

# RAZONAMIENTO JUDICIAL Y DERECHOS DEL NIÑO: DE VENTRÍLOCUOS Y MARIONETAS

DOMINGO LOVERA PARMO\*

## 1. Introducción

Las marionetas son seres inanimados. Un ventrílocuo tras ellas, sin embargo, es capaz de hacerlas cobrar vida. La marioneta, manipulada por el ventrílocuo, es la boca que pronuncia las palabras del artista<sup>1</sup>.

Si tuviésemos que dividir el escenario del poder en una democracia entre marionetas y ventrílocuos, en general diríamos que las primeras son los jueces, mientras que los segundos, los legisladores. Al menos en el contexto de nuestras democracias, donde los jueces son vistos con desconfianza, esperamos de ellos —precisamente porque desconfiamos— que apliquen (y que no traicionen) las palabras de la ley. Esa desconfianza es la que motiva la creación de sistemas de casación, donde se asume que la legitimidad de las decisiones estatales se encuentra situada en una etapa anterior a la de la decisión judicial, a saber: en la creación de la ley y en los controles de constitucionalidad a que son sometidos los proyectos en trámite<sup>2</sup>. Las palabras de la ley nacen en el legislador, y las pronuncian los jueces —seres inanimados que no deben moderar, ni su fuerza, ni su rigor<sup>3</sup>.

El objetivo de este trabajo es el de explorar, brevemente, algunas de las teorías que pretenden explicar y proponer la forma en que los jueces desarrollan y deberían desarrollar su labor decisoria<sup>4</sup>. Nos interesa conocer y discutir qué se ha dicho acerca de, y cómo se ha descrito,

\* Abogado, Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Diego Portales (2002), LL.M. Columbia University (2007). Director de investigaciones del Centro de Derechos Humanos de la Universidad Diego Portales, profesor de derecho, Universidad Diego Portales (Chile). Este trabajo fue preparado para el X Curso de Especialización sobre Protección jurisdiccional de los Derechos del Niño, Centro de Derechos Humanos UDP/UNICEF, Santiago, 2007.

<sup>1</sup> Parafraseando las palabras de Montesquieu, sobre las que luego volveré.

<sup>2</sup> CARLOS PEÑA, *PRACTICA CONSTITUCIONAL Y DERECHOS FUNDAMENTALES* 85 (1996) y Gastón Gómez, *Control de Constitucionalidad y Tribunal Constitucional*, en ESTUDIOS SOBRE JURISDICCION CONSTITUCIONAL 5 (Gastón Gómez ed., 1996).

<sup>3</sup> CHARLES DE MONTESQUIEU, *THE SPIRIT OF THE LAWS* 155, 158-159, 163 (Anne M. Cohler et al. trans. & eds., Cambridge Univ. Press 2006 12th prin.) (1748) (DEL ESPÍRITU DE LAS LEYES, Madrid, Tecnos, 1972) (refiriéndose a la facultad de juzgar y señalando la necesidad de no crear un senado permanente de jueces, sino que tomando personas que posean la misma condición del acusado; pares del que se somete a juicio a objeto de no crear un temor desmesurado hacia los jueces. La comunidad debía temer a las leyes y al poder (abstracto) de juzgar, no a las personas que lo ejercen—ideas que se encuentran fuertemente vinculadas con su concepción de libertad). Sobre el poder judicial como poder nulo, frase que utiliza el Barón de Montesquieu, véase Fernando Atria, *Jurisdicción e Independencia Judicial: el Poder Judicial como Poder Nulo*, en 5 *Revista de Estudios de la Justicia* 119 (2004) y Rodrigo Correa, *Poder Judicial y Democracia: A rescatar el espíritu del espíritu*, en *LOS LÍMITES DE LA DEMOCRACIA* (2005).

<sup>4</sup> Explicar y/o proponer porque, mientras algunas teorías buscan sólo describir lo que ocurre cuando los jueces deciden los casos que llegan a su conocimiento, otras postulan teorías normativas acerca de cómo los jueces deberían resolver. El tema no es menor. Ronald Dworkin critica la obra de H.L.A. Hart, *El Concepto del Derecho*, reprochándole ciertas inconsistencias interpretativas—su propia tesis. Hart responde a esas críticas en su *Postscript* (un manuscrito encontrado a medio terminar luego de su muerte, y editado por Sandra Bulloch y Joseph Raz) señalando que su recuento del sistema jurídico es “descriptivo”, por cuanto es moralmente neutro y sus objetivos no buscan justificar ni recomendar con base en un fundamento moral o de otra índole, las formas y estructuras que aparecen en la descripción general ...” H.L.A. Hart, *Postscript*, en *LA DECISION JUDICIAL: EL DEBATE HART – DWORKIN* 92 (César Rodríguez ed., 2002). El debate no termina ahí. Dworkin, recientemente, ha señalado que le parece difícil creer que sea posible simplemente describir fenómenos sin un compromiso moral. Esa postura, que él identifica con Hart y que denomina *Archimedeanism*, es contra la cual dirige su crítica. RONALD DWORKIN, *JUSTICE IN ROBES* 141-2 (2006).

la tarea que les es propia a los jueces: decidir los conflictos jurídicos que se les presentan. Los jueces, como se ha repetido hasta el cansancio, ‘hablan’ y ejercen su función por medio de sus sentencias. Si las sentencias —y todo lo que ellas significan e incorporan— constituyen el lenguaje de los jueces, ahora vamos a explorar algunas de las teorías que explican y proponen cómo los jueces hablan o deberían hablar. Todo lo anterior, en el contexto de los derechos del niño y el interés superior del niño.

Las teorías que explican y proponen la forma en que los jueces hablan o deberían hablar son múltiples y variadas. En un extremo algunos postulan que los jueces no poseen reglas al decidir o que, mejor dicho, aún cuando esas reglas existen ellas no son, en verdad, observadas por éstos. En el otro se ha señalado —sobre la base de la desconfianza antes mencionada— que el juez es un funcionario cuyo único objetivo es aplicar las leyes. Las soluciones estarían previstas por el legislador y el juez, en ese contexto, sólo debe verificar que las condiciones de aplicación de la hipótesis legislativa concurren al caso concreto. Desde luego que estas tesis extremas, sólo por denominarlas de alguna forma, no siempre resuelven nuestras dudas. Sin embargo, ellas nos presentan los extremos de una línea de distintas posibilidades de análisis de la labor judicial. Si debo situarme entre alguna de las dos teorías, así caricaturizadas, estoy más cerca de la segunda; y una de las secciones de este trabajo va dirigida a entregar algunas razones en ese sentido.

De inmediato permítanme mostrar que es posible encontrar casos en que la segunda tesis, esa que describe y propone un rol de mero aplicador para el juez, encuentra eco en varias disposiciones. El Código Civil, por ejemplo, establece que “el testamento solemne y abierto debe otorgarse ante competente escribano y tres testigos”<sup>5</sup>. El testamento se encuentra válidamente otorgado únicamente cuando se encuentran presentes el notario y esos tres testigos. Este precepto reclama (en principio) una labor relativamente sencilla de parte del juez; verificar que esos tres testigos hayan estado presentes y hayan cumplido con las demás formalidades que establece la legislación. A nivel constitucional encontramos disposiciones similares<sup>6</sup>.

Sabemos, sin embargo, que este tipo de casos no representa la regla general. Sabemos que las reglas y principios normativos poseen un lenguaje de ‘textura abierta’<sup>7</sup> que hace de las ambigüedades y vaguedades *la* regla general del quehacer judicial<sup>8</sup>. Sabemos que nuestros legisladores no son seres omniscientes y que se encuentran, por lo mismo, incapacitados para prever todas las hipótesis de conflicto jurídico que una comunidad

<sup>5</sup> Código Civil de Chile, Artículo 1014.

<sup>6</sup> RONALD DWORKIN, *FREEDOM’S LAW* 2-3 (1999) (particularmente su introducción, donde Dworkin argumenta que el carácter abierto de las disposiciones constitucionales, en particular de las disposiciones de la Constitución de los Estados Unidos, reclama—y se efectúa por medio de—una lectura moral).

<sup>7</sup> H.L.A. HART, *THE CONCEPT OF LAW* 126 (1997) (EL CONCEPTO DEL DERECHO, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1998).

<sup>8</sup> Ambigüedad, vaguedad y generalidad que no es propia solamente, como podría malentenderse, de los preceptos constitucionales. Aulis Aarnio, *Las Reglas en Serio*, en *LA NORMATIVIDAD DEL DERECHO* 17, 20, 23, 33 (Aulis Aarnio et al. comps. 1997) (argumentando que los jueces interpretan *formulaciones de normas* que, independiente de su jerarquía en la pirámide normativa, poseen estructuras binarias o abiertas. El resultado de esa interpretación, la *norma* propiamente tal, elimina la distinción entre reglas y principios pues ella, la *norma*, “expresa[] siempre una norma del tipo o lo uno/lo otro”).

deseará ver resueltas por sus jueces<sup>9</sup> —de hecho las más de las veces nos sorprendemos de la escasa capacidad que nuestros legisladores exhiben para prever esas situaciones y nos ofuscamos por la demora en la decisión de las ya resueltas.

