

Día del Niño, pero no para todos

Un año más para conmemorar el Día del Niño y de la Niña este 12 de abril, para festejar a nuestros hijos, para que las alcaldías los hagan jugar a concejales y para un sinnúmero de actos escolares, lúdicos y oficiales. Hay que celebrarlos, es cierto, porque los queremos, porque son nuestros niños y porque, además, según el censo 2012, representan más de un tercio de la población del país¹.

No obstante, un buen número de esos más de 3 millones de niños y niñas no son tratados como tales por las circunstancias en que viven, que hacen que sus derechos y oportunidades sean algo ilusorio que ni el Estado, la sociedad ni sus familias han podido poner a su alcance. Aun peor, esas circunstancias han determinado que los gobernantes dejen de verlos como niños para tratarlos, “legalmente”, como una *especie de adultos*, o de considerarlos virtualmente adultos en diferentes esferas, soslayando así la responsabilidad estatal de brindarles la mayor atención y protección posibles.

Tres de esos ámbitos, a los que dedicaremos las siguientes páginas, son i) el de la justicia, ii) el del servicio militar y iii) el laboral. En todos ellos, el postulado constitucional que asigna al Estado el deber de “*garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia*” (Art. 60), ha caído en saco roto superado por una nueva concepción pública indolente e incapaz de hacer frente a los desafíos que imponen la pobreza, el abandono y las necesidades insatisfechas.

Justicia: disminución de la edad mínima de imputabilidad penal

El primer punto que tocaremos es el de la disminución de la edad mínima de imputabilidad penal que rige hoy en Bolivia desde que fuera adoptada la Ley 548 - Código Niña, Niño y Adolescente (CNNA) el 17 de julio de 2014. Esta edad mínima disminuyó de 16 a 14 años.

En efecto, la Disposición Adicional Segunda del CNNA señala:

Se modifica [] [el] Artículo[] 5... del Código Penal²... quedando redactado[] con el siguiente texto:
“Artículo 5. (En cuanto a las personas).- La Ley penal no reconoce ningún fuero ni privilegio personal, **pero sus disposiciones se aplicarán a las personas que en el momento del hecho fueren mayores de catorce (14) años**. La responsabilidad penal de adolescentes de catorce (14) años y menores de dieciocho (18) años, estará sujeta al régimen especial establecido por el Código Niña, Niño y Adolescente”.

¹ Según el censo 2012, el 31.02% de la población corresponde a niños de 0 a 14 años; a esta cifra hay que sumarle el porcentaje de niños de 15 a 17 años, que no está desagregado en los datos censuales.

² Hasta antes de su modificación, introducida por la Ley 548, el artículo 5 (En cuanto a las personas) del Código Penal señalaba: “La ley penal no reconoce ningún fuero ni privilegio personal, pero sus disposiciones se aplicarán a las personas que en el momento del hecho fueren mayores de diez y seis años”.

En concordancia con esta disposición, el artículo 267.I del mismo código establece: “Las disposiciones de este Libro³ se aplican a **adolescentes a partir de catorce (14) años de edad** y menores de dieciocho (18) años de edad, **sindicados por la comisión de hechos tipificados como delitos**”.

En resumen, el nuevo CNNA, al modificar el artículo 5 del Código Penal, disminuyó la edad de imputabilidad penal de 16 a 14 años, ocasionando que los niños(as) desde los 14 años puedan ser sindicados de la comisión de hechos tipificados en la legislación penal.

Esta reducción se encuadra en una tendencia más o menos reciente en América Latina, generada por la fallida respuesta de los Estados a la crisis de seguridad ciudadana, atribuida, en buena parte, a la participación de los adolescentes. La disminución de la edad de imputabilidad penal se presenta, entonces, como una *salida fácil* con la que se busca que el mayor número de niños infractores sea alcanzado por la intervención penal del Estado, cuando, más bien, deberían ser alcanzados por políticas socioeducativas y de prevención. La medida estatal, lejos de ser verdaderamente efectiva para combatir la inseguridad ciudadana, pone a la niñez y a sus derechos en una situación de mayor vulnerabilidad.

Para la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), la tendencia de reducir la edad de imputabilidad penal que se está dando en las Américas, se identifica con una política de represión. La CIDH “destaca[] que las actuales respuestas represivas son insuficientes para enfrentar el problema de la captación, utilización e involucramiento de niños, niñas y adolescentes en actividades delictivas, y que es necesario atender a la diversidad de factores y situaciones de desprotección y vulneración de derechos que se encuentran detrás de ello, inclusive situaciones de violencia y explotación”⁴.

Agrega, que

[I]as medidas tendientes a responsabilizar a los adolescentes por sus actos deben atender a la situación del adolescente en cada caso, y considerar medidas socioeducativas en el marco de un modelo de justicia restaurativa. En la actualidad, los Estados de la región priorizan las respuestas retributivas y penalizadoras, siendo la principal medida la privación de la libertad (...). La criminalización de adolescentes cada vez a edades más tempranas y el alargamiento de las penas supone encerrar por largos periodos de tiempo a adolescentes que están en plena fase de desarrollo y crecimiento personal, en unas condiciones muy precarias, y sin el acompañamiento necesario e idóneo para su rehabilitación y reintegración social⁵. (Énfasis agregado).

³ Libro III (Sistema penal para adolescentes), Título I (Disposiciones generales), Capítulo I (Sistema penal, responsabilidad y garantías).

⁴ CIDH. Violencia, niñez y crimen organizado, OEA/Ser.L/V/II.Doc. 40/15, 2015, párr. 437, en: <http://www.oas.org/es/cidh/informes/pdfs/ViolenciaNinez2016.pdf>

⁵ Ídem., párr. 438.

