



La constitucionalización de los derechos de las niñas, niños y adolescentes en América Latina



Nicolás Espejo Yaksic
Domingo Lovera Parmo
Editores



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS DE LAS NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES EN AMÉRICA LATINA

Nicolás Espejo Yaksic
Domingo Lovera Parmo
Editores



Suprema Corte
de Justicia de la Nación



Centro de Estudios
Constitucionales
SCJN

tirant lo blanch
Ciudad de México, 2023

Copyright © 2023

Todos los derechos reservados. Ni la totalidad ni parte de este libro puede reproducirse o transmitirse por ningún procedimiento electrónico o mecánico, incluyendo fotocopia, grabación magnética, o cualquier almacenamiento de información y sistema de recuperación sin permiso escrito de los autores y del editor.

En caso de erratas y actualizaciones, la Editorial Tirant lo Blanch publicará la pertinente corrección en la página web www.tirant.com/mex/.

Este libro será publicado y distribuido internacionalmente en todos los países donde la Editorial Tirant lo Blanch esté presente.

© VVAA.

D.R. © Suprema Corte de Justicia de la Nación
Avenida José María Pino Suárez núm. 2
Colonia Centro, Alcaldía Cuauhtémoc
C.P. 06060, Ciudad de México, México.

El contenido de esta obra es responsabilidad exclusiva de los autores y no representa en forma alguna la opinión institucional de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Esta obra estuvo a cargo del Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La edición y el diseño de esta obra estuvieron a cargo de la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

© TIRANT LO BLANCH
DISTRIBUYE: TIRANT LO BLANCH MÉXICO
Av. Tamaulipas 150, Oficina 502
Hipódromo, Cuauhtémoc
06100 Ciudad de México
Telf.: +52 1 55 65502317
infomex@tirant.com
www.tirant.com/mex/
www.tirant.es
ISBN: 978-84-1169-337-0
MAQUETA: Innovatext

Si tiene alguna queja o sugerencia, envíenos un mail a: atencioncliente@tirant.com.
En caso de no ser atendida su sugerencia, por favor, lea en www.tirant.net/index.php/premsa/politicas-de-empresa nuestro Procedimiento de quejas.

Responsabilidad Social Corporativa: <http://www.tirant.net/Docs/RSCtirant.pdf>

Brasil*

Karyna Batista Sposato**

* Agradezco la ayuda de Vanessa Nascimento Viana.

** Doctora en Derecho. Profesora del Curso de Derecho y Posgrado en Derecho de la Universidad Federal de Sergipe (UFS), Brasil.

SUMARIO: A. Contexto nacional; B. Incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno; C. Reconocimiento constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes; D. Jurisprudencia relevante; I. Derecho a ser oído y tomado en cuenta y derecho a la vida familiar; II. Derecho a la salud; III. Derecho a la vida; IV. Derechos sexuales y reproductivos de adolescentes; E. Conclusiones.

A. Contexto nacional

Brasil posee, aproximadamente, 211 millones de habitantes, siendo el quinto país más poblado del mundo, tras China, India, Estados Unidos e Indonesia. La distribución de la población brasileña sobre las regiones del país es heterogénea, con áreas densamente pobladas y otras con baja densidad demográfica. Del universo total de habitantes del país, aproximadamente 69 millones son niños, niñas y adolescentes de hasta 19 años de edad. Las regiones norte y nordeste (noreste) del país concentran la mayoría de las personas de dicha franja de edad.

Los datos de 2021 demuestran 44.7% de niños y niñas de 0 a 6 años que viven en situación de pobreza, y 12.7% en situación de extrema pobreza.

Tomando en cuenta el coeficiente de GINI, uno de los indicadores de la desigualdad de un país, Brasil ocupa la octava posición en el *ranking* de inequidad para un conjunto de 143 países. De acuerdo con estudios realizados por el Fondo de las Naciones Unidas (UNICEF), 74.2% de

los niños de las zonas rurales viven con privaciones de uno o más derechos garantizados por la Convención Internacional de los Derechos del Niño y demás instrumentos normativos de protección.¹

Dicho contexto refuerza la importancia de la incorporación de la Convención sobre los Derechos del Niño en el orden constitucional de Brasil y sus efectos para el conjunto de políticas públicas de protección para niños, niñas y adolescentes.

La Constitución brasileña de 1988 establece el principio republicano y la forma federativa de Estado con la innovación de haber incorporado el concepto de Estado democrático de derecho en Brasil. Así, la estructura de la Federación brasileña puede ser comprendida mediante aspectos unitarios y societarios típicos de este modelo de Estado. Los primeros resultan del hecho de que el Estado es uno, tanto en el ámbito internacional como en el interno. Lo que significa que solamente el Estado federal tiene personalidad jurídica de derecho internacional público, y existe unidad de nacionalidad y territorio. Cabe subrayar que los aspectos unitarios se manifiestan por la existencia del ordenamiento jurídico federal válido y aplicable a todo el territorio nacional, así como por la existencia de un Tribunal Federal habilitado para solucionar conflictos de orden nacional, la Corte Suprema, llamada Supremo Tribunal Federal (STF).

Los aspectos societarios derivan de la organización en estados federados subordinados a la autoridad central. La distribución de competencias está concentrada especialmente en los artículos 21, 22, 23, 24, 25, § 1, 30 y 32 § 1 de la Constitución Federal.

Sobre la estructura del Poder Judicial brasileño, el artículo 92 de la Constitución Federal dispone:

¹ UNICEF, 2016.

Art. 92. Son órganos del Poder Judicial:

I – el Supremo Tribunal Federal;

I-A el Consejo Nacional de Justicia;

II – el Superior Tribunal de Justicia;

II-A – el Tribunal Superior del Trabajo;

III – los Tribunales Regionales Federales y Jueces Federales;

IV – los Tribunales y Jueces del Trabajo;

V – los Tribunales y Jueces Electorales;

VI – los Tribunales y Jueces Militares;

VII – los Tribunales y Jueces de los Estados Federados y del Distrito Federal y Territorios.

§ 1º El Supremo Tribunal Federal, el Consejo Nacional de Justicia y los Tribunales Superiores tienen sede en la Capital Federal.

§ 2º El Supremo Tribunal Federal y los Tribunales Superiores tienen jurisdicción en todo el territorio nacional.

El Poder Judicial en Brasil está dividido en dos categorías: justicia especial y justicia común. La justicia especializada se encarga de demandas electorales, militares y en materia de derecho del trabajo. Por otro lado, la justicia común se organiza en dos ámbitos: federal y en los estados federados. La primera es responsable por juzgar casos cuando la unión federal figura como parte del proceso. Así, la justicia común de los estados federados tiene un carácter residual, para las demandas relacionadas al derecho penal, derecho de familia, entre otros.

Además, existen tres instancias distintas: la primera está formada por jueces de las distintas ramas del derecho. La segunda está formada por los tribunales de justicia que reciben los recursos, y la llamada tercera instancia está compuesta por los tribunales superiores. El Superior Tribunal de Justicia y el Supremo Tribunal Federal (la Corte Suprema) no son considerados parte de una instancia, pues se constituyen en cuanto altas cortes del Poder Judicial.

El Supremo Tribunal Federal tiene la competencia exclusiva de examinar la constitucionalidad, como guardián de la Constitución Federal (art. 102, CFB). Los tribunales estatales también actúan en el control represivo, sin embargo, sólo sobre normas que violen las constituciones estatales o en casos de control difuso, en los que la inconstitucionalidad de una norma no sea el objeto principal de la acción.

En las acciones de competencia exclusiva del Supremo Tribunal Federal, la inconstitucionalidad de una acción puede ser cuestionada por los siguientes instrumentos: a) acción directa de inconstitucionalidad, que declara inconstitucional una ley federal o estatal o un acto normativo por violación de preceptos constitucionales; b) acción directa de constitucionalidad, que declara una ley o acto federal compatible con los preceptos constitucionales; c) acción directa de inconstitucionalidad por omisión, que declara la demora del poder competente en adoptar las medidas necesarias para hacer efectivas las normas previstas en la constitución; d) alegación de incumplimiento de un precepto fundamental: tiene por objeto prevenir o reparar el daño ocasionado a un precepto fundamental por razón de un acto del poder público. Los efectos de estas decisiones son vinculantes para todos los tribunales y la Administración Pública.