Debemos asumir, entonces, que nuestros jueces hacen algo más que simplemente aplicar las leyes. Pero no deberían hacer mucho más. El objetivo de las líneas que siguen, entonces, es el de analizar, como ya lo anuncié, cuáles son algunas de las teorías relativas al razonamiento judicial. La sección que sigue (2) está destinada a ello. El contexto que sirve de telón de fondo al (breve) análisis de estas teorías es el de las cláusulas jurídicas indeterminadas que se contienen en la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>10</sup>, y en varias otras disposiciones legales chilenas<sup>11</sup>. En seguida, en la sección 3, ofreceré dos herramientas de trabajo para los jueces. Éstas, me parece, permitirán dar respuesta a las demandas de la Convención sobre los Derechos del Niño, de una parte, y a mis aprensiones relativas al rol de los jueces en un contexto democrático, de otra. Propondré —sin que se trate de una novedad— que entregando especial importancia a la autonomía de los niños y niñas, así como descansando en cuestiones cuya especialidad (y evaluación) se aloja fuera del derecho, los jueces podrían cumplir un rol mucho más modesto. Un rol más cercano al que hemos pensado para ellos en el contexto de nuestros sistemas legales<sup>12</sup>. Hacia el final reservo algunas conclusiones.

## 2. Las caras de los jueces: las teorías del razonamiento judicial<sup>13</sup>

El sistema legal, sus leyes, reglamentos, pero sobre todo las constituciones y los tratados internacionales —y la Convención sobre los Derechos del Niño es uno—, se encuentra plagado de cláusulas jurídicas de contenido indeterminado. Es decir, cláusulas legales a las cuales los jueces deben echar mano para resolver las disputas judiciales que llegan a su conocimiento, pero cuyo contenido, de su sola lectura, es difícil de comprender (y entender). Tomemos como ejemplo inicial el artículo 3.1 de la Convención —que nos acompañará durante parte de este trabajo.

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

<sup>9</sup> Aulis Aarnio, *Sobre la Ambigüedad Semántica en la Interpretación Jurídica*, en AULIS AARNIO, DERECHO, RACIONALIDAD Y COMUNICACIÓN SOCIAL 21 (2a ed., 2000).

<sup>10</sup> Convención sobre los Derechos del Niño, Res. 44/25 20 Nov., 1989 (en vigor desde 2 de Septiembre, 1990) (en adelante “la convención” o “CDN”).

<sup>11</sup> Trataré de ir incorporando la discusión especialmente, entonces, en el contexto de leyes que los jueces deben utilizar para decidir los casos que llegan a su conocimiento. Esas cláusulas ejemplifican de manera perfecta la textura abierta del lenguaje con que deben lidiar los jueces día a día.

<sup>12</sup> JOHN HENRY MERRYMAN, *THE CIVIL LAW TRADITION: AN INTRODUCTION TO THE LEGAL SYSTEMS OF WESTERN EUROPE AND LATIN AMERICA* (2d ed. 1985) (SISTEMAS LEGALES EN AMÉRICA LATINA Y EUROPA: TRADICIÓN Y MODERNIDAD, Santiago, Fondo de Cultura Económica, 1989) (destacando la diferente forma en que concebimos a los jueces en los sistemas judiciales tributarios del derecho continental, cuando la comparamos con la atención que reciben en el common law—particularmente en los Estados Unidos).

<sup>13</sup> Agradezco los comentarios que Matías Guilloff me formulara a una versión preliminar de esta sección.

El interés superior del niño es el estándar que los jueces deben situar en la cúspide de sus consideraciones al decidir casos en que haya niños involucrados. Ese estándar, indefinido así como se encuentra en la Convención, requiere ser interpretado y no es, por lo mismo, del tipo de reglas que los jueces puedan simplemente aplicar al caso que conocen<sup>14</sup>. Las teorías relativas al razonamiento jurídico ofrecen diversas descripciones del trabajo de los jueces que deciden sobre la base de esos estándares— y como señalé, de paso proponen cómo deben hacerlo.

## A. Realismo judicial

El *realismo judicial*, por ejemplo, sostiene que esos estándares presentan poco límite (siquiera alguno) para los jueces. No sólo esos estándares indeterminados presentan escaso control al trabajo del juez, sino que cualquier otro tipo de regla (o principio) que sugiera que el juez es sólo un mero aplicador del derecho. Creer que es posible limitar la discrecionalidad del juez para crear derecho es —sostienen— parte del ‘mito judicial.’ Ese mito consistiría en negar el hecho que los jueces crean derecho y, por lo mismo, en confiar ciegamente en que el sistema jurídico es un “conjunto completo de reglamentos... que es inmodificable, salvo cuando el poder legislativo lo altera por medio de la promulgación de estatutos”<sup>15</sup>. La verdad, sin embargo, nos indica que los jueces tienen más poder del que estamos dispuestos a concederles. Justamente para evadir ese problema y para evitar asumir las terribles consecuencias que se siguen de aceptar esa realidad (de jueces omnipotentes), es que preferimos negarla<sup>16</sup>. Se crea, así, el mito de jueces ‘cercados’ por el derecho<sup>17</sup>.

Para el realismo, uno de los factores que mayormente incide en la imposibilidad de ‘cercar’ a los jueces, es la discrecionalidad que poseen éstos para determinar los hechos importantes de cada caso<sup>18</sup>. Ese poder simplemente echa por tierra —apunta el realismo— cualquier posibilidad de predecibilidad de las decisiones judiciales<sup>19</sup>. No es cierto, por lo tanto, que

<sup>14</sup> Para volver a Aarnio, el interés superior del niño, de acuerdo a la Convención debe ser la consideración primordial que los jueces deben tomar en cuenta al momento de resolver un caso, es la *formulación de una norma*. Los jueces interpretarán esa formulación, determinando el alcance y sentido de la misma: la *norma*. *Supra* nota 8.

<sup>15</sup> JEROME FRANK, *LAW AND THE MODERN MIND* (Renée Briones & Carlos Cerda trans.), en *RAZONAMIENTO JUDICIAL* 254 (Carlos Cerda ed., 1995).

<sup>16</sup> JEROME FRANK, *DERECHO E INCERTIDUMBRE* 25 (1991).

<sup>17</sup> JEROME FRANK, *COURTS ON TRIAL: MYTH AND REALITY IN AMERICAN JUSTICE* 50 (1973).

<sup>18</sup> FRANK, *supra* nota 15, p. 265-68 (los jueces, apreciando los hechos, son “testigos de los testigos” y, en tanto tales, les afectan los mismos problemas que las percepciones de los hechos acarrearán para éstos. No es extraño adivinar por qué los abogados utilizan horas capacitándose y entrenándose para examinar y contra-examinar a los testigos, peritos, y todo otro interviniente en una audiencia de juicio); FRANK, *supra* nota 16, pp. 26-7 (describiendo las dificultades y obstáculos que impiden que los testigos den cuenta fidedigna de hechos que han presenciado—fenómenos que se replican en el juez).

<sup>19</sup> De ahí que para el realismo los abogados sean no otra cosa que una suerte de meteorólogos que con cartas sinópticas (las leyes, los reglamentos y toneladas de decisiones judiciales anteriores) van tratando de adivinar las condiciones del tiempo. Sus consejos no son más que predicciones acerca de lo que una corte decidirá. Oliver Wendell Holmes, Jr., *The Path of Law*, en 10 HARV. L. REV. 457 (1897) (“It is to make the prophecies easier to be remembered and to be understood that the teachings of the decisions of the past are put into general propositions and gathered into textbooks, or that statutes are passed in a general form”). El fenómeno puede ser algo más complejo si tomamos en cuenta las propuestas del análisis económico del derecho. Véase, por ejemplo, Frank Easterbrook, *Ways of Criticizing the Court*, 95 HARV. L. REV. 802 (1982) (argumentando la imposibilidad de obtener decisiones coherentes en el tiempo sin violar alguna de las condiciones del teorema de imposibilidad de Arrow). Ni siquiera las decisiones *súper fundadas* son prenda de garantía. Los jueces son capaces de dotar sus decisiones de una (aparente) razonabilidad que las haría calzar dentro del molde clásico en que, según se nos enseña, opera la decisión judicial:

(1) *Regla jurídica* “la persona que mate (injustificadamente) a otra será penalizada con 5 años de cárcel;”

(2) *Hechos* “Pedro mató (injustificadamente) a Juan;”

(3) *Conclusión (sentencia)* “Pedro es condenado a 5 años de cárcel.”

FRANK, *supra* nota 17, pp. 165-8.

los jueces resuelven los casos sobre la base de un silogismo en que la conclusión es el resultado de la aplicación de una premisa general (el estándar legal) a una premisa específica (los hechos del caso)<sup>20</sup>. Sino que se trata de un fenómeno algo más complejo en que la conclusión, a diferencia de los que se nos enseña, precede a las premisas<sup>21</sup>.

Y aún cuando los jueces fuesen capaces de *aprehender* los hechos de forma objetiva, ello no sería suficiente —si pensamos en jueces con facultades limitadas. No son las normas, los principios, ni las leyes las que determinan cómo un juez va a resolver un caso determinado, sino que es su educación, su propia experiencia en la vida y en su cargo judicial, así como su personalidad y las corazonadas que operan para el caso concreto las que, finalmente, influyen y determinan su decisión<sup>22</sup>. Es común, sin embargo, que los jueces, ante esta descripción de su trabajo respondan que ello no es cierto; que su función es la de aplicar la ley con imparcialidad tratando, en la medida de lo posible, de eliminar aquellas condiciones que puedan afectar su condición de terceros ajenos al caso que resuelven<sup>23</sup>. Sin embargo, ocurre que muchas de las corazonadas que determinan la decisión judicial, así como la personalidad y los fenómenos psicológicos que influyen al juez, operan, las más de las veces, sin que el mismo juez se de cuenta. Pertenecen a esa clase de fenómenos que nos determinan enfrente de las situaciones, y que ni siquiera nosotros mismos sabemos que están ahí, (justamente) operando y determinándonos<sup>24</sup>. De ahí el ‘mito judicial.’ El ‘mito judicial’ que denuncia Frank no es una mentira que los jueces crean sobre su trabajo a objeto de engañarnos. Se trata, en cambio, de una descripción que ellos y ellas pretenden es fidedigna relación de su trabajo. Ellos y ellas no saben que son parte del ‘mito’ —ni que se encuentran cautivados por él.

