

NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

Solange Doyharçabal Casse

Profesora de Derecho Civil
Facultad de Derecho
Universidad Gabriela Mistral

La normativa sobre niños, niñas y adolescentes, tradicionalmente denominados menores de edad, o simplemente menores por las legislaciones civiles, ha atravesado por sucesivas etapas.

La primera, coetánea a la codificación, es vista como un periodo en el cual no existía una legislación especial para la infancia y las normas que se aplicaban a esta última eran excepciones a las reglas dadas para los adultos, a propósito de instituciones tales como la filiación, capacidad, representación, patria potestad, tutelas, curatelas, responsabilidad etc.

La segunda, podríamos decir que comienza a finales de la década del veinte del siglo pasado. En 1927 aparecen la Tabla de los Derechos del Niño con ocasión de la creación del IIN; la Carta Constitucional de la Niñez (conferencia de la Casa Blanca en 1930); la Declaración de oportunidades para el Niño (VII Congreso Panamericano del Niño de 1948). En ese mismo año tiene lugar la "Declaración Universal de los Derechos Humanos", adoptada y proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en su resolución 217, del 10 de diciembre de 1948, en la cual hay que entender incluidos los menores de edad, puesto que los derechos de los adultos se extienden y aplican a ellos. Pero lo que interesa es que nace un verdadero derecho de aplicación general a los menores de edad, junto con leyes destinadas a regular situaciones especiales como la de aquellos abandonados o transgresores del orden social.

En nuestro país, durante esos años, se promulga la ley 5570 de 2 de diciembre de 1935, que aceptó la investigación de la paternidad y maternidad ilegítimas; la ley 10.271 de 2 de abril de 1952 que admitió la determinación judicial de la filiación y dispuso que todo

reconocimiento voluntario otorgaría la calidad de hijo natural; aumentó también considerablemente los derechos de herencia de los hijos naturales; la ley 7613 de adopción, de 1943. Estos cuerpos legales no se ocuparon exclusivamente de los menores pero los favorecieron.

Una tercera etapa ve la promulgación de la "Declaración Universal de los Derechos del Niño" aprobada en las Naciones Unidas en 20 de noviembre de 1959.

Es un periodo de consolidación en que adquiere fuerza como una rama especial del derecho, el llamado "de menores", que se plasma en leyes o en códigos especiales y que aborda no sólo los conceptos fundamentales, sino que se detiene en la reglamentación de derechos específicos como el de alimentos y en aspectos tales como la adopción, el abandono de niños, las situaciones irregulares en que pueden encontrarse y los procedimientos a seguir en juicios en que ellos intervengan. La idea central es asegurar su protección, asumiendo el Estado un cierto poder contralor.

En Chile tenemos la Ley 14908 de 5 de octubre de 1962, de alimentos; Ley 16.618 de 8 de marzo de 1967, llamada "de menores". Alcanzan a quedar incluidas en este periodo la Ley 18703 de adopción y la 19325 "de violencia intrafamiliar".

La cuarta etapa despegua con la "Convención Universal sobre Derechos de los Niños", aprobada el 20 de noviembre de 1989 por la Asamblea General de las Naciones Unidas, que consiste en un conjunto de principios, derechos y recomendaciones que conforman una doctrina de protección integral de la infancia porque no distingue entre derechos civiles, políticos, sociales o económicos y que se encuentra contenida tanto en el texto mismo de la Convención como en otros instrumentos internacionales de Naciones Unidas sobre la infancia como son las Reglas Mínimas para la Administración de Justicia de Menores, o reglas de Beijing de 1987, las Reglas de RIAD para la Protección de los Menores Privados de Libertad de 1991 y las Directivas de Naciones Unidas para la Protección de la Delincuencia Juvenil.

El aporte esencial de este tratado es considerar al niño, todo aquel que no ha cumplido dieciocho años de edad, un sujeto directo de la normas de Derecho Internacional sobre Derechos Humanos, determinando que adquiere esa titularidad por el solo hecho de ser persona humana con independencia de su edad y circunstancias y no puede depender de ninguna condición particular, puesto que constituyen verdaderas garantías frente a la acción del Estado y se transforman en un deber - prestación para los poderes públicos.