Es importante remarcar que el derecho brasileño adopta un modelo de control de constitucionalidad híbrido (control concreto y abstracto), originarios, respectivamente, de Estados Unidos y Austria. El primero posee como características tener efectos *inter partes* y *ex tunc*, mientras

que el segundo configura un proceso objetivo (sin partes), con efectos *erga omnes* y *ex tunc*, a través del análisis de la constitucionalidad de una ley. Este diálogo e intercambio entre los modelos de control de constitucionalidad positivados en el derecho brasileño, es decir, en la convivencia del modelo incidental difuso tradicional en conjunto con un sistema de múltiples acciones directas (ADI, ADC, ADO, ADPF) ha operado cambios significativos sobre el modelo brasileño de control de constitucionalidad.

Se observa una tendencia de desobjetivización de las formas procesales, sobre todo aquellas que son aplicables al modelo de control incidental que antes eran dotadas de carácter subjetivo, es decir, con restricta eficacia *inter partes*. En cambio, hoy es evidente la adopción de una estructura procedimental abierta para el proceso de control difuso (participación de *amicus curiae* y otros interesados), la concepción del recurso extraordinario de carácter especial para las instancias especiales, el reconocimiento de efectos trascendentes para la declaración de inconstitucionalidad incidental, la incorporación del instituto de la repercusión general en el ámbito del recurso extraordinario y la desformalización del recurso extraordinario mediante el reconocimiento de una posible *causa petendi* abierta.

Luego, las decisiones de inconstitucionalidad proferidas por el Supremo Tribunal Federal, aunque derivadas del control incidental de constitucionalidad, expanden sus efectos más allá del proceso subjetivo sobre la materia examinada. La expansión de los efectos resulta de diversos factores relacionados a la práctica judicial, por ejemplo, la reproducción de la decisión para otros casos análogos a través de decisiones monocráticas de relatores; la edición de súmulas vinculantes; o también la adopción del sistema de repercusión general.

El sistema de repercusión general fue introducido por la Enmienda Constitucional N. 45, que permitió al Supremo Tribunal Federal seleccionar los recursos extraordinarios (RE) según los criterios de relevancia jurídica, política, social o económica. Una vez reconocida la

repercusión general, el STF analiza el mérito de la cuestión y la decisión que posteriormente será aplicable por las instancias inferiores en los casos idénticos.

La Constitución brasileña de 1988 es considerada una de las expresiones de lo que se conoce como constitucionalismo intervencionista o de carácter social, iniciado por la Constitución mexicana de 1917 y la Constitución de Weimar de 1919, con fuerte influencia del modelo alemán de la segunda posguerra, así como de la Constitución portuguesa, adoptada luego de la caída del régimen salazarista en 1970.² Como toda Constitución social, ella establece obligaciones positivas para el Estado en el área social, en búsqueda de la reglamentación de las actividades económicas, así como de la configuración de los órganos para la implementación de sus políticas públicas, que incluso pueden constituir agentes económicos directos.³ Se puede definir este modelo como una Constitución *policy-oriented*, a la vez que el texto constitucional alcanza el ámbito gubernamental y constitucionaliza las políticas públicas.⁴

La Constitución brasileña de 1988, aunque haya sido elaborada en un contexto de franco reduccionismo de los derechos de carácter social, adoptó un ropaje de estado de bienestar social, lo que se puede comprender por la propia historia brasileña marcada por profundos patrones de desigualdad y represión de sus demandas básicas durante un largo periodo de régimen dictatorial (1964-1985).

² Sposato, Karyna Batista, "El reconocimiento jurídico de las uniones entre personas del mismo sexo en Brasil, como reflejo de las mutaciones en Derecho de familia", en Espejo Yaksic, Nicolás y Ibarra Olgún, Ana María (eds.), *La constitucionalización del Derecho de Familia*, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019, p. 171.

³ Conforme la definición de la mayoría de los autores, la génesis del constitucionalismo social puede verificarse en los movimientos sociales de las revoluciones mexicana de 1910 y rusa de 1917, y se constituyó paulatinamente en cuanto postura diferenciada del Estado en función de los individuos, por el principio de no neutralidad y de la intervención en el dominio económico en relación con la consecución de una sociedad menos desigual, Silva Neto, Manoel Jorge, *Curso de direito constitucional*, 2a ed, Río de Janeiro, Lumen Juris, 2006.

⁴ Souza, André Portela y Filho, Naercio Menezes, *A Carta-para entender a Constituição brasileira*, São Paulo, Todavia, 2019.

Con intensa participación de la sociedad civil jamás antes vista en la historia del país, la Constitución de 1988 se configuró como un compromiso entre los diversos sectores articulados que ostentaban, en aquel momento, posiciones de poder. Como advierte Oscar Vilhena Vieira, se puede observar un compromiso maximizador, a través del cual distintos sectores lograron alcanzar la constitucionalización de sus intereses sustantivos. Sin embargo, algunos efectos colaterales pueden ser productos de esa misma e intensa constitucionalización. Entre ellos se encuentra, justamente, el envejecimiento precoz del texto constitucional.⁵ Ahora bien, si por un lado está garantizada la rigidez y, por lo tanto, también la perennidad de una infinidad de asuntos y temas, del otro, cuando las circunstancias se modifican es inevitable pensar en un cambio en la Constitución.

En cambio, Luís Roberto Barroso piensa que, a pesar de la compulsión reformadora, la Constitución brasileña viene consolidando un verdadero sentimiento constitucional, al mismo tiempo en que ha absorbido graves crisis políticas dentro del marco de la legalidad constitucional,⁶ quizás en el campo de los derechos de la infancia y juventud esta visión sea la que más se aproxima al escenario actual.

Es un hecho que la Constitución Federal de 1988 ha inaugurado un nuevo paradigma de doble dimensión: el compromiso con la efectividad de sus normas y el desarrollo de una dogmática de interpretación constitucional.⁷ En otras palabras, dicho paradigma permite reconocer su fuerza normativa, el carácter vinculante y obligatorio de sus disposiciones, superando la concepción anterior de que la Constitución era apenas

⁵ Vieira, Oscar Vilhena, *A globalização e o direito-realinhamento constitucional*, 2006. Disponible en: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/oscarvilhena/vilhena_unidir.htm. [Consultado el 10 de julio de 2022].

⁶ Barroso, Luís Roberto, "Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro", *Jus Navigandi*, año 7, núm. 59, 2002. Disponible en: <http://jus.com.br/revista/texto/3208>. [Consultado el 11 de mayo de 2022].

⁷ Sobre esos temas, véanse Barroso, Luís Roberto, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, Río de Janeiro, Renovar, 2002; Barroso, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo, Malheiros, 2001.

un conjunto de aspiraciones políticas y una convocatoria para la actuación de los poderes públicos.

Como enseña Barroso, esas transformaciones van a alterar significativamente la posición de la Constitución en el orden jurídico brasileño. Uno de los efectos más visibles fue la pérdida de preeminencia del Código Civil en el ámbito de las relaciones particulares ante la formación de diversos microsistemas de protección constitucional (niños y adolescentes, relaciones familiares, mujeres).

En el caso brasileño, el nuevo derecho constitucional coincide con la redemocratización y reconstitucionalización del país, revistiéndolo de características bastante particulares, con efectos en el modo de observar e interpretar todas las demás ramas del derecho.

Ese fenómeno de leer y aprender todo el orden jurídico a través del lente de la Constitución fue denominado por Gomes Canotilho, como filtración constitucional, en la medida que todos los institutos, incluso del derecho infraconstitucional, son reinterpretados por la óptica constitucional con el objetivo de consagrar los valores enunciados en la Constitución. Aunque el constitucionalismo, por sí sólo, no es capaz de sanar todos los problemas sociales, no se puede negar su importante contribución.

La Constitución Federal de 1988 traduce para la realidad brasileña la idea del neoconstitucionalismo y de la constitucionalización de las distintas ramas infraconstitucionales del derecho. De allí que se la considera en cuanto Constitución material, que funciona como límite o garantía y, al mismo tiempo, como norma directiva fundamental.

Evidentemente, la constitucionalización no es absoluta, pero conlleva diferentes grados o etapas de implementación, y se puede adoptar como clave de lectura la premisa del constitucionalismo de los derechos, a partir de la consideración de que los derechos y libertades fundamentales vinculan a todos los poderes públicos y originan derechos y obligaciones que no se resumen a meros principios programáticos.

