirigen a las policías en la investigación de los delitos. Los fiscales y sus equipos deben además proteger a las víctimas y testigos y ejercer la acción penal pública, esto significa, llevar ante los

tribunales a los imputados y buscar que los jueces apliquen las sanciones cuando corresponde. (<http://www.fiscaliadechile.cl/Fiscalia/quienes/index.jsp>).

formas de resolución alternativa de conflictos existentes, (Díaz, 2020). Se trata de una técnica legislativa que ha resultado favorable para el desarrollo de la justicia restaurativa en otros países y que permite incorporar distintas formas alternativas de resolución de conflictos (Díaz, 2020). En el caso de Chile precisamente en el contexto de esta salida alternativa se han desarrollado algunos proyectos y prácticas de mediación penal.

Estos proyectos han surgido desde diferentes actores del sistema procesal penal, desde el Estado y desde la sociedad civil y en ellos han tenido un rol relevante, las Unidades Regionales de Atención a Víctimas y Testigos (URAVIT), del Ministerio Público, la Corporación de Asistencia Judicial²⁶ y algunas universidades. La mayoría de los proyectos se ha centrado en adultos, pero en el caso de la justicia juvenil, resulta muy importante destacar el denominado Estudio Práctico. Este estudio se desarrolló con la participación de la Defensoría Penal Pública, el Ministerio Público y el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, y fue creado en el contexto de una mesa de trabajo, que comenzó a trabajar en el año 2015, para mejorar y reformar la Ley de Responsabilidad Penal Adolescente. El estudio comenzó a diseñarse el año 2016, se concretó mediante la firma de un convenio entre las tres instituciones participantes, que incluía un protocolo de derivaciones y se trataba del primer convenio de estas características en Chile (PORTO, 2020). Su implementación comenzó con derivaciones en el año 2017, únicamente en la ciudad de Santiago, sin embargo, ha sido ampliado a las ciudades de Valparaíso, Copiapó y en diciembre de 2020 se encontraba en proceso su ampliación a Antofagasta. El avance del programa focalizado en el norte del país se explica porque el Proyecto de Ley, que reforma la LRPA, contempla una implementación gradual que comenzaría precisamente en el norte del Chile (Ministerio De Justicia Y Derechos Humanos, Chile 2020).

En la actualidad, luego de la experiencia de los programas piloto, especialmente del Estudio Práctico, que entre sus objetivos tiene *sentar las bases del programa que se implemente al interior del futuro Servicio de Reinserción a nivel nacional*, (Ministerio De Justicia Y Derechos Humanos, Chile 2020), existe la posibilidad de un reconocimiento normativo y una regulación de la Justicia Restaurativa en la

justicia juvenil, en el Proyecto de Ley que crea el Servicio de Reinserción Juvenil y reforma la Ley N° 20.084 sobre Responsabilidad Penal Adolescente. El proyecto, que actualmente se encuentra en Comisión Mixta, introduce la justicia restaurativa al sistema juvenil a través de la figura de la mediación penal. Hasta entonces, como en Brasil, no existía una ley específica que regulara la justicia restaurativa, por lo que las iniciativas que están vigentes, tanto en el sistema adulto como juvenil, consisten en prácticas experimentales, en su mayoría dirigidas a delitos de menor gravedad, lo que precisamente se ha criticado al Estudio Práctico (Porto, 2020).

De acuerdo con el texto del proyecto de ley, la mediación se aplicaría en todos los casos en los que, en la normativa actual, sería procedente la suspensión condicional del procedimiento, los acuerdos reparatorios o el principio de oportunidad, quedando expresamente prohibida en delitos dolosos contra la vida. Con todo, aún en los casos de delitos en los que expresamente se señala que no sería procedente, o aquellos en los que no serían procedentes la suspensión condicional del procedimiento, el acuerdo reparatorio o el principio de oportunidad, el fiscal regional podrá derivar el conflicto a mediación, debiendo dictar una resolución fundada para ello. De la misma forma, el proyecto aprobado por el Senado agregó la denominada mediación excepcional para aquellos casos en los que no sería procedente, pero el proceso es solicitado por la víctima, en este sentido el Proyecto de Ley establece que la víctima siempre podrá solicitar el proceso de mediación. En cuanto a los plazos, la mediación puede iniciarse antes o después de la formalización de la investigación contra el adolescente y hasta el cierre de la misma, permitiendo así aplicar esta técnica restaurativa como una alternativa efectiva a la intervención criminal, impidiendo la judicialización del proceso.

Según el Proyecto Ley, los efectos de este proceso de mediación difieren según la forma en que se haya terminado. En los casos en que se haya concluido con éxito y si el imputado ha cumplido con el acuerdo alcanzado en la mediación, la causa será archivada o sobreseída, sin perjuicio de lo acordado sobre los efectos civiles del delito. Asimismo, en los casos de mediación excepcional en los que el imputado haya cumplido el acuerdo, ello puede ser

26 "(...) entidades públicas, que tienen por objeto proporcionar asistencia jurídica gratuita a las personas de escasos recursos, que no pueden

procurárselos por sí mismas, en los diversos ámbitos del derecho". (Díaz, 2010, p. 20).

considerado como un antecedente para la determinación o la suspensión de la imposición de la pena, para imponer o mantener medidas cautelares y en las audiencias de sustitución y remisión de sentencia. Por el contrario, en caso de que la mediación resulte frustrada, pero ello no sea imputable al adolescente, y se hayan podido constatar indicios concretos de responsabilización, el tribunal deberá evaluar estos antecedentes para atenuar su responsabilidad penal, en caso de condena. Asimismo, estos antecedentes pueden servir de precedente en las audiencias de sustitución y remisión de condena.

Finalmente cabe destacar que el Proyecto de Ley además de introducir la justicia restaurativa al sistema de justicia juvenil, establece una regulación especializada de la suspensión condicional del procedimiento, subsanando una de las deficiencias de especialización de la legislación de responsabilidad penal adolescente.

COLOMBIA

En Colombia, en cambio, la justicia restaurativa está expresamente prevista en el sistema normativo, entrando en vigencia con la ley 1098 del 2006, art. 140 (Código de infancia y adolescencia). En la actualidad se aplica una vez iniciado el proceso, tenida en cuenta (a criterio de los jueces) para la imposición de la sanción, su posterior revisión o modificación. Lo anterior porque se considera que debe imponerse un castigo al menor infractor, independiente de la aplicación del mecanismo de la justicia restaurativa.

Los elementos de la justicia restaurativa y sin los cuales no se lograría el propósito, para la que fue creada, son el diálogo, la voluntad, la participación y la inclusión de la comunidad en donde ocurrieron los hechos. Una vez aceptados y reunidos estos elementos, a través del intercambio, se logra el resultado o la solución alternativa al conflicto.

La justicia restaurativa tiene como fin abrir espacios para abordar la problemática de los menores infractores y sus familias y encontrar una solución alternativa diferente a la judicialización del ofensor, en la que la comunidad y el estado participen²⁷. Sin embargo, su implementación no ha sido permanente, por la peligrosidad que puede representar un menor que comete delitos

graves y que genera en la sociedad sed de justicia o castigo, cuando se le aplica una de las soluciones alternativas para los conflictos.

Por esto, en Colombia, a pesar de la disposición normativa, son pocos los casos en los que se aplica efectivamente la justicia restaurativa, ya que, además de los factores económicos, aún existe una cultura de resistencia de las víctimas a participar en procedimientos, que involucran directamente interacciones con el delincuente, rechazándolos por motivos emocionales, o, como se dijo anteriormente, porque consideran que la única forma de hacer justicia es imponiendo un castigo a través de la restricción de la libertad, por lo que, además de la reparación de los daños causados debe responsabilizarse a través de la justicia ordinaria.

En cuanto a la poca aceptación de la sociedad y el Estado, como núcleo fundamental del sistema de infancia y adolescencia, el rechazo se da, por un lado, porque no se puede obligar a la víctima al confrontamiento con su ofensor, y, por otro lado, por el miedo a la repetición de conductas similares que podrían representar un peligro para la sociedad. Lo anterior, a pesar de lo establecido en el art. 140 del código de infancia y adolescencia: “En materia de responsabilidad penal para adolescentes tanto el proceso como las medidas que se tomen son de carácter pedagógico, específico y diferenciado respecto al sistema de adultos, conforme a la protección integral. El proceso deberá garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño”.

CONCLUSIONES

Como conclusión general, la legislación internacional contempla una serie de directrices para avanzar en el sentido de una justicia de un carácter más restaurativo. En lo que aquello respecta, Brasil, Colombia y Chile forman parte de la CDN, por tanto, sería de esperarse que estos Estados hayan realizado avances en la dirección indicada.

Así las cosas, se puede observar que, por ahora, el sistema normativo colombiano está más avanzado que los sistemas brasileño y chileno vigentes, ya sea porque regula específicamente la Justicia Restaurativa, sea porque, en general, brinda por la posibilidad de aplicar formas alternativas de intervención criminal para un número superior de delitos.

27 En el marco de justicia restaurativa no se está interesado en castigar al presunto agresor, sino

resolver el conflicto generado por la conducta punible en la que incurrió. (Molano, 2012)

Sin embargo, a diferencia de Brasil, en Chile hay, al menos, una perspectiva cercana de avanzar en su legislación, con el proyecto de ley que crea el Servicio Nacional de Reintegración Social Juvenil y que además contempla la institución de la mediación. En Brasil, por su parte, el debate político y académico sobre formas alternativas de intervención penal aún debe desarrollarse mejor, especialmente para que la regulación legal de la Justicia Restaurativa se lleve a cabo en el menor tiempo posible.

Por otra parte, creemos que ya sea por la ausencia de regulación en Brasil y Chile o por la baja aplicación de la justicia restaurativa regulada en Colombia, queda mucho por

avanzar para que sea posible alcanzar lo planteado por las Observaciones Generales del Comité del Niño y con ello asegurar los derechos en esta materia consagrados por la Convención. Asimismo, es deseable, que al avanzar hacia el reconocimiento normativo de la justicia restaurativa Brasil y Chile consideren la experiencia de Colombia, en el sentido de que este reconocimiento no ha sido suficiente para que la justicia restaurativa se implemente de forma efectiva y para ello serán importantes la capacitación de los intervinientes y las señales que se den a la sociedad, para el cambio cultural que probablemente se requiere para una aplicación efectiva de la justicia restaurativa y sus principios.

REFERENCIAS

ACHUTTI, Daniel (2013), *Justiça Restaurativa no Brasil: possibilidades a partir da experiência belga*. Civitas, Porto Alegre. v. 13, n.1, p.154-181, jan-abr, 2013.

BERNARDI, Fabiane (2011), *Justiça Restaurativa no sistema prisional: limites e possibilidades da JR na resolução de conflitos familiares*. Porto Alegre, Civitas, v.8, n.3, set.dez. 2011, p. 1-28, 2011.

BRASIL (2019), Conselho Nacional de Justiça. *Mapeamento dos Programas de Justiça Restaurativa*. Poder Judiciário. Brasília.

BERRÍOS, Gonzalo. *Aspectos esenciales del Proyecto de Ley que modifica la Ley 20.084 de Responsabilidad Penal del Adolescente*. Charla parte de los Seminarios en Línea de la Academia Judicial, 15 de septiembre de 2020. Disponible en: <https://www.facebook.com/AcademiaJudicialCharlas/>

CÁMARA DE DIPUTADOS Y DIPUTADAS DE CHILE, consulta en línea de actividad legislativa, Proyectos de Ley, *Boletín N° 11.174-07 Proyecto de Ley: Crea el Servicio Nacional de Reinserción Social Juvenil e introduce modificaciones a la ley N° 20.084, sobre responsabilidad penal de adolescentes, y a otras normas que indica*. <https://www.camara.cl/legislacion/ProyectosDeLey/tramitacion.aspx?prmID=11687&prmBOLETI N=11174-07>

COMITÉ EVALUACIÓN DE LA LEY/OCDE, CÁMARA DE DIPUTADOS DE CHILE (2015), *Evaluación de la Ley N°20.084 Que establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal*. Disponible en <http://www.evaluaciondelaley.cl/wp-content/uploads/2019/07/responsabilidad-penal-adolescente.pdf>

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2007), *Observación General N°10, Los derechos del niño en la justicia de menores*, 44° período de sesiones, Ginebra, 15 de enero a 2 de febrero de 2007.