Al realismo le interesa el ‘derecho real’: las decisiones de los tribunales y las razones por las cuales los jueces resuelven como lo hacen. Para poder entender las decisiones judiciales resulta esencial comprender cómo los jueces se acercan a los casos. Ello es lo que debería llamar nuestra atención respecto a la forma en que estudiamos el derecho. El juez debe ser el centro de nuestro estudio y, las reglas, principios y estándares que lo rodean, sólo un dato dentro de aquél<sup>25</sup>. Oliver Wendell Holmes así nos lo recuerda al advertir —fijando la posición del realismo— que “[l]a vida del derecho no ha sido lógica: ha sido experiencia”<sup>26</sup>.

<sup>20</sup> FRANK, *supra* nota 16, p. 26.

<sup>21</sup> FRANK, *supra* nota 15, pp. 262-4.

<sup>22</sup> Por esta misma razón es que es difícil pensar en jueces “recibiendo” los hechos objetivamente. Estas corazonadas, sus impulsos psicológicos y toda su experiencia se pone en juego al momento de ser “testigos de los testigos” que presentan su (particular) visión de los hechos. FRANK, *supra* nota 16, pp. 32-3.

<sup>23</sup> Nadie negaría, por ejemplo, que existe una amplia gama de causales de impugnación y recusación que buscan, justamente, impedir que los jueces puedan afectar indebidamente a alguna de las partes en un litigio. Una interesante discusión en este sentido en FRANK, *supra* nota 17, capítulo X, ¿son los jueces humanos? (pp.146-56). En este mismo sentido es importante repasar varias de las declaraciones emitidas por los jueces nacionales, a propósito de las acusaciones en su contra cuando, bajo la dictadura de Pinochet, rechazaban cualquier responsabilidad en los sucesos que hoy todos conocemos. Así, por ejemplo, véase la entrevista a Hernán Cereceda Bravo, Ministro de Corte Suprema, en EL MERCURIO, 20 de Enero, 1985; Germán Hermosilla, Ministro de Corte de Apelaciones, Presidente de la Asociación de Magistrados de Chile, en LA ÉPOCA (cuerpo dominical), 14 de junio, 1987; Declaración de la Corte Suprema publicada en los diarios del país en julio de 1987. Sergio García, Presidente del Colegio de Abogados, en REVISTA QUE PASA, 23 de julio, 1987; y Pablo Rodríguez Grez, en EL

<sup>24</sup> FRANK, *supra* nota 15, p. 265.

<sup>25</sup> *Id.* p. 265.

<sup>26</sup> OLIVER WENDELL HOLMES, THE COMMON LAW 15 (Fernando Barrancos y Vedia trad., Topográfica Editora Argentina 1964).

## B. Positivismo jurídico

El *positivismo jurídico*, por su parte, confía en el límite que esas reglas imponen a la labor judicial. Sin embargo, reconoce que éstas son insuficientes si lo que deseamos es eliminar la discrecionalidad judicial. De hecho —y siguiendo acá la tesis de Hart— la textura abierta del lenguaje que se utiliza en las *formulaciones normativas* les entrega a los jueces, necesariamente, una irremediable dosis de discrecionalidad para decidir.

La piedra angular del positivismo es la separación entre derecho y moral<sup>27</sup>. Para Hart las normas jurídicas —eso que llamamos derecho— no dependen su validez de criterios morales<sup>28</sup>. Es cierto, y no puede negarse, que el derecho ha sido influido tanto por las normas morales convencionales, como por los ideales de determinados grupos sociales. Pero de ello no se sigue, sostiene Hart, que las normas jurídicas se deban, en su validez, a una determinada conformidad con una específica (concepción de) moral o justicia<sup>29</sup>. Waldron es más agudo al señalar que el “positivismo es neutro desde un punto de vista metaético. No toma posición sobre la naturaleza del razonamiento moral. Es compatible con el realismo moral y con su antítesis. Todo lo que hace es decir que las decisiones jurídicas son de un tipo y las morales de otro”<sup>30</sup>. Son “de un tipo y otro” porque el procedimiento que seguimos para identificar las normas que determinan el resultado de una decisión y otra, es distinto. Para el positivismo las decisiones (jurídicas) se alcanzan recurriendo a las normas (jurídicas) que la regla de reconocimiento nos permite identificar como válidas. Son esas normas las que pueden justificar una decisión judicial. Y no otras<sup>31</sup>. Ello no quiere decir que la regla de reconocimiento reclame de jueces una actividad mecánica. Ello porque, como Hart lo señala, en los estados modernos esa regla no es una sola; sino que se trata de una regla compleja que incluye constituciones escritas, leyes y precedentes judiciales<sup>32</sup>.

Si el tema que nos preocupa es la discrecionalidad con la que jueces y juezas pueden actuar al decidir casos, ¿es la regla de reconocimiento una respuesta satisfactoria? Sí

<sup>27</sup> Voy a centrarme, sobre todo, en la versión de Hart sobre el positivismo. Esa versión es la que él, en su *postscriptum* (*supra* nota 4), denomina positivismo suave. Versiones más radicales, si quiere ponerse en estos términos, se encuentran en HANS Kelsen, *TEORÍA PURA DEL DERECHO* 55 (Moisés Níve trans., Eudeba 1996) (las consecuencias que en derecho son *debidas*, gracias a la imputación jurídica del orden normativo, no lo son desde una calificación moral. Ello nos permite afirmar—insiste Kelsen—que el derecho y la moral se ocupan de órdenes normativos distintos) y Jules Coleman, *The Practice of Principle: In Defense of a Pragmatist Approach to Legal Theory* (2001), entre otros.

<sup>28</sup> Contra esta idea se señala que es el mismo derecho el que, por medio de sus *formulaciones normativas*, incorpora corrientemente referencias a criterios morales, de valoración, o ponderación que exigen del juez—no hay otra solución—una mirada a la moral. Hart, veremos, argumenta que la referencia a principios morales como regla de reconocimiento es posible. Hart, *supra* nota 4, p. 124-5. Kelsen señala que, en esos casos, si “desde que una norma moral es aplicada en virtud de una norma jurídica, adquiere por tal circunstancia el carácter de una norma jurídica.” Kelsen, *supra* nota 27, pp. 55-6.

<sup>29</sup> Hart, *supra* nota 7, p. 185. También en H.L.A. Hart, *LAW, LIBERTY, AND MORALITY* (1963) (en lo que Hart denomina la pregunta histórica o causal de la relación entre la moral y el derecho).

<sup>30</sup> JEREMY WALDRON, *LAW AND DISAGREEMENT* 166-7 (1999) (debo este argumento a Matías Guilloff) (la traducción es mía).

<sup>31</sup> Esas normas son las que forman *el sistema jurídico* dentro del cual un grupo determinado de jueces (y donde también intervienen abogados y una comunidad) resuelve los casos que llegan a su conocimiento. Justamente porque existe una regla de reconocimiento que nos dice qué normas son válidas para justificar una decisión, y cuáles no, es que tenemos la idea y noción—aunque embrionaria—de (estar actuando dentro de un) *sistema jurídico*. Hart, *supra* nota 7, p. 94-5.

<sup>32</sup> *Id.* pp. 101-2.

<sup>33</sup> *Id.* p. 103 (“Decir de una determinada regla que es válida, equivale reconocer que ha superado todos los *tests* establecidos en la regla de reconocimiento y es, por lo tanto, una regla del sistema”) (la traducción es mía).

y no. Sí, porque ella nos permite afirmar que de todas las normas de conducta posibles, digamos, de todas las normas que ocupan un espacio en el 'mundo de las normas,' sólo algunas de ellas poseen el estatus de normas jurídicas y, por lo mismo, sólo ellas podrán ser utilizadas por los jueces para decidir los casos que se les presentan<sup>33</sup>. Ello limita la discrecionalidad judicial en el sentido que proscribe el uso de ciertas (categorías de) normas. No, sin embargo, porque esas formulaciones normativas, una vez identificadas como partes integrantes del sistema legal en que un juez decide, se expresan en lenguaje común. Y por ello poseen los problemas propios del lenguaje: vaguedad y ambigüedad, entre otros. Si a ello sumamos la textura abierta que el lenguaje del derecho asume, la certidumbre es la excepción en un mar de ambigüedad y vaguedad. Más complejo todavía en los casos en que el derecho reclama una mirada a la moral, donde los acuerdos a nivel conceptual dan paso a desacuerdos en el nivel de las concepciones<sup>34</sup>.

