

LA CONVENCIÓN DE NACIONES UNIDAS SOBRE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y SU INFLUENCIA EN EL MODELO DE JUSTICIA

por

Dr. Carlos Tiffer⁽¹⁾

Sumario:

1. Introducción. 2. Las denominaciones desde una perspectiva de derecho comparado. Pluralidad de Modelos. 3. Antecedentes de la Convención. 4. La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño. 5. Programa de Política Criminal desde la Convención. Comentarios Finales.

1. Introducción.

Antes que se empezará a poner en práctica en algunos países de América Latina el modelo de justicia, han existido otros modelos para el juzgamiento de las personas menores de edad. Por esta razón es necesario hablar de estos modelos, ya que, es indispensable conocer la historia para entender el presente y de esta manera apreciar mejor, el porque, de la evolución que ha tenido el juzgamiento de las personas menores de edad, por la comisión de un delito, en América Latina.

Esta evolución no ha sido un hecho aislado, sino, que ha tenido la influencia de diferentes hechos, tanto fácticos como jurídicos. Entre los hechos jurídicos debemos destacar la importancia que ha tenido para las Naciones Unidas, la protección de los derechos humanos, incluyéndose los derechos humanos de las personas menores de edad.

La culminación de este objetivo se ve plasmado en la aprobación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño (1989), la cual se

convierte en obligatoria para los países que la ratificaron, y por ende los obliga a amoldar sus sistemas al nuevo modelo de justicia. Causa por la cual se hace necesario demostrar la influencia de las Naciones Unidas en el modelo de justicia, cuya trascendencia la tuvo en la Convención.

2. Las denominaciones desde una perspectiva de derecho comparado. Pluralidad de Modelos.

Es importante empezar con una idea central, para entender nuevo el modelo de justicia que se esta desarrollando, en el mundo, referente al juzgamiento de las personas menores de edad. La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, es la primera norma internacional con carácter obligatoria que establece un programa de política criminal, para el juzgamiento del menor de edad, que ha cometido una infracción a la ley penal, la cual obliga a los Estados a tomar parte fundamental en la determinación de un serie de reglas mínimas en materia de menores, como sería el establecimiento de una justicia especializada, la determinación de grupos etarios, el respeto del debido proceso. Y particularmente definió llanamente (Art.40.1) que los niños, se les puede acusar y declarar culpables de haber infringido las leyes penales. Diferente a como se daba en el pasado (por lo menos antes de la Convención), donde las cuestiones de Política Criminal no disponían de un consenso estabilizado como para que se considerará prudente cristalizar las ideas fundamentales de un programa político - criminal concreto en reglas mínimas en materia de menores.

Es así como la intervención Estatal, antes de la promulgación de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño, en los actos dañosos o en ciertas conductas "desviadas" de los adolescentes (como se denomina sutilmente en algunas legislaciones) ha sido muy diversa, variedad que se manifiesta principalmente de dos formas. Una, por la clase y modalidad del "castigo" o consecuencias jurídicas y la otra, por la estructuración del proceso.

Utilizando estos dos criterios podemos caracterizar claramente tres tipos de modelos de derechos penal juvenil. El modelo tutelar, el modelo comunal y el modelo de justicia.

* **Modelo tutelar.** Este modelo se constituyó en la base de muchas de las legislaciones de menores de edad de Latinoamérica, empezando por Argentina (1919) y continuando en casi todos los demás países, incluyendo Costa Rica, que en 1963 promulgó la Ley Orgánica de la Jurisdicción Tutelar de Menores.

⁽¹⁾ Profesor de Derecho Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Costa Rica y autor del Proyecto de Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica.