Los mecanismos de protección de los derechos del niño tienen carácter nacional e internacional y lo proveen, en tanto sujeto de derechos, de protección especial superior a las otorgadas por leyes especiales de control y protección que se dictaran en el periodo anterior. Es obvio que para brindarle real protección, debe superarse lo adverso que en cada región o país reviste la forma de pobreza, enfermedad, violencia e injusticia social.

En Chile entran en vigencia la ley 19335 de 23 de septiembre de 1994 que modifica el Código Civil en materia de filiación, la Ley 19620 de 5 de agosto de 1999, sobre adopción de menores y recientemente la ley 19.968 de Tribunales de Familia de 30 de agosto de 2004.

Considera la Convención la pertinencia de un seguimiento eficaz que revele los avances objetivos de los países respecto del cumplimiento de sus normas. El órgano que supervisa la forma en que los Estados que la ratificaron cumplen su obligación jurídica de implementar los derechos reconocidos en el tratado es el Comité de los Derechos del Niño, en adelante "El Comité" que, entre las varias observaciones hechas al texto de la Convención, introduce la distinción clara entre niños, niñas y adolescentes. Los países que han ratificado la Convención han adoptado rápidamente esta terminología.

Sin perjuicio de que los derechos que se reconocen a los menores están integrados dentro de los respectivos marcos constitucionales, ya que como habitantes del país de que se trate, gozan de las garantías de los adultos, las nuevas constituciones han sido más explícitas en cuanto a su reconocimiento. En acatamiento a la Convención se ha procurado incluir los conceptos de niñas, niños y adolescentes en las Cartas respectivas y en la legislación especial. Es el caso de Argentina. También el de Colombia cuya constitución de 1991 dice en el art. 44 que los derechos de los niños prevalecen sobre los derechos de los demás, en tanto el número 45 expresa que el adolescente tiene derecho a la protección y a la formación integral.

Las Constitución venezolana en su artículo 77, fundamental, expresa: "Los niños, niñas y adolescentes son sujetos plenos de derecho y protegidos por la legislación, órganos y tribunales especializados, los cuales respetarán, garantizarán y desarrollarán los contenidos de esta Constitución, la Convención sobre los Derechos del Niño y demás tratados internacionales que sobre esta materia haya suscrito y ratificado la República. El Estado, las familias y la sociedad asegurarán, con prioridad absoluta, su protección integral, para lo cual se tomarán en cuenta su interés superior en las decisiones y acciones que les concierne. El Estado promoverá su incorporación progresiva a

la ciudadanía activa, y creará sistema rector nacional para la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

Pero no se detiene ahí el acatamiento a la Convención. Muchos Estados en América han optado por la modalidad de otorgar un Código de niños, niñas y adolescentes. Es el caso de Perú. Bolivia tiene uno similar desde el 4 de octubre de 1999, el cual derogó el Código del Menor de 1992 y varios artículos del Código de Familia.

México desde el 29 de mayo de 2000 cuenta con la Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes. República Dominicana desde el 1 de enero de 2004. Buenos Aires, en Argentina desde el 3 de diciembre de 1998.

El parámetro para distinguir entre unos y otros es la pubertad. Hay que hacer presente la eliminación, en los textos arriba mencionados, de la tradicional diferencia de edad para establecer la pubertad de varones y mujeres, la cual se fija a los doce años para ambos sexos. Así las cosas, los niños son los impúberes y los púberes se denominan adolescentes hasta los dieciocho años cumplidos.