COMITÉ DE LOS DERECHOS DEL NIÑO (2019), *Observación General N° 24, relativa a los derechos del niño en el sistema de justicia juvenil*.

DÍAZ, Alejandra (2010) *La Experiencia de la Mediación Penal en Chile*, en Revista Política Criminal, Volumen 5, Número 9, Julio 2010. Santiago, Chile: Universidad de Talca Campus Santiago, p. 1 – 67.

MINISTERIO DE JUSTICIA Y DERECHOS HUMANOS, CHILE (2020), noticias, 23 de diciembre de 2020: *Se reúne Mesa Nacional de Mediación Penal Juvenil para continuar con el desarrollo de proyectos pilotos regionales*, disponible en <https://www.minjusticia.gob.cl/se-reune-mesa-nacional-de-mediacion-penal-juvenil-para-continuar-con-el-desarrollo-de-proyectos-pilotos-regionales/>

MOLANO, D. A. (2012) *La justicia restaurativa en el S.R.P.A.* Observatorio del bienestar de la niñez, n°. 05, Instituto Colombiano de Bienestar Familiar (ICBF), diciembre 2012.

OSORIO Ximena y CAMPOS, Héctor (2003) *Justicia restaurativa y mediación penal en Chile.* Revista De Derecho (Coquimbo. En línea), (10), p.141-160. Recuperado a partir de <https://revistaderecho.ucn.cl/index.php/revista-derecho/article/view/2160>

PORTO, Rosane Teresinha Carvalho (2020). "*Los Límites Y Posibilidades De La Justicia Restaurativa En América Latina: La Experiencia De Chile.*" Revista Em Tempo vol. 19, n° 1.

RIZZINI, Irene (2011), *O Século Perdido: Raízes Históricas das Políticas Públicas para Infância no Brasil.* 3 ed. ed. São Paulo: Cortez.

SCHUCH, Patrice (2008), *Tecnologias da não-violência e modernização da justiça no Brasil: o caso da justiça restaurativa.* Porto Alegre, Civitas, v.8, n.3, set.dez. 2008, p. 498-520, 2008.

UNODC, Oficina de las Naciones Unidas Contra la Droga y el Delito (2006). *Manual sobre Programas de Justicia Restaurativa.* ONU. https://www.unodc.org/documents/justice-and-prison-reform/Manual_sobre_programas_de_justicia_restaurativa.pdf

DERECHO A LA PARTICIPACIÓN EFECTIVA DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES²⁸.

El Caso del Proceso Constituyente Chileno

RESUMEN. El informe tiene como finalidad evaluar de manera crítica diferentes instancias de participación de niños, niñas y adolescentes en el proceso constituyente, en virtud de una serie de criterios que serán descritos a la luz de la literatura actual, buscando concluir si han sido participaciones meramente simbólicas, efectivas o han estado encaminadas a ello.

²⁸ Autoras del reporte: María Santa Ahumada Yavar, Javiera Amaya Donoso, Macarena Espinoza Iturra, Javiera Fredes y Varinia Herras.

INTRODUCCIÓN

En Chile, niños, niñas y adolescentes (en adelante, NNA) han sido partícipes de distintos acontecimientos históricos como, por ejemplo, las Movilizaciones Estudiantiles de los años 2001²⁹ (El Mochilazo), 2006 (Revolución Pingüina), 2011³⁰ (Fin al lucro), 2018³¹ (movimiento feminista), cuyos resultados fueron posibles de observar en cambios concretos y urgentes sobre la educación, tales como la extensión del pase escolar durante todo el año desde el 2006, la rebaja de la tasa de interés del Crédito con Garantía Estatal (CAE) a un 2% en el 2013, y la Ley Corta de Gratuidad en el 2015³², entre otros.

Recientemente, NNA fueron protagonistas del estallido social del 18 de octubre de 2019³³. Este ha sido uno de los hitos más relevantes del último tiempo en nuestro país, con un escenario político-social en el que NNA tuvieron un rol fundamental, liderando las primeras movilizaciones y protestas sociales que se desarrollaron durante este período. En este contexto, el 25 de octubre de 2020 se llevó a cabo el plebiscito que dió inicio al Proceso Constituyente³⁴, instancia en la que NNA no pudieron participar mediante el ejercicio del sufragio por no contar con la edad mínima³⁵. De esta manera, se vieron excluidos y privados de su capacidad como

sujetos de derechos y participantes efectivos³⁶, en un proceso que sin duda también les afectará en el desarrollo de sus vidas.

El escenario señalado, nos ha llevado a cuestionar la urgencia que tenemos como país en reconocer el estatus de sujeto de derecho que corresponde a NNA, y en poder determinar los criterios con los que sea posible identificar el real ejercicio de una participación efectiva de ellos/as en el espacio público, social y político. Con esto, no solo se busca reiterar lo importante que es exigirle al Estado, el cumplimiento de sus obligaciones respecto a los derechos que deben ser garantizados en la infancia y adolescencia, sino que también sea posible identificar los beneficios que obtienen NNA en el ejercicio de su participación, siendo entre ellos fundamental, el auto reconocimiento como sujetos de derecho, que les permite y permitirá aportar en la construcción de la sociedad y la democracia, desde cualquier etapa de desarrollo.

En definitiva, este informe tiene como finalidad evaluar de manera crítica diferentes instancias de participación de NNA en el proceso constituyente, en virtud de una serie de criterios que serán descritos a la luz de la

²⁹ El Desconcierto. (09 de mayo de 2021). "Mochilazo 2001: un camino que no se cierra en la constituyente". Disponible en: <https://www.eldesconcierto.cl/opinion/2021/05/09/mochilazo-2001-un-camino-que-no-se-cierra-en-la-constituyente.html>

³⁰ Agrupación Combativa & Revolucionaria. (28 de septiembre de 2008). "Movimiento estudiantil. Un balance de las movilizaciones estudiantiles el 2016". La Izquierda Diario. Disponible en: <https://www.laizquierdadiario.cl/Un-balance-de-las-movilizaciones-estudiantiles-el-2016>

³¹ Luna, P. (17 de mayo de 2018). "El mayo del 2018 chileno: la revolución feminista se toma la educación y la calle en Chile. France 24. Disponible en: <https://www.france24.com/es/20180517-chile-revolucion-feminista-educacion-protestas>

³² Montes, R. (16 de abril de 2015). "Miles de estudiantes chilenos salen a la calle en medio de la crisis política". El País. Disponible en: https://elpais.com/internacional/2015/04/16/actualidad/1429211916_911998.html

³³ Román, C. y Toledo, R. (18 de octubre de 2020). "Los 12 capítulos que dejó el 18-O". Pauta Diario Digital. Disponible en: <https://www.pauta.cl/nacional/resumen-transformaciones-provocadas-18-octubre-estallido-social-chile>

³⁴ Biblioteca del Congreso Nacional de Chile. "Plebiscito 2020". Disponible en: <https://www.bcn.cl/procesoconstituyente/plebiscito2020>

³⁵ Varela, I. (02 de julio de 2021). "De protagonistas a excluidos: las trabas para la participación de NNA en el proceso constituyente". Diario Puroperiodismo. Disponible en: <http://www.puroperiodismo.cl/de-protagonistas-a-excluidos-las-trabas-para-la-participacion-de-nna-en-el-proceso-constituyente/>

³⁶ Defensoría de la Niñez. (26 de mayo de 2020). *Oficio N°379 Emite recomendaciones relativas a la participación de adolescentes en el proceso constituyente*. Disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2021/04/Oficio-N%C2%B0379-Congreso-Solcita-participacio%CC%81n-adolescentes.pdf>

literatura actual, buscando concluir si han sido participaciones meramente simbólicas, efectivas o han estado encaminadas a ello.

DERECHO A LA PARTICIPACIÓN EFECTIVA DE NNA

Los NNA, en Chile, han vivido constantemente estigmatizados como sujetos de protección, es decir, bajo la visión de un modelo tutelar o asistencialista que los mira como un sujeto incapaz. Esto a pesar de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante, CDN), tratado internacional que los reconoce como sujetos de derecho, ya que muchas instituciones dedicadas a la infancia y adolescencia se encontraban, y aún lo están, bajo la doctrina de una situación irregular. En esta misma línea, notamos la falencia que nuestra actual Constitución Política de la República tiene en cuanto al reconocimiento de los derechos de infancia y adolescencia, toda vez que no contiene una normativa expresa, y solo señala en su artículo 5° que la soberanía del Estado reconoce como límite el respeto a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales, a modo general³⁷.

Es por esto que la exclusión y marginación de NNA en la política actual de Chile, ha generado diversos cuestionamientos por quienes sostenemos que son sujetos de derechos y que, por tanto, creemos que sus derechos no solo deben contar con un reconocimiento constitucional, sino que también debe llevarse a la práctica, otorgando espacios políticos en los que NNA puedan desarrollar dichos derechos, entre los cuales, se encuentra precisamente el derecho a la participación, que es uno de los cuatro principios fundamentales reconocidos por la CDN.

Es así, que dentro del Proceso Constituyente se ha reflexionado cómo abrir un espacio en que la participación de NNA sea efectiva. Para esto, nos parece relevante en el presente capítulo establecer qué entendemos por participación efectiva, y diferenciarla de una meramente simbólica, lo que nos permitirá paralelamente comprender por qué es necesaria una participación infantil y adolescente.

Cuando hablamos de participación nos remitimos a los artículos 12 a 17 de la CDN y, con ello, a la Observación General N° 12 referente al derecho del niño a ser escuchado. De esta Convención desprendemos que el derecho a la participación adquiere relevancia toda vez que se transforma en un derecho y, a su vez, en un principio orientador que permite el goce de los demás derechos reconocidos en la CDN y, con ello, permite también un reconocimiento del NNA como un sujeto de derecho³⁸.

En esta misma línea, de acuerdo con el Oficio N° 122/2020 emitido por la Defensoría de la Niñez, el Derecho a ser oído implica también que todo niño, niña o adolescente no solo tiene derecho a expresar su opinión, sino que esta debe ser tomada en cuenta en todos los asuntos que los afectan, de acuerdo con su edad y madurez³⁹. Esto es importante, porque permite *“hacer lugar a las voces de los niños y niñas como expresión válida de sus intereses y opiniones”*⁴⁰. ¿Qué quiere decir? Que es un derecho que necesita que la opinión del niño no solo sea oída, sino que sea capaz de causar impacto en los asuntos que le afectan, de forma que el NNA pueda reconocer que su opinión es validada por el resto de la sociedad.

Es el reconocimiento de la participación y el impacto que esta pueda tener, junto con los demás derechos, lo que permite al niño, niña y adolescente sentirse parte de la sociedad, crearle un interés por involucrarse en espacios sociales y en la toma de decisiones.

Si analizamos lo anterior, es posible afirmar que la participación se *“trata de un Derecho con*

³⁷ Constitución Política de la República de Chile, Artículo 5°.

³⁸ OEA. (mayo de 2010). “A 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño”, p. 14. Disponible en: <http://www.iin.oea.org/pdf-iin/A-20-anos-de-la-Convencion.pdf>

³⁹ Defensoría de la Niñez (2021). *Oficio N° 122/2020: Remite observaciones al proyecto de ley que modifica la ley N°20.370 y otros cuerpos legales, para regular la formación de centros de estudiantes en los establecimientos educacionales y facilitar su participación*

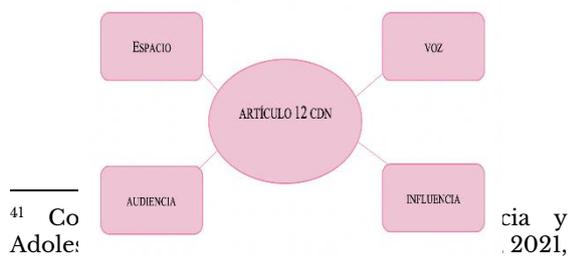
en el proceso constituyente y otras instancias de su interés (boletín N° 14.012-04) y al proyecto de ley que modifica diversos cuerpos normativos, con el fin de fomentar, en el ámbito escolar, la participación e información de las y los estudiantes respecto al proceso constituyente (boletín N°14.003-04) (p. 3). Santiago.