Si bien no existe un estándar universal en relación con los 14 años como edad mínima de imputabilidad penal, lo que sí existe en el Derecho Internacional es un estándar claro sobre la prohibición de la regresividad en el ejercicio y realización de los derechos humanos. En el caso de Bolivia, esta regresividad no sólo está prohibida por el Derecho Internacional aplicable, también lo está por la propia Constitución Política del Estado (CPE). El artículo constitucional 13.I. dispone que los derechos reconocidos en la ley fundamental “son **progresivos**”, y que el “Estado tiene el deber de promoverlos, protegerlos y respetarlos”. Sumado a esto, los derechos de la niñez tutelados por la CPE también se rigen por principios internacionales y constitucionales, como el de interés superior del niño o el de máxima protección.

El tema de la regresividad con relación a la edad penal ha sido abordado con inquietud por la Comisión Interamericana en su informe *Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas* (2011), donde señaló que

8... observa[ba] con preocupación que algunos de estos proyectos implican una regresión respecto de los estándares internacionales sobre justicia juvenil. **Por ejemplo, la Comisión ha sido informada sobre proyectos de reformas legislativas que postulan... la disminución de la edad mínima para la aplicación de la justicia juvenil**, la disminución de la edad mínima para el ingreso al sistema penal ordinario para adultos y el aumento de penas, **así como otras medidas regresivas...**

(...)

50. Conforme a la información obtenida, por lo menos un Estado Miembro ha disminuido la edad para responsabilizar a niños, niñas y adolescentes ante el sistema de justicia juvenil, apartándose de la tendencia internacional. La Comisión lamenta esta situación y está preocupada por el hecho de que en algunos Estados Miembros la edad mínima de responsabilidad ante el sistema de justicia juvenil sea muy baja y **porque otros Estados Miembros estén impulsando iniciativas para disminuir dicha edad. La Comisión considera que estas medidas e iniciativas son contrarias a los estándares internacionales sobre la materia y al principio de regresividad**⁶. (Énfasis agregado).

Entre 2014 y 2015, la Comisión también expresó su alarma respecto a dos pretendidas reformas constitucionales, una en Uruguay y la otra en Brasil. Con relación a Uruguay, a través de su Relatora sobre los Derechos de la Niñez, manifestó su oposición a que dicho Estado someta a plebiscito constitucional la disminución de la edad de imputabilidad penal de 18 a 16 años. Para la CIDH, esa reducción significaba una “**grave violación**” a los **derechos de los niños(as) y adolescentes**⁷. En sus propias palabras, la reducción representaba “[una] **regresi[ón] respecto de los estándares alcanzados** en el marco de los procesos de adecuación de la legislación interna a los postulados de la Convención Americana de los Derechos Humanos...”⁸ La propuesta también “**constituiría una**

⁶ CIDH. Justicia juvenil y derechos humanos en las Américas, OEA Ser.L/V/II. Doc.78, 2011, párr. 8 y 50, en: <http://www.oas.org/es/cidh/infancia/docs/pdf/JusticiaJuvenil.pdf>

⁷ CIDH. Comunicado de Prensa N° 98/14 de 16/9/2014, en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2014/098.asp>

⁸ Ídem.

grave violación de los derechos fundamentales de los adolescentes y en contra de los tratados internacionales ratificados por el Estado...”⁹

Sobre Brasil, la CIDH manifestó en 2015 “su preocupación por la iniciativa de reforma de la Constitución Federal de Brasil con el objetivo de reducir la edad de responsabilidad penal de los adolescentes, que pasaría de 18 a 16 años”¹⁰. La Comisión añadió que esta nueva tendencia, que se está presentando en varios países de la región, constituye “**un grave retroceso y una violación de los derechos fundamentales de los adolescentes**”¹¹.

En lo que a Bolivia respecta, la nueva edad de imputabilidad penal no es una propuesta o una posibilidad —como lo fuera en Uruguay o Brasil—, sino una realidad. Por otro lado, la nueva edad de imputabilidad en nuestro país no es de 16 años, sino de 14, lo que agrava la situación.

La medida regresiva del nuevo CNNA llevó a la Defensoría del Pueblo, a finales de 2014, a cuestionarla ante la jurisdicción constitucional. La acción de inconstitucionalidad fue presentada el 18 de diciembre, sin embargo, a casi dos años y medio, el Tribunal Constitucional Plurinacional (TCP) todavía no ha emitido la correspondiente sentencia¹², lo que es muy inquietante pues, en primer lugar, una acción abstracta debe —y suele— resolverse en menor tiempo¹³ y, en segundo, porque siendo el tema de la controversia uno que atinge a la niñez, el deber del tribunal era y es apresurar al máximo su sustanciación¹⁴.

En oposición a esto, actualmente se discute en sede legislativa el proyecto del nuevo Código del Sistema Penal, norma que terminará de consolidar esta regresión con el Art. 18.2¹⁵. Cuán oportuno sería en este momento que el TCP se pronunciara “en derecho” para remediar una contravención que, como tantas otras, después podría pasar al olvido.

⁹ Ídem.

¹⁰ CIDH. Comunicado de Prensa N° 36/15 de 20 de marzo 2015, en: <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/078.asp>

¹¹ Ídem.

¹² En efecto, el expediente 09554-2014-20-AIA sigue en trámite activo en sede del Tribunal Constitucional Plurinacional.