En un escenario tal, sostiene el positivismo *ala* Hart, quedamos atados de manos. Es cierto que las *formulaciones normativas* se expresan en lenguaje común. ¿Supone lo anterior, como afirma el realismo, que los jueces pueden hacer (y hacen) lo que quieran? No. Las palabras aguantan algunas concepciones, y dejan fuera otras —y para Hart la indeterminación es sólo una pequeña parte del conjunto de normas existentes. Pero aún así la vaguedad y ambigüedad nos presenta varias opciones y el juez, en ese caso, opta por una<sup>35</sup>. Y lo hace ejerciendo una dosis irremediable de discrecionalidad de la que están dotados, justamente porque no tenemos mejor forma de limitarlos en su poder.

### C. Integridad en la interpretación

Ronald Dworkin, entre otros, ha sido uno de los principales críticos del positivismo jurídico. Sosteniendo la tesis de la *integridad en la interpretación*<sup>36</sup>, Dworkin afirma que el positivismo falla al no lograr dar cuenta de un tipo de normas que el sistema jurídico contempla —y a las cuales los jueces pueden echar mano para resolver los casos: los principios. Para decirlo de otra forma, en el mundo del positivismo el sistema jurídico se agota en las normas jurídicas positivas cuyo horizonte, la tesis de Dworkin, extiende a los principios que le dan consistencia moral a la práctica judicial, al derecho de una comunidad, y a la interpretación judicial dentro de ese sistema. El positivismo se ciega en frente de esos principios que forman parte del derecho y, por lo mismo, es lógico que sostenga que los jueces hacen uso de una irremediable dosis de discrecionalidad al resolver. Los jueces deberán siempre, en frente de la "irreducible textura abierta del lenguaje," elegir. Y elegir discrecionalmente.

<sup>34</sup> El acuerdo a nivel conceptual es mayor en tanto ese acuerdo es más fácil de alcanzar. El ejemplo de la justicia o la igualdad puede servir. En principio es difícil encontrarse con detractores de tan loables principios. ¿Quién no querría alcanzar la justicia o mayores niveles de igualdad? Sin embargo, una vez que estamos de acuerdo en que mayores niveles de igualdad, por ejemplo, son deseables, la pregunta que inmediatamente sigue es, pues bien, ¿cómo alcanzamos esa mayor igualdad? ¿Incentivamos el trabajo flexibilizando los contratos de trabajo para que más gente trabaje? ¿O aumentamos los impuestos a aquellos que más acumulan? Dworkin, *supra* nota 4.

<sup>35</sup> Hart, *supra* nota 7, p. 127 ("La discreción que se deja al juez producto del lenguaje puede ser muy amplia; por lo tanto al aplicar las reglas, la conclusión a la que arriba, aun cuando no sea arbitraria o ilegal, es en efecto una opción") (la traducción es mía).

<sup>36</sup> RONALD DWORKIN, *LAW'S EMPIRE* (1986) (EL IMPERIO DE LA JUSTICIA, Barcelona, Gedisa, 2005 2a ed.).

Dworkin no está de acuerdo. Una parte importante de su argumentación en *Los Derechos en Serio*<sup>37</sup> está destinada al tema de la discrecionalidad. Para poder hablar de discrecionalidad debemos tener presente que estamos refiriéndonos a decisiones que deben adoptarse y a los límites dentro de los cuales esas decisiones deben adoptarse. No hay otra opción. Usted podrá hablar de discrecionalidad sólo cuando tiene parámetros conforme a los cuales es posible cotejar una decisión. En términos amplios, la discrecionalidad existe sólo cuando esos límites no son observados. El asunto se debate en torno a cómo se establecen esos contornos de la decisión. Dependiendo de la forma en que establezcan esos límites que debe observar quién adopta esa decisión (el juez), estaremos en presencia de una discrecionalidad en sentido débil (dos sentidos, a su turno) o en sentido fuerte. Usamos la palabra discrecionalidad en un sentido débil, cuando el marco dentro del cual deben dictarse o adoptarse ciertas órdenes es, más bien, difuso. Un segundo sentido débil de la discreción se utiliza cuando se alude a la facultad de la que se encuentra revestida una persona en cuyas manos queda la toma de una decisión final “que no puede ser revisada ni anulada por otro funcionario.” Sigue siendo un sentido débil pues, aun cuando esa decisión no puede revisarse, posee límites —aunque difusos. Finalmente, existe un sentido fuerte de discrecionalidad. Éste se verifica cuando la toma de decisiones no se encuentra sujeto a estándar alguno impuesto por autoridad alguna. Al ser esto así, entonces, las decisiones serán discrecionales sólo cuando se verifiquen en un contexto que carece de estándares que limiten la forma en que se adoptan las mismas, es decir, ni estándar ni autoridad alguna controlarán la decisión adoptada. Libertad total<sup>38</sup>.

El positivismo, al no prestar atención a esos principios que entregan consistencia al sistema jurídico, cree que los jueces que fundan sus decisiones en principios actúan discrecionalmente. Para Dworkin, sin embargo, los jueces no actúan discrecionalmente cuando invocan principios. Al menos no en el sentido fuerte que identifica esa expresión<sup>39</sup>. Ello, porque una vez que los jueces son capaces de identificar los principios que dan integridad al sistema legal<sup>40</sup>, su decisión es controlada por ellos<sup>41</sup> —aun cuando los límites que establecen son, más bien, difusos<sup>42</sup>. Debemos preocuparnos de evitar la discrecionalidad fuerte pues no queremos,

<sup>37</sup> RONALD DWORKIN, *LOS DERECHOS EN SERIO* (1984).

<sup>38</sup> *Id.* pp. 84 y ss.

<sup>39</sup> De todas formas, sostiene Dworkin, aun en los casos en que se resuelve discrecionalmente, en el sentido fuerte de esa expresión, existen un conjunto de criterios de sensatez justicia y racionalidad que nos permitirían criticar, igualmente, la decisión así adoptada.

<sup>40</sup> Tarea nada sencilla, por lo demás, y a la que Dworkin dedica parte importante de *Law's Empire*, *supra* nota 36, p. 411 (“El derecho como integridad . . . [h]ace que el contenido del derecho no dependa de convenciones especiales ni de cruzadas independientes [de un juez de turno] sino de interpretaciones más refinadas y concretas de la misma práctica legal que ha comenzado a interpretar [para decidir un caso]”) (la traducción en la versión es español, p. 288).

<sup>41</sup> Esta idea es la que justifica, en la obra de Dworkin, su tesis de la respuesta correcta. Como existen principios a los cuales los jueces recurren para decidir los casos que se les presentan, éstos no actúan discrecionalmente pues esos principios sirven de límites a la actividad de aquéllos. La respuesta existe y es siempre correcta, una tesis que, así descrita, no va ligada al contenido sustantivo de esa decisión particular. Ronald Dworkin, *La Tesis de los Derechos y la Discrecionalidad Judicial*, en *CONFERENCIAS DE RONALD DWORKIN EN CHILE 51* (Corporación Nacional de Reparación y Reconciliación, 1994) (“Siempre hay una única respuesta, aun cuando no estemos de acuerdo en cuál es ella y aunque no tengamos siquiera certeza de cuál es”).

<sup>42</sup> Como expresa Squella, llamando la atención sobre el modelo de normas que propone Dworkin y su conexión con la tesis de la ‘respuesta correcta,’ “para él todo ordenamiento jurídico . . . ofrece una tal cantidad y variedad de materiales normativos, incluyendo normas propiamente tales y principios, que siempre es posible para el juez descubrir una única respuesta jurídica correcta para cada caso que conoce, incluidos los casos difíciles, de modo que la discrecionalidad judicial queda eliminada como práctica legítima.” AGUSTÍN SQUELLA, *INTRODUCCIÓN AL DERECHO* 456 (2000).

ni nos parece bien que existan, jueces irresponsables<sup>43</sup>. Y ello se logra —sostiene— con un sistema legal que incorpora esos principios.

\* \* \*

Las teorías relativas a la interpretación judicial, como hemos visto, son variadas. Todas ellas exhiben especial preocupación por los niveles de discrecionalidad de los que, decidiendo, gozan los jueces. En el contexto de los derechos del niño —argumentaré a continuación— esa es mi preocupación también. Y sugiero alguna alternativa.

### **3. Las exigencias de la democracia: del interés de los jueces al interés superior del niño**

Todas estas tesis tienen un telón de fondo delante del cual se colocan en juego. Los jueces no trabajan en medio de la nada. La democracia es el régimen dentro del cual ellos ejercen sus funciones. Y pese a que nadie los elige<sup>44</sup>, ejercen funciones que se les han delegado. Ellos son, para decirlo en otras palabras, funcionarios responsables. Responsables en el sentido que sus decisiones, difíciles de poder medir bajo los parámetros de la verdad y la mentira, requieren estar dotadas de legitimidad. En las líneas que siguen, y para concluir este trabajo, sostendré que, en el contexto de casos sobre derechos del niño, los jueces dotan de legitimidad sus decisiones cuando las justifican sobre la base del interés superior del niño, y no sobre sus propias convicciones<sup>45</sup>. Sostendré, brevemente, que es posible limitar su discrecionalidad si se presta atención a la autonomía de niños y niñas, principalmente, y a la prueba técnica que los jueces deben apreciar, en segundo lugar. El rol de los jueces es, en esta propuesta, mucho más modesto.