Siendo esto así, principios, directrices y valores, que están presentes en el texto constitucional de 1988, revelan esa perspectiva. En las palabras de Luis Prieto Sanchís, no existe problema jurídico que no pueda ser constitucionalizado, y eso significa que debemos descartar la existencia de un mundo político apartado de, o inmune a la influencia constitucional.

B. Incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho interno

La experiencia brasileña de incorporación de los tratados de derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno guarda una profunda conexión con el proceso de democratización del país y la promulgación de la Constitución Federal de 1988. Las innovaciones introducidas por el texto constitucional de 1988 acerca de la prevalencia de los derechos humanos como principio rector de las relaciones internacionales impulsaron la ratificación de importantes instrumentos de protección de los derechos humanos.

El periodo siguiente a la aprobación de la Constitución de 1988 está marcado por una amplia normativa de protección a los derechos humanos, una vez que corresponde a la adhesión de los principales tratados internacionales de derechos humanos por parte del Estado brasileño.

El artículo 5, § 2, de la Constitución establece la relación entre el derecho interno y los tratados internacionales de derechos humanos: "los derechos y garantías expresadas en el texto de la Constitución no excluyen otros resultantes del régimen y de los principios por ella adoptados o de los tratados internacionales de que la República Federativa de Brasil sea parte". Dicho dispositivo constitucional permite organizar los derechos fundamentales en tres categorías: a) los derechos expresamente recogidos en la Constitución; b) los derechos implícitos, resultantes del régimen y de los principios adoptados por la Carta constitucional, y c) los derechos reconocidos en los tratados internacionales suscritos por Brasil.

En 8 diciembre de 2004, la Enmienda Constitucional N.º 45 ha incluido el párrafo 3 al artículo 5: "§ 3º Los Tratados y Convenciones Internacionales de Derechos Humanos aprobados en cada una de las casas del Congreso Nacional en dos turnos, por tres quintos de los votos, serán equivalentes a las enmiendas constitucionales".

Tras un tortuoso debate⁸ en el ámbito del Supremo Tribunal Federal, se impuso el entendimiento de que los tratados internacionales de derechos humanos aprobados por el procedimiento especial del §3 del artículo 5, de la Constitución Federal, poseen jerarquía constitucional. Sin embargo, aquellos aprobados sin observar dicho proceso legislativo poseen sólo jerarquía suprallegal.

Luego, se ha podido concluir que 1) tendrán estatus constitucional aquellos tratados de derechos humanos que hayan sido objeto de procedimiento idéntico de aprobación de aquellos atribuidos a las enmiendas constitucionales, y con ello hayan formado un bloque de constitucionalidad; 2) tendrán estatus suprallegal aquellos tratados que versen sobre derechos humanos, sin embargo, sin la aprobación calificada no integran el bloque de constitucionalidad; y 3) tendrán estatus de ley ordinaria los tratados internacionales que no versen sobre derechos humanos.

Así, la Constitución de 1988 ha innovado al incluir de forma conjunta los derechos constitucionalmente protegidos y los derechos enunciados en los tratados internacionales de que Brasil sea parte signataria y que hayan sido aprobados por medio de un procedimiento de aprobación idéntico al de las enmiendas constitucionales, es decir, aprobados en cada una de las cámaras del Congreso Nacional en dos turnos por tres

⁸ Recurso em Habeas Corpus n° 79.785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJ 22.11.2002. Disponible en: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825228/recurso-em-habeas-corpus-rhc-79785-rj-stf>. Recurso Extraordinário no 80.004, Rel. Cunha Peixoto, DJe 1.06.1977. Disponible en: <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=>

Recurso em Habeas Corpus no 79.785/RJ, Rel. Min. Sepúlveda Pertence, DJe 30.08.2000. Disponible en: <https://stf.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/14825228/recurso-em-habeas-corpus-rhc-79785-rj-stf>.

quintos de los votos. Se debe añadir a ese planteamiento el principio de la máxima efectividad de las normas constitucionales referentes a derechos y garantías fundamentales y la naturaleza materialmente constitucional de los derechos fundamentales. Eso justifica extender a los derechos enunciados en dichos tratados el régimen constitucional conferido a los demás derechos y garantías fundamentales.

C. Reconocimiento constitucional de los derechos de niñas, niños y adolescentes

La Carta Constitucional de 1988 reconoce los derechos de las niñas, niños y adolescentes y adopta de forma clara y taxativa un sistema especial de protección a los derechos fundamentales para ellos y ellas. Dicho sistema tiene su raíz en la conformación de los derechos enumerados en los artículos 227 y 228 de la CF/1988 como derechos humanos y, por consecuencia, como manifestaciones de la propia dignidad humana, que es el fundamento del Estado constitucional democrático de derecho brasileño.

Por lo tanto, se habla de una innegable constitucionalización del derecho del niño y del adolescente fundada en dos aspectos principales: el cuantitativo, relacionado a la positivización de los derechos fundamentales exclusivos de niños y adolescentes, que se suman a los demás derechos fundamentales de los adultos; y el cualitativo, relacionado a la estructuración peculiar del derecho material de niños, niñas y adolescentes. Ambos aspectos aparecen de forma evidente en las reglas enumeradas por el artículo 227 de la CF/1988.

Dicho artículo determina que los derechos de niños y adolescentes deberán ser asegurados con absoluta prioridad, y obliga no sólo al Estado, sino también a la familia y a la sociedad en la misma garantía:

Es deber de la familia, de la sociedad y del Estado asegurar al niño y al adolescente, con absoluta prioridad, el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, al ocio, a la profesionali-

zación, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria, además de colocarlos a salvo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión.

El § 3 del mismo artículo define la protección especial, y detalla cada uno de sus aspectos:

El derecho a la protección especial abarca los siguientes aspectos:

I. edad mínima de catorce años para la admisión al trabajo, observando lo dispuesto en el artículo 7, XXXIII;

II. garantía de derechos previsionales y laborales;

III. garantía del acceso del adolescente trabajador a la escuela;

IV. garantía del pleno y formal conocimiento de la atribución de un acto infraccional, igualdad en la relación procesal y defensa técnica por un profesional habilitado, según disponga la legislación tutelar específica;

V. obediencia a los principios de brevedad, excepcionalidad y respeto a la condición particular de persona en desarrollo, en cuanto a la aplicación de cualquier medida de privación de libertad;

VI. estímulo del Poder Público, a través de la asistencia jurídica, incentivos fiscales y subsidios, en los términos de la ley, al acogimiento, sobre la forma de guardia del niño y el adolescente huérfano o abandonado;

VII. programas de prevención y atención especializada al niño y al adolescente drogodependiente de estupefacientes y drogas afines.

Conforme se puede observar, al constitucionalizar el derecho de la infancia y adolescencia y reconocer la fuerza vinculante de los derechos humanos derivados de los tratados internacionales, se hizo necesaria la reformulación de la legislación especial infraconstitucional para niños, niñas y adolescentes. Anteriormente, como una condición para el lineamiento entre los avances de la normativa internacional, de la propia construcción normativa constitucional y de la legislación ordinaria. No por casualidad, tras la entrada en vigor de la Constitución se ha ratificado la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, y luego dos años después entró en vigor la Ley Federal N° 8.069, del 13 de julio de 1990, conocida como el Estatuto del Niño y Adolescente (ECA). La Ley Federal ha instrumentalizado los mandamientos internacionales y constitucionales de la prioridad absoluta a través de lo que se convino en llamar como "doctrina jurídica de la protección integral", que corresponde, a su vez, a una síntesis del pensamiento de la comunidad internacional y del legislador constituyente a partir de las garantías sustanciales y procesales destinadas a asegurar los derechos consagrados a la infancia y juventud.

Es innegable, de este modo, la intrincada relación entre la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas, la Constitución Federal de 1988 y la Ley Federal. Contemporáneos del consenso en la comunidad de naciones acerca de la necesaria protección especial a niños, niñas y adolescentes se caracterizan por el fuerte tenor programático de sus disposiciones.⁹ En efecto, las disposiciones de la Ley Federal núm. 8.069/90 demuestran con claridad la influencia de los principios fijados por la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, que al unísono traducen la afirmación histórica de los derechos humanos. En el caso de niños, niñas y adolescentes, el reconocimiento de la condición peculiar de persona en desarrollo es una consecuencia lógica del principio de dignidad de la persona humana.