⁴⁰ OEA. (mayo de 2010). “A 20 años de la Convención sobre los Derechos del Niño”, p. 15. Disponible en: <http://www.iin.oea.org/pdf-iin/A-20-anos-de-la-Convencion.pdf>

contenido social, vinculado a la democracia⁴¹. Sin embargo, es un derecho complejo en su ejecución debido a que para que niños, niñas y adolescentes puedan ejercerlo “*deben necesariamente hacerlo en relación con los adultos, es decir, con adultos y estos últimos generan muchas veces escepticismo, prejuicio o desconfianza en la capacidad de los niños, niñas y adolescentes para participar*”⁴². A raíz de esta compleja ejecución del derecho a la participación, nos preguntamos cómo podemos lograr que, habiendo una intervención con adultos, la participación de niños, niñas y adolescentes logre ser genuina y no quede relegada a una apariencia.

Para aquello, es fundamental poder reflexionar cómo entendemos que la participación de niños, niñas y adolescentes es realmente efectiva y no se queda en un simbolismo de participación, es decir, en una mera apariencia. Al respecto, la Defensoría de la Niñez ha señalado que “*una participación efectiva supone la posibilidad de influenciar y efectuar cambios en procesos políticos y sociales a través de instancias de toma de decisión inclusivos*”⁴³, es decir, una participación genuina se traduce necesariamente en que la opinión informada y contribución que NNA realizan en torno a decisiones que les afectan, deben ser reconocidas de forma tal que puedan también tener la posibilidad de modificar sus espacios políticos y sociales.

En este mismo sentido, UNICEF sostiene que, para que una participación infantil sea efectiva, “*se debe apoyar la construcción de una opinión informada por parte de los niños, niñas y adolescentes y promover el asociacionismo como un espacio propio de la infancia y adolescencia y representatividad entre ellos*”⁴⁴.



41 Co Adole: 2021, Universidad Diego Portales.

42 Ibid.

43 Defensoría de la Niñez (19 de febrero de 2022) “Propuesta metodológica para la participación efectiva de Niños, Niñas y Adolescentes”. Disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/12/Documento-Participación-de-NNA-13-12-2019.pdf>

44 UNICEF, ciudades amigas, “Hablemos de participación infantil”, 27 de octubre 2015. Disponible

En razón de todo lo mencionado, es posible sostener que una participación se vuelve efectiva cuando se deja atrás la noción y el prejuicio sobre la capacidad de los NNA a participar, y se promueve un espacio en que estos puedan formarse una opinión informada, capaz de contribuir y modificar sus espacios políticos y sociales. En definitiva, para hablar de una participación efectiva, esta debe ir necesariamente acompañada por determinados factores, que serán tratados a continuación, y que permitan llevar esta importante teoría a la práctica.

MODELOS DE PARTICIPACIÓN: INTERVENCIONES SIMBÓLICAS O EFECTIVAS

Los modelos de participación en la literatura comparada han intentado explicar distintas maneras en las cuales se puede avanzar hacia una participación real y efectiva de NNA en los espacios públicos y políticos. Actualmente, los modelos que han tomado más relevancia son:⁴⁵ 1) El modelo de participación de Hart, 2) Tredeser, Shier y 3) el de la profesora Laura Lundy.

El modelo de la profesora Laura Lundy fue presentado en el “British Educational Journal” en el año 2007, y en él se busca conceptualizar el derecho a la participación de NNA, tal cual se encuentra establecido en el artículo 12 de la CDN. Su objetivo principal es dar prioridad a los responsables de tomar las decisiones, es decir a los NNA, y se plantean 4 áreas que deben concurrir copulativamente para asegurar que la participación sea efectiva, estos son:⁴⁶ 1) espacio, 2) voz, 3) audiencia y 4) influencia.



45 Defensoría de la Niñez (19 de febrero de 2022) “Propuesta metodológica para la participación efectiva de Niños, Niñas y Adolescentes”. <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/12/Documento-Participación-de-NNA-13-12-2019.pdf>

46 “The Lundy model of child participation” https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/lundy_model_of_participation.pdf

Este importante modelo, ha sido el más utilizado por grandes instituciones que se dedican al trabajo en infancia y adolescencia, incluida UNICEF, ya que la realización de los cuatro elementos supone una reinterpretación del artículo 12 de la CDN, sosteniendo una estrecha relación con el derecho a la no discriminación (artículo 2 CDN) y el derecho a obtener dirección y orientación de los adultos (artículo 5 CDN), derecho a la información y el interés superior del niño (artículo 3CDN). En detalle, estas cuatro áreas que aborda el modelo involucran⁴⁷:

Espacio: Una participación efectiva contempla entregar un espacio seguro e inclusivo para que los NNA expresen sus opiniones.

Voz: Supone que se entrega información apropiada que facilita la expresión de las opiniones de NNA.



Para que la opinión de NNA pueda ser expresada, se requiere de un espacio óptimo y seguro que les permita desenvolverse sin discriminación alguna, además de contar con protocolos necesarios en caso de que uno/a de los/as NNA revele o dé a conocer una situación de vulneración de derechos. Asimismo, se debe entregar a los/as NNA toda la información necesaria para que ellos/as comprendan y entiendan el impacto que tendrá su participación y opinión dentro de las instancias políticas y sociales a las que concurren.

Audiencia: Se debe asegurar que las opiniones de NNA están siendo comunicadas a alguien con la responsabilidad de escucharlas.

Influencia: Asegurar que las opiniones de los NNA están siendo consideradas seriamente y que se están tomando acciones al respecto de ellas, cuando corresponda.

La audiencia requiere que los NNA que concurren a las instancias políticas y sociales sean comunicadas a alguien que tenga la responsabilidad de escucharlas, y además estas opiniones vertidas deben ser tomadas en cuenta por estas personas.

Lo anterior, son finalmente los criterios relevantes que se deben adoptar y considerar en todas las instancias que se puedan generar en torno a este proceso constituyente, los que deben concurrir siempre copulativamente para asegurar la participación efectiva de los NNA.

La participación efectiva sólo es posible, en la medida que se generen las condiciones para que los NNA intervengan en un espacio seguro que les permita informarse y entregar, cuando estimen conveniente, su opinión respecto a los asuntos que le conciernen. Debe entenderse que la participación de NNA en el espacio público es una posibilidad para influir y efectuar cambios que les afectan de manera directa, mejorando así la calidad de las decisiones que se pueden tomar por parte de los adultos. Esta participación debe, a su vez, relacionarse con la autonomía progresiva de cada NNA, asociada a sus vivencias y experiencias de vida, ya que de lo contrario sólo abordaría su opinión de una forma simbólica, como el profesor Hart explica en su concepto de Tokenismo, en el cual refiere a la posibilidad de que NNA den a conocer su opinión, pero teniendo voz solo en apariencia, no siendo considerada por las personas que recogen dichas opiniones.

Los NNA son sujetos de derechos activos, por ende, la promoción y realización de sus derechos y el reconocimiento de ellos, además de la consideración de su autonomía progresiva, solo es posible en la medida de que la participación sea efectiva. En este sentido, la metodología de participación propuesta en los proyectos vinculados al Proceso Constituyente debe atender a recoger la opinión de los NNA estableciendo mecanismos eficientes y efectivos que permitan que sus consideraciones puedan ser integradas en la discusión constituyente, propendiendo a la generación de instancias en las que sean los mismos NNA quienes dirijan y modifiquen las dinámicas en torno a sus propios intereses y necesidades.

⁴⁷ Defensoría de la Niñez (2020) “Informe Anual 2020, Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescentes en Chile” Páginas 550 a 553.

INSTANCIAS DE PARTICIPACIÓN DE NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

En el presente capítulo se observarán diversas instancias y proyectos de participación de NNA durante el proceso constituyente, con el objetivo de analizar y determinar posteriormente, en qué medida es posible identificar una participación efectiva de niños, niñas y adolescentes.

Proyecto de Ley votación menores de 14 años en plebiscito de salida

El 28 de abril de 2021 el Diputado Boris Barrera presentó el proyecto de reforma constitucional, que pretende modificar el artículo 142 de la actual Constitución Política, con el objetivo de incorporar una norma excepcional que pueda habilitar el sufragio desde los 14 años, debiendo haberlos cumplido al momento en que se realice el plebiscito de salida del proceso Constitucional⁴⁸. Actualmente este proyecto no se ha promulgado, pero resulta de manifiesto que, en el caso de aprobarse, significa una oportunidad directa a NNA de ser partícipes del proceso constituyente, aunque sería en un momento posterior del proceso.

Iniciativa Popular de Norma

La Convención Constitucional estableció en su Reglamento de Mecanismos, Orgánica y Metodologías de Participación y Educación Popular Constituyente, un mecanismo de participación popular llamada iniciativa popular de norma, a través de la cual fue posible para una diversidad de personas, presentar una propuesta de articulado respecto a una materia de rango constitucional. En particular, el artículo 34 del

⁴⁸ Yáñez, A. (29 de abril de 2021). *Presentan proyecto que busca el derecho a voto de jóvenes sobre 14 años en el plebiscito de salida de la nueva Constitución*. Contexto. Disponible en: https://plataformacontexto.cl/contexto_factual/pr-esentan-proyecto-que-busca-el-derecho-a-voto-de-jovenes-sobre-14-anos-en-el-plebiscito-de-salida-de-la-nueva-constitucion/

⁴⁹ Convención Constitucional. Reglamento de Mecanismos, Orgánicas y Metodológicas de Participación y Educación Popular Constituyente (Aprobado en sesiones de fecha 14 de septiembre y 5, 6 y 7 de octubre de 2021). Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2021/10/Reglamento-definitivo-Participacion%CC%81n-Popular-final-modificado-2.pdf>

Reglamento, considera que estas iniciativas podrían ser apoyadas mediante “declaración suscrita por personas mayores de 16 años”.⁴⁹ Este proceso culminó, teniendo entre los firmantes a 21.295 menores de edad de un total de 980.332 personas, por lo que la participación de niños, niñas y adolescentes (NNA) en el proceso correspondió al 2,22%.⁵⁰

Cabildos Constituyentes de Niños, Niñas y Adolescentes

La Secretaría Técnica de la Convención Constitucional en conjunto con la Comisión de Participación Popular han considerado mecanismos, estrategias y metodologías, con el propósito de garantizar espacios seguros para la participación de los NNA e incidencia efectiva de sus opiniones. Entre ellos se encuentra la realización de cabildos, que es aquel “espacio de expresión democrática, donde NNA tienen la experiencia de proponer y discutir sobre la nueva constitución a partir de los problemas que afectan su vida cotidiana y la de su comunidad”⁵¹.

En la Plataforma Digital de Participación Popular de la Convención Constitucional, se publicaron más de 10 cabildos en los que participaron directamente NNA. Entre ellos se destaca el cabildo constituyente “Las ideas de niños/as y jóvenes deben estar en la nueva Constitución”, cuyo objetivo fue propiciar información para el involucramiento y participación de jóvenes del Centro Semicerrado La Cisterna, en el proceso de discusión y redacción de una nueva Constitución. En el encuentro se definieron 6 temas vinculados con la vida y cotidianidad de los jóvenes, desarrollándose preguntas específicas que dieron espacio a la reflexión. Lo anterior, fue guiado por moderadores para favorecer el diálogo, y posteriormente se

⁵⁰ Fuentes, C. y Navarrete, J. (04 de febrero de 2022). *Radiografía de quienes firmaron por las iniciativas populares de norma de la Convención Constitucional: mayoría mujeres y jóvenes. La Tercera*. Disponible en: <https://www.latercera.com/reconstitucion/noticia/radiografia-de-quienes-firmaron-por-las-iniciativas-populares-de-norma-de-la-convencion-constitucional-mayoria-mujeres-y-jovenes/ARXGY4NI2FGIFO42CJ7JBQX2A/>

⁵¹ Equipo desarrollador Facultad de Ciencias Sociales Universidad de Chile. *Voces Constituyentes. Metodologías de participación con niñas, niños y adolescentes para el proceso constituyente*. Disponible en: <http://programainfancias.uchile.cl/wp-content/uploads/2021/05/Voces-constituyentes-Metodologi%CC%81as-de-participacio%CC%81n-con-nin%CC%83as-nin%CC%83os-y-adolescentes-para-el-proceso-constituyente-4.pdf>

sistematizó la información otorgada por los participantes⁵².