Este modelo se caracteriza principalmente por lo siguiente:

- a) El menor de edad es considerado como sujeto pasivo de intervención jurídica, objeto y no sujeto de derecho, por lo que las garantías propias del derecho penal y las que le corresponden por su especial condición de menor de edad no son ni siquiera pensadas en este derecho.
- b) El juez tiene una figura paternalista que debe buscar una solución para el menor de edad que se encuentra en una situación irregular, con el único fin de resocializar al menor de edad, por lo tanto se le considera *un ser incompleto, inadaptado* y que requiere ayuda para su reincorporación en la sociedad.
- c) El menor es considerado inimputable "no imputable", y no puede atribuírsele responsabilidad penal. Ni siquiera se puede pensar en una responsabilidad atenuada. Así las medidas aplicadas se consideran como beneficiosas, y en ningún momento se analiza la grave restricción de derechos que ellas conllevan.
- d) Se busca solución para el menor en *situación irregular*,
- e) Además es el juez quien determina para el caso concreto cual es la *situación irregular*, bajo esta perspectiva se equiparan en su naturaleza y en las medidas adoptadas, situaciones totalmente disímiles.
- f) No se reconocen las garantías del derecho penal de adultos.
- g) Sistema inquisitivo: el juez tiene un doble carácter, como órgano acusador y como órgano de decisión. El juez es la figura central con un carácter paternalista.
- h) Las medidas aplicadas, tienen como único fin teórico la adaptación del menor en la sociedad.
- i) En la realidad, las medidas de internamiento son indeterminadas, aplicadas indiscriminadamente, en centros de reclusión que no cumplen con los fines mínimos de educación para lo que fueron creados.
- j) Se confunden en la figura del juez, la función jurisdiccional y la función administrativa - asistencialista, pues el juez tiene la obligación de resolver sobre cuestiones de carácter social o económico en torno al menor de edad.
- k) Estas medidas se aplican indiscriminadamente en centros no aptos.
- l) En la práctica se tratan de ocultar, con eufemismos, situaciones que atentan contra la dignidad y derechos humanos de los menores de edad.

Según la doctrina de este modelo se basa en un sistema de peligrosidad y los efectos disuasorios y aún reeducadores de la medida sólo pueden tener como destinatarios a sujetos con posibilidades de comprensión suficiente, es decir, a los adultos. Las peculiaridades del sujeto de derecho de menores -como ser el desarrollo bio-psicosocial y, por consiguiente, necesario de protección- determinan totalmente la inaplicabilidad de los elementos e instituciones jurídicas vigentes en el derecho penal⁽²⁾. El Derecho Tutelar de Menores es una rama del Derecho Público, o sea de la legislación que ordena la actividad del Estado al cumplimiento de su propio fin, y regula la relación que nace entre aquél y el menor de edad con motivo de la irregularidad que lo aflige y con el objeto de proveer a su protección integral. Este modelo se enmarca dentro de un Estado Social de Derecho⁽³⁾.

Aún en algunos países latinoamericanos este modelo tutelar tiene vigencia⁽⁴⁾. En México, el procedimiento tutelar jurisdiccional se inicia no sólo cuando el menor cuando el menor comete faltas a los reglamentos de policía y buen gobierno, sino también, cuando origina daños a sí mismo, a su familia o a la sociedad⁽⁵⁾. La Justicia Tutelar en México la ejercen el Consejo Tutelar, que juzgan, investigan, sancionan y ejecutan las medidas tutelares. Mientras que en Argentina, se basa en la llamada Situación Irregular del menor, los Tribunales adoptan las medidas tutelares más allá del delito, con el fin de restaurar las condiciones indispensables para el normal desarrollo de la personalidad del menor⁽⁶⁾. La constata una intervención más por las condiciones personalidad de los jóvenes que por los hechos cometidos⁽⁷⁾.

* **Modelo comunal.** Este modelo acentúa el esfuerzo de protección y rehabilitación de las personas menores de edad en el cauce de la acción social y

² D'Antonio, Daniel Hugo, 1978, pág. 2.

³ González Del Solar, J., 1984, pág. 216.

⁴ Ríos Martín, Julián Carlos. Op. cit., pág. 216, nota N° 5.

⁵ Ley de creación del Consejo Tutelar para menores infractores del Distrito Federal, de 26 de diciembre de 1983.

⁶ Ley N° 22.278, de 28 de agosto de 1980. Citada por: Ríos Martín, Julián Carlos. Op. cit., pág. 219.