Es apropiado distinguir ciertas categorías entre los denominados "niños" por la Convención. La necesidad de hacerlo nació, sin duda, de ciertas observaciones del Comité sobre aspectos propios de la adolescencia como los siguientes:

1. Los adolescentes que son objeto de discriminación negativa son más vulnerables a los abusos, violencia y explotación y su salud y desarrollo corren grandes peligros por lo que tienen derecho a la atención y protección especiales de todos los segmentos de la sociedad, quien, entre otras cosas debe brindarles escuelas funcionales y seguras.
2. Posibilidad genuina a los adolescentes de expresar sus opiniones libremente en todos los asuntos que les afectan, especialmente en el seno de la familia, en la escuela y en las respectivas comunidades.
3. Requerimiento de orientación y dirección adecuadas para convertirse en ciudadanos responsables y de pleno derecho.
4. Ejercicio libre del derecho al Trabajo, estableciendo edades mínimas para el empleo.
5. Ejercicio de los derechos sexuales y reproductivos. Después de leer algunos informes del Comité, en especial el número 4 que en el año 2003, aborda el problema de la salud y desarrollo de los adolescentes en el contexto de la misma Convención,

aparece con claridad el reconocimiento por parte de Naciones Unidas del derecho a ejercer libremente, sin perjuicio de la protección que se considere necesaria, no sólo el Derecho al Trabajo sino los Derechos Sexuales y Reproductivos. Además de destacar la capacidad de los jóvenes para aprender rápidamente, experimentar nuevas y diversas situaciones, desarrollar y utilizar el pensamiento crítico y familiarizarse con la libertad, ser creativos y socializar, hay una clara recomendación para que los adolescentes ejerzan estos derechos sin necesidad de dar cuenta o a espaldas de sus progenitores o representantes legales. Este punto se revela conflictivo porque no se puede avasallar la legítima autoridad de los padres y su igualmente legítimo derecho a conocer el estado de salud de sus hijos, en aras del respeto debido a estos últimos.

Sabemos que nuestro país firmó y suscribió la Convención sobre los Derechos del Niño con fecha 26 de enero de 1990, aprobada por ambas ramas del Congreso el 19 de julio siguiente, ratificada ante Naciones Unidas el 13 de agosto de 1990, promulgada por D.S. 830 del Ministerio de Relaciones Exteriores y publicada en el Diario Oficial de 27 de septiembre de 1990, fecha en que entró en vigencia.

En Chile, la gran novedad en cuanto a terminología jurídica es la que emplea la Ley de Tribunales de Familia donde por primera vez se utiliza la *trilogía de conceptos*: niños, niñas y adolescentes, con el propósito evidente de adaptarse a las observaciones del Comité y de contribuir a desvirtuar las críticas de que ha sido objeto por su tardanza en cumplir con los postulados de la Convención. La introducción de estos vocablos, en sí acertada, inspira ciertas reflexiones:

Sorprende que los conceptos de niño y de adolescente se esgriman como una reivindicación a favor del respeto debido a estas personas que hasta ahora quedaban comprendidas bajo el calificativo de menores de edad o simplemente de menores, puesto que el término "menor" es considerado peyorativo. Esta reacción no es privativa de Chile sino que aparece como generalizada y se percibe claramente en el texto de la Ley de Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niños y Adolescentes de la Ciudad de Buenos Aires, de 3 de Diciembre de 1998 cuyo artículo 9 advierte que toda referencia de cualquier índole a las personas que constituyen el ámbito de aplicación subjetiva de la ley debe hacerse con las palabras "niñas, niños, adolescentes. La denominación "menores de edad" se utiliza exclusivamente cuando razones técnicas insalvables así lo justifiquen".