PROYECTO PRESENTES: ADOLESCENTES PARA EL PROCESO CONSTITUYENTE

La organización alemana CRISP junto con la Defensoría de la Niñez, la Universidad Metropolitana de Ciencias de la Educación, el Colectivo Universitario de Vinculación y Comunicación (CIVIC) y Observa Ciudadanía, desarrollan este proyecto con el objetivo de promover la participación de NNA en el actual proceso constituyente, mediante la realización de juegos de simulación, en el que se otorgan herramientas de educación cívica y recogen sus opiniones, expectativas y propuestas sobre la nueva Constitución⁵³.

En detalle, la primera fase del proyecto consiste en que los/as participantes forman parte de un juego de simulación que refleja los conflictos de nuestra sociedad, debiendo asumir roles y definir eventuales soluciones a problemas que afectan colectivamente⁵⁴. En la segunda fase, se vincula la actividad anterior con el proceso de redacción de la nueva Constitución, generando un espacio de reflexión con el objetivo que NNA comprendan que la participación efectiva y el diálogo permite llegar a acuerdos. Posteriormente se les explican sus derechos, en particular a expresar opiniones y participar en instancias importantes para ellos/as, como lo es el proceso Constituyente, momento en que NNA comparten sus expectativas y las valoran grupalmente, para culminar con la exposición voluntaria de deseos personales para la nueva Constitución⁵⁵.

EFFECTIVIDAD DE LAS INSTANCIAS EN CUANTO A LA PARTICIPACIÓN

Los proyectos mencionados anteriormente permiten apreciar que hay distintas formas

de participación en cuestiones relacionadas a la Convención Constitucional, sin embargo, no en todas se podría hablar a secas de que representan una instancia de participación efectiva.

Por ejemplo, si bien el proyecto de ley que busca que menores de edad puedan votar desde los 14, entrega lo que Lundy denominaría el espacio y la influencia, no asegura que haya una audiencia encargada de recibir las opiniones de estos, ni un espacio propicio a que la votación sea informada y no manipulada. Es decir, este proyecto no garantiza que haya una participación efectiva, ya que para esto debe ir acompañado de otras instancias que se dediquen a informar sustancialmente sobre el proceso constituyente de una forma adecuada a su desarrollo.

En cuanto a la Iniciativa Popular de norma, es rescatable que se haya permitido que personas mayores de 16 años hayan podido votar, sin embargo, sigue siendo necesario cuestionarse si se cumple con los requisitos señalados por Lundy, en particular a lo que respecta al espacio y la audiencia, ya que, si bien la plataforma era bastante “amigable” y fácil de usar, no aseguraba que la votación o proposición fuera informada, ni mucho menos con fundamento plausible. En el caso en que se crea que sí lo fue, pues estaríamos frente a un proyecto que cumplió con el estándar necesario para hablar sobre participación efectiva, pero no hay que olvidar que esto solo incluía a adolescentes desde los 16 años.

Finalmente, en cuanto a los Cabildos Constituyentes y el Proyecto Presentes, es posible vislumbrar en este trabajo una intención de generar herramientas para que NNA puedan dar una opinión sobre el proceso constituyente, pero de forma más amigable con los participantes, que los vinculaba con problemas o situaciones que son parte de su cotidianidad, provocando que incluso puedan levantar propuestas o ideas que deberían poder ser tomadas en cuenta al momento de redactar la nueva constitución. Y frente a esta situación, estas instancias deberían ser homologadas como iniciativa del Estado, y que fuera parte del proceso

⁵² Plataforma Digital de Participación Popular. *Cabildo Constituyente “Las ideas de niños/as y jóvenes deben estar en la nueva Constitución”*. Disponible en: <https://plataforma.chileconvencion.cl/m/cabildos/detalle?id=3938>

⁵³ Proyecto Presentes: Adolescentes para el proceso constituyente. Disponible en: <https://presentes.crisp-berlin.org/>

⁵⁴ Resumen Ejecutivo. Presentes: Adolescentes para el proceso constituyente (enero 2022). Disponible en: https://presentes.crisp-berlin.org/fileadmin/Resultados/RESUMEN_EJE_CUTIVO_ENERO_2022_final_1.pdf

⁵⁵ Ibid.

constituyente como tal, es decir, generando una influencia en el texto final.

Al respecto de estas dos instancias, cabe decir que satisfaría los criterios de voz, espacio y audiencia, en palabras de Lundy, sin embargo, no en la influencia. Y esto se relaciona a lo mencionado recientemente, no hay mandato hacia la convención constituyente para que tome en cuenta lo concluido en estas instancias, quedando a voluntad de los constituyentes el informarse sobre esto.

De todas formas, se puede apreciar que Proyecto Presente es el que se encuentra más cercano a lograr una participación efectiva como tal, faltando solo una voluntad política que haga vinculante lo concluido en estas actividades.

CONCLUSIONES

Teniendo en cuenta lo anterior, podemos afirmar que la regulación del derecho a la participación de NNA en el ámbito normativo actualmente es más que deficiente, debido a que genera que este grupo de la sociedad no cuente con una garantía que permita que su voz sea escuchada y considerada, imposibilitando que se constituyan como actores políticos de la sociedad. Aún atendiendo la CDN que regula el derecho a la participación, y que constituye derecho para Chile por medio de la aplicación del artículo 5° de la Constitución Política de la República, podemos afirmar que no se cumple con lo ordenado en esta normativa, ya que el Estado no garantiza ni procura la participación de NNA, y las instancias de participación que han existido no han superado lo simbólico, pudiendo representarse en los primeros dos criterios del modelo Lundy; voz y espacio, es decir, los NNA son escuchados pero su opinión no tiene incidencia ni es vinculante.

Para modificar esto, se deben realizar instancias de participación que sea efectiva, es decir, una en que los NNA puedan reflexionar, opinar, que su opinión sea escuchada, y que tenga incidencia en el tema propuesto. En el caso de Proyecto Presentes, los juegos de simulación son una instancia en que los NNA se tienen que hacer cargo de la resolución de un conflicto, poniendo en práctica una participación en que la voz de los NNA es escuchada y relevante. En este

sentido, si bien el trabajo hecho por Proyecto Presentes se encarga de establecer mecanismos que hagan real la participación efectiva de NNA, es posible hacer el cuestionamiento al Estado, dado que, al ser una iniciativa privada, tendrá dificultades en el alcance a nivel país a diferencia del impacto que tendría lo anterior como una política pública, que se encargarse de llegar al espacio de NNA pertenecientes a distintas regiones, etnias, e incluso clases sociales.

Junto con esto, se debe avanzar en un reconocimiento constitucional expreso del derecho a ser oído, como mandata el artículo 12 de la CDN. Es así que esperamos una nueva Constitución cuyos artículos avancen hacia el establecimiento de los NNA como sujetos de derecho, y que estén orientados hacia el respeto de estos, estableciendo además garantías para que se satisfagan integralmente su derecho a la participación efectiva.

Actualmente, las instancias que incorporan la participación de esa forma son escasas, siendo así que las existentes sean insuficientes para lograr a cabalidad el derecho que tienen los NNA. Aspiramos a que en un futuro existan oportunidades gestionadas y realizadas por NNA, o a la par de adultos, pero en que puedan formar una opinión que sea considerada e incluida en la toma de decisiones, pudiendo así formar parte del debate político y social del país, ejerciendo su legítimo derecho a la participación y constituyéndose como sujetos de derechos, cambiando el paradigma actual de la relación del Estado de Chile y los NNA.

La violencia contra niños, niñas y adolescentes es un fenómeno global que traspasa fronteras geográficas, culturales y estratos sociales, pero que varía de acuerdo con diversos factores sociales, culturales, económicos, familiares, personales y jurídicos que deben visualizarse de manera local en cada comunidad⁵⁶.

⁵⁶ GUTIÉRREZ y ACOSTA (2013), *La Violencia Contra Niños Y Niñas: Un Problema Global De Abordaje*

Local, Mediante La Investigación Acción Participativa, Pp. 266 Y 267.

REFERENCIAS

Defensoría de la Niñez (19 de febrero de 2022) “*Propuesta metodológica para la participación efectiva de Niños, Niñas y Adolescentes*”. <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2019/12/Documento-Participación-de-NNA-13-12-2019.pdf>

“The Lundy model of child participation” https://ec.europa.eu/info/sites/default/files/lundy_model_of_participation.pdf

Defensoría de la Niñez (2020) “*Informe Anual 2020, Derechos Humanos de Niños, Niñas y Adolescentes en Chile*” Páginas 550 a 553. https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2021/04/ia2020_parte3_cap3.pdf

Convención Constitucional. Reglamento de Mecanismos, Orgánicas y Metodológicas de Participación y Educación Popular Constituyente (Aprobado en sesiones de fecha 14 de septiembre y 5, 6 y 7 de octubre de 2021). Disponible en: <https://www.chileconvencion.cl/wp-content/uploads/2021/10/Reglamento-definitivo-Participacio%CC%8In-Popular-final-modificado-2.pdf>

Proyecto Presentes: Adolescentes para el proceso constituyente. Disponible en: <https://presentes.crisp-berlin.org/>

Resumen Ejecutivo. Presentes: Adolescentes para el proceso constituyente (enero 2022). Disponible en: https://presentes.crisp-berlin.org/fileadmin/Resultados/RESUMEN_EJECUTIVO_ENERO_2022_final_1.pdf

VIOLENCIA E INFANCIA⁵⁷

Una mirada a la violencia estructural e institucional

RESUMEN. La violencia es un fenómeno global que traspasa las fronteras geográficas, culturales y sociales. Dentro de los tipos de violencia que se pueden ejercer se encuentran las denominadas Violencia Estructural y Violencia Institucional. Ambas son tipos especiales de violencia que los autores han utilizado para graficar situaciones en las que se no se aprecia un agente directo del daño, como es la violencia directa, y que trae aparejada a una serie de consecuencias que profundizan las problemáticas geográficas, culturales y sociales en las cuales, por ejemplo, se ven afectados niños, niñas y adolescentes. La violencia contra niños, niñas y adolescentes puede tomar muchas formas y el presente reporte se propone realizar distinciones conceptuales previas, que son necesarias para analizar la violencia en contra de ellos, por tanto, se abordarán las definiciones conceptuales, sus similitudes y diferencias, que se pueden apreciar en la literatura de las denominadas violencia estructural y violencia institucional.

⁵⁷ Son autores de este reporte Antonia Marcela Porte Stefoni, Magdalena Paz Fernández Bravo, Ives Alejandro Tapia Cubillos, María Fernanda Sanfurgo Fonca, Amanda Paz Poblete Alfaro, Víctor Hugo Ahumada Fuentes.

INTRODUCCIÓN

Para entender la violencia ejercida contra los niños, niñas y adolescentes es necesario referirnos, en primer lugar, al concepto genérico de “violencia”, el que se caracteriza por ser un concepto complejo que puede ser analizado desde diferentes aristas, dentro de las que encontramos la violencia estructural e institucional, siendo estas dos el foco de estudio de esta investigación.

De este modo, la finalidad del presente reporte es analizar la violencia estructural e institucional, con el objetivo de brindar apoyo a futuras investigaciones que estudien la proveniencia y los factores influyentes en la violencia ejercida, por ejemplo, contra los niños, niñas y adolescentes, entendiendo que primeramente se debe conocer la diferencia y semejanza entre ambos tipos de violencia.