#### **A. Autonomía (en serio)**

Debemos partir reconociendo —cosa nada de sencilla para varios de nuestros jueces y juezas— que, en el contexto de la Convención, los niños dejan de ser objetos de política y regulación, para pasar a convertirse en sujetos de derecho<sup>46</sup>. Nuestras comunidades reconocen e integran a los niños y niñas como sujetos autónomos capaces de formarse su propia opinión, de manifestarla, y de ser tomados en serio. Locke señalaba que los niños no nacían en estado de igualdad, donde un hombre no puede dominar a otro; sino que

<sup>43</sup> Id. p. 401 ("Si Hércules [el juez que Dworkin imagina encarna los valores de la interpretación que propone] hubiera decidido ignorar la supremacía legislativa y el precedente estricto cada vez que el hecho de ignorar estas doctrinas le permitiera mejorar la integridad del derecho, juzgado sólo como una cuestión de sustancia, habría violado la integridad en general") (la traducción en la versión es español, p. 282).

<sup>44</sup> Algunas ideas críticas sobre este punto en Christian Courtis, *Reyes Desnudos: Algunos ejes de caracterización de la actividad política de los tribunales*, en Filosofía, Política, Derecho. Homenaje a Enrique Mari (Roberto Bergalli, Claudio Martiniuk, Comps., 2003).

<sup>45</sup> E incluso sobre las decisiones de sus propios padres.

<sup>46</sup> Michael D. Freeman, *Tomando más en Serio los Derechos de los Niños*, en 3-4 REV. DER. DEL NIÑO 251, 258 (argumentando que en la medida que reconocemos derechos a los niños dejan de ser esclavos).

nacían *para la libertad*<sup>47</sup>. Freeman, por su parte, agrega que la igualdad es insuficiente para garantizar los derechos de los niños y que debemos, por ello, valorar su autonomía<sup>48</sup>. Me sumo a su reclamo. En esa misma línea, la Convención señala que debe garantizarse “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”<sup>49</sup>. Freeman insiste en que “[u]na teoría plausible de los derechos necesita tomar en cuenta no sólo la igualdad, sino también el valor normativo de la autonomía, la idea de que las personas como tales tienen un conjunto de capacidades que les permiten tomar decisiones independientes en relación con las opciones de vida convenientes”<sup>50</sup>. Similar es el planteamiento de Batista, para quien la Convención introduce una modificación conceptual desde que “convirtió a los niños y adolescentes —hasta entonces entendidos como *objetos del proceso*— en *titulares de derechos y obligaciones* que les son propios—de acuerdo con su condición peculiar de ser personas en desarrollo”<sup>51</sup>. Ese “*para la libertad*,” de Locke. Agrega que el ‘nuevo derecho’ que crea la Convención impacta en la labor judicial que requiere, ahora, de un juez altamente calificado, “capaz de hacer eficaces las normas del sistema en su cotidiana tarea jurisdiccional e incorporar la normativa internacional que debe conocer tan bien como las normas del orden nacional”<sup>52</sup>. Este punto es de especial importancia. Debemos recordar que en la OC-17 los estados son llamados a integrar “el interés superior del niño, entendido como premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia, y que constituye, por ello, un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de decisiones relacionadas con los niños”<sup>53</sup>. Incluidos los jueces, para quien la valoración adecuada de la autonomía de los niños, es un límite a su discrecionalidad, y los padres<sup>54</sup>.

47 JOHN LOCKE, TWO TREATISES OF GOVERNMENT 304 (Peter Laslett ed., Cambridge University Press 1988) (1698). Jeremy Waldron ha sugerido que estas ideas de Locke relativas a los niños deben ser entendidas en su justo contexto. Así, ha señalado que el telos y objetivo de la responsabilidad de los padres para cuidar a sus hijos (“que nacen débiles y desamparados”) es la “igualdad del niño con sus padres, y no algún estado de subordinación continua que pueda extraerse fácilmente del hecho que el padre ha sido creado completamente, y el infante no.” JEREMY WALDRON, GOD, LOCKE, AND EQUALITY: CHRISTIAN FOUNDATIONS IN LOCKE’S POLITICAL THOUGHT 24 (2002).

48 Freeman, *supra* nota 46, p. 268.

49 Artículo 12.1.

50 *Supra* nota 46 (se omiten sus notas al pie). Para Freeman la integridad moral de los niños se alcanza cuando les reconocemos derechos y, sobre ellos, configuramos su autonomía, p. 271. Una crítica a la derivación de derechos constitucionales a partir de derechos morales en Jeremy Waldron, *A Right-Based Critique of Constitutional Rights*, en 13 O.J.L.S. 18 (1993).

51 Joao Batista Costa, *El Perfil del Juez en el Nuevo Derecho de la Infancia y la Adolescencia*, en 2 REV. JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO 39, 43 (2000).

52 *Id.* p. 45.

53 CORTE IDH, *Condición Jurídica y Derechos del Niño*, Opinión Consultiva OC-17/02, 28 Ago., 2002, p. 595.

54 Algunas notas sobre la intervención estatal, el control de niños por sus padres y la valoración de la autonomía en Robert A. Burt, *Desarrollando Derechos Constitucionales de, en y para los Niños*, en DERECHO Y GRUPOS DESAVENTAJADOS 169 (Roberto Gargarella ed., 1999) pp. 170-4. En Chile, el debate sobre decisiones autónomas de jóvenes y adolescentes, versus decisiones de los padres, se verificó a propósito de la entrega gratuita y sin necesidad del consentimiento de los padres de la anticoncepción de emergencia. Pese a que se intentaron varias acciones de protección (amparos constitucionales) destinadas a revertir la medida, las cortes rechazaron los recursos. Los recurrentes argumentaban que, con esa medida, se desconocía el derecho constitucional a la educación preferente que los padres tienen sobre los hijos. La corte rechazó las acciones sin prestar mayor valor a la autonomía de las adolescentes involucradas. Verónica Undurraga, *Anticoncepción de emergencia: Autonomía de las Adolescentes y Derechos de sus Padres*, en 3 ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS 163, 176-70 (2007) (disponible en: [http://www.anuariocdh.uchile.cl/anuario03/7-SeccionNacional/anuario03\\_sec\\_nacionalIII\\_UndurragaValdes.pdf](http://www.anuariocdh.uchile.cl/anuario03/7-SeccionNacional/anuario03_sec_nacionalIII_UndurragaValdes.pdf)) (argumentando que en estos casos, las mujeres cuya autonomía no fue considerada poseían 3 variables que afectaba aún más su situación: la de ser mujeres, jóvenes, y pobres). La autonomía de las jóvenes involucradas tampoco estuvo presente en los debates políticos, según señalé en *Privacidad, Madurez, y Derechos del Niño*, LA NACIÓN, 19 de Octubre, 2006 (disponible en: [http://www.diariolnacion.cl/prontus\\_noticias/site/artic/20061018/pags/20061018211545.html](http://www.diariolnacion.cl/prontus_noticias/site/artic/20061018/pags/20061018211545.html)) (“La pregunta que parecen formularse quienes se oponen a esa política, es si acaso el Estado invade el derecho exclusivo y excluyente de los padres a educar. Esa pregunta, sin embargo, prescinde de los derechos de las niñas involucradas. Prescinde de su derecho a la autonomía y privacidad”).

Algunos casos pueden servirnos a entender mejor este punto. En el caso *Gillick*<sup>55</sup> la House of Lords señaló que cuando la persona, sin importar si es niño o niña, “es capaz de entender lo que se le propone y de expresar sus propios deseos, no veo dónde puede haber una buena razón para sostener que él o ella carece de la capacidad para expresarlos válida y efectivamente”. La regla no es rígida y varía con el tiempo en la medida que los niños y niñas están más cerca —para insistir con Locke— de esa libertad *para la cual nacen*<sup>56</sup>. Libertad que se encuentra íntimamente ligada a la autonomía que somos capaces de reconocerles y que va de la mano con el momento en que los niños adquieren “el suficiente entendimiento e inteligencia para ser capaces de tomar una decisión [informada] a su propio cargo.”

¿Supone lo anterior que la opinión del niño decide la cuestión? Desde luego no lo hace, como tampoco lo hace la relación de hechos del demandante y la defensa del demandado. En *In re W*<sup>57</sup> la Corte de Apelaciones reafirma el criterio establecido en *Gillick*. Realiza, sin embargo, una importante distinción —importante en el sentido que esclarece el rol del tribunal. Si bien en *Gillick* se sostuvo que el niño (que reúne las condiciones que detalla) puede oponerse a la decisión de sus padres en materia de consentimiento para atenciones médicas, no se dijo nada respecto al poder de un tribunal para vetar la opinión del niño. La Corte sostuvo que la anorexia, en ese caso concreto, “es capaz de destruir la habilidad para realizar una decisión informada . . . [A]l momento que el caso llega a esta corte, la condición de la niña se ha deteriorado tan drásticamente que esta corte habría actuado con negligencia de sus deberes si no hubiese revocado su decisión.” El derecho —consecuencia necesaria de reconocer la autonomía del niño— no es absoluto. Como sostiene Freeman, hay ciertas situaciones en las que la irracionalidad de la decisión del niño debe ser considerada justamente para revocar la misma. Lo que debemos cuidar, desde luego, es no permitir que el juzgador contrabandee sus propias decisiones y convicciones bajo ese manto de (entonces aparente) irracionalidad<sup>58</sup>. Desde luego la tarea no es sencilla. Freeman por ejemplo, señala que una decisión será manifiestamente irracional— y, por lo tanto, susceptible de ser revocada por un tribunal —cuando de aceptarse “socavaría futuras opciones de vida y dañaría intereses de modo irreversible”<sup>59</sup>— como ocurre en el caso de la niña anoréxica antes descrito.