La razón de este rechazo la analizaremos en relación a lo expresado en un documento emanado de la Fundación para la Protección de la Infancia Dañada por los Estados de Emergencia, titulado: "Comentarios al Segundo Informe del Estado Chileno Acerca de las Medidas adoptadas para dar Efectividad al Cumplimiento de la Convención"¹, que incluye afirmaciones como las que a continuación se señalan: "se aprecia una coexistencia de normas jurídicas de distinta inspiración doctrinaria: la del menor objeto de protección (menor en situación irregular) versus la del niño sujeto de derechos". Más adelante critica abiertamente el que se mantenga el término "menores" en el informe oficial del Estado, concepto que deja fuera al sujeto al cual se refiere, sustantivando un adjetivo calificativo. A su juicio se mantiene la forma de referirse a los niños y niñas que viene de la doctrina de situación irregular, donde el término menor se refiere a los que están en riesgo social, concepto de carácter jurídico y contrario al espíritu de la convención. Agrega que se debe eliminar todo concepto que se refiera al sentido del poder relativo a los superiores e inferiores, vale decir, a la concepción del concepto de menor que se le atribuye al niño o niña desvalorizando su real dimensión de persona, o sea de sujeto de derecho.

En primer lugar estos comentarios revelan un gran desconocimiento del derecho civil, porque jamás el concepto de menor ha significado valer menos sino encontrarse en un estado de desarrollo físico e intelectual en que no ha llegado aún al pleno discernimiento que le permita manejar su vida con total autonomía. Las normas sobre capacidad se aplican desde 1857 cuando entró en vigencia el Código Civil y en virtud de las cuales todos los seres humanos son sujetos de derechos por ser personas, es decir todas tienen capacidad de goce, de adquirir derechos, cualquiera sea su edad, sexo, estirpe o condición. El término menor no dice relación con la adquisición de derechos sino con la capacidad de ejercicio, cuya plenitud se adquiere al cumplir los dieciocho años, momento en que actualmente se alcanza la mayoría de edad. Por "capacidad de ejercicio se entiende la aptitud para hacer valer por sí mismo los derechos de que se es titular o para sufrir directamente las consecuencias de que se es sujeto pasivo. Si en ciertos casos la ley impide a la persona física ser inquietada, fundándose en situaciones jurídicas o en derechos aislados que reposan sobre ella, no es con otro fin que el de

¹ CRC.Sesión 29 January-1 February 2002

asegurarla, de la mejor manera, en sus propios intereses o en los de su familia”².

Dentro de los menores de dieciocho años los impúberes son absolutamente incapaces y desde que llegan a la pubertad son relativamente incapaces. En ambos casos el régimen legal que se les aplica está orientado a la protección de sus derechos por lo que sus normas son de orden público y no pueden ser modificadas por la voluntad de las partes. Los primeros actuarán siempre por intermedio de su representante legal, salvo que se trate de aquellos actos que no admiten representación y que no podrán celebrar de manera alguna, como el otorgar testamento. Los segundos, si bien actúan representados o autorizados, pueden hacerlo por sí mismos en determinadas circunstancias que contempla la ley y así, por ejemplo, tiene derecho a designar la persona de su curador, a administrar su peculio profesional o industrial, a otorgar testamento y su plena capacidad delictual civil comienza a los dieciséis años, etc. Estas personas, si bien no han alcanzado un desarrollo intelectual total, tienen suficiente juicio y discernimiento, por lo que son, para la ley, adultos, si bien menores de edad y, aunque no cuenten con la autorización de sus representantes, sus actos producen obligaciones naturales.

En segundo lugar, ser menor de edad no significa quedar sometido al poder de otro. Incluso en la versión original del Código Civil donde los derechos del padre sobre los hijos eran más amplios que hoy en día, éstos aparecen como indisociables de los deberes que conlleva tanto la autoridad paterna como la patria potestad y siempre se contempló la posibilidad de privar de sus facultades al titular en caso de maltrato o abandono del hijo. La legislación especial ahondó sobre el tema. Así la ley n°16.618 estableció casos de inhabilidad para ejercer el cuidado personal de los menores, que afectaron tanto al padre como a la madre contándose entre ellos la incapacidad mental, el alcoholismo crónico etc. Las sucesivas reformas al Código Civil insisten en la naturaleza de derechos-deberes propia del Derecho de Familia.