Cabe recalcar que tanto la violencia estructural, como la institucional han sido analizadas por diferentes autores, sin embargo, no parece existir un consenso sobre lo que se entiende por cada una de ellas, por lo que no es fácil marcar un límite claro entre ambos conceptos. Con este trabajo se busca delimitar éstos por medio de la recopilación de lo que diferentes autores suscriben a cada tipo de violencia.

La hipótesis que desarrollaremos en el presente trabajo consiste en que tanto la violencia estructural como la institucional corresponden a conceptos diferentes, pero que poseen una alta gama de elementos comunes, y otros tantos diferenciadores. Para ello, el reporte partirá haciendo una breve referencia al concepto de violencia, para luego desarrollar qué es lo que han entendido diversos autores, instituciones y

leyes sobre los conceptos de violencia institucional y estructural. Posteriormente, veremos qué elementos son posibles de identificar en ambos tipos de violencia, para finalizar estableciendo aquellos factores comunes y diferenciadores.

La importancia de hacer esta distinción es que nos permite evitar confusiones al momento de estudiar ambos tipos de violencia, y proporciona herramientas para subsumir un hecho, acción u omisión en alguno de estos tipos de violencia. La distinción que se propone en el presente trabajo es útil para analizar y distinguir cualquier hecho de violencia institucional o estructural, sin embargo, en esta ocasión nos enfocaremos en aquellos casos en los que esos tipos de violencia son ejercidos en contra de niños, niñas y adolescentes.

SOBRE VIOLENCIA ESTRUCTURAL E INSTITUCIONAL

La Real Academia Española define violencia de 4 formas distintas, la primera de ellas dice relación con la cualidad de una persona violenta, en cambio las tres restantes hacen alusión a la violencia como acción, entendiéndola como: 1) acción de violar a una persona; 2) acción violenta o contra el natural modo de proceder; y 3) acción y efecto de violentar o violentarse⁵⁸.

Para algunos autores la violencia se entiende como la disparidad evitable entre la capacidad potencial para satisfacer las necesidades básicas y su cumplimiento real⁵⁹. Para Galtung la violencia es el “*deterioro evitable de las necesidades humanas fundamentales o, para decirlo en términos más generales, el deterioro de la vida humana, que reduce el grado real en que alguien es capaz de satisfacer sus necesidades por debajo de lo que de*

⁵⁸ Real Academia Española (2014), <https://dle.rae.es/Violencia>

⁵⁹ Ho (2007). *Structural Violence As A Human Rights Violation*, P. 1.

otro modo sería posible⁶⁰. Por su parte, Tortosa la conceptualiza como la acción y efecto de sacar algo o a alguien de su estado natural usando para ello de la fuerza⁶¹.

La violencia se puede manifestar de variadas formas, sus modalidades pueden ser: violencia física, negligencia, explotación sexual, prácticas tradicionales perjudiciales, entre otras. Dichas violencias, se configuran por determinados factores sociales, culturales, económicos, familiares, personales, jurídicos, entre otros, los cuales convergen en los ámbitos locales de cada sociedad⁶². En cualquiera de esos casos, cuando es ejercida en contra de niños, niñas y adolescentes su reconocimiento como sujetos de derecho se invisibiliza. Pese a la variedad de modalidades y factores en que se presenta la violencia, los fenómenos más complejos de analizar son la violencia estructural e institucional, sea por la dificultad de conceptualizarlas, por los elementos que la componen o por sus similitudes y diferencias, que llevan a muchos autores a utilizarlas como sinónimos o simplemente a confundirlas, por lo que se hace menester delimitar ambas.

La dogmática ha estudiado el fenómeno de la violencia estructural, dando diversos significados. Para Kent, la violencia estructural es el daño impuesto por algunas personas a otras indirectamente, a través del sistema social, mientras persiguen sus propias preferencias⁶³. La violencia estructural no es posible visibilizarla en eventos específicos pero sus efectos son observables a nivel de la sociedad como deficiencias sistemáticas a la calidad de vida de ciertas personas. El daño que se provoca a las personas es indirecto, a menudo se presenta a través de procesos lentos y constantes, sin perpetradores claramente identificables⁶⁴. Kent se refiere a la mortalidad infantil, como una manifestación clara de violencia estructural

en contra de niños niñas y adolescentes a nivel mundial, en este caso, tal como señala la conceptualización del autor, el daño es indirecto, la causa de muerte en la mayoría de los niños no es asesinato, sino una combinación de malnutrición y enfermedades no mortales como la malaria⁶⁵. En el caso expuesto, la mortalidad infantil es una consecuencia del sistema social imperante, muchas veces ocurre que los gobiernos tienen otras prioridades, siendo éstas a donde se destinan los recursos. Como se mencionó, el perpetrador en el caso expuesto no es claramente identificable, ya que la muerte de los infantes es provocada por factores que no dicen relación con la intención de un individuo particular que quiera realizar ese daño⁶⁶.

Para otros autores, la violencia estructural está asociada a la injusticia social y debe entenderse como un tipo de violencia indirecta, que impide que las necesidades humanas de la población sean satisfechas. Como señala Galtung⁶⁷, el concepto se vincula con la violencia directa, entendida como la acción de implicar daño por parte de una persona a otra, y la violencia cultural, que se refiere a los elementos de la cultura, que pueden justificar o legitimar alguna de las dos formas de violencia⁶⁸.

Para UNICEF, la violencia estructural tiene pilares fundamentales que permiten conceptualizarla. El primero de ellos es la interacción de factores económicos, políticos y sociales incrustados en la forma en que la sociedad está organizada que trae como consecuencia inequidad por explotación de ciertos grupos, lo que crea desigualdad de oportunidades en la vida de ellos⁶⁹; el segundo pilar es la inequidad como manifestación de dinámicas de poder desiguales inherentes en las estructuras de la sociedad; el tercero es el reforzamiento y mantenimiento de la violencia estructural aceptada por tradición y normas sociales

⁶⁰ Ibid., P. 3.

⁶¹ Tortosa (2003). *Violencias Ocultadas*. P. 61.

⁶² Gutiérrez Y Acosta Op.Cit., P 262.

⁶³ Kent (2006) *Children As Victims Of Structural Violence*, P. 53.

⁶⁴ Ibid., P. 55.

⁶⁵ Ibid., P. 56.

⁶⁶ Ibid., P. 58.

⁶⁷ V. Galtung (1989), *Violencia Cultural*.

⁶⁸ Tinoco-García Et Al (2019), *Jóvenes, Contextos De Violencia Estructural Y Ciudadanía*, P. 75.

⁶⁹ Unicef (2018), *Structural Violence Against Children In South Asia*, P. 10.

por la vía intergeneracional; y, el último pilar, corresponde a la invisibilización de este tipo de violencia por estar normalizada por instituciones (gubernamentales o no) y experiencia regular. En este sentido, la violencia estructural se puede entender como patrones de diferencias dentro de estructuras sociales a gran escala, sean diferencias de poder, riqueza, privilegios, educación o salud, que son injustas y desiguales⁷⁰.

Por último, La Parra y Tortosa estiman que la violencia estructural alude a la existencia de un conflicto entre 2 o más grupos de una sociedad en que el reparto, acceso o posibilidad de uso de los recursos es resuelto sistemáticamente a favor de alguna de las partes y en perjuicio de las demás, como consecuencia de los mecanismos de estratificación social⁷¹. Su causa son los procesos de estructuración social y no requiere de ninguna forma de violencia directa para que tenga efectos negativos sobre las oportunidades de supervivencia, bienestar, identidad y/o libertades de las personas⁷².

Un ejemplo de violencia estructural en Chile, al que se refiere Ester Valenzuela, es el de niños, niñas y adolescentes en cuidado alternativo residencial. De acuerdo con la autora, la violencia en este caso es estructural, en primer lugar, porque la pobreza es un factor determinante tanto en la separación de los niños, niñas y adolescentes de sus familias, como en los abusos sufridos por los mismos y de la impunidad de dichas conductas. En segundo lugar, el sistema de protección judicial opera con posterioridad a la vulneración de derechos, no existiendo planes de prevención y detección de riesgo, a su vez, tampoco existe un trabajo con la familia de niños, niñas y adolescentes, con el objetivo de lograr la reunificación familiar que respete su derecho a vivir en familia. Por otra parte, son numerosas las denuncias

sobre vulneraciones de derechos en estas instituciones, el riesgo de violencia es mucho mayor para niños niñas y adolescentes en este contexto y no han existido tampoco propuestas de reparación para ellos o sus familias. A todo ello debe agregarse la visión subsidiaria existente en la asignación de recursos, así como la falta de coordinación entre distintas instituciones y que la legislación vigente contribuye a asentar esta violencia institucional, por ejemplo, como lo era la ausencia de una ley de garantías y protección de la infancia⁷³. Tal como señala la autora, en este caso “*la desigualdad económica, social y cultural atraviesa transversal y estructuralmente el problema*”⁷⁴, lo que, de acuerdo con los conceptos reseñados precedentemente, constituye una característica propia de este tipo de violencia.

Por su parte, la violencia institucional podemos entenderla como formas de violencia practicada por instituciones del Estado, sus órganos y agentes en función de mantenimiento de la ley y el orden⁷⁵.

En el caso de Argentina, los Ministerios de Educación, y de Justicia y Derechos Humanos, entienden la violencia institucional como un fenómeno restringido que se refiere a situaciones concretas que involucran necesariamente 3 componentes: prácticas específicas, como el asesinato o la tortura; que sean ejercidas por funcionarios públicos; y, que se den en contextos de restricción de autonomía y libertad⁷⁶. Se habla de violencia institucional para referirse a un conjunto amplio de circunstancias y situaciones que, ejercidas desde instituciones del Estado por medio de sus funcionarios, tienen como consecuencia la vulneración y violación de derechos de las personas. Dichas prácticas se desarrollan de forma sistemática y estructural, como acciones u omisiones y tienen como resultado retardar, obstaculizar o impedir el acceso y garantía a los derechos humanos⁷⁷.

⁷⁰ Ibid., P. 11.

⁷¹ La Parra Y Tortosa (2003), *Violencia Estructural: Una Ilustración Del Concepto*, P. 57.

⁷² Ibid., P. 60.

⁷³ Valenzuela (2021), *Violencia Estructural En Niños, Niñas Y Adolescentes En Contexto De Cuidado Alternativo Residencial*, P. 109 Y Ss.

⁷⁴ Ibid., P. 112.

⁷⁵ Valenzuela Op.Cit., P. 104.

⁷⁶ Armida Et Al (2015), *Los Derechos Humanos Frente A La Violencia Institucional*, P. 13.

⁷⁷ Ibid., P. 23.

Un caso paradigmático en que se ejerció violencia institucional en contra de un adolescente ocurrió en Argentina en 1991, donde el Estado de Argentina fue condenado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en 2003⁷⁸. La víctima, un joven de 17 años, fue detenido en una de las denominadas razzias (detenciones masivas), de la Policía Federal. Una vez en la comisaría fue golpeado por agentes policiales, posteriormente fue trasladado para recibir atención médica y falleció a los pocos días producto de las lesiones. En ningún momento se notificó a los padres o a un Juez de lo ocurrido al adolescente y a la fecha no existe un pronunciamiento judicial firme por parte de las autoridades argentinas⁷⁹. En este caso es posible identificar los tres componentes a los que se refieren los Ministerios de Educación, y de Justicia y Derechos Humanos de ese país. Al definir la violencia institucional, la práctica específica en este caso sería la golpiza sufrida por el joven, ejercida por funcionarios policiales y por tanto públicos, en un contexto de restricción de libertad, en calidad de detenido en la Comisaría. Cabe hacer presente, que este último componente, restringe el concepto de violencia institucional y no es considerado por todos los autores como necesario para estar frente a este tipo de violencia.

En México la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia del año 2007, en su artículo 18, define violencia institucional como los actos u omisiones de las y los servidores públicos de cualquier orden del gobierno, que discriminen o tengan como fin dilatar, obstaculizar o impedir el goce y ejercicio de los DDHH de las mujeres, así como su acceso al disfrute de políticas públicas destinadas a prevenir, atender, investigar, sancionar y erradicar los diferentes tipos de violencia.