Debemos dejar margen suficiente para que los niños se hagan responsables de sus (propias) decisiones, incluyendo los errores que de ellas se sigan. Pero debemos evitar la irracionalidad en las mismas. Por cierto que no es este el momento para discutir estas cuestiones con latitud,

<sup>55</sup> [1986] 1 FLR 224, *Gillick v West Norfolk and Wisbech Area Health Authority and Another*, House of Lords, 17 de Octubre de 1985.

<sup>56</sup> La misma sentencia señala que “[e]s preciso tener en cuenta que un niño llega a ser independiente en la medida que va creciendo; mientras el niño es mayor, la autoridad parental va—correspondientemente—disminuyendo. Por lo mismo la ley no reconoce ninguna regla de autoridad parental absoluta sobre alguna determinada edad. En cambio de ello, los derechos parentales son reconocidos por el derecho sólo en cuanto ellos son necesarios para la protección del niño, por lo que esos derechos ceden frente a los derechos del niño a tomar sus propias decisiones cuando ha alcanzado el suficiente entendimiento e inteligencia para ser capaz de tomar una decisión [informada] a su propio cargo. En concordancia con lo anterior, una niña menor de 16 años no carece de la capacidad de consentir en un tratamiento médico anticonceptivo por la sola consideración a su edad”.

<sup>57</sup> [1993] 1 FLR 1, *Re W*, Corte de Apelaciones, 10 de Julio de 1992.

<sup>58</sup> Freeman, *supra* nota 46, p. 272.

<sup>59</sup> *Id.*

pero me interesa dejar en claro lo siguiente. Si concedemos autonomía a una persona para tomar decisiones que ella misma sabe que afectará su vida, por ejemplo, poniéndole término a ésta, ¿por qué la muerte debería ser un límite a la decisión?<sup>60</sup> En el caso de los niños, y en el contexto al que acá venimos aludiendo, ello podría justificarse en que ellos y ellas no logran la total libertad *para* la cual nacen. El balance no es sencillo: mientras la libertad no es la misma que reconocemos a un adulto, que ya no se desarrolla *para* la libertad, sino *en* libertad, tampoco se trata —y eso argumento acá— de privar al niño de poder decisional. Por ejemplo, en el caso anteriormente descrito, la Corte no revocó la decisión de la niña que rechazaba un tratamiento, sino que la revocó sólo en cuanto rechazó la forma básica de tratamiento que le permita mantenerse con vida. En el resto sigue vigente su voluntad para consentir en el tratamiento médico que estime conveniente<sup>61</sup> —salvo en aquél que pueda socavar sus opciones “futuras de vida” que le permitirán alcanzar esa libertad *para* la cual ha nacido.

## B. La prueba técnica

Ahora bien, ¿cómo reconocemos la autonomía del niño? ¿Cómo es posible determinar su grado de entendimiento y consiguiente facultad para expresar sus deseos? En la primera parte de esta sección me interesaba responder cómo debíamos considerar al niño y sus decisiones. Acá lo que me importa es proponer una forma por medio de la cual podamos limitar la discrecionalidad del juez al momento en que éste determina ese grado de autonomía. Me interesa evitar que el juez realice un ejercicio discrecional<sup>62</sup> de su poder, privando al niño de autonomía y poder decisional. Me preocupa, para insistir, que el juez prefiera satisfacer sus propias convicciones de vida, antes que las del niño —a quien, desde luego, asignará escaso papel en esa determinación, y bajo poder decisional.

Acá es donde, me parece, la prueba técnica tiene un rol importante que jugar. Esa prueba debería ser la base, junto a la opinión del niño, sobre la cual el juez fundará su decisión. Y sobre lo cual deberá hacerse cargo. Quiero insistir en que la prueba técnica, típicamente conocida como prueba pericial, no debe reemplazar la labor del juez<sup>63</sup>. Sino, cosa distinta, elevar la carga argumentativa de éste —haciendo que las cosas sean más difíciles para el

<sup>60</sup> El caso, por cierto, no se encuentra resuelto tampoco para los adultos, y menos en el contexto judicial chileno. Un análisis del tratamiento que el derecho a la vida ha recibido en Chile en GASTÓN GÓMEZ, *DERECHOS FUNDAMENTALES Y RECURSO DE PROTECCIÓN* (2005) (en especial el capítulo 5).

<sup>61</sup> El tribunal de primera instancia tuvo que decidir solamente entre dos alternativas: o permitía los deseos de la niña y no se le aplicaba tratamiento alguno, o no lo permitía y se le aplicaba un tratamiento médico. En el intertanto, la niña había consentido en una orden de emergencia que la obligaba a ingerir alimentos, por lo que la Corte tuvo una tercera posibilidad: la de ajustarse a los deseos de la menor que ha consentido en seguir adelante con una forma de tratamiento, según lo dispuesto en la orden de emergencia. Por ello la Corte concedió la apelación en un sentido restringido: para permitir que se mantenga el tratamiento concedido en la medida de emergencia que, a final de cuentas, era el tratamiento con el cual la niña estaba, ahora, consintiendo.

<sup>62</sup> En el sentido *fuerte* al que se refería Dworkin más arriba.

<sup>63</sup> Mauricio Duce, *La Prueba Pericial en los Procesos Orales*, en ESTUDIOS DE DERECHO EN HOMENAJE A RAÚL TAVOLARI OLIVEROS 383, 384-92 (Alejandro Romero coord., 2007) (argumentando que el excesivo uso de la prueba pericial alienta la sustitución del trabajo judicial por el de los expertos, al tiempo que ésta, admitida indiscriminadamente, afecta la utilización racional de los recursos con que cuenta el sistema —y que se destinan a cada caso particular).

juez que quiera ver sus propias convicciones satisfechas. Permítanme situarlos en un caso que representa el tipo de situaciones que me preocupan. En *Atala*<sup>64</sup>, la Corte Suprema chilena privó a una madre lesbiana de la tuición sobre sus hijas— con quienes ella había vivido desde su separación con el padre de éstas. La razón por la cual la Corte decide entregar la tuición de las niñas al padre, fue la de considerar que la madre, al habitar con su pareja lesbiana el mismo hogar, había antepuesto su propio interés al (interés superior) de las niñas<sup>65</sup>. Además, estimó que esa composición familiar no correspondía a la idea de familia tradicional chilena<sup>66</sup> y, por lo mismo, ello redundaría en burlas y discriminaciones de su entorno —que la Corte se proponía evitar<sup>67</sup>. Las niñas, sin embargo, habían manifestado encontrarse a gusto con su madre; la prueba técnica, la pericia sobre ellas, indicaba que las niñas no poseían desórdenes psicológicos— y era improbable que fueran a sufrirlos. Pese a ello —y para lo que me interesa destacar acá— la Corte Suprema señaló que las pruebas técnicas, tales como informes sociales, psicológicos y otros, deben ser sólo un antecedente más a considerar. Así, señaló que:

“... en ese sentido, cabe anotar que en el campo de los asuntos de familia o que afectan a menores, las decisiones que la ley comete al tribunal también son y deben ser de resorte y responsabilidad propia e indelegable de los jueces respectivos, de suerte que los informes o dictámenes de psicólogos o asistentes sociales u otros profesionales que se alleguen por las partes a la causa o que ordene el tribunal, son sólo elementos de la convicción que deben formarse personalmente los jueces, al ponderar en su conjunto los medios de prueba”<sup>68</sup>.

Como señala Mauricio Duce, es cierto que no debemos admitir prueba pericial sobre aspectos cuya decisión la ley entrega al juez<sup>69</sup>. En eso Duce coincide con la Corte. Sin embargo, lo que debemos esperar de ésta es un ejercicio argumentativo que nos indique cuáles son las razones para desechar esa prueba<sup>70</sup>, sobre todo considerando la larga relación y análisis que

<sup>64</sup> Sentencia Rol 1.193-03, Corte Suprema Chile, 31 de Mayo de 2004.

<sup>65</sup> *Id.*, considerando 16°.

<sup>66</sup> *Id.*, considerando 16° (“Que al no haberlo estimado así los jueces recurridos, por no haber apreciado estrictamente en conciencia los antecedentes probatorios del proceso y haber preterido el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio, han incurrido en falta o abuso grave...” (el destacado es mío).

<sup>67</sup> *Id.*, considerando 16° (“Que, por otro lado, fuerza es admitir que dicha situación situará a las menores López Atala a un estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegio y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal”). A mediados de los años 80s una corte estatal de los Estados Unidos había conferido la tuición de un niño a su padre, y contra la madre, sobre la base del matrimonio que ésta había contraído con un afro americano. El argumento central de ese tribunal era que, de mantenerse a la niña en el hogar ‘birracial’, “era seguro que sería objeto de una fuerte estigmatización social.” La Corte Suprema revocó esa decisión, argumentando que “[l]a Constitución no puede controlar esos prejuicios pero tampoco puede tolerarlos. [Esos] Prejuicios privados deben estar fuera del alcance de la ley, pero la ley no puede, ni directa ni indirectamente, otorgarles efecto.” *Palmore v. Sidoti*, 466 U.S. 429 (1984), citado en RICHARD H. FALLON JR., *THE DYNAMIC CONSTITUTION. AN INTRODUCTION TO AMERICAN CONSTITUTIONAL LAW* 120-1 (2004).

<sup>68</sup> Corte Suprema Chile, *supra* nota 64, considerando 14°.