⁷ Bélgica. Acentúa todo el esfuerzo de protección y rehabilitación en el cauce de la acción social y no judicial. Tienen Comités de la Juventud como piezas claves de todo el trabajo. Estos comités trabajan tanto con el menor como con su familia, su finalidad es ayudar a solucionar los problemas económicos, de convivencia, educativos, sociales y jurídicos de la familia, manteniendo siempre al menor en su hogar.

no judicial. Por medio de Comités o Consejos de la Niñez o de la Juventud, como por ejemplo, los jurados de la infancia o de ayuda social. Se trabaja tanto con el menor como con su familia. La finalidad es ayudar a la solución de problemáticas sociales, de convivencia, educativos y legales que enfrenta el menor. Este modelo se practica en algunos países como Escocia, Gales y algunos países africanos y en China.

Algunas de las características fundamentales de este modelo son las siguientes⁽³⁾:

- ♦ El menor tiene un status real dependiente de los adultos, y son éstos los que toman las últimas decisiones.
- ♦ Los Consejos o Comités de la Infancia están compuestos por miembros de la comunidad sin que sean necesariamente juristas.
- ♦ Se valora la conducta infractora del niño como producto de su evolución tomando en consideración la influencia ejercida por las instancias resocializadoras.
- ♦ Plantea este modelo que las actividades infractoras no se solucionan en el ámbito jurisdiccional, sino con un tratamiento de las situaciones y condiciones en que se desarrollan los menores infractores.
- ♦ Se considera al menor inimputable penalmente.
- ♦ Esta irresponsabilidad del menor implica que el Estado estará impedido de someterlo a procedimientos punitivos por la comisión de infracciones.
- ♦ Los Consejos o Comités se erigen como titulares de la patria potestad en defecto de los padres.
- ♦ No existe propiamente un proceso, sino lo que se busca es la solución a un conflicto social.
- ♦ Impera el interés superior del menor y el fomento de su inserción activa en la sociedad.
- ♦ Específicamente en el caso del derecho a la libertad, los menores pueden ser privados de ella para ser sometidos a un tratamiento educativo.
- ♦ Las medidas a adoptar se han de tomar en función del interés superior del niño.

³ Massons I Rabassa, M., 1985, pág. 8.

- ♦ La decisión de los jurados o comités no tiene la connotación de una sanción negativa.

En Escocia y Australia se establecieron, Jurados de Infancia o de Ayuda Juvenil, asumiendo una preponderancia clara los servicios de bienestar social frente a las instituciones meramente jurídicas⁽⁹⁾.

* **Modelo de justicia o de responsabilidad.** Este modelo se orienta hacia una protección social y legal de las personas menores de edad. Con una clara separación entre los conflictos sociales o familiares de los adolescentes y las conductas propiamente delictivas. Esto lleva una separación entre las funciones estatales y obliga a la creación de jurisdicciones especializadas, según sean las conductas del adolescente. Este modelo con mayor o menor intervención en lo social y legal es el que se practica en los países europeos y algunos países latinoamericanos, principalmente los que han promulgado legislaciones posteriores a la Convención de Derechos del Niño de 1989, por ejemplo Brasil en 1990, Nicaragua en 1998, Bolivia en 1999 y España en el 2000.

Sus postulados son los siguientes⁽¹⁰⁾:

- ♦ Se da un acercamiento a la justicia penal de adultos en derechos y garantías.
- ♦ Se refuerza la posición legal de los jóvenes.
- ♦ Se considera al menor de edad responsable por actos delictuosos.
- ♦ El derecho penal juvenil se considera necesariamente autónomo en comparación con el derecho penal de adultos, aunque no se da una total separación, pues la justicia de menores debe nutrirse de los principios del derecho penal de adultos.
- ♦ Se tiene una jurisdicción específica para el juzgamiento de delitos cometidos por las personas menores de edad.
- ♦ Se garantiza una descripción detallada de los derechos de los menores a un proceso limpio y transparente.
- ♦ Se limita al mínimo posible la intervención de la justicia penal.

⁹ Dunkel Frieder, Van Kalmthout Antón, Springorum Horst- Stüller. 1997, pág. 101.

¹⁰ Ley de menores de Holanda. Comentada por Junger - Tas (J), 20 - 23 de noviembre de 1989, pág. 511 - 512.

- ♦ Se establece una amplia gama de sanciones.
- ♦ Las sanciones se basan en principios educativos.
- ♦ Se reduce al mínimo la sanción privativa de libertad.
- ♦ Se da una mayor participación a la víctima bajo la concepción de la reparación del daño.
- ♦ Se da una menor importancia en la personalidad del menor y más hincapié en su responsabilidad por los actos cometidos.
- ♦ La sanción tiene una connotación negativa, el menor tiene que cargar con las consecuencias de su comportamiento.