¹³ Curiosamente, algunas acciones abstractas de inconstitucionalidad que han favorecido al gobierno o a su bases sociales han sido tramitadas en tiempos mucho menores. Por citar un solo ejemplo, la sentencia constitucional 9/2017 de 24 de marzo de 2017 (sobre el preaviso) fue tramitada en dos meses y diez días.

¹⁴ CPE. Artículo 60. Es deber del Estado, la sociedad y la familia garantizar la prioridad del interés superior de la niña, niño y adolescente, que comprende la preeminencia de sus derechos, la primacía en recibir protección y socorro en cualquier circunstancia, la prioridad en la atención de los servicios públicos y privados, **y el acceso a una administración de justicia pronta, oportuna...**

¹⁵ El texto del Art. 18.2 (ÁMBITO DE APLICACIÓN EN CUANTO A LA PERSONA) del proyecto de ley señala: “El presente Código se aplicará: (...) 2. En caso de adolescentes mayores de catorce (14) y menores de dieciocho (18) años que cometan una infracción penal prevista en éste Código, serán responsables penalmente...”

Servicio militar: disminución de la edad mínima para su prestación

El segundo punto que abordaremos es el de la disminución de la edad mínima legal para realizar el servicio militar en Bolivia. Por lo menos desde hace 40 años, este servicio se realizaba a partir de los 18 años¹⁶, antes, desde los 19.

El 23 de enero de 2014 el gobierno cambió esta realidad con la adopción del Decreto Supremo (DS) 1875, estableciendo en su Art. 1 (a) la disminución de la edad mínima para el servicio militar de 18 a 17 años. En otras palabras, este servicio dejaría de estar reservado a los mayores de edad para ampliarse, también, a los menores. Desde el primer llamado de 2014, cientos de jóvenes de 17 se enrolaron por un año en las FFAA.

La referida disminución de edad era inconstitucional y, además, contraria al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) por lo siguiente. Primero, en 2004, Bolivia se adhirió al *Protocolo facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la participación de niños en los conflictos armados* (conocido como el “protocolo de los niños soldados”)¹⁷, cuyo Art. 2 establece: “Los Estados Partes velarán por que no se reclute obligatoriamente en sus fuerzas armadas a ningún menor de 18 años”.

Los Estados que se hicieron parte de ese protocolo debían formular, conforme al Art. 3 (2), una declaración jurídicamente vinculante sobre la edad mínima reconocida nacionalmente para el reclutamiento voluntario en las FFAA¹⁸. En diciembre de 2004, nuestro Estado presentó la referida declaración en estos términos: “*Bolivia declara que, bajo su legislación vigente, la edad mínima para el servicio militar obligatorio en las Fuerzas Armadas es de 18 años. En cuanto el servicio premilitar es una alternativa voluntaria disponible para personas jóvenes desde la edad de 17 años*”¹⁹. Conforme a esta declaración, que forma parte de las obligaciones internacionales asumidas por Bolivia como Estado parte del protocolo, las FFAA no podían, desde ese momento, admitir en el servicio militar a personas menores de 18 años.

Segundo, Bolivia también es parte de la *Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes*²⁰, cuyo Art. 12 se refiere a los derechos de éstos en el marco del servicio militar. Cuando Bolivia ratificó

¹⁶ El Decreto Supremo 14657 del 10 de junio de 1977 disminuyó la edad mínima para el servicio militar de 19 a 18 años. Los 19 años habían sido definidos por la Ley de Servicio Militar de 16 de enero de 1907.

¹⁷ Ley 2827 de 3 de septiembre de 2004.

¹⁸ “Artículo 3.2. Cada Estado Parte depositará, al ratificar el presente Protocolo o adherirse a él, una declaración vinculante en la que se establezca la edad mínima en que permitirá el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas nacionales y se ofrezca una descripción de las salvaguardias que haya adoptado para asegurarse de que no se realiza ese reclutamiento por la fuerza o por coacción”.

¹⁹ TCP. Sentencia constitucional plurinacional 37/2016 de 23 de marzo de 2016.

²⁰ Ley 3845 de 2 de mayo de 2008.

la convención formuló una reserva respecto a los apartados (1) y (2) del Art. 12²¹, pero no respecto al apartado (3) que señala: “*Los Estados Parte se comprometen a asegurar que los jóvenes menores de 18 años no serán llamados a filas ni involucrados, en modo alguno, en hostilidades militares*”. Desde 2008, el Art. 12 (3) era (y es) de cumplimiento obligatorio para Bolivia.

Cabe recordar que, por imperio de los artículos constitucionales 13, 256 y 410, el protocolo y la convención son instrumentos que forman parte del bloque de constitucionalidad; también son normas supraconstitucionales, por lo tanto, de aplicación preferente a cualquier disposición legal nacional (incluidas la CPE, las leyes y los decretos).

Tercero, en 2003, en la sentencia constitucional 1662/2003–R de 17 de noviembre, el Tribunal Constitucional había establecido que el servicio militar sólo puede ser regulado a través de una ley emanada del Órgano Legislativo, no a través de otras disposiciones de menor jerarquía normativa. Concretamente, el tribunal señaló que a “*tiempo de constituir la obligatoriedad del servicio militar, el Constituyente ha remitido a la Ley la regulación de las condiciones y formas de reclutamiento, duración y formas del servicio, las exenciones y exclusiones, las sanciones, y otros aspectos inherentes al servicio*”²².