<sup>69</sup> Duce, *supra* nota 63, pp. 384-5 (argumentando que la admisibilidad indiscriminada de prueba pericial debe evitarse a objeto de: (a) impedir que los jueces descansen exclusivamente en la labor de los expertos—lo que mina las bases de legitimidad de las sentencias—y (b) de aminorar el impacto que este tipo de pruebas causa en el juzgador).

<sup>70</sup> Los jueces pueden verse varias veces frente a esa tarea, como, por ejemplo, cuando tengan a la vista dos informes periciales que concluyen en sentidos diversos (i.e.: las niñas si se verán afectadas por la relación lésbica de su madre vs. las niñas no tendrán problemas).

el tribunal de instancia efectuara sobre esos informes<sup>71</sup>. Déjenme insistir con un ejemplo. Es cierto que los jueces pueden resolver, como ocurre en los asuntos de familia —al menos en Chile<sup>72</sup>— conforme a las reglas de la sana crítica. Pero de ello no se sigue que los jueces puedan resolver cómo quieran y, por lo mismo, les exigimos argumentar para poder conocer cuáles son las razones que definitivamente logran su convicción<sup>73</sup>. ¿Qué señaló la Corte? Prefirió ella ‘producir’ su propia prueba técnica señalando que:

“... aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas”<sup>74</sup>.

Sólo para el caso en que se quiera insistir con la autonomía, cabe señalar que el tribunal de instancia no sólo valoró los informes relativos a la integridad de las declaraciones de las niñas; sino que, además, hizo mención expresa de la voluntad de éstas de volver a vivir con su madre<sup>75</sup> —aun cuando insiste en que, por su corta edad, sus declaraciones son consideradas sólo como un antecedente más<sup>76</sup>. La Corte Suprema, sin embargo, no se refiere a la declaración de las niñas pues, en su concepto, el interés superior de ellas se respetaba evitando la posible confusión de roles paterno y materno<sup>77</sup>. Para decirlo en el contexto de los elementos que vengo analizando en esta sección, la Corte no se hace cargo de evaluar la autonomía de las niñas, y de paso no presta atención —pues sólo son un elemento más— a la prueba técnica que buscaba situar a las mismas en su grado de entendimiento, madurez, desarrollo psicológico y social (entre otros factores).

¿Qué ha ocurrido en derecho comparado? Permítanme volcar la atención nueva y brevemente, a los casos ingleses. En ellos, en general, los tribunales han declarado que la sola condición

<sup>71</sup> Juzgado de Villarrica, 29 de Octubre de 2003, considerando 23°.

<sup>72</sup> Ley No 19.968 (D. Of. 30 de Agosto de 2004), artículo 32°.

<sup>73</sup> El juez que descansa indebidamente en la prueba técnica, dejando de cumplir su labor para (auto) sustituirse por las prueba técnica, afecta la legitimidad de la decisión judicial. Es cierto (Duce, *supra* 63, pp. 385-7). Pero también es cierto que ese es un juez que está haciendo mal su trabajo, como ocurre también con el juez que hace un uso indebido de la sana crítica—no fundando, por ejemplo, su decisión.

<sup>75</sup> La misma Corte había ordenado entregar la custodia provisoria al padre.

<sup>76</sup> Juzgado de Villarrica, *supra* nota 71, considerando 36°.

<sup>77</sup> Una crítica a esta sentencia en Patsili Toledo, *Derechos Humanos y Tuición*, en 1 ANUARIO DE DERECHOS HUMANOS 145 (2005) (disponible en: <http://www.anuariochd.uchile.cl/anuario1/14derechos-humanos-tuicion.pdf>). No es que los jueces chilenos siempre resuelvan así, como lo hizo la Corte Suprema en este caso. Por ejemplo, se puede tomar nota de la labor activa del juez en *Menor M.R.B.S.M.*, donde uno de los ministros de la sala se entrevistó con la niña concluyendo, fundadamente, que:

“se trata de una menor muy inteligente, vivaz, conocedora de la situación, no obstante que a la fecha tiene 8 años de edad y cuando retornó a Chile sólo tenía un poco más de 6 años, recuerda la situación vivida, dice que sus padres discutían, que su mamá trataba de aquietar las cosas, pero no su papá, la castigaba por malas notas en dictado; que la llama por teléfono y luego lo hace con su madre con quien discute; que sólo una vez vino a verla a Chile; que se lleva muy bien con su media hermana (...) relata tener muchas amigas; estar contenta en su colegio, cursa 4° año básico, que se integra con todos sus compañeros, que sólo ha sacado una nota mala en dictado. Expresa que su padre es muy enojón y que ella estaba en su pieza estudiando y los escuchaba discutir y que su mamá quería tranquilidad pero él insistía, no sabe bien de qué, pero en voz alta.”

Corte de Apelaciones de Valparaíso, 3 de junio de 1998, considerando 8°. Lo que estoy argumentando es que, de existir prueba técnica, supongamos, en contra de las conclusiones a que arriba el juez, entonces éste tiene un deber argumentativo superior al que posea sin la existencia de esos antecedentes. Duce insiste en que el juez no debe sustituir su labor por la de los expertos. Y estoy de acuerdo en él. Ocurre, sin embargo, que la admisibilidad de prueba técnica destinada a medir el grado de madurez del niño, así como los posibles efectos de su decisión, por ejemplo, deberá ser analizada para el caso concreto—si se logran los estándares que propone en Duce, *supra* 63, pp. 399-424 (pertinencia o relevancia de la prueba pericial, y necesidad del conocimiento experto).

de homosexualidad o lesbianismo del padre o de la madre no constituye, *per se*, razón para privarlos de la custodia legal sobre sus hijos, aunque se trata de un factor a considerar<sup>78</sup>. En cuanto a la prueba técnica, ésta se ha centrado, más que en la determinación del grado de madurez de los niños involucrados, en las posibles consecuencias que se podrían seguir de permitirse la tuición por gays y lesbianas. En *S v S*<sup>79</sup> la Corte de Apelaciones decidió privar a una madre lesbiana de la tuición de su hija sobre la base del supuesto peligro social al que se exponía a las niñas, pese a que la evidencia siquiátrica señalaba lo contrario. Los intereses de los jueces, antes que la autonomía de los niños involucrados y la prueba técnica fueron, de nuevo, la base de la decisión<sup>80</sup>. Más radical aún fue el juez Balcombe LJ, quien revocando una decisión de primera instancia que había mantenido la tuición de una niña en su madre lesbiana asigna a los jueces un rol sorprendente.

“Como sociedad somos hoy menos homogéneos que hace 100 o 50 años atrás, y estos estándares [los morales] pueden ser diferentes entre diferentes comunidades, y un juez puede en casos apropiados recibir evidencia sobre los estándares [morales] aceptados en una comunidad determinada, pero a falta de tal evidencia y donde, como aquí, el niño no proviene de ninguna etnia particular, el juez está facultado, y de hecho atado, para con su propia experiencia determinar cuáles son esos estándares”<sup>81</sup>.

Al menos debemos reconocer que el juzgador anglosajón fue más sensato que los jueces de la Corte Suprema chilena. Él decidió asumir el rol de defensor moral de su comunidad, mientras los jueces chilenos insistían en que, su decisión, se justificaba en el interés superior de las niñas. Lo que me interesa remarcar es que este tipo de razonamientos son los que debemos evitar. El juez no es guardián de la moral, sino responsable de resolver las contiendas judiciales sobre la base de los estándares legales que el sistema coloca a su disposición. En el caso en comento son los propios jueces los que se auto otorgan el papel de oráculos, como si fueran capaces de colocarse sobre los cambios culturales y mostrarnos con su experiencia —que desde luego, no escapa a esa comunidad sobre la cual se pronuncian— cuáles son los estándares morales que una comunidad política acepta en un momento determinado. No debemos pasar por alto, como ha señalado Waldron, que en los tribunales colegiados los mismos jueces se ven enfrentados a la necesidad de colocar en juego sus diferentes posturas y, tal como la sociedad, establecer desacuerdos razonables. A final de cuentas los

<sup>78</sup> ANNE BARLOW ET AL., ADVISING GAY AND LESBIAN PARENTS. A GUIDE FOR LAWYERS 42 (1999).

<sup>79</sup> [1980] FLR 143, Corte de Apelaciones, 21 de Junio de 1978.

<sup>80</sup> Muy en línea con la Corte Suprema en *Atala*, señaló que:

“[s]in perjuicio de las nuevas actitudes del parlamento, o de la tolerancia pública, que puede permitir comportamientos consentidos entre adultos mayores de 21 años, ello no entrega título alguno a las cortes para relajarse, en cualquier grado, en la vigilancia y severidad con la que ellas deben mirar los riesgos a los cuales los niños pueden ser expuestos, sobre todo en edades críticas, por formas de vida, como las que este caso ilustra, que pueden llevar a la separación de la sociedad normal, estrés e infelicidad psicológica e incluso la posibilidad de experiencias físicas que pueden dejar cicatrices en los niños de por vida”.