Un análisis más acucioso de la violencia institucional lo plantea Barrientos, quien señala que la tipificación que más se adecúa a dicho a dicho concepto, es aquella que entiende que la violencia institucional

involucra tratos incompatibles con el Estado de Derecho, ejecutados por funcionarios públicos, por otras personas en ejercicio de funciones públicas o por particulares que actúen bajo su consentimiento o aquiescencia⁸⁰. Así, la violencia institucional no sólo remite a hechos ilícitos, sino también a amenazas o potencial restricción de un derecho subjetivo, colectivo o intereses difusos. Se manifiesta en prácticas concretas y hechos, omisiones o actos aislados que así la materializan, sea en espacios administrados por el Estado o en cualquier espacio que implique la concreción de cualquier función del Estado. Finalmente, puede ser ejercida por todo aquel funcionario público, en el que el estado desarrolla sus funciones, por sí o a través de terceras personas.

ELEMENTOS DE AMBOS TIPOS DE VIOLENCIA

A raíz del trabajo de elaboración que han hecho diferentes autores al definir la violencia institucional y la violencia estructural, es posible identificar elementos fundamentales que componen a cada concepto. Como se logró evidenciar en el capítulo anterior, actualmente se discuten diversas definiciones de lo que se entiende por violencia institucional y estructural, siendo posible señalar que ambos conceptos están relacionados directamente con la distribución de la riqueza de una sociedad, políticas públicas, prioridades y enfoques sociales. Sin embargo, debido a que ambos son conceptos complejos, siguen identificándose dificultades para marcar el límite entre cada uno. Para lograr ello, se requiere de un análisis detallado que identifique los elementos que los componen, los que son posibles de extraer de las mismas definiciones aportadas por los autores, y que pasaremos a analizar. En primer lugar, estudiaremos los elementos de la violencia institucional, y en segundo los de la violencia estructural.

Respecto a la violencia institucional, el primer elemento que se identifica

⁷⁸ V. Corte Interamericana De Derechos Humanos, Caso Bulacio Vs. Argentina (2003).

⁷⁹ Armida Op.Cit., P. 22.

⁸⁰ Barrientos (2016), *Violencia Institucional: Hacia Un Nuevo Enfoque*, P. 14.

corresponde al sujeto que la ejerce, identificando al propio Estado o a los poderes públicos. Si bien, este elemento es una opinión compartida por varios autores, es necesario detenernos en algunos de ellos. En primer lugar, mencionaremos a Salamanca quien señala que *“no dejan de existir situaciones en las que el propio Estado o los poderes públicos directamente relacionados con él incumplen, de alguna manera, lo regulado y es entonces cuando podemos hablar de ‘maltrato institucional o del sistema’*⁸¹. Por tanto, es dable entender que Salamanca parte de la base que es el Estado o los poderes públicos quienes ejercen la violencia institucional.

Este elemento se puede ver plasmado en el análisis realizado en la resolución del caso que condena a un funcionario policial de la 4° Comisaría de Santiago por apremios ilegítimos cometidos por empleados públicos contra alumnas menores de edad de un establecimiento educacional⁸².

El 4° Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago acreditó en la sentencia que el condenado era un carabinero activo en el momento de la ocurrencia de los hechos y que ejercía el cargo de Mayor de Carabineros. En este sentido, en el considerando Décimo señala que el funcionario policial *“(…) efectuó, sin mediar motivo ni aviso alguno, un disparo hacia donde se encontraban niñas, principalmente, aparte de algunas docentes, todas las cuales estaban, en dicho momento, absolutamente indefensas. Por lo que ese actuar, apartado, además, como se ha dicho de toda legalidad, claramente constituye un abuso de sus funciones como Carabinero. Ya que era él y sólo él quien portaba un arma de fuego (escopeta antimotines con munición no letal), sólo él era quien debía manejar y evaluar la situación en la que se encontraba y, solo él era quien estaba designado, en su calidad de jefe de Unidad, a impartir las ordenes necesarias para el restablecimiento del orden público, que, en ese momento, ya había sido restablecido, por cuanto, como se dijo, su misión era sacar a las personas*

*del liceo. Por lo que su actuar claramente configura un abuso de poder, más aún cuando fue efectuado por quien está llamado, entre otras cosas, a proteger a las personas que habitan el país y en especial a las niñas y adolescentes”*⁸³ (énfasis agregado).

En esta misma línea encontramos a Barrientos quien, en el contexto de la crítica que realiza a ONGs argentinas por la definición entregada de violencia institucional al Comité de DDHH de las Naciones Unidas, propone que la violencia institucional no debe ser acotada solo a la función gubernativa, ya que, de dicha forma, no se toma en cuenta el hecho de que el estado posee más funciones que han sido relegadas en el estudio de la violencia institucional. El autor agrega, además, que una parte importante de esta clase de violencia es ejercida por la función jurisdiccional del Estado quienes *“en cuyo ámbito de actuación se la enmascara dándole un manto de presunta legalidad como de legitimidad utilizando para ello las resoluciones jurisdiccionales llámese proveídos, autos interlocutorios, sentencias y autos de vista”*⁸⁴. De ello se desprende que el autor considera como ejecutores de violencia institucional al Estado, los poderes públicos, y sus funcionarios, opinión compartida por Encarna Bodelón quien considera que el Estado también puede cometer violencia institucionalizada por medio de sus agentes⁸⁵.

El segundo elemento, refiere a que puede ser ejercida de manera directa o indirecta, y con ello nos referimos a que puede ser la consecuencia de una acción u omisión que conlleva tratos incompatibles con los Derechos Humanos, por lo que no es posible entenderla como una violencia abstracta⁸⁶, sino que corresponde a algo material y tangible, que deriva y se configura en políticas y prácticas institucionales⁸⁷. En lo relativo a la ejecución directa de la violencia entendemos las acciones, que se plasman

⁸¹ Salamanca (2018), *El Maltrato Institucional A Los Niños Y Niñas: Una Aproximación Desde La Praxis Socioeducativa Con Niños Y Niñas En Desventaja*, P. 178.

⁸² V. Cuarto Tribunal De Juicio Oral En Lo Penal De Santiago, Ministerio Público Con Humberto Tapia Zenteno (2023).

⁸³ Ibid., Considerando Décimo.

⁸⁴ Barrientos, Op.Cit., Pp. 13 Y 14.

⁸⁵ Bodelón (2014), *Violencia Institucional Y Violencia De Género*, P. 133.

⁸⁶ Barrientos, Op.Cit., Pp. 2, 4 Y 14.

⁸⁷ Cooper Y Whyte (2018) *Grenfell, Austerity And Institutional Violence*, P. 5.

tanto en un actuar, legítimo o ilegítimo, por profesionales y funcionarios públicos, como en la legislación promulgada por el Estado. Mientras que, la violencia indirecta conlleva omisiones que se configuran por la falta de legislación por parte del Estado, y la falta de aplicación de la legislación por parte de los agentes dependientes del Estado.

En este sentido, Barrientos señala que *“la violencia institucional no solo es posible —como acción típica— a través de la comisión de dicho delito (como hecho ilícito civil) ya se trate a través de la aquiescencia u omisión de las instituciones sino que también es posible poder sostener que también el Estado vulnera los derechos humanos a través de la omisión impropia (comisión por omisión)”*⁸⁸. Por su parte, Bodelón, a propósito de la violencia de género y la violencia institucional, indica que el Estado puede ser un agente que comete formas de violencia de género institucionalizada no sólo por medio del actuar de sus agentes, sino por medio de la responsabilidad que tiene el Estado y sus agentes en la prevención, sanción y erradicación de dichas violencias⁸⁹.

El tercer elemento, hace referencia al contexto en que está enraizada. De este modo, María Victoria Pita entiende violencia institucional como una categoría política local. La autora señala que entendiéndose de esta manera se logra identificar, clasificar y calificar un tipo de prácticas, hechos y estilos institucionales que pueden ser entendidos como violencia institucional⁹⁰. Entenderla de esta forma implica comprender que ella corresponde a una nominación que indica determinadas valoraciones y prioridades sociales. Pita se refiere a esta forma de violencia como una construcción propia, de cada política local, y a la vez progresiva, lo que implica comprender que ella adquiere su significado en virtud de un determinado contexto local como resultado de un proceso histórico particular y específico en el que se moldean sensibilidades legales⁹¹, explicándola como una nominación construida

progresivamente como resultado de la reflexión y la acción de militancia del campo de los DDHH ligada a organizaciones sociales, colectivas y grupos de demanda de justicia⁹².

En cuarto lugar, encontramos un elemento también propuesto por Pita, el cual dice relación con la procedencia de la violencia institucional. Según la autora ella no proviene únicamente a un actuar ilegítimo, y no se debe cerrar el concepto de esa forma, ya que una gran parte de los hechos constitutivos de violencia institucional se dan en el marco de prácticas rutinarias, o formas de proceder, que no siempre se apartan de la legalidad, sino que la mayoría de las veces se desarrollan en procedimientos con respaldos normativos y legales.

De esta forma, la violencia institucional proviene de una práctica rutinaria y legítima. La autora indica que de un trabajo de análisis del corpus casuístico, el que se fue construyendo a través de los años gracias a los litigios, causas y expedientes, dan cuenta de *“su no ajenidad o distancia con la legalidad; y por otra parte, de su vinculación con ciertos discursos en torno a la seguridad y el conflicto que aparecían legitimando qua efectos colaterales la violencia represiva manifiesta, ostensiva y legítima”*⁹³, y que gracias a dicho trabajo de análisis es posible demostrar que una parte importante de las violencias *“aparecían completamente articuladas”*⁹⁴.

Al analizar los elementos que, de acuerdo con las definiciones revisadas, componen la violencia institucional, podemos señalar que en principio existiría acuerdo en cuanto a que ésta es ejercida desde el Estado. Sin embargo, al examinarlo en profundidad vemos que las interpretaciones de este elemento son variadas y van desde el concepto más restringido planteado por el Ministerio de Educación, y de Justicia y Derechos Humanos de Argentina, que se circunscribe *“a funcionarios pertenecientes a fuerzas de seguridad, fuerzas armadas, servicios penitenciarios y efectores de salud en contextos de*

⁸⁸ Barrientos, Op.Cit., P. 15.

⁸⁹ Bodelón, Op.Cit, P. 133.

⁹⁰ Pita (2017), *Pensar La Violencia Institucional: Vox Populi Y Categoría Política Local*, P. 35.

⁹¹ Loc. Cit.

⁹² Loc. Cit.

⁹³ Ibid., P. 37.

⁹⁴ Loc. Cit.

*restricción de autonomía y/o libertad*⁹⁵ a otros más amplios que incluyen diversas funciones y organismos públicos, incluso el poder legislativo. Por otra parte, en cuanto al segundo elemento referente a la forma en la que la violencia es ejercida, existe consenso en que la violencia institucional puede ejercerse a través de acciones u omisiones, pero autores como Boledón incluyen, incluso, la omisión en la prevención de la violencia como una forma de violencia por sí sola. Finalmente, un tercer elemento en el que la literatura revisada no es conteste es respecto a si los hechos constitutivos de violencia institucional son prácticas que se apartan o no de la legalidad, en relación con ello, Pita señala que puede tratarse de prácticas con respaldos normativos y, por el contrario, Salamanca refiere como violencia o maltrato institucional a situaciones en las que el poder público se aparta de las normas que regulan la infancia.

Ahora que ya determinamos los elementos propios de la violencia institucional, nos corresponde identificar los elementos propios de la violencia estructural.

Respecto de la violencia estructural, el primer elemento corresponde al sujeto responsable de ejercer la violencia. En este punto los autores están contestes en que no es posible identificar a un agente específico, sino que corresponde a la sociedad perse, por ende, no involucra un protagonismo obvio. Así las cosas, Perey la entiende como una *“violencia intrínseca de los sistemas sociales, políticos y económicos que gobiernan la sociedad, los estados y el mundo”*⁹⁶. Dicho ello, es necesario mencionar que la mayoría de los autores la entienden como un mecanismo de estratificación social⁹⁷, lo que ratifica la dificultad de determinar un individuo específico precursor de la violencia estructural, siendo esta *“una forma de violencia menos directa, más difícil de visualizar, en la que no siempre es sencillo identificar al agresor, o llegar a conocer a la víctima, y en la*

*que es mucho más difícil conocer los mecanismos que la explican”*⁹⁸.