Adicionalmente, en la sentencia 7/2006 de 31 de enero de 2006, el mismo tribunal formuló las siguientes consideraciones:

De manera que, al existir una limitación al ejercicio de derechos fundamentales, la misma debe devenir de una Ley de la República en sentido formal, como norma pronunciada por el Poder Legislativo, conforme al principio de reserva legal. Dicho de otro modo, al ordenar el art. 213 de la CPE que la prestación del servicio militar por todo boliviano será de acuerdo a “ley”, está estableciendo que debe ser una Ley de la República -instrumento normativo emitido por el Congreso Nacional- que regule la mencionada prestación²³. (Énfasis agregado)

Partiendo de estos dos fallos y en observancia del principio constitucional de reserva legal, la edad mínima para realizar el servicio militar en Bolivia no puede ser determinada o establecida por una norma de carácter administrativo, como es un decreto supremo, sino por una ley formal adoptada por la Asamblea Legislativa Plurinacional. El tema de la edad mínima para realizar este servicio no es una cuestión menor, sino sustantiva, por lo tanto no cabe la posibilidad jurídica de que se regule o defina a través de un decreto.

²¹ Artículo 12. Derecho a la objeción de conciencia. 1. Los jóvenes tienen derecho a formular objeción de conciencia frente al servicio militar obligatorio. 2. Los Estados Parte se comprometen a promover las medidas legislativas pertinentes para garantizar el ejercicio de este derecho y avanzar en la eliminación progresiva del servicio militar obligatorio. 3. **Los Estados Parte se comprometen a asegurar que los jóvenes menores de 18 años no serán llamados a filas ni involucrados, en modo alguno, en hostilidades militares.**

²² TC. Sentencia constitucional 1662/2003–R de 17 de noviembre.

²³ TC. Sentencia constitucional 7/2006 de 31 de enero.

Todas éstas fueron las principales observaciones que tuvo **Derechos en Acción** cuando se adoptó el DS 1875 de 2014, lo que motivó a la asociación a solicitar a la Defensoría del Pueblo, con legitimación activa para presentar acciones abstractas de inconstitucionalidad, que presentara una demanda contra el Art. 1 (a) del cuestionable decreto. El 2 de octubre de 2014 la Defensoría presentó la demanda con alegatos semejantes a los razonados por **Derechos en Acción**. El 13 de febrero de 2015, nuestra organización presentó al TCP un extenso escrito de *amicus curiae* con fundamentos que apoyaban objetivamente la inconstitucionalidad del decreto —curiosamente, este escrito ni siquiera sería mencionado en la sentencia que resolvería la acción—.

En marzo de 2016, a un año y medio de la presentación de la demanda, el TCP adoptó la sentencia constitucional plurinacional 37/2016 donde declaró la inconstitucionalidad del Art. 1 (a) del DS 1875, concretamente en cuanto al “guarismo 17” —en referencia a la edad mínima para realizar el servicio militar—. Además, el TCP exhortó al órgano competente a “modificar en un plazo de seis meses... el contenido del señalado artículo en la parte observada”.

Entre los principales fundamentos de la sentencia constitucional, es importante tomar nota de los siguientes:

De acuerdo a los Fundamentos Jurídicos, ampliamente desarrollados en la presente Sentencia Constitucional Plurinacional, así como al contenido normativo de la Constitución Política del Estado y tratados y convenios internacionales sobre los derechos de los niños, cuya aplicación, tratándose de derechos fundamentales resulta preferente ante la primera, **se ha establecido que, la edad establecida para cumplir con el servicio militar, es de 18 años de edad, por tanto toda convención o disposición contraria, resulta claramente inconstitucional.**

(...)

En este contexto, el precepto normativo aludido en la presente demanda, establece como edad mínima para prestar el servicio militar obligatorio, los 17 años de edad, contraviniendo flagrantemente las disposiciones normativas constitucionales así como el bloque de constitucionalidad al cual se halla sujeto en su cumplimiento el Estado Plurinacional (...) la norma en cuestión no puede ignorar los mandatos constitucionales y mucho menos el bloque de constitucionalidad que, tratándose de derechos fundamentales, es de aplicación preferente a la Norma Fundamental, por cuanto esta, como base normativa y fuente de derecho, no puede ser desconocida o ignorada en la labor legislativa, siendo por el contrario que, toda la producción legal emanada del Órgano Legislativo o cualquier otra instancia, debe hallarse sometida a ella y circunscrita al marco jurídico que ésta, en aplicación del principio de supremacía, instituye.

(...)

De la misma forma, el art. 1 inc. a) del DS 1875 de 23 de enero de 2014, resulta contrario al principio de jerarquía normativa establecido en el mismo art. 410. II constitucional (...) de donde se infiere que, un decreto no puede superponerse a los postulados establecidos en un Tratado Internacional, y al determinar en 17 años la edad mínima para prestar el Servicio Militar obligatorio, cuando a través del Protocolo Facultativo ya se declaró y estableció que la edad mínima para realizar el Servicio es de 18 años, **se incurre en vulneración de los principios de supremacía constitucional y jerarquía**

normativa, amén de que se atenta contra la vida e integridad de menores de 18 años²⁴. (Énfasis agregado).

Pero la historia no termina aquí, ni con final feliz.

Sorpresivamente, el 8 de febrero de 2017 el gobierno adoptó un nuevo decreto, el DS 3078, no para cumplir el fallo del TCP, sino, más bien, para insistir en la determinación de los 17 años como edad mínima para prestar el servicio militar, muy a pesar de lo establecido por el DIDH y, sobre todo, por la sentencia constitucional dictada 11 meses antes.

La nueva medida gubernamental resulta ser muy preocupante porque el Órgano Ejecutivo ha obrado en total desacato a la *cosa juzgada constitucional*, pasando por alto las consideraciones y el fallo contenido en la sentencia 37/2016, que, en forma absolutamente clara e inequívoca reafirmó que el servicio militar en Bolivia no puede ser realizado por personas de 17 años.