⁹ Sposato, Karyna Batista, *O direito penal juvenil*, São Paulo, RT, 2006, p. 58.

Concerniente a los principios constitucionales del derecho de la infancia, el punto de partida es la protección integral como paradigma que reúne y armoniza a todos los demás principios en un conjunto sistémico. Sin embargo, la protección integral se debe materializar por medio de políticas universales, políticas de protección o políticas socioeducativas, conforme las necesidades. Se trata de un principio orientador que debe ser implementado de forma concreta en la vida de los niños, niñas y de los adolescentes sin cualquier distinción.

En el ámbito legislativo federal, la Ley núm. 8.069/90, conocida como el Estatuto del Niño y del Adolescente opera el lineamiento necesario entre los compromisos asumidos por Brasil en la esfera internacional de protección de los derechos humanos de niños, niñas y adolescentes, sobre todo por la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño de Naciones Unidas y el nuevo modelo constitucional adoptado en 1988.

Posteriormente, y ante las exigencias de aplicabilidad de los principios de protección de niños, niñas y adolescentes y a lo largo de la vigencia del Estatuto del Niño y del Adolescente, otras legislaciones y leyes fueron aprobadas para complementar y calificar mecanismos de protección y garantía de derechos. Así, la Ley 13.257 de 2016 dispone sobre las políticas destinadas a la primera infancia. De acuerdo con el artículo 2 se considera por primera infancia el periodo de los primeros seis años de vida completos, es decir, los primeros 72 meses de vida del niño o niña. Corresponde a una importante innovación legislativa, pues permite que sean establecidos derechos específicos para esta franja de edad, que se configura como la más sensible del desarrollo físico, psíquico y moral de niños y niñas. Otro ejemplo importante se refiere al Estatuto de la Juventud, Ley 12.852 de 2013, concerniente a la adopción de políticas direccionadas a este público con necesidades específicas e incluso vulnerabilidades particulares derivadas el momento de desarrollo personal. Es sabido que los jóvenes son más susceptibles a sufrir violencias y que también encuentran mayores dificultades de ingresar en el mundo del

trabajo en los días actuales. Considerando jóvenes a las personas entre 15 y 29 años, la legislación le suma al ECA al conceder dupla protección a las personas entre 15 a 17 años, que pasan a ser titulares de derechos reconocidos por ambos cuerpos legales. Además, la legislación es responsable por disciplinar el llamado Sistema Nacional de Juventud (Sinajuve).

Como se puede observar, el ECA en conjunto con la Ley de la Primera Infancia y el Estatuto de la Juventud conforman un sistema de protección y garantía de derechos de niños, niñas y adolescentes que considera las especificidades para cada momento o ciclo de vida.

También han venido incorporando otras leyes que apuntan a las distintas formas de violencia ejercidas contra niños, niñas y adolescentes, es decir, la violencia doméstica e intrafamiliar, violencia comunitaria y violencia institucional. La Ley 13.013 de 2014, conocida popularmente como Ley del Niño Bernardo, ha introducido algunos dispositivos al ECA y conceptualizado el castigo físico como toda acción de naturaleza disciplinaria o punitiva que utilice fuerza física contra niños, niñas o adolescentes, que resultan en sufrimiento físico o lesión. La ley prohíbe dos conductas: castigos físicos y corporales y trato cruel, inhumano o degradante. Este último, está definido como cualquier forma de conducta que humille, amenace gravemente o ridiculice a un niño, niña o adolescente.

En el campo familiar merece mención la Ley 12.318 de 2010, que dispone sobre alienación parental, equivalente a acciones de implantación de falsas memorias por parte de uno de los progenitores o ascendentes, o responsables por el niño que busquen repudiar al otro progenitor o perjudicar el establecimiento de vínculos. Se trata de una interferencia en la formación psicológica del niño, niña o adolescente.

Otra ley relacionada directamente con el derecho de familia es la Ley 12.010 de 2009, popularmente conocida como Ley Nacional de Adopción, y que ha traído varios cambios al ECA, especialmente en lo que

concierna a la búsqueda preferencial de manutención de los niños, niñas y adolescentes en sus familias de origen, y cuando sea necesario recurrir a la familia extensa, como forma de evitar institucionalizaciones innecesarias. Además, la ley también ha tenido un importante papel en la prohibición de que situaciones de pobreza y carencia material sean utilizadas como el único motivo para la pérdida o suspensión del poder familiar; con esto inducen que programas de auxilio y asistencia sean priorizados para las familias en situación de vulnerabilidad.

Con relación al sistema de responsabilidad penal juvenil de adolescentes, cabe referir la Ley 12.594 de 2012 que ha instituido el Sistema Nacional Socioeducativo (Sinase) y ha reglamentado la ejecución de las penas juveniles, llamadas en Brasil como medidas socioeducativas. Una de las innovaciones más importantes de dicha legislación está en la prohibición de que un adolescente sufra consecuencias más gravosas que un adulto sufriría en las mismas circunstancias delictivas, está prevista en el artículo 35, I de la Ley 12.594/12.

Por último, cabe tratar de una normativa que no se ubica específicamente como de protección de niños, niñas y adolescentes, pero que abarca situaciones relativas a este grupo. Se trata de la Ley 11.340 de 2006, popularmente conocida como Ley Maria da Penha, que surgió como resultado de una lucha política en varios ámbitos, en particular, el ámbito internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en lo que atañe a la violencia doméstica y familiar contra la mujer.

Precisamente, en 2001, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos de la Organización de los Estados Americanos (CIDH/OEA) condenó a Brasil por omisión, negligencia y tolerancia de crímenes contra los derechos humanos de las mujeres por ocasión del caso Maria da Penha, mujer que denunció varios episodios de violencia cometidos en su contra por su esposo, que intentó matarla dos veces, una a tiros y otra electrocutándola. Debido a reiteradas violencias, Maria da Penha quedó parapléjica. Pese a la gravedad de la situación, la justicia tardó demasiado en

juzgar el caso, motivo por el cual el Estado brasileño fue condenado por la CIDH de la OEA.

Uno de los resultados más simbólicos de esta condena fue la promulgación de la Ley Federal 11.340 de 2006, conocida como Ley Maria da Penha, que ha creado los mecanismos para frenar la violencia doméstica y familiar contra las mujeres con base en la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer. Entre estos mecanismos se enumeran varias medidas de protección, como la exclusión del hogar con el fin de excluir al agresor de la vivienda donde habita el grupo familiar, la prohibición de contacto con la víctima, la derivación de la víctima y sus dependientes a un programa comunitario oficial de protección o atención.

Tales mecanismos, en la calidad de medidas de protección visan el objetivo de garantizar oportunidades y facilidades para que las mujeres vivan sin violencia, conserven su salud física y mental y su perfeccionamiento moral e intelectual y social (art. 2, Ley 11.340/2006). Para los efectos de esta ley, se entiende por violencia doméstica y familiar contra la mujer toda acción u omisión basada en el género que le cause muerte, lesión, sufrimiento físico, sexual o psíquico y daño moral o patrimonial en el ámbito de la unidad doméstica, familiar o en cualquier relación íntima de afecto, en la que el agresor viva o haya convivido con la víctima. Esta ley es relevante en la medida que muchas situaciones de violencia que afectan a niñas y adolescentes del sexo femenino tienen su raíz en la violencia de género de una manera interseccional a las cuestiones etarias.

D. Jurisprudencia relevante

El derecho del niño y del adolescente constitucionalizado está presente en innumerables decisiones de las cortes brasileñas. Para efectos didácticos algunos temas serán tratados para demostrar este proceso de constitucionalización e interpretación sistemática de los principios y reglas de

protección que derivan del texto constitucional, de los tratados internacionales y de las leyes federales.

Como es sabido, el interés superior de la niña, el niño o el adolescente está presente en la Declaración Universal de los Derechos del Niño de 1959, al considerar en su principio 8 que el interés superior del niño debe ser el principio rector de quienes tienen la responsabilidad por su educación y orientación. Igualmente, la Convención Internacional sobre los derechos del niño de Naciones Unidas reconoce en su artículo 3 el interés superior del niño como la consideración primordial que los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos deben tomar en cuenta en todas las medidas concernientes a los niños.