En tercer lugar, los autores del documento mencionado revelan desconocimiento de la gramática castellana. Para ellos el término menor sustantiviza un adjetivo calificativo lo que deja fuera al sujeto interesado. Pues bien “menor” y “adolescente” son términos que se encuentran en igualdad de condiciones gramaticalmente hablando; ambos son adjetivos que se utilizan correctamente y en forma

² Victorio Pescio V. Manual de Derecho Civil. Tomo II. Editorial Jurídica de Chile. 1948.

frecuente como sustantivos. El diccionario de la Real Academia Española, bajo la voz menor señala: "(Del lat. minor, - oris) adj. comp. de pequeño" y en su acepción número 4: "menor de edad. Ü.t.c.s." (Usase también como sustantivo) y bajo la de adolescente: "Del lat. Adolescens.-entis) adj. Que está en la adolescencia. Ü.t.c.s." (Usase también como sustantivo). El término "mayor" también es un adjetivo comparativo y nunca se ha sostenido que deje fuera ni disminuya a nadie.

¿Cómo engarza la nueva terminología en nuestra legislación?

Las garantías constitucionales muy anteriores a la convención garantizan el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, a la educación, al trabajo, etc. Obviamente están protegidos tanto los niños como los adolescentes. Por otra parte nuestros legisladores han desdeñado hasta el momento desmembrar el Código Civil y no se ha propuesto la elaboración de un Código de Familia ni de niños y adolescentes. La trilogía de conceptos: niños, niñas y adolescentes que introdujo la Ley de Tribunales de Familia choca con el tenor del artículo 26 del Código Civil que sigue vigente y define infante o niño, impúber, adulto, mayor de edad y menor de edad.

Resulta que en Chile, actualmente, de acuerdo al artículo 26 de nuestro Código Civil, infante o niño es el que no ha cumplido siete años, pero de acuerdo a la Convención ratificada por nuestro país, niño es el que no ha cumplido 18 años y de conformidad a la nueva ley de Tribunales de Familia, tiene tal carácter el menor de 14 años, por lo que a contar de esa edad son adolescentes, pero si bien los varones son púberes y adolescentes, conceptos más bien sinónimos, a los 14 años, las niñas son púberes a los 12 y adolescentes a los 14, desfase absurdo. Pero siguen siendo niños para la convención, aunque paralelamente tengan calidad de adolescentes. Felizmente las leyes de protección se aplican a todos estos grupos por igual y en cuanto a la capacidad de ejercicio en derecho privado hasta el momento no se ha pensado en alterar sus reglas.

Todo indica que sería apropiado armonizar los criterios, dando razonable cumplimiento a las indicaciones de la Convención, pero sin desconocer la estructura de nuestro propio derecho. Podría modificarse el artículo 26 del Código Civil, estableciendo que infante es el que no ha cumplido siete años y eliminando "o niño". Respecto de la adolescencia, perfectamente las niñas podrían considerarse adolescentes a los doce años, respetando nuestra tradición jurídica que remonta en este punto al derecho romano. Pero resulta absurdo atacar el concepto de menor de edad porque los argumentos esgrimidos en su contra no son jurídicos y revelan equivocaciones

graves, a la vez que ignorancia de la historia de la ley. Además es un concepto necesario dentro del régimen legal que se aplica a la capacidad. Debería también permanecer inalterable el carácter de adulto, que se adquiere a los catorce o doce años sin perjuicio de ser mayor o menor de edad y que para este último grupo parece más pertinente que el de niño. El propio Comité lo advirtió cuando introdujo la categoría de adolescentes.

Se propone modificar el mencionado artículo 26 de nuestro Código Civil de la siguiente manera:

“Llámase infante todo el que no ha cumplido siete años, impúber, el varón que no ha cumplido catorce años y la mujer que no ha cumplido los doce; adulto el que ha dejado de ser impúber; adolescente o adulto menor el que habiendo alcanzado la pubertad, no ha cumplido dieciocho años; adulto mayor de edad, o simplemente mayor, el que ha cumplido los dieciocho años y menor de edad, o simplemente menor el que no ha llegado a cumplirlos”.

Santiago, septiembre de 2005.