Esta desobediencia constitucional constituye, por otra parte, una contravención al Código Procesal Constitucional, cuyo Art. 15 señala que “las razones jurídicas de la decisión, en las resoluciones emitidas por el Tribunal Constitucional Plurinacional constituyen jurisprudencia y **tienen carácter vinculante para los Órganos del poder público, legisladores, autoridades, tribunales y particulares**”. Tomando esto en cuenta, correspondía al Órgano Ejecutivo acatar el fallo del TCP. Asimismo, le correspondía observar las razones que forman parte de los fundamentos jurídicos de la sentencia 37/2016, que, como se vio, tienen carácter obligatorio para todos los órganos del poder público.

El gobierno ha justificado el nuevo DS 3078 en una disposición contemplada en el “protocolo de los niños soldados”, el Art. 3 (3) que señala:

3. Los Estados Partes que permitan el reclutamiento voluntario en sus fuerzas armadas nacionales de menores de 18 años establecerán medidas de salvaguardia que garanticen, como mínimo, que: a) Ese reclutamiento sea auténticamente voluntario; b) Ese reclutamiento se realice con el consentimiento informado de los padres o de quienes tengan la custodia legal; c) Esos menores estén plenamente informados de los deberes que supone ese servicio militar; d) Esos menores presenten pruebas fiables de su edad antes de ser aceptados en el servicio militar nacional.

Esta disposición, sin embargo, no es aplicable al caso boliviano por diferentes motivos. Primero, porque el Art. 3 (3) tiene su razón de ser cuando un Estado, en el marco de la declaración formulada al amparo del Art. 3 (2) del protocolo, establece que la edad mínima para el reclutamiento o servicio militar es menor a los 18 años, cosa que no ocurre con Bolivia. En la declaración vinculante realizada en 2004 por nuestro Estado, como se apuntó antes, éste fijó esa edad mínima en 18 años, no en 17 ni en 16 ni en ninguna otra menor a los 18.

Segundo, las salvaguardas establecidas en el Art. 3 (3) del protocolo de los niños soldados, y ahora también en el Artículo Único del DS 3078, ya fueron discutidas por el TCP cuando deliberó el

²⁴ TCP. Sentencia constitucional plurinacional 37/2016 de 23 de marzo de 2016.

contenido de la sentencia 37/2016, que por mayoría de votos concluyó que el servicio militar en Bolivia solo puede ser prestado a partir de los 18 años. En esa sentencia hubo dos votos disidentes, de los magistrados Flores y Andrade. La posición de éstos fue que se autorice el servicio militar a los jóvenes de 17 años, en la medida en que se observen, justamente, las salvaguardas contenidas hoy en el DS 3078. Sin embargo, la posición de Flores y Andrade, recalamos, fue la minoritaria, la disidente, por tanto, la que *no logró imponerse como interpretación constitucional* en torno a la edad mínima para la prestación del servicio militar en el país.

Con la emisión del nuevo decreto, desde febrero de 2017 las FFAA volvieron a reclutar a niños de 17 años, aunque el gobierno, quizá advertido de la ilegalidad de fijar la edad a través este tipo dispositivo legal (un decreto), también, desde ese mes, gestiona ante la Asamblea Legislativa Plurinacional la tramitación de una norma que eleve el DS 3078 a rango de ley.

Ante estos nuevos sucesos, nuestra asociación volvió a tomar acciones. En ese marco, dirigió sus observaciones al Ministro de Defensa, para que no aplique el DS 3078; al presidente del Senado, para que no se avance en la tramitación legislativa del proyecto de ley PL N° 047/2017-2018, que, el 16 de febrero, había sido aprobado por la Cámara de Diputados; y al TCP, para que, en cumplimiento del Art. 16.II del Código Procesal Constitucional²⁵, hiciera ejecutar de manera efectiva la decisión tomada en la sentencia 37/2016.

Nuestra organización también recurrió a Naciones Unidas, tanto en Bolivia como en Ginebra. En el primer caso, Derechos en Acción acudió a UNICEF²⁶, a OACNUDH²⁷ y al Coordinador Residente del sistema de la ONU en el país. Internacionalmente, la asociación se dirigió a la sede de OACNUDH en Ginebra.

²⁵ Código Procesal Constitucional. Art. 16. (Ejecución). I. La ejecución de una Resolución Constitucional con calidad de cosa juzgada, corresponde al juzgado o tribunal que inicialmente conoció la acción. II. Corresponderá al Tribunal Constitucional Plurinacional conocer y resolver las quejas por demora o incumplimiento en la ejecución antes referida; asimismo el corresponde la ejecución en los procesos que directamente se presenten ante el mismo.

²⁶ Según la Defensoría del Pueblo, a mediados de 2004 **UNICEF Bolivia le hizo el pedido expreso de realizar gestiones tendientes a la ratificación del protocolo de los niños soldados**. "El resultado fructífero de esta nueva intervención se dio con la promulgación de la Ley 2827/2004 mediante la cual se ratificó el mencionado instrumento internacional". Defensoría del Pueblo. VII Informe Anual del Defensor del Pueblo al Congreso Nacional, páginas 110 y 111, en: <http://www.defensoria.gob.bo/archivos/V%20Informe%20al%20Congreso.pdf>