Considerando que las decisiones tomadas por la Corte Suprema acarrearán efectos sobre los tribunales inferiores, como ya se ha mencionado, la decisión¹⁰ del Tribunal de Justicia de Bahía de 2018 sirve como ejemplo de la consideración del interés superior del niño sobre las exigencias de formalidades en los procedimientos de adopción.

El caso involucraba la destitución del poder familiar de la familia adoptante, puesto que no han sido observados los procedimientos legales del proceso de adopción. Como resultado, el Ministerio Público afirmó que para atender al interés superior del niño éste debería ser llevado a un órgano de abrigo institucional para someterse a un proceso regular de custodia y adopción. El fallo entendió que la sentencia no había observado integralmente el interés superior del niño, ya que tampoco observó las disposiciones del artículo 3.1. de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Se destacan los siguientes argumentos de la decisión:

Históricamente, en el plan constitucional, la consagración del principio de la dignidad humana como cláusula general de protección,

¹⁰ Disponible en: <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/tj-ba/643302234>. Ementa Ítems 1, 2 y 3. Fecha de sentencia: 22 de mayo de 2018.

así como la afirmación de la dignidad del niño, niña y adolescente y la positivación de la doctrina de la protección integral resultan en un conjunto de principios que privilegian el mejor interés del niño como regla de interpretación (...)

En el caso concreto sub examine, pese a todas las consideraciones formuladas por el MM. juez a quo para determinar la retirada del niño de la de protección de los Agravantes, con atención a los intereses del niño, se comprende que permanezca bajo la guardia de los Recurrentes, dado el estrecho lazo familiar ya está establecido entre ellos, sopesándose las pruebas presentadas (...)

La concesión de la guardia provisoria al recurrente es la medida que más se armoniza con el principio del Interés Superior del niño, aunque el agravante no haya sido debidamente inscripto en el registro de adoptantes.

La consagración del principio de dignidad humana se enfatiza como una cláusula de protección general, así como la afirmación de la dignidad de los niños, niñas y adolescentes y la positivación de la doctrina de la protección integral en el ámbito constitucional que debe guiar todas las decisiones jurisdiccionales. Por lo tanto, al considerar el marco legal protector de la infancia y de la adolescencia se ha demostrado que el niño ya había establecido lazos familiares con quienes ejercían su custodia, siendo mejor que se quedara en la casa donde había estado durante más de un año y medio, en vez de ser llevado a una institución de acogida.

La consideración primordial del interés superior del niño posibilitó la flexibilización de reglas y procedimientos relacionados a la adopción para garantizar que el niño no sufriera una ruptura de los lazos familiares de afectividad que ya había establecido, para en conjunto evitar una institucionalización innecesaria.

La decisión ha mencionado expresamente el principio del Interés Superior del niño, que se encuentra positivado en el artículo 3.1 de la

Convención Internacional de los Derechos del Niño, así como el artículo 100, párrafo único, incisos I e IV, del Estatuto del Niño y del Adolescente.

I. Derecho a ser oído y tomado en cuenta y derecho a la vida familiar

Al igual que en el sistema internacional de derechos humanos, en Brasil, todas las decisiones que involucran a niños, niñas y adolescentes deben basarse en el principio del interés superior. La Constitución brasileña prevé una serie de principios rectores que se derivan del principio del interés superior de niños, niñas y adolescentes, como los principios de la protección integral y de la prioridad absoluta (art. 227, CF/88). En las relaciones de crianza y de filiación, estos principios fundamentan la importancia de la convivencia familiar y comunitaria y el deber de proteger a los niños, niñas y adolescentes contra todas las formas de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión. Además, el derecho a la vida familiar pasó a ocupar un lugar destacado en los debates sobre la crianza de los hijos, luego de varios estudios interdisciplinarios que señalaron la importancia del involucramiento de los responsables, hombres y mujeres en el desarrollo de niños, niñas y adolescentes. Esta temática se refiere tanto a los derechos de quienes ejercen la paternidad, es decir, de participar en la vida de los hijos como los derechos de niños, niñas y adolescentes a vivir con sus tutores, asimismo como el derecho de las mujeres a no ser las únicas responsables por la crianza de los hijos. Con la aprobación de la Ley 13.058 de 2014, que trata de la custodia compartida, el debate se cristalizó en el ordenamiento jurídico brasileño, convirtiéndola en una norma que tiene como objetivo ampliar la convivencia familiar entre niños, niñas y adolescentes y sus tutores.

Una decisión¹¹ de la Corte Suprema brasileña, de 2021, sirve para identificar dos aspectos importantes: el derecho a la vida familiar de la niña,

¹¹ ARE 1321513 / RJ - RIO DE JANEIRO - RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. Relator(a): Min. PRESIDENTE; Decisión proferida pelo(a): Ministro LUIZ FUX. Fecha de sentencia: 13/05/2021;

conjuntamente con el derecho a ser oída y tener en consideración su opinión, todo esto como resultado de un recurso ante la Corte para cambiar la orden de custodia de la niña tras noticias sobre agresión física y conducta negligente en el periodo de convivencia familiar por parte del padre en contra de su hija.

Pese a la importancia de la convivencia y el protagonismo que tiene en la legislación familiar, en dicha sentencia fueron aplicados los principios del interés superior del niño y de la protección integral con el objetivo de mantener el padre alejado de la vida familiar de su hija:

Si bien se había ordenado la regulación judicial de las visitas con el propósito de asegurar la convivencia entre padre e hija, a lo largo del proceso se comprobó, a través del testimonio especial de la niña que la convivencia no había sido beneficiosa, ya que estuvo sometida a castigos físicos y psicológicos.

Los ministros del Supremo Tribunal Federal de Brasil aplicaron la Convención sobre los Derechos del Niño ante la posibilidad de escuchar a la niña, teniendo debidamente en cuenta sus manifestaciones y voluntad. Sin embargo, aunque se haya relativizado el derecho a la vida familiar en nombre de la integridad física y psíquica, fue preponderante el derecho de la niña a desarrollarse libre de violencia. La Corte Suprema concedió una solicitud alternativa para que las visitas se realicen de manera asistida, es decir, en presencia de una tercera persona, cuyo fin es "Garantizar que no se produzca ninguna vulneración de los derechos de la niña durante el período de convivencia, y, de ese modo, evitar 'una ruptura prematura e indeseada del vínculo familiar'".

La decisión es importante en la medida en que prioriza el derecho de niños, niñas y adolescentes a ser educados sin el uso de castigos físicos y otras formas de tratos crueles, inhumanos y degradantes, aunque para

ello es necesario relativizar el derecho a la vida familiar de los responsables. Y de forma combinada respeta el derecho de la niña a ser oída con base en los preceptos de la Convención Internacional, cuando menciona expresamente: "La incidencia de la Convención sobre los Derechos del Niño, asegurándose a niños, niñas y adolescentes la oportunidad de ser oídos en los procesos judiciales, siendo tomada en consideración su manifestación de voluntad".

II. Derecho a la salud

Con respecto al derecho a la salud y al desarrollo en condiciones de dignidad, destacamos el precedente de la Suprema Corte brasileña relativo a un recurso ordinario de *habeas corpus*¹² de 2018, en el que rechaza la acción de ésta a un hombre condenado a 8 años de prisión por la violación de una persona vulnerable.

La detención se produjo por el incumplimiento reiterado de la medida de protección prevista en la Ley 11.340 de 2006 a favor de una niña de 11 años con discapacidad intelectual. Como ya he mencionado, la Ley Federal 11.340 de 2006, popularmente conocida como Ley Maria da Penha, configura la violencia doméstica y familiar contra las mujeres y crea medidas de protección, aplicables a distintas situaciones de violencia.

El incumplimiento de la decisión judicial que otorga las medidas de protección conlleva una sanción de privación de libertad, como ocurrió en este caso. Sin embargo, lo que llama la atención en la sentencia es la consolidación del entendimiento de que la Ley Federal Maria da Penha es aplicable en los casos de violencia doméstica y familiar contra las niñas. En el ordenamiento jurídico brasileño, niños, niñas y adolescentes son sujetos en condición peculiar de desarrollo y están protegidos por legislación especial, el Estatuto del Niño y del Adolescente (Ley

¹² RHC12.8174, <https://portal.stf.jus.br/jurisprudencia/obterInteiroTeor.asp?idDocumento=747860375>.