Este Modelo es el acogido por la mayoría de los ordenamientos europeos occidentales, en parte en los Estados Unidos de Norteamericana. En algunos casos con mayor acentuación en el castigo como en Inglaterra, aunque con una mayor propensión por el castigo y la sanción¹¹. En Francia, revela un doble acercamiento, por un lado judicial y por otro lado socio-educativo. Señala que la respuesta al delito podrá ser diversa: una respuesta judicial, de intervención educativa, de perdón judicial y excepcionalmente de una pena, sin olvidar en cualesquiera de los casos, la reparación del daño causado¹².

¹¹ Segura Morales, M. Citado por: Ríos Martín, Julián Carlos. Op. cit., pág. 222.

¹² Es importante de destacar, que existen algunos híbridos en cuanto a los modelos de justicia juvenil, que buscan combinar el modelo tutelar y el modelo de justicia uno de esos modelos es el **Modelo educativo - responsabilizador**. Este modelo observa dos elementos esenciales: la educación y la continua asunción de la responsabilidad personal de menor en orden a conseguir un desarrollo maduro y equilibrado. La psicología y la pedagogía evolutiva han puesto de relieve el convencimiento de que el menor, aun siendo infractor, debería ser protegido para conseguir, no sólo una normalización del paso por las diversas etapas de su maduración, sino también, una adaptación crítica a la realidad.¹² En consecuencia hay que valorar la conducta infractora del niño como producto de su evolución tomando en consideración la influencia ejercida por las instancias socializadoras. Plantea este modelo que las actividades infractoras no se solucionan con el Código Penal, la policía o el Tribunal, sino con un tratamiento de las situaciones y condiciones en que se desarrollan los menores infractores. En la mayoría de ellos, la marginación y la indefensión social desempeña un destacado papel en la génesis de sus conductas de sus conductas infractoras. Este modelo de tratamiento no es el de enfermedad mental, ni el de justicia, sino el de educación. Se define por elementos constitutivos: **Inimputabilidad del menor**. La irresponsabilidad penal del niño, lo cual implica que el Estado estará imposibilitado de someterle a procedimientos punitivos por la comisión de infracciones. El Estado sin embargo debe garantizar los bienes jurídicamente protegidos, aun cuando son menores de edad quienes los

3. Antecedentes de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El derecho de menores es de reciente creación, pues su historia se circunscribe esencialmente al siglo que acaba de finalizar. Por esto resulta importante analizar su evolución para una mejor comprensión del estado actual de esta disciplina.

Un hito en el desarrollo histórico del derecho de menores lo marcó la promulgación en noviembre de 1989, de la Convención Internacional de los Derechos del Niño, resultado de una larga serie de intentos por regular jurídicamente la condiciones de la niñez y, particularmente, dotar de garantías a los jóvenes infractores de la ley penal. Por esto es necesario mencionar algunos antecedentes de la Convención, como por ejemplo, la Declaración Universal de Derechos del Niño adoptada por las Naciones Unidas.

Desde la creación de la Organización de Naciones Unidas, en 1945, uno de sus mayores objetivos siempre ha sido la protección de los Derechos Humanos y, dentro de ese contexto, la categoría de los jóvenes ha sido un tema de preocupación constante, que ha reflejado la evolución y concepción política de esta institución. El desarrollo de este a sido tratado en diferentes congresos mundiales de las Naciones Unidas sobre la prevención del Delito. A través de los diferentes congresos, podemos instruir no sólo los grandes temas de preocupación mundial, sino, también la concepción que ellos tienen y particularmente las estrategias para su prevención.