²⁷ Igualmente, Derechos en Acción consideró importante que OACNUDH Bolivia se interesara en esta situación dado que, en su Informe Anual 2014, dicha oficina había concluido: "... el Gobierno promulgó el Decreto Supremo N° 1875 mediante el cual disminuyó de 18 a 17 años la edad mínima para realizar el servicio militar obligatorio. Esta normativa es contraria a la declaración vinculante formulada por Bolivia cuando se adhirió al Protocolo... relativo a la participación de niños en los conflictos armados, en la cual señaló que la edad mínima para cumplir el servicio militar en el país es de 18 años. De acuerdo con el Protocolo Facultativo, los niños de 17 años no pueden realizar el servicio militar obligatorio". OACNUDH. Informe del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos sobre las actividades de su oficina en el Estado Plurinacional de Bolivia (2014), A/HRC/28/3/Add.2, 16 de marzo de 2015, párr. 77, en: http://www.ohchr.org.bo/docs/Informe_2014.pdf

Muy lamentablemente, hay que decirlo, ninguno de los entes mencionados (nacionales e internacionales) se ha manifestado hasta ahora con una posición clara²⁸. Este incomprensible silencio, pero sobre todo la obstinación estatal está permitiendo que hoy los niños bolivianos realicen un servicio reservado a los mayores de edad, en oposición a lo que se había comprometido el Estado cuando se hizo parte del protocolo de los niños soldados y de la Convención Iberoamericana de Derechos de los Jóvenes; y en contra de una decisión constitucional vigente y vinculante que estableció que el servicio militar en Bolivia solamente puede realizarse a partir de los 18 años.

Ámbito laboral: disminución de la edad mínima para el trabajo infantil

El tercer y último punto que trataremos se refiere a la disminución de la edad mínima de trabajo infantil en Bolivia. Como se mencionó antes, el 17 de julio de 2014 se aprobó el nuevo CNNA, cuyo artículo 129 dispone una reducción en la edad mínima para el trabajo infantil de 14 a 12 años, en unos casos, y a 10, en otros²⁹.

No existe en el derecho comparado normas y políticas públicas tan apartadas de los derechos de la niñez como ésta. No existe margen de apreciación ni de discrecionalidad en los sistemas jurídicos del mundo que permitan a un Estado adoptar una disposición legal tan reñida con los principios de interés superior y protección de la niñez³⁰.

Contradictoriamente, Bolivia no es solamente parte de la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su Art. 32 protege a éstos contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda entorpecer su educación y desarrollo (físico, mental, espiritual, moral o social); lo es también de los Convenios 138 y 182 de la OIT. En el caso del Convenio 138, sus Arts. 1 y 2 señalan:

Artículo 1

Todo Miembro para el cual esté en vigor el presente Convenio se compromete a seguir una política nacional que asegure la abolición efectiva del trabajo de los niños y **eleve progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a un nivel que haga posible el más completo desarrollo físico y mental de los menores.**

²⁸ Algunos informaron a Derechos en Acción que habían recibido nuestra preocupación y que estaban adelantando algunas gestiones, pero más nada.

²⁹ Ley 548. Artículo 129. (Edad mínima para trabajar).- I. Se fija como edad mínima para trabajar, los catorce (14) años de edad. II. **Excepcionalmente, las Defensorías de la Niñez y Adolescencia, podrán autorizar la actividad laboral por cuenta propia realizada por niñas, niños o adolescentes de diez (10) a catorce (14) años, y la actividad laboral por cuenta ajena de adolescentes de doce (12) a catorce (14) años,** siempre que ésta no menoscabe su derecho a la educación, no sea peligrosa, insalubre, atentatoria a su dignidad y desarrollo integral, o se encuentre expresamente prohibido por la Ley.

³⁰ De los 163 Estados (de 193 en el mundo) que ratificaron el Convenio 138 de la OIT, aparte de Bolivia, ninguno autoriza el trabajo infantil desde una edad menor a los 14 años, siendo los 14, los 15 y 16 la edad fijada por todos ellos. Muchos de esos Estados son tan o más pobres que Bolivia; muchos otros comparten la misma historia y la misma realidad. Cf. http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312283

Artículo 2

1. Todo Miembro que ratifique el presente Convenio deberá especificar, en una declaración anexa a su ratificación, la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo en su territorio y en los medios de transporte matriculados en su territorio; a reserva de lo dispuesto en los artículos 4 a 8 del presente Convenio, ninguna persona menor de esa edad deberá ser admitida al empleo o trabajar en ocupación alguna.

2. Todo Miembro que haya ratificado el presente Convenio **podrá notificar posteriormente al Director General de la Oficina Internacional del Trabajo, mediante otra declaración, que establece una edad mínima más elevada** que la que fijó inicialmente.

3. La edad mínima fijada en cumplimiento de lo dispuesto en el párrafo 1 del presente artículo no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso, a quince años.

4. No obstante las disposiciones del párrafo 3 de este artículo, el Miembro cuya economía y medios de educación estén insuficientemente desarrollados podrá, previa consulta con las organizaciones de empleadores y de trabajadores interesadas, si tales organizaciones existen, especificar inicialmente **una edad mínima de catorce años.**

5. Cada Miembro que haya especificado una edad mínima de catorce años con arreglo a las disposiciones del párrafo precedente deberá declarar en las memorias que presente sobre la aplicación de este Convenio, en virtud del artículo 22 de la Constitución de la Organización Internacional del Trabajo: (a) que aún subsisten las razones para tal especificación, o (b) que renuncia al derecho de seguir acogiéndose al párrafo 1 anterior a partir de una fecha determinada.

Con relación al Art. 2.1, cabe acotar que la edad mínima laboral declarada por Bolivia ante la OIT fue de **14 años**³¹. Con relación al Art. 2.2, Bolivia, en lugar de elevar la edad mínima, como lo propugna el Convenio, la redujo. En relación con el Art. 2.3, que señala que la edad mínima laboral no deberá ser inferior a la edad en que cesa la obligación escolar, o en todo caso, a quince años, cabe hacer notar que en Bolivia, normalmente, un niño no termina la secundaria antes de los 17 o 18 años, rara vez a los 16, nunca a los 15 o 14.