Federal 8.069 de 1990). Sin embargo, según Maria Berenice Dias, cuando la víctima es una niña y la conducta no está prevista en el artículo 148 del Estatuto del Niño y del Adolescente, es posible enmarcar el caso en la Ley Maria da Penha.¹³ En este caso específico, la aplicación de dicha normativa estuvo motivada por un informe llevado a cabo por una trabajadora social en el que ha señalado que el imputado "seguía teniendo relaciones sexuales con la adolescente con discapacidad, además de suministrarle alcohol con frecuencia, agravando aún más sus problemas psiquiátricos y psicológicos". El contexto se calificó como violencia de género contra la niña, en el cual fueron otorgadas medidas de protección incumplidas en reiteradas ocasiones, razón por la cual el Supremo Tribunal Federal decidió denegar el pedido de *habeas corpus*.

La observancia del derecho a la salud está presente especialmente por tratarse de persona en desarrollo y además con discapacidad intelectual, pues la violencia afecta la salud de niños, niñas y adolescentes de manera general, y en el caso concreto los daños son todavía más graves en consecuencia de la vulnerabilidad agravada de la niña.

Otro ámbito de vulneración al derecho a la salud de niños, niñas y adolescentes corresponde a la explotación del trabajo infantil. La Constitución Federal, en su artículo 7, inciso XXXIII, prohíbe el trabajo de niños, niñas y adolescentes con menos de 16 años, excepto bajo la condición de aprendices a partir de los 14 años. Sin embargo, el trabajo infantil doméstico es una realidad cruel en Brasil y en diferentes partes del mundo. En 2008, el Decreto 6.481 reglamentó algunos puntos del Convenio 182 de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) sobre la prohibición de las peores formas de trabajo infantil y la acción inmediata para su eliminación. Dentro de la lista de las peores formas de trabajo infantil está incluido el trabajo infantil doméstico, por ser una actividad extenuante con largas jornadas, maltratos físicos y psicológicos. Pese a las nuevas reglamentaciones del decreto, en 2011 el Instituto Brasileño de Geografía

¹³ Dias, Maria Berenice, *A Lei Maria da Penha na Justiça*, 6.a ed, Salvador, Editora JusPodivm, 2019, p. 69.

y Estadística (IBGE) señaló que cerca de 258 mil niños y adolescentes seguían ejerciendo trabajo infantil doméstico. Además, la Federación Nacional de Trabajadoras Domésticas (Fenatrad) trazó un perfil de los niños y adolescentes trabajadores domésticos en Brasil: 93% son niñas y más de 60% son negras.

La evidente problemática de género es percibida en el trabajo infantil doméstico, ya que involucra mayoritariamente a niñas y adolescentes.

El precedente¹⁴ del Tribunal Superior del Trabajo (TST) de 2014 reconoció la relación laboral involucrando niñas en situación degradante y peligrosa. Aunque prohibido, una vez identificado el trabajo infantil doméstico, ha exigido la incidencia de normas constitucionales de protección. Según los ministros del Tribunal Superior del Trabajo (TST) las normas contenidas en el texto constitucional fueron editadas para proteger a niños, niñas y adolescentes: "Si no se respetan las reglas de protección, los niños, niñas y adolescentes no deben sufrir más daños".

El caso seleccionado expone una realidad cruel de explotación del trabajo doméstico sobre niñas y adolescentes, en la cual se reconoce una situación análoga a la condición de esclavitud. En la investigación policial, dos niñas denunciaron que se encargaban de cocinar, lavar y planchar y cuando su desempeño no era satisfactorio, las agredían físicamente. Afirman que los imputados utilizaron cuchillos, cable de cargador de celular, cinturón, perchas, entre otros objetos para golpearlas, además de hacerlas dormir en el piso y dejarlas sin comer durante días. Una de las niñas manifestó que otra niña vivía en las mismas condiciones, momento en el cual el organismo especializado en infancia (en portugués, Conselho Tutelar, que ejerce la función administrativa de promoción, protección y seguimiento del sistema de protección integral para garantizar los derechos de niñas, niños y adolescentes en Brasil),

¹⁴ AIRR 891-35.2010.5.22.0001, <https://jurisprudencia-backend.tst.jus.br/rest/documentos/27144ff058b7171ed169e3b7be7eb701>. Fecha de sentencia: 28 de mayo de 2014.

acompañado de policías, acudió a la casa del imputado y encontró a otra niña en condiciones similares, además de graves quemaduras en sus pies. Una vez rescatada, la niña quedó bajo la responsabilidad tutelar del organismo. En respuesta, los acusados afirmaron que las niñas fueron acogidas en su casa y que las trataron como si fueran familia para que tuviesen oportunidades de estudiar. Sin embargo, se comprobó que las niñas no asistían a la escuela y en una declaración personal de la propia acusada había confesado que las niñas acudieron a ella porque buscaba una empleada doméstica.

La decisión sostuvo que

Es incompatible con el ordenamiento jurídico constitucional vigente, el trabajo doméstico infantil, en actividades domésticas, con imposibilidad de estudiar, destituido, además, de cualquier protección laboral, lo que imposibilita el ejercicio del derecho a la educación, a la recreación, a la profesionalización, a la cultura, a la dignidad, al respecto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria.

En conclusión, el recurso no fue concedido ya que no se reconoció de ninguna manera la intención de acoger a las niñas con fines de protección. Por otro lado, se verificó la explotación del trabajo infantil doméstico en situación análoga a la condición de esclavitud, razón por la cual se les reconocieron a las niñas los derechos laborales y se les otorgó indemnización por daño moral.

Otro caso de trabajo infantil doméstico tratado en la jurisprudencia¹⁵ del Superior Tribunal de Justicia (STJ) de 2017 se refirió al rechazo de la aplicación de la Ley Maria da Penha en un caso específico de trabajo infantil doméstico, en el que se afirmaba que los supuestos malos tratos no tenían motivación de género, pero que han sido derivados de la relación de subordinación.

¹⁵ REsp1549398/TO https://scon.stj.jus.br/SCON/GetInteiroTeorDoAcordao?num_registro=201502009385&dt_publicacao=14/03/2017> Fecha de sentencia : 07/03/2017.

La Ley Maria da Penha establece que toda mujer, independientemente de su clase, raza, etnia, orientación sexual, ingresos, cultura, nivel educativo, edad y religión, goza de los derechos fundamentales inherentes a la persona humana, teniendo aseguradas oportunidades y facilidades para vivir sin violencia, preservar su salud física y mental y su perfeccionamiento moral, intelectual y social (art. 2 de la Ley 11.340/2006). En 2014, ese mismo tribunal dictaminó que la Ley Maria da Penha se aplicaba a las niñas y adolescentes, con independencia de la edad de la mujer. También consideró que la mujer puede ser sujeto activo de las conductas previstas en la Ley. En los tribunales locales/provinciales, la aplicación de la Ley Maria da Penha fue reconocida en varios momentos relativos a los casos de violencia contra las trabajadoras domésticas por parte de sus empleadores.¹⁶

No obstante, dicha aplicación no parte del reconocimiento de la violencia dentro de la relación familiar, sino del reconocimiento de la violencia contra la mujer dentro del ámbito doméstico, entendido como el espacio de convivencia permanente de las personas, con o sin lazos familiares, incluidos los agregados esporádicamente.

En el caso en cuestión, una mujer fue denunciada por someter a una adolescente de 13 años, que estaba bajo su autoridad y vigilancia, al bochorno de traerla de la ciudad de Itacajá para realizar trabajo doméstico en su domicilio, pagándole una irrisoria remuneración mensual. Con exceso de trabajo, la víctima terminó internada en un hospital público debido al cansancio que presentaba. En su razonamiento los ministros entendieron que "si bien el trabajo infantil doméstico es realizado por niñas, en su mayoría, no está motivado por la opresión de la mujer en condición de hipo suficiencia o inferioridad en la relación familiar, pero si directamente relacionado con la situación de pobreza". De esta manera, el caso fue mantenido en la justicia común y no en la justicia de violencia doméstica y familiar contra la mujer.

¹⁶ Dias, Maria Berenice, *op. cit.*, p. 70.

El caso expone contextos de pobreza que generan situaciones como a de las "criaditas", "ahijadas", "hijas de crianza", niñas que desde muy temprano son llevadas a familias que se encargan de su cuidado, habitación y educación, en cambio de la prestación de servicios y trabajos domésticos. Las niñas no reciben tratamiento como parte de la familia y en verdad se transforman en pequeñas trabajadoras domésticas, sin oportunidades de estudiar o de vivir la infancia y la adolescencia de manera saludable. Son también víctimas frecuentes de asedio moral y sexual y de malos tratos.