<sup>81</sup> *C v C* [1991] 1 FLR 223, Corte de Apelaciones, 24 de Agosto de 1990. El argumento central de la decisión era que:

“[a] pesar del cambio experimentado por nuestra sociedad durante los últimos 30 años con respecto al matrimonio, la moralidad sexual y las relaciones homosexuales, creo que es preferible como ambiente ideal para la crianza de un niño el hogar donde se le entregue amor de parte de sus padres, cuidadosos y sensibles; de su padre y su madre. Cuando el matrimonio entre un padre y la madre termina, ese ideal no puede obtenerse . . . Cuando la corte es llamada a decidir cuál de las dos alternativas posibles es preferible para el bienestar del menor, su deber es elegir la alternativa que más se aproxime a esa situación ideal.”

jueces son personas —el punto fuerte del *realismo judicial*— viven en una comunidad y es posible esperar de ellos desacuerdos, por ejemplo, sobre los principios morales que deben admitirse en esa comunidad. De hecho, nos damos cuenta de esos desacuerdos cuando los jueces deben decidir un caso y, en ausencia de unanimidad, votan. La regla de la mayoría permite que haya ganadores y perdedores en un tribunal<sup>82</sup>.

Para concluir, no debemos obviar un aspecto interesante de la sentencia —al menos como estándar legal: la importancia que le asigna a la evidencia de expertos<sup>83</sup>. La sentencia señala que los jueces asumen ese ‘súper poder’ — con el que no estoy de acuerdo—sólo en caso de ausencia de evidencia. Lo que ocurre es que en ese caso concreto lo que hay es ausencia de evidencia sobre los estándares morales, no ausencia de evidencia sobre cuáles son los efectos que se van a seguir para un niño que vive con su madre lesbiana. El tribunal acomoda el desacuerdo entre los litigantes desde el plano jurídico (¿habrá daño para la menor?) al moral (¿aceptamos estas relaciones como ‘normales’?). Y así lo decide. En *Re W*, sin embargo, la Corte de Apelaciones revocó una sentencia en un procedimiento de tuición, señalando que el juez de primera instancia se había apartado de las recomendaciones de la oficina de bienestar. Esos informes no son vinculantes para las cortes, las que varias veces se han apartado de ellos, por ejemplo, a petición del propio niño cuando cuenta con representación particular. Cuando la Corte decide apartarse, sin embargo, debe explicar las razones que justifican esa decisión, que es lo que vengo acá proponiendo<sup>84</sup>.

### C. La constitucionalización como señal

Para terminar, déjenme agregar un par de consideraciones finales. Primero, el valor de la autonomía supone que consideramos a los niños como sujetos de derecho, antes que como objetos de protección o de política pública. Una manifestación digamos *débil* de un juez que considera importante la autonomía de los niños, es la de permitir y valorar la declaración que éstos presten en el contexto de un juicio<sup>85</sup>. Para evitar que los tribunales puedan decidir discrecionalmente el grado de autonomía de los niños, he propuesto prestar especial atención a la prueba pericial, la cual, siguiendo a Duce, si bien no es decisiva, me parece, aumenta el estándar argumentativo del tribunal<sup>86</sup>. Ello debería permitirnos alejarnos de jueces decidiendo sobre la base de sus propias convicciones morales —como mostré a propósito de los casos sobre tuición y lesbianismo— o, al menos, mostrarnos claramente cuando ello ocurre. En resumen, cuando los jueces no cumplen con el papel que esperamos que cumplan.

<sup>82</sup> Jeremy Waldron, *Precommitment and Disagreement*, en *CONSTITUTIONALISM: PHILOSOPHICAL FOUNDATIONS* 271, 283-4 (Larry Alexander ed., 1998).

<sup>83</sup> Barlow et al., *supra* nota 78, p. 45.

<sup>84</sup> [1999] 2 FLR 391, Corte de Apelaciones, 24 de Febrero de 1999 y [1985] FLR 1140.

<sup>85</sup> Declaraciones que, de acuerdo a la mayoría de las legislaciones, son obligatorias.

<sup>86</sup> En estos casos la prueba técnica se refiere al grado de entendimiento, madurez y coherencia en las declaraciones de los niños, antes que sobre puntos de derecho. El juez, incluso en estos casos, tiene, todavía, la facultad de decidir cuál de esas pruebas logra convencerlo. Para ello debe argumentar—lo cual, comprenderán, teniendo a la vista la decisión de la Corte Suprema chilena en *Atala*, no está de más recordarlo.

Segundo, es preocupante la escasa atención que la Corte Suprema prestó a las declaraciones de las niñas en el marco del caso *Atala*. Digo que es preocupante pues ello indica que la *matriz* de los jueces más antiguos sigue siendo la de considerar al interés superior del niño como una manifestación —aunque con distintas palabras— del deber de protección. En otras palabras, de su deber de decidir qué es mejor para los niños, con independencia de los informes sociales y psicológicos (“son sólo elementos de la convicción que deben formarse personalmente los jueces”) y de las propias declaraciones de los niños. Esa preocupación se ha revitalizado recientemente cuando el Tribunal Constitucional chileno decidió sobre una indicación parlamentaria que proponía un aumento de penas en el marco de la discusión de la (nueva) Ley de Responsabilidad Penal Juvenil<sup>87</sup>. En ella, la primera oportunidad en la que el Tribunal se pronuncia sobre derechos del niño, sigue vigente la matriz de la protección y, más grave aún, la de la no especialidad de los derechos del niño. Para nuestro Tribunal Constitucional basta que las leyes —en este caso, la de responsabilidad criminal— reconozcan formalmente el interés superior del niño<sup>88</sup>. Que existan disposiciones en ese sentido es prueba suficiente —sostiene el Tribunal— de que “la protección de los derechos de los adolescentes se ha encontrado especialmente presente en la gestación y desarrollo de toda la legislación sobre responsabilidad penal en que ellos puedan incurrir...”<sup>89</sup> Más preocupante resulta, aún, el rol que asigna a la convención, la que equipara al respeto de los derechos fundamentales contenidos en el Capítulo III de la Constitución que, no está de más recordar, en parte alguna se refiere a los derechos del niño. Así, señala que:

“...corresponde al Tribunal Constitucional... cerciorarse de que las penas obedezcan a fines constitucionalmente lícitos y de que no se vulneren los límites precisos que la misma Carta ha impuesto como, por ejemplo, en el caso del artículo 19 N° 1, que prohíbe la aplicación de apremios ilegítimos, del artículo 19 N° 7, inciso segundo, letras g) y h), que impiden establecer la pena de confiscación de bienes o la de pérdida de los derechos previsionales, todo lo cual tiende, finalmente, a dar cumplimiento al deber que el inciso segundo del artículo 5° de la Constitución impone a los órganos del Estado en orden a respetar y promover los derechos esenciales del ser humano”<sup>90</sup>.

La (aparente) protección de los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución implica, en concepto del Tribunal, la necesaria protección de los derechos que reconoce la Convención, lo que desconoce la especialidad de los derechos del niño que, para terminar —e insistir con Locke— nacen *para* la libertad<sup>91</sup>. Asimilando la situación de niños y jóvenes

<sup>87</sup> STC Rol No 786, 13 de Junio de 2007 (disponible en: <http://www.tribunalconstitucional.cl/archivos/sentencias/Rol0786.pdf>).

<sup>88</sup> *Id.* considerando 27°.

<sup>89</sup> *Id.* considerando 28°.

<sup>90</sup> *Id.* considerando 30°.

<sup>91</sup> La ausencia de especialización es mucho más evidente si se presta atención al considerando 33°, donde el Tribunal argumenta que la prohibición de poder decretar internación en régimen semicerrado, durante los dos primeros años de cumplimiento de la pena: “... no envuelve una vulneración de derechos del sentenciado y se inserta por completo dentro de los criterios de política criminal que corresponde ponderar exclusivamente a los legisladores... Si así no se entendiera, toda innovación legal que asignara una pena única a un delito anteriormente sancionable conforme a una escala gradual o que entrañara un incremento de penas o un mayor rigor en sus modalidades de cumplimiento entraría en colisión con los derechos esenciales del ser humano, lo que no puede compartirse.”

infractores a la de los adultos, el Tribunal evidencia la contradicción en que se incurre al acercarse a los derechos del niño sin la adecuada especialización. Esa misma falta de rigurosidad es capaz de negarles la autonomía para determinar tratamientos médicos —como la anticoncepción de emergencia— pero no para asimilarlos a los adultos en materia criminal. La constitucionalización de los derechos del niño, entonces, podría ser una importante señal sobre la necesidad de esa especialización; lo que Batista llamaba el nuevo paradigma del juez en el contexto de los derechos del niño<sup>92</sup>.

#### **4. Conclusiones**

El objetivo de este trabajo ha sido modesto. Comencé reseñando, brevemente, algunas teorías relativas al rol de los jueces en frente de los estándares que guían (y limitan) su poder de decisión. Hemos acordado que ni leyes, ni tratados, ni constituciones, ni reglamentos poseen reglas lo suficientemente claras como para exigir de los jueces una mera aplicación de sus contenidos. Sin embargo, en el contexto democrático, y bajo una tradición que desconfía del poder puesto en manos de funcionarios responsables, pero no elegidos, debemos cuidar de limitar su discrecionalidad.

He sostenido que ello es posible si tomamos en cuenta la autonomía y la prueba técnica, como herramientas que traducen el interés superior del niño en realidad (la segunda como elemento de la primera). Ellas suponen un rol mucho más modesto para el juez. Un rol que nos acerca más al juez marioneta, que al juez artista. Reclaman, asimismo, un contexto particular para el juez que resuelve este tipo de casos. La ausencia de un acercamiento especializado a los derechos del niño, como ocurre en la sentencia del Tribunal Constitucional, es manifestación de una escasa voluntad de adecuarse a los nuevos paradigmas del derecho. Una excesiva confianza en el camino recorrido, y en las actuaciones pasadas.

---

<sup>92</sup> *Supra* nota 51.