Retomando las consideraciones hechas precedentemente sobre la supremacía del bloque de constitucionalidad, integrado por los tratados internacionales de derechos humanos, resulta que, nuevamente, el Estado lo infringe con el Art. 129 del CNNA, disposición legal completamente opuesta a la normativa internacional ratificada y a la declaración expresa formulada por Bolivia a tiempo de hacerse parte del Convenio 138.

No obstante, el Estado boliviano no se ha inmutado por esta desviación jurídica. Al contrario, ha ignorado sistemáticamente las observaciones de la OIT y de otras agencias de Naciones Unidas — como veremos seguidamente— o ha tratado de justificarse con argumentos huecos.

En julio de 2014, la OIT emitió una declaración en la que señaló que el “nuevo Código [boliviano] difiere de la tendencia mundial de elevar progresivamente la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo, en línea con la edad de educación obligatoria. Numerosos países, incluidos varios en

³¹ OIT. Ratifications of C138 - Minimum Age Convention, 1973 (No. 138), en: http://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=1000:11300:0::NO:11300:P11300_INSTRUMENT_ID:312283

América Latina, han adoptado en los últimos años nuevas leyes en este sentido"³². La OIT fue muy clara al manifestar en esa declaración su preocupación por el hecho de que el nuevo código boliviano establece la posibilidad de reducir la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo a 10 años, siendo que el Convenio 138 solo permite el trabajo o el empleo (por cuenta propia) a partir de la edad declarada internacionalmente, es decir, 14 años en el caso de Bolivia³³.

Con mayor firmeza, en 2015, el Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones (de la OIT)³⁴ expresó:

La Comisión **deplora enérgicamente**... las enmiendas recientes al artículo 129 del Código del Niño, Niña y Adolescente... que permiten a la autoridad competente autorizar la actividad laboral por cuenta propia de niños y adolescentes de diez a 14 años y, por cuenta ajena, de niños y adolescentes de 12 a 14 años. La Comisión subraya que el objetivo del Convenio [138] consiste en eliminar el trabajo infantil y que permite y alienta el aumento de la edad mínima de admisión al trabajo, pero no autoriza la reducción de la edad mínima por debajo de la edad que haya sido establecida. La Comisión reitera que el Estado Plurinacional de Bolivia había especificado una edad mínima de 14 años para la admisión al empleo al ratificar el Convenio [138] y que la derogación de ésta en virtud del artículo 129 del nuevo Código vulnera la disposición del Convenio en esta materia. Además, la Comisión toma nota con **profunda preocupación** de la distinción entre fijar la edad mínima a los diez años para los niños que realizan una actividad laboral por cuenta propia, y fijarla a los 12 años para los que la realizan por cuenta ajena. Tal como señaló en su Estudio General de 2012 sobre los convenios fundamentales (párrafos 550 y 551), la Comisión sostiene con firmeza que ha de garantizarse como mínimo la misma protección legislativa a los niños que trabajan por cuenta propia, dado que muchos de ellos trabajan en la economía informal en condiciones peligrosas. **La Comisión insta firmemente, en consecuencia, al Gobierno a que adopte medidas de carácter inmediato para garantizar que se enmienda el artículo 129 del Código del Niño, Niña y Adolescente, de 17 de julio de 2014, a fin de fijar la edad mínima de admisión al empleo o al trabajo, incluido el trabajo por cuenta propia como mínimo a los 14 años, de conformidad con la edad especificada en la ratificación del Convenio y los requisitos establecidos en este punto**³⁵. (Lo resaltado viene del original).

En el mismo documento, la Comisión de Expertos añadió:

El Gobierno toma nota de que, en virtud del artículo 138 del Código del Niño, Niña y Adolescente, es necesario contar con registros de los niños y adolescentes trabajadores con el fin de obtener autorización para que realicen dicha actividad laboral. La Comisión toma nota de los esfuerzos del Gobierno para prescribir dichos registros, **lamenta** tomar nota de que estos registros incluyen la

³² OIT. Preocupación de la OIT sobre la nueva ley en Bolivia sobre trabajo infantil, 28 de julio de 2014, en: http://www.ilo.org/ipec/news/WCMS_250393/lang--es/index.htm

³³ Ídem.

³⁴ OIT. Informe de la Comisión de Expertos en Aplicación de Convenios y Recomendaciones. Conferencia Internacional del Trabajo, 104.^a reunión, 2015, http://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_norm/---relconf/documents/meetingdocument/wcms_343026.pdf

³⁵ Ídem., página 208.

autorización para trabajar de los niños con edades comprendidas entre los diez y los 14 años. En este sentido, señala a la atención del Gobierno sus propios comentarios formulados en virtud del artículo 2.1), según los cuales no debería concederse la autorización para trabajar a los niños con edades inferiores a los 14 años. [...] **La Comisión solicita, en consecuencia, al Gobierno que adopte las medidas necesarias para poner esta disposición del Código del Niño, Niña y Adolescente de conformidad con lo dispuesto en el Convenio sobre estas dos cuestiones y que suministre informaciones sobre el trabajo infantil, desglosadas por edad y por sexo**³⁶. (Lo resaltado viene del original).