Pese al no reconocimiento del enfoque de género en la violencia sufrida por la decisión, se destaca la conexión de la afectación del derecho a la salud y al desarrollo de la víctima en condiciones de dignidad ante la situación de pobreza, en particular para niños, niñas y adolescentes.

III. Derecho a la vida

Sin lugar a dudas y lamentablemente, hay un sinnúmero de casos de violación al derecho a la vida de niños, niñas y adolescentes. La sentencia del Superior Tribunal de Justicia (STJ) de 2013¹⁷ sobre tortura, evidencia que los casos de tortura son reconocidos para este grupo y que, además, es posible considerar dimensiones de género de manera interseccional, es decir, los elementos etarios y de género pueden ser considerados para configurar un tipo de violencia específica, y luego la caracterización de una vulnerabilidad por edad y género que exige la búsqueda de una adecuada protección jurídica.

El caso corresponde al juzgamiento del delito de tortura calificada agravada por muerte de una niña, cometido por la tía y la prima de la víctima en ambiente doméstico. Para los efectos de la Ley Maria da Penha, se entiende

¹⁷ (HC 250.435/RJ, REL. MINISTRA LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, JULGADO EM 19/09/2013, DJE 27/09/2013) (HC 250.435/RJ, REL. MINISTRA LAURITA VAZ, QUINTA TURMA, JULGADO EM 19/09/2013, DJE 27/09/2013) Fecha de sentencia: 27 de septiembre de 2013.

por violencia doméstica y familiar contra la mujer toda acción u omisión basada en el género que le cause muerte, lesión, sufrimiento físico, sexual o psíquico y daño moral o patrimonial en el ámbito de la unidad doméstica, familiar o en cualquier relación íntima de afecto, en la que el agresor viva o haya convivido con la víctima. A lo largo del proceso penal se cuestionó la aplicación de la Ley Maria da Penha y la competencia del Tribunal de Violencia Doméstica y Familiar, ya que se trataba de una niña y las agresoras también eran mujeres. Frente a eso, el tribunal ofreció dos argumentos que merecen ser subrayados: que la protección de las niñas puede ser amparada por la Ley Maria da Penha cuando estas son víctimas de violencia familiar, no obstante, las agresoras eran mujeres. Los tribunales superiores reforzaron que toda mujer, independientemente de su edad, goza de los derechos fundamentales inherentes a la persona humana.

La decisión ha considerado que "El delito fue cometido en contra la niña con abuso de su condición de debilidad, inferioridad física y económica, pues la violencia ocurrió en el ámbito doméstico y familiar. Las agentes de la violencia fueron acusadas de torturar la víctima de la cual detenían la guardia por decisión judicial".

Así, el Superior Tribunal de Justicia (STJ) entendió que las imputadas se aprovecharon de su condición de tía y de prima de la víctima, quienes tenían la custodia y el deber legal de cuidado, y que cometieron la conducta delictiva que resultó en la muerte de la niña. De esta forma, se mantuvo la competencia del Juzgado de Violencia Doméstica y Familiar contra la mujer y se denegó el pedido de *habeas Corpus*. En dicho precedente se verifica la protección al derecho a la vida, y a crecer sin violencia de niños, niñas y adolescentes asociados a la dimensión de género considerando que el escenario de prácticas de violencias era el ámbito doméstico.

IV. Derechos sexuales y reproductivos de adolescentes

Los derechos sexuales y reproductivos de niños, niñas y adolescentes con frecuencia son violados por prácticas de violencia sexual y abusos.

Con la constitucionalización del derecho de la infancia y adolescencia, la adopción de tratados internacionales y de la legislación infra constitucional, el tratamiento de los delitos sexuales cometidos contra niños, niñas y adolescentes ha cambiado por medio de reformas legislativas en la normativa penal que resultaron en nuevos tipos penales en el Código Penal brasileño.

El principal cambio fue introducido por la Ley federal 12.015/09 que concedió nueva redacción al artículo 217-A del Código Penal brasileño: "Tener conjunción carnal o practicar acto libidinoso con menor de 14 (catorce) años".

Con la adopción de la Ley Federal 12.015/09, el criterio para caracterización de la violación sexual es objetivo, fundado en la edad. Cuando la víctima es menor de 14 años, existe una presunción absoluta de violencia. Distintos precedentes¹⁸ del Supremo Tribunal Federal condensan el entendimiento de que para la configuración del delito de violación sexual de vulnerable son irrelevantes la previa experiencia sexual de la víctima o su consentimiento cuando es menor de 14 años.

La definición del tipo penal que configura la violación de persona vulnerable fue introducida al Código Penal brasileño por la Ley Federal 12.015/2009, en su artículo 217-A, como la acción de tener conjunción carnal o practicar otro acto libidinoso con una persona menor de 14 años, con imposición de pena de reclusión de 8 a 15 años.

Con el advenimiento de la Ley 12.015/09, el criterio adoptado es objetivo (edad), es decir, el criterio etario y no más la presunción subjetiva de la violencia sufrida.

¹⁸ RHC19.2485 <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=755801001>; HC 130297 <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=748466721>; ARE 940701 <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=10696351>; HC 122666 <http://stf.jus.br/portal/inteiroTeor/obterInteiroTeor.asp?numero=97052&classe=HC>; HC 97052 <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=627298>; HC 94818 <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=TP&docID=7645106>; RE 418376 <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=412578>; RE 108267 <https://redir.stf.jus.br/paginadorpub/paginador.jsp?docTP=AC&docID=199618>.

El Superior Tribunal de Justicia¹⁹ ha decidido que "Para la configuración del delito de violación de vulnerable, son irrelevantes la previa experiencia sexual de la víctima o su consentimiento".

De otra parte, el tema de la presunción absoluta de la violencia también fue reconocida por el Superior Tribunal de Justicia en otras decisiones²⁰ del mismo año, que han desconsiderado la indagación sobre la preexistente experiencia de la víctima respecto al sexo. En resumen, la mayoría de las decisiones ratifica que "El consentimiento y la existencia de relación amorosa entre víctima y agresor son irrelevantes y no excluyen la presunción absoluta de violencia cuando la víctima es menor de 14 años".

Otro aspecto relevante se refiere a la unificación de las conductas de violación y atentado violento al pudor a partir de la Ley N.º 12.015/2009, considerándolas como delito único o delito continuado²¹, a depender de las circunstancias concretas de los hechos, y teniendo en cuenta la edad de la víctima.

De manera general, las decisiones, por ejemplo del precedente del STJ de 2016²² aseveran que:

El consentimiento de la víctima no aleja la incidencia del tipo penal de violación de persona vulnerable, conforme define el artículo 217-A del Código Penal, en concordancia al precedente del Recurso Especial Representativo de la Controversia n.1.480.881/PI, de 26/8/2015, que reconoció la interrupción de la gestación con arreglo al artículo 128, II, del mismo Código.

Además, la decisión del STJ de 2016 resalta que Brasil es parte signataria del Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre Poblaciones

¹⁹ (STJ, REsp 1371163 / DF, Rel. Ministro SEBASTIÃO REIS JÚNIOR, j. 25/06/2013).

²⁰ (STJ, AgRg no REsp 1382136 / TO, Rel. Ministro MOURA RIBEIRO, j. 03/09/2013).

²¹ (STJ, HC 210346 / SP, Rel. Ministra LAURITA VAZ, j. 04/06/2013).

²² <https://www.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/stj/387736237/inteiro-teor-387736243>.

y Desarrollo-Plataforma del Cairo, que en 1994 ha asumido el compromiso de asegurar derechos de salud a las mujeres, y tratar el tema del aborto como cuestión de política pública, no como materia criminal.