Lo anterior nos lleva al segundo elemento de la violencia estructural, referente a la forma en que ésta se percibe, siendo posible indicar que los autores la entienden como una violencia indirecta, o menos directa, es decir, una violencia abstracta, que, al no ser ejercida por un sujeto específico, se torna casi imposible determinar cuál es el conducto por el cual se ejerce la violencia. Se entiende como un concepto epistemológico, en el cual la violencia se plasma en un impedimento a satisfacer necesidades básicas, lo que equivale a una injusticia social⁹⁹.

La violencia estructural como violencia indirecta se configura por un *“daño potencialmente evitable en el que a pesar de que no existe un acto identificable que provoca la violencia, éste es explicable a partir de estructuras sociales que producen distribuciones inequitativas del poder y de los recursos”*¹⁰⁰. Esto lo podemos ver ejemplificado en la garantía de la salud, específicamente en la salud mental de los niños, niñas y adolescentes la cual resulta insuficiente para dar cumplimiento con los estándares mínimos nacionales e internacionales. De este modo, la Defensoría de la Niñez señala que *“si bien, recientemente (11 de mayo de 2021) fue promulgada una nueva legislación sobre salud mental, Ley N°21.331, de reconocimiento y protección de los derechos de las personas en la atención de salud mental, esta no aborda áreas críticas como el financiamiento, la participación comunitaria, o completar la reestructuración total de instituciones psiquiátricas con atención de larga estadía tal y como se comprometió el Estado de Chile en la Declaración de Caracas”*¹⁰¹. Por otra parte, en el caso específico de los niños, niñas y adolescentes, no existe una política pública que permita fortalecer y mejorar su salud mental, ya que quienes sufren de dichos trastornos son discriminados en términos generales, viéndose intensificado en el caso de niños, niñas y adolescentes que requieren una

⁹⁵ Armida Op.Cit., P. 13.

⁹⁶ Calderón (2009), *Teoría De Conflictos De Johan Galtung*, P. 75.

⁹⁷ La Parra Y Tortosa, Op.Cit., P. 57.

⁹⁸ Ibid., P. 60.

⁹⁹ Ibid., P. 61.

¹⁰⁰ La Parra Y Tortosa, Op.Cit., P.70.

¹⁰¹ Defensoría De La Niñez (2022). *Estudio De Políticas Públicas Relacionadas Con La Salud Mental De Niños, Niñas Y Adolescentes*, P.8

protección especializada.¹⁰² Por el contrario, la oferta pública de programas ambulatorios del recientemente creado Servicio Nacional de Protección Especializada a la Niñez y Adolescencia, Mejor Niñez, no cuenta con cupos suficientes y tiene listas de espera que superan los tres meses, ya sea para evaluación o para procesos reparatorios en casos de vulneración grave de sus derechos. Asimismo, las plazas de hospitalización de corta estadía en hospitales públicos son insuficientes.

El último elemento, indica que se configura como una violencia sistemática y legitimada por el poder. La mayoría de los autores están de acuerdo con que estas prácticas realizadas por la sociedad y la estructuración de ésta, tiene como consecuencia una distribución desigual y violenta del poder, recursos y riquezas, lo cual corresponde a una conducta legitimada por la sociedad toda vez que constituyen actitudes enraizadas a las prácticas sociales de antaño. En esta línea, *“debido a que los orígenes de la violencia están profundamente arraigados en las prácticas sociales y las desigualdades persistentes, la violencia estructural es sistémica, silenciosa, rutinaria y tan natural como el aire que nos rodea”*¹⁰³, lo que se relaciona directamente con las estructuras del poder.

ELEMENTOS COMUNES Y DIFERENCIADORES DE AMBOS TIPOS DE VIOLENCIA

Teniendo en consideración las múltiples definiciones propuestas por los autores de violencia estructural e institucional, y luego de analizar sus elementos, es posible advertir que ambas comparten elementos comunes y diferenciadores.

Respecto a los elementos comunes entre violencia institucional y estructural, podemos encontrar los siguientes. En relación con su procedencia, es posible indicar que ambos tipos de violencia provienen y se instauran desde el poder, conforme a lo expuesto por Barros y

Barrientos. Por un lado, la primera autora plantea, en el caso de la violencia estructural, que la violencia y poder son conceptos que están derechamente relacionados y que *“no queda duda de que en los casos de desigualdad en la distribución del poder, ésta es una fórmula general que subyace tras la violencia estructural”*¹⁰⁴. Por otro lado, Barrientos, en el caso de la violencia institucional señala que ésta puede producirse por el Estado de forma directa o indirecta, ya sea por actos realizados por funcionarios públicos o autoridades¹⁰⁵. Como podemos apreciar, estos dos tipos de violencias están relacionadas en su origen ya que ambas están dentro de las esferas del poder, sea tomando en cuenta al Estado como un ente abstracto, o a través de sus funcionarios quienes lo representan.

Otro elemento que es posible identificar, es que ambos tipos de violencias comparten normas y valores, nutriendo el sistema jurídico de cada sociedad, lo que repercute en la organización social y en la conducta de las personas, sirviendo de justificación para replicar este tipo de acciones u omisiones¹⁰⁶.

En relación con su legitimidad, tanto la violencia estructural como la institucional se encuentran legitimadas por prácticas sociales. Tal como se mencionó en el capítulo anterior, uno de los pilares fundamentales de la violencia estructural es la compleja interacción de factores económicos, políticos y sociales que son producto de las desigualdades en la estratificación social. En el caso de la violencia institucional, Boladeras ha reflexionado que uno de los factores que contribuyen a su manifestación son los elementos culturales enraizados a dicha violencia que van legitimando dicho actuar de las instituciones generando discriminación y vulneración a los grupos más desprotegidos socialmente¹⁰⁷.

Asimismo, es posible identificar que ambas legitiman actitudes vulneratorias. Tal como lo mencionamos anteriormente, de la revisión realizada en este reporte, se puede

¹⁰² Ibid.

¹⁰³ Cooper Y Whyte, Op.Cit., P. 173.

¹⁰⁴ Barros (2018), *Discriminación Y Violencia Estructural E Institucional Contra Las Mujeres*, P. 117.

¹⁰⁵ Barrientos, Op.Cit., P. 17.

¹⁰⁶ Barrientos, Op.Cit., P. 8.

¹⁰⁷ V. Boladeras (2019). *Violencia Institucional Por Incumplimiento De Derechos*. P. 15.

concluir que tanto la violencia institucional como la estructural justifican acciones u omisiones que vulneran a un cierto grupo en específico, sea en razón de género, edad, nivel socioeconómico, nacionalidad, cultura, etc.

La violencia estructural e institucional resultan de desigualdades que tienen sus raíces en prácticas institucionalizadas, Pedro Barrientos plantea en sus conclusiones *“Que así también es un fenómeno de esta práctica perversa el disfrazar de legalidad o aparente legitimidad a violencia institucional a través de las resoluciones jurisdiccionales en el ámbito de cualquier jurisdicción y competencia”*¹⁰⁸. Un ejemplo claro de lo anterior lo grafican los autores Gutiérrez y Acosta en relación con los niños, niñas y adolescentes con la institución de la patria potestad, *“la persona adulta, ubicados en una posición de superioridad, cimentada en el ejercicio de poder frente a niños y niñas, y precisada en la institución conocida como la Patria Potestad. Esta expresión jurídica desencadenó ciertas actitudes y creencias, en las que los hijos e hijas son considerados incapaces, desprovistos de libre albedrío y racionalidad, por lo cual no se consideran sujetos sino objetos de posesión, de modo que las personas adultas los asumen como propiedad y los someten a su poder.”*¹⁰⁹.

En estrecha relación con los elementos ya mencionados, ambas violencias generan y nutren otros tipos de violencias. Tanto la violencia estructural como la violencia institucional no son fenómenos aislados a otros tipos de comportamientos que pueden generar violencia. En este sentido Galtung¹¹⁰, en su análisis del concepto de la tipología de la violencia, argumenta que la violencia estructural se ve reforzada por la violencia directa y la cultural, toda vez que se enfrasan en un círculo vicioso que va legitimando y normalizando la violencia estructural. En el caso de la violencia institucional, la literatura ha señalado que dicha vulneración no se separa del sujeto (funcionario público o representante del organismo o estado) que la genera, quien ejerce violencia directa, manifestándose sus efectos en las víctimas que la sufren. El

hecho de que estos tipos violencias legitimen actitudes de la misma naturaleza genera que otros tipos de violencias también se vean legitimados y se vean normalizados.

Por último, en razón de lo estudiado y teniendo en especial consideración el último elemento en común que identificamos, podemos señalar que ambas violencias se retroalimentan, por ende, es imprescindible que para solucionar la violencia institucional se solucione, a su vez, la violencia estructural. De este modo, estimamos que en definitiva, la violencia estructural al ser una violencia indirecta, en la que no hay un agente directo del daño identificable, genera un proceso de lento deterioro del entramado social que va legitimando y normalizando este tipo de violencia, haciendo que las instituciones recreen su propio tipo de violencia, es decir, violencia institucional, mediante sus funcionarios, que van reforzando aquellas conductas legitimadas por las estructuras del sistema y que van impactando en los usuarios de dichas instituciones de manera más directa. A su vez, la violencia institucional, es decir, la violencia ejercida por los funcionarios refuerza e incrementa este deterioro del entramado social.

Por otra parte, ambos tipos de violencia presentan diversos elementos que permiten diferenciarlas.

En primer lugar, la violencia estructural es indirecta o abstracta por lo que el conducto por el cual se ejerce y su mecanismo es difícil de identificar. En cambio, la violencia institucional se manifiesta a través de prácticas concretas, acciones u omisiones que se materializan, en forma de amenaza o potencial restricción de un derecho subjetivo, y determinan que ésta pueda ser ejercida de forma directa o indirecta ya sea por el funcionario o la institución misma.

En estricta relación con lo anterior, ambos tipos de violencia se diferencian en el sujeto activo que la ejerce. Mientras en la violencia estructural no es posible identificar a los

¹⁰⁸ Barrientos, Op.Cit., P. 17.

¹⁰⁹ Gutiérrez Y Acosta Op.Cit., P. 263.

¹¹⁰ V. Galtung (1989), *Violencia Cultural*.

perpetradores del daño, o este ejercicio de búsqueda del responsable se torna difícil; en la violencia institucional el sujeto activo corresponde a funcionarios públicos, otras personas en ejercicio de funciones públicas o particulares que actúan bajo su consentimiento o aquiescencia, por lo que, la responsabilidad del daño recae en el Estado¹¹¹.

Otro punto de diferencia es que la violencia estructural es invisible, imperceptible por hechos específicos y sus efectos deben analizarse a nivel de la estructura de la estratificación social. La violencia institucional es material y tangible, se configura en prácticas y políticas institucionales. En relación con la causa de la violencia estructural, ésta es producida por los procesos de estructuración social, se construye desde el poder, y se presenta como un impedimento a satisfacer las necesidades básicas de determinados grupos, por lo que epistemológicamente, la violencia estructural está estrictamente relacionada con la inequidad e injusticia social. Si bien, la violencia institucional también es constituida desde el poder, la concreción de dicha violencia se ejerce mediante las instituciones del Estado, mediante sus órganos y agentes públicos, siendo ésta claramente identificable, se trata de una relación directa de poder entre una institución específica y la víctima de violencia, a diferencia de la violencia estructural.

Desde el punto de vista de las consecuencias que derivan de estos tipos de violencias, podemos decir las siguientes: respecto a la violencia estructural, las consecuencias se manifiestan en la inequidad, vulneración, desprotección y discriminación que sufren los sectores más desventajados de la sociedad, y que no existe una causa clara de dicha inequidad porque proviene de las estructuras mismas a nivel genérico del sistema político, social y cultural. En cambio, en la violencia institucional las consecuencias son concretas e identificables ya que recaen sobre sujetos determinados que interactúan con la institución.