Por su parte, en 2014, la oficina regional de UNICEF para América Latina y El Caribe emitió el comunicado: “*UNICEF preocupado por las excepciones al trabajo infantil*”³⁷. En la parte más relevante de ese pronunciamiento, UNICEF - LAC

manifiesta su preocupación por las excepciones previstas en la nueva Ley [548] que permiten que los niños y niñas puedan empezar a trabajar desde los 12 años y desde los 10 años por cuenta propia, a pesar de incluir criterios legales específicos y estrictos. Cabe recordar que el 58 por ciento de los niños trabajadores en Bolivia son menores de 14 años y que el 90 por ciento del trabajo infantil es informal.

También el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en 2015, se pronunció al respecto. En julio emitió sus Observaciones Finales al quinto y sexto informes combinados del Estado Plurinacional. En la oportunidad, el Comité de la CEDAW señaló que estaba preocupado por la “explotación de las mujeres y las niñas en el trabajo doméstico, en donde las niñas pueden ser empleadas desde la edad de 10 años con arreglo a la legislación del Estado parte”³⁸. Consistente con esa preocupación, recomendó a Bolivia “elev[ar] la edad mínima para el empleo a los 15 años en el caso de las niñas y los niños, de conformidad con el Convenio sobre la Edad Mínima de Admisión al Empleo (núm. 138), de 1973, de la OIT”³⁹.

Por último, en el segundo Examen Periódico Universal al que se sometió Bolivia en 2014, cerca de una decena de Estados le recomendaron que compatibilice la edad mínima de trabajo infantil con el Convenio 138 de la OIT⁴⁰.

³⁶ Ídem., páginas 208 y 209.

³⁷ UNICEF-LAC. UNICEF preocupado por las excepciones al trabajo infantil, de 23 de julio de 2014, en: http://www.unicef.org/lac/media_27549.htm

³⁸ CEDAW. Observaciones finales sobre los informes periódicos quinto y sexto combinados del Estado Plurinacional de Bolivia. CEDAW/C/BOL/CO/5-6, 28 de julio de 2015, párr. 26, en: http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CEDAW%2fC%2fBOL%2fCO%2f5-6&Lang=en

³⁹ Ídem., párr. 27.

⁴⁰ Consejo de Derechos Humanos. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal - Estado Plurinacional de Bolivia, A/HRC/28/7, 17 de diciembre de 2014, párrafo 115 en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/245/82/PDF/G1424582.pdf?OpenElement>

Dentro de Bolivia, por otra parte, ni la Defensoría del Pueblo ni ningún otro actor con la posibilidad de hacerlo plantearon una acción de inconstitucionalidad para revertir la nueva norma legal imperante en el país, pese a su comprobado y patente divorcio de los estándares internacionales de derechos humanos.

Los derechos del niño son universales

Al parecer, el Estado boliviano ha olvidado otro de los principios fundamentales de los derechos humanos, recogido por el Art. 13 de la CPE: estos derechos son “universales”. Llevado por una ideología en extremo relativista y particularista, el Estado boliviano pretende mostrarle al mundo que sus propias razones imperan sobre las razones de “todo el mundo”.

A esa línea obedece, por ejemplo, el voto disidente en la sentencia 37/2016 de los magistrados del TCP Flores y Andrade, que manifestaron que

... la SCP 0037/2016 no evaluó de manera integral la problemática, sobre todo en contextos del área rural y de sectores económicos deprimidos, que consideran el Servicio Militar obligatorio como una oportunidad para adquirir capacidades en su proyecto de vida e incluso sustento, alimentación y vestimenta en los cuarteles; por ello, no se considera correcto negar el acceso a jóvenes de 17 años al Servicio Militar sin considerar este contexto social.

(...)

... en temas relativos a jerarquía normativa, y sobre todo a normas que se encuentran dentro del bloque de constitucionalidad, al momento de realizarse un control del mismo, es necesario analizar las particularidades y considerar “el margen de apreciación nacional” pues en casos tan sensibles, se debe estudiar la realidad social y los efectos que puede causar que una norma sea expulsada del ordenamiento jurídico, solo bajo el argumento de jerarquía normativa⁴¹.

A esa misma línea obedecen las razones expuestas por los jefes militares y las autoridades legislativas como justificativo del DS 3078, en sentido de que en nuestro país una gran cantidad de jóvenes de 17 años “demanda” realizar el servicio militar para no interrumpir sus estudios.

Y también a esa línea responde la justificación del ex Procurador General y actual Ministro de Justicia, quien ante el Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas y en referencia a las observaciones de varios Estados sobre la nueva edad mínima de trabajo infantil en Bolivia, pretextó que esas recomendaciones “est[aban] desactualizadas y [que] no refleja[ban] la situación vigente en el país”⁴².

A estas alturas, nuestras máximas autoridades deberían saber muy bien que el DIDH es la norma suprema en el Estado Plurinacional, por mandato de la propia Constitución (Arts. 13, 256 y 410) y

⁴¹ TCP. Sentencia constitucional plurinacional 37/2016 de 23 de marzo de 2016, Fundamentación de Voto Disidente.

⁴² Consejo de Derechos Humanos. Informe del Grupo de Trabajo sobre el Examen Periódico Universal - Estado Plurinacional de Bolivia, A/HRC/28/7, 17 de diciembre de 2014, párrafo 116, en: <https://documents-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/G14/245/82/PDF/G1424582.pdf?OpenElement>

del Derecho Internacional general: “una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”⁴³.

En conclusión, por esta visión cercada, y quién sabe por qué otras razones más, hoy, 12 de abril de 2017, un significativo número de niños no festejará su fiesta pues, por lo visto, para el Estado ya dejaron de ser niños.

Derechos en Acción, abril de 2017.
www.derechosenaccion.org

⁴³ Cf. Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Art. 27 (El derecho interno y la observancia de los tratados).