Como se puede observar, la violación de niñas y adolescentes es un tema frecuente en Brasil, y además viene ocupando la centralidad de los debates acerca del aborto y su autorización cuando la niña violada resulta embarazada. Dos casos recientes son parte de este debate.²³ El primero, en la capital Florianópolis del estado de Santa Catarina, al sur del país, ganó enorme repercusión después que una grabación de la audiencia realizada por la magistrada quedó conocida en las redes sociales. El video revela que la magistrada intenta coercer la niña y su responsable a no insistir en la solicitud de autorización del aborto. La niña de 11 años ya había sido retirada del hogar con alegación del necesario distanciamiento del agresor, pero también para evitar que su madre autorizara el aborto. Ya el segundo ocurrió en la ciudad de Teresina del estado de Piauí, en la región nordeste del país, sobre una niña de 11 años de edad, víctima de violencia sexual, con diagnóstico de un embarazo de 10 semanas y un día, embarazada por segunda vez. Como se tratan de casos con secreto de sumario, todavía no se ha dado a conocer las decisiones de los procesos en curso, pero, de todas maneras, parece importante llamar atención para la problemática del aborto cuando el embarazo resulta de la violación de una persona vulnerable.

E. Conclusiones

La Constitución Federal brasileña de 1988 ha promovido un intenso proceso de constitucionalización de las distintas ramas infra constitucionales del derecho, y de igual modo del derecho de la infancia y adolescencia. Como norma directiva fundamental, adopta de forma clara y

²³ <https://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2022/09/11/crianca-de-11-anos-vitima-de-estupro-esta-gravida-pela-segunda-vez-em-teresina.ghtml>; <https://g1.globo.com/pi/piaui/noticia/2022/09/12/o-que-se-sabe-e-o-que-falta-saber-sobre-o-caso-da-menina-de-11-anos-vitima-de-estupro-e-gravida-pela-segunda-vez.ghtml>.

taxativa un sistema especial de protección a los derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes. Ese sistema tiene su raíz en la conformación de los derechos enumerados en los artículos 227 y 228 de la CF/1988 como derechos humanos y, por consecuencia, manifestaciones de la propia dignidad humana, que es el fundamento del Estado constitucional democrático de derecho brasileño.

La innegable constitucionalización del derecho del niño y del adolescente se funda en dos aspectos principales: el cuantitativo, relacionado a la positivización de los derechos fundamentales exclusivos de niños y adolescentes, que se suman a los demás derechos fundamentales de los adultos, y el cualitativo, relacionado con la estructuración peculiar del derecho material de niños, niñas y adolescentes. Ambos aspectos aparecen de forma evidente en las reglas enumeradas por el artículo 227 de la CF/1988.

De otra parte, la experiencia brasileña en la incorporación de los tratados de derechos humanos en el ordenamiento jurídico interno guarda profunda conexión con el proceso de democratización del país, y la promulgación de la Constitución Federal de 1988, cuya innovación ha incluido de forma conjunta los derechos constitucionalmente protegidos y los derechos enunciados en los tratados internacionales de los que Brasil sea parte signataria. Como consecuencia, atribuye a los derechos internacionales jerarquía constitucional, es decir, nivel jerárquico de norma constitucional.

Dicha conclusión resulta de la interpretación sistemática y teleológica del texto, sobre todo ante la fuerza expansiva de los valores de la dignidad humana y de los derechos fundamentales, como parámetros axiológicos de orientación para la comprensión del fenómeno constitucional. Se debe añadir a ese planteamiento el principio de la máxima efectividad de las normas constitucionales referentes a derechos y garantías fundamentales y la naturaleza materialmente constitucional de los derechos fundamentales. Eso justifica extender los derechos enunciados en los tratados al

régimen constitucional conferido a los demás derechos y garantías fundamentales. Luego, dichos derechos presentan aplicabilidad inmediata.

Tomando el interés superior de la niña, niño o el adolescente como principio rector a ser considerado primordialmente en todas las medidas concernientes a los niños, distintos precedentes judiciales, en especial de la Corte Suprema, el Supremo Tribunal Federal consolidan derechos fundamentales de niños, niñas y adolescentes en cuestiones relacionadas con el derecho a ser oído, al derecho a la vida familiar, al derecho a la salud, al derecho a la vida, y derechos sexuales y reproductivos. Son manifestaciones del derecho de la infancia y adolescencia constitucionalizado en Brasil.

Bibliografía

Barroso, Luís Roberto, "Fundamentos teóricos e filosóficos do novo direito constitucional brasileiro", *Jus Navigandi*, año 7, núm. 59, 2002. Disponible en: <http://jus.com.br/revista/texto/3208>. [Consultado el 11 de mayo de 2011].

Barroso, Luís Roberto, *Interpretação e aplicação da Constituição*, São Paulo, Malheiros, 2001.

Barroso, Luís Roberto, *O direito constitucional e a efetividade de suas normas*, Río de Janeiro, Renovar, 2002.

Brancher, Leoberto Narciso, *Visão sistêmica da implementação e da gestão da rede de atendimento. O direito é aprender*, Fundescola/Projeto Nordeste/MEC, 1999.

Canotilho, José Joaquim Gomes, *Direito constitucional*, Coimbra, Livraria Almedina, 1991.

Dias, Maria Berenice, *A Lei Maria da Penha na Justiça*, 6 ed., Salvador, Editora JusPodivm, 2019.

Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, 2. ed. Madrid, Trotta, 2001.

Ferrajoli, Luigi, "Sobre los derechos fundamentales", en Carbonell, Miguel, *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.

Garrido de Paula, Paulo Afonso, *Direito da criança e do adolescente e tutela jurisdicional diferenciada*, São Paulo, RT, 2002.

Machado, Martha de Toledo, *A proteção constitucional de crianças e adolescentes e os direitos humanos*, Barueri, Manole, 2003.

Machado, Martha de Toledo, "Sistema especial de proteção da liberdade do adolescente na Constituição Brasileira de 1988 e no Estatuto da Criança e do Adolescente", en ILANUD/ABMP/SEDH/UNFPA, *Justiça, adolescente e ato infracional: socioeducação e responsabilização*, São Paulo, ILANUD, 2006.

Prieto Sanchís, Luis, "El constitucionalismo de los derechos", en Carbonell, Miguel (org.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.

Rizzini, Irene, *O século perdido-raízes históricas das políticas públicas para a infância no Brasil*, Río de Janeiro, Editora Universitária Santa Úrsula/Amais, 1997.

Souza, André Portela y Filho, Naercio Menezes, *A Carta-para entender a Constituição brasileira*, São Paulo, Todavia, 2019.

Sposato, Karyna Batista, "El reconocimiento jurídico de las uniones entre personas del mismo sexo en Brasil, como reflejo de las mutaciones en Derecho de familia", en Espejo Yaksic, Nicolás e Ibarra Olguín, Ana María (eds.) *La constitucionalización del Derecho de Familia*, Ciudad de México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2019.

- Sposato, Karyna Batista, "A criança no neoconstitucionalismo brasileiro", en Bertoldi, Márcia Rodrigues; Oliveira, Kátia Cristine Santos de, *Direitos fundamentais em construção: um estudo em homenagem ao ministro Carlos Ayres Britto*, Belo Horizonte, Fórum, 2010.
- Sposato, Karyna Batista, *O direito penal juvenil*, São Paulo, RT, 2006.
- Sposato, Karyna Batista, *Passo a passo da municipalização-guia de orientações para a municipalização das medidas socioeducativas em meio aberto*, Documento Técnico, Brasília, UNICEF, 2007.
- Travieso, Juan Antonio, *Derechos humanos y derecho internacional*, Buenos Aires, Heliasta, 1990.
- Vieira, Oscar Vilhena, *A globalização e o direito-realinamento constitucional*, 2006. Disponible en: http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/oscarvilhena/vilhena_unidir.htm. [Consultado el 10 de febrero de 2022].

La formación editorial de esta obra fue elaborada por la Dirección General de la Coordinación de Compilación y Sistematización de Tesis. Se utilizaron tipos ITC Berkeley Oldstyle de 8, 9, 10, 11, 12 y 16.5 puntos. Abril de 2023.


Tirant Online México, la base de datos jurídica de la editorial más prestigiosa.



www.tirantonline.com.mx

Suscríbete a nuestro servicio de base de datos jurídica y tendrás acceso a todos los documentos de Legislación, Doctrina, Jurisprudencia, Formularios, Esquemas, Consultas o Voces, y a muchas herramientas útiles para el jurista:

- ★ Biblioteca Virtual
- ★ Tirant Derechos Humanos
- ★ Tirant TV
- ★ Personalización
- ★ Foros y Consultoría
- ★ Revistas Jurídicas
- ★ Gestión de despachos
- ★ Novedades
- ★ Tirant Online España
- ★ Petición de formularios

 (55) 65502317/18

 www.tirantonline.com.mx

 atencion.tolmex@tirantonline.com.mx