Finalmente, la violencia institucional se diferencia con la violencia estructural en que es un fenómeno político local por lo que debe ser estudiado en cada país, región o zona de manera particular, y no de forma global. Por último, la violencia institucional genera responsabilidad del Estado y sus agentes en la prevención, sanción y erradicación de dichas violencias.

CONCLUSIONES

A la luz de este trabajo es posible advertir que tanto la violencia estructural, como la institucional son conceptos diferentes, pero que se desenvuelven y responden frente al mismo factor social, siendo imposible estudiarlos, comprenderlos y analizarlos de manera independiente porque ambos comparten una gran cantidad de elementos comunes, estando estrechamente vinculados, siendo factible entenderlos como las dos caras de un mismo fenómeno. A raíz de esto, es que muchos autores suelen confundir ambos tipos de violencia e incluso pensar que significan lo mismo, o utilizar uno en desmedro del otro.

La falta de consenso en la interpretación de los elementos que constituyen la violencia institucional contribuye a que se haga aún más difícil la diferenciación. Creemos que ampliar la violencia institucional, por ejemplo, a la prevención de otras formas de violencia por medio de la misión de legislación de infancia, como podría ser en Chile la Ley de Garantía General, difumina los límites entre una y otra, siendo que se trata más bien de una manifestación de la violencia estructural a la que se enfrentan niños, niñas y adolescentes, antes que a un caso concreto de violencia institucional. Sin embargo, creemos también que para una adecuada protección de la infancia y para hacer frente a las vulneraciones de derechos de niños, niñas y adolescentes, especialmente considerando conceptos restringidos de violencia institucional, es

¹¹¹ V. Cooper Y Whyte, Op.Cit., P. 5.

necesario tomar conciencia de que también son víctimas de violencia estructural.

En este sentido, advertimos que estas dos formas de violencia poseen elementos que los diferencian e incluso ciertos factores que son únicos a cada tipo de violencia. En virtud de estas consideraciones, pese a ser conceptos estrechamente relacionados, no son lo mismo, y deben ser tratados cada uno por separado.

Si bien, a lo largo de este trabajo se ha demostrado que en la práctica se hace difícil definir un hecho como consecuencia única de violencia estructural o violencia institucional, entendiendo que en la mayoría de los casos la violencia responde tanto a factores de la reorganización de la sociedad, como factores vinculados al actuar del Estado o sus dependientes, es relevante identificar en un caso particular frente a qué tipo de violencia nos enfrentamos, si se trata únicamente de un caso de violencia institucional o si se trata de algo que *“va más allá de lo solo institucional”*¹¹² y nos enfrentamos a violencia estructural.

La importancia de lograr identificar frente a qué tipo de violencia nos encontramos, radica en que ambas violencias se tratan, en cuanto a su solución, de formas diferentes. Por ende, es necesario comprender el tipo de violencia al que se circunscribe una situación en la que se vulneren derechos de niños, niñas y adolescentes, para de esta manera, poder identificar una solución que realmente responda al problema de fondo que genera dicha vulneración.

En esa línea, es dable señalar que la utilidad de identificar una acción u omisión como un caso de violencia estructural o institucional consiste en tomar la vía más idónea de solución. Así las cosas, si la vulneración de derechos estudiada proviniera de violencia institucional se podría solucionar, por ejemplo, a través de la dictación de reglamentos, decretos, leyes, etc. que aborden el problema. En cambio, si fuese estructural, se requerirían políticas de Estado, e incluso un cambio en el status quo predominante, pues cuando la violencia estructural se aplica a los derechos humanos, nos permite ver y comprender las causas estructurales de las violaciones de los derechos humanos¹¹³.

Finalmente, es necesario mencionar que, no obstante ser ambos conceptos distintos, un mismo fenómeno puede significar tanto violencia estructural como institucional. Por ende, si solo se considera como violencia institucional una situación de vulneración de derechos, que tras ella también es posible identificar una violencia estructural, por más acciones destinadas a generar el cese de la vulneración de dicho derecho, ello no se generará, toda vez que se estaría buscando solucionar solo un factor de la violencia, dejando de lado que dicha violencia también proviene de una reorganización social. Lo mismo sucede, si solo nos preocupamos de la violencia estructural y no de la institucional, por más que existan cambios en la estructura de la sociedad, el problema no se abordaría de forma concreta, sino más bien únicamente a nivel colectivo.

¹¹² Valenzuela Op.Cit., P. 104.

¹¹³ Ho, Op.Cit., P. 9.

REFERENCIAS

ARMIDA, María Jimena; CASSINO, Miranda; CIARNIELLO, Lucas; WITIS, Raquel y AVERBUJ, Gerardo (2015), *Los derechos humanos frente a la violencia institucional* (Argentina, Ministerio de Educación y Ministerio de Justicia y Derechos Humanos) 60 pp, en línea, (fecha de consulta: 10 de enero de 2022) Disponible en : <https://www.educ.ar/recursos/126387/los-derechos-humanos-frente-a-la-violencia-institucional#:~:text=La%20violencia%20institucional%20vulnera%20los,los%20LTGBI%2C%20las%20comunidades%20ind%C3%ADgenas.>

BARRIENTOS, Pedro (2016), *Violencia Institucional: Hacia un nuevo enfoque*, Ensayo, 21 pp., en línea, (fecha de consulta: 15 de enero de 2022): Disponible en: <https://www.aacademica.org/pedro.barrientos/20.pdf>

BARROS, Lucía (2018), “Discriminación y Violencia Estructural e institucional contra las mujeres”, en: *Cadernos de Género e Diversidade*, vol.4, N°1, pp. 107-121, en línea, (fecha de consulta:15 de enero de 2022) Disponible en: <https://periodicos.ufba.br/index.php/cadgendiv/article/view/25554>

BODELÓN, Encarna (2014), “Violencia institucional y violencia de género”, en: *Anales de la Cátedra Francisco Suárez*, vol. 48, (Granada, España, Universidad de Granada), pp. 131- 155, en línea, (fecha de consulta: 7 de enero de 2022), Disponible en: <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/2783>

BOLADERAS, Margarita (2019). “Violencia institucional por incumplimiento de derechos”, en: *Revista Musas*, vol. 4, N°1, pp. 60-76, en línea (fecha de consulta: 10 de marzo de 2022) Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/330839700_Violencia_institucional_por_incumplimiento_de_derechos

CALDERÓN, Percy (2009), “Teoría de conflictos de Johan Galtung”, en: *Revista Paz y Conflictos*. N°2, pp. 60-81., en línea, (fecha de consulta: 8 de enero de 2022), Disponible en: <https://www.redalyc.org/pdf/2050/205016389005.pdf>

COOPER, Vickie y WHYTE, David (2018), “Grenfell, austerity and institutional violence”, en: *Sociological Research Online*, en línea, (fecha de consulta: 20 de enero de 2022) Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/328137855_Grenfell_Austerity_and_Institutional_Violence

Violence

DEFENSORÍA DE LA NIÑEZ (2022), *Estudio de políticas públicas relacionadas con la salud mental de niños, niñas y adolescentes* (Santiago de Chile), 342 pp., en línea (fecha de consulta 14 de enero 2023). Disponible en: <https://www.defensorianinez.cl/wp-content/uploads/2022/10/Estudio-de-Políticas-de-Salud-Mental-Defensoria-de-la-Nin%CC%83ez.pdf>

GALTUNG, Johan (1989, 2003 edición en castellano), *Violencia Cultural*, (Gernika Gogoratuz. Centro de Investigación por la Paz. Fundación Gernika Gogoratuz, España), Documentos de

trabajo N°14. (fecha de consulta: 29 de abril de 2021) Disponible en: <https://www.gernikagogoratz.org/wp-content/uploads/2019/03/doc-14-violencia-cultural.pdf>

GUTIÉRREZ-VEGA, Ingrid y ACOSTA-AYERBE, Alejandro (2013), “La violencia contra niños y niñas: un problema global de abordaje local, mediante la Investigación Acción Participativa (IAP)”, en: *Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales, Niñez y Juventud*, vol. 11, N°1, pp. 261-272, en línea, (fecha de consulta: 15 de diciembre de 2021). Disponible en: https://www.researchgate.net/publication/307791791_La_violencia_contra_ninos_y_ninas_un_problema_global_de_abordaje_local_mediante_la_IAP

HO, Kathleen (2007), “Structural Violence as a Human Rights Violation”, en: *Essex Human Rights Review*, vol. 4, N°2, pp. 1-17, en línea (fecha de consulta: 30 de abril de 2021) Disponible en:

https://www.academia.edu/6847881/Structural_Violence_as_a_Human_Rights_Violation

KENT, George (2006), “Children as Victims of Structural Violence”, en: *Societies Without Borders* vol. 1, N°1, pp. 53-67, en línea, (fecha de consulta: 12 de abril de 2021) Disponible en: <https://scholarlycommons.law.case.edu/swb/vol1/iss1/4/#:~:text=Structural%20violence%20is%20harm%20imposed,fifth%20birthdays%20every%20single%20year.>

LA PARRA, Daniel., y TORTOSA, José María (2003), “Violencia estructural: Una ilustración del concepto”, en: *Documentación Social*, vol. 131, pp. 57-72. (fecha de consulta: 29 de abril de 2021). Disponible en: <https://www.ugr.es/~fentrena/Violen.pdf>

PITA, María Victoria (2017): “Pensar la violencia institucional: Vox Populi y categoría política local”, en: *Revista Espacios de Crítica y Producción*, N°53, pp.33-42, en línea, (fecha de consulta: 10 de enero de 2022), Disponible en: <https://ri.conicet.gov.ar/handle/11336/75540>

SALAMANCA, Lorenzo (2018), “El maltrato institucional a los niños y niñas: Una aproximación desde la praxis socioeducativa con niños y niñas en desventaja”, en: *Revista de Educación Social*, N°27, pp. 176-202, en línea, (fecha de consulta: 8 de enero de 2022), Disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6669626>

TINOCO-GARCÍA, Alicia, OSORIO, Abraham y GONZÁLEZ, Felipe (2019) “Jóvenes, contextos de violencia estructural y ciudadanía”, en: *Revista Última Década*, N°51, Julio, pp. 69-95, en línea, (fecha de consulta: 20 de enero de 2022) Disponible en: https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-22362019000100069

TORTOSA, José (2003), *Violencias Ocultadas* (Quito-Ecuador, Editorial Abya Yala), 174 pp., en línea (fecha de consulta 30 de abril de 2021). Disponible en: https://digitalrepository.unm.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1331&context=abya_yala

UNICEF SOUTH ASIA (2018) *Structural Violence Against Children in South Asia* (Kathmandu, United Nations Children’s Fund), 98 pp., en línea, (fecha de consulta 12 de abril de 2021). Disponible en: <https://www.unicef.org/rosa/reports/structural-violence-against-children-south-asia>

VALENZUELA, Ester (2021), “Violencia Estructural en niños, niñas y adolescentes en contexto de cuidado alternativo residencial”, en: CILLERO, Miguel, MALDONADO, Francisco y

VALENZUELA, Ester (2021), *Protección frente a la violencia contra niños, niñas y adolescentes en Chile- Aspectos Jurídicos y Sociales* (Santiago, Legal Publishing Chile), pp.89-118.

JURISPRUDENCIA

Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Bulacio vs. Argentina, Sentencia de 18 de septiembre de 2003 (fecha de consulta: 20 marzo de 2022). Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_100_esp.pdf

Cuarto Tribunal de Juicio Oral en lo Penal de Santiago, Ministerio Público y otros con Humberto Tapia Zenteno (2023): 03 de enero de 2023 (sentencia condenatoria por el delito de apremios

ilegítimos) rol interno del tribunal N°271-2023 (fecha de consulta: 14 de enero de 2023). Disponible en: <https://www.pjud.cl/>

OTROS

Real Academia Española (2014), Diccionario de la lengua española, 23. ed., en línea (fecha de consulta: 15 de febrero de 2022), Disponible en: <https://dle.rae.es/violencia>