Además de los congresos llevados a cabo por las Naciones Unidas, la comunidad internacional cuenta desde 1948 con la Declaración Universal de los Derechos Humanos, que es un importante antecedente de la Declaración de los Derechos del Niño de 1959. Sin embargo, estos instrumentos internacionales – pese a los beneficiosos y humanitarios conceptos que contenían – no dejaban de ser enunciados generales donde faltaba la concretización de estos derechos para que fueran una realidad internacional. Sin duda, estos dos instrumentos son un

atacan, pero no debe ser una venganza social, sino con atención educativa. Respeto al contenido de los **derechos fundamentales del menor**. Rigen plenamente todos los derechos y principios consagrados en las Convenciones Internacionales y derechos internos de cada país. Impera el interés superior del menor y el fomento de su inserción activa en la sociedad. Específicamente en el caso del derecho a la libertad, el menor puede ser privado de este derecho para ser sometido a un tratamiento educativo, todo esto no es éticamente reprochable. **No estigmatización**. Este modelo es un intento por reducir al máximo la estigmatización, "hay que evitar los planteamientos penales". Para ello este modelo opta por la supresión del carácter penal de los planteamientos penales (supresión de la jurisdicción especializada de menores) y por su incorporación a la jurisdicción civil.

importante antecedente para la Convención sobre los Derechos del Niño y, probablemente, esta Convención no hubiera sido una realidad sin las declaraciones y todo el trabajo elaborado en los congresos de las Naciones Unidas.

4. La Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño.

La Convención sobre los Derechos del Niño fue adoptada unánimemente por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989. Es la declaración más completa sobre los derechos del niño que se ha logrado realizar, y que por primera vez obtiene rango de ley internacional. El texto se refiere básicamente a algunos derechos humanos que son concretos para las necesidades de los niños y la atención especial que ellos requieren, que ya habían sido plasmados en distintos instrumentos internacionales, y otros que por primera vez fueron recogidos. Un primer aspecto de gran importancia en esta regulación es la definición de los sujetos de esta Convención: *"Artículo 1: Para los propósitos de la presente Convención se entiende por niño todo ser humano menor de 18 años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable haya alcanzado antes la mayoría de edad"*.

La Convención reconoce que los niños, por su falta de madurez física y mental, deben estar sujetos a ciertas condiciones y limitaciones. Esto no supone derechos especiales, sino que le atribuyen al niño mayor asistencia y protección.

La Convención incorpora por primera vez y con carácter vinculante derechos de carácter social y económico a favor de la niñez; además establece normas de carácter pragmático y fines y metas inmediatas y a largo plazo que los Estados deben reconocer e incorporar.

En lo que respecta a nuestro objeto de estudio (el ámbito jurídico-penal de la niñez), los niños involucrados en conductas delictivas, también la Convención establece importantes garantías para su juzgamiento. Los derechos de los menores infractores penales establecidos por la Convención se encuentran en los artículos 37 y 40 de este instrumento jurídico. En el artículo 37 de la Convención se regula básicamente que los niños serán protegidos contra todas las formas de tortura y tratos crueles. La pena de muerte y las penas perpetuas no serán aplicables a los menores de 18 años de edad, y todo niño tendrá derecho a una debida asistencia jurídica; también se contempla que deberá estar separado de los adultos en cuanto se encuentre detenido. Por otra parte, se hace mención de una serie de principios básicos de los Estados de Derecho, como el principio de legalidad, el de humanidad y el de impugnación y los derechos de defensa.

En el artículo 40 de la Convención se recogen una serie de principios contenidos en las "Normas mínimas para la Administración de Justicia de Menores", los que en ese instrumento internacional no poseían carácter vinculante y que ahora, al ser incorporados en la Convención, adquieren ese carácter para los Estados Parte de la misma; se hace mención de las diferentes medidas alternativas a la internación en instituciones, con el fin de que se asegure un trato apropiado para el bienestar del niño y en proporción con las circunstancias del acto. Los principios establecidos en este artículo son los siguientes:

Principio de Legalidad: "Los Estados Partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad" (Art.40.1).

Principio de Imputabilidad: "Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron" (Art.40.2.a).

Presunción de Inocencia: "Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley" (Art. 40.2.i).

Derecho a la Información: "Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa" (Art. 40.2.ii).

Derecho a la Defensa: "Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa" (Art. 40.2.ii).

Principio de Celeridad: "Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés

superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales" (Art. 40.2.iii).

Principio de Abstención de Declaración: "Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad" (Art. 40.2.iv).

Principio de Contradictorio: "Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interroge a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad" (Art. 40.2.iv).

Derecho a la Doble Instancia: "Si se considerare que ha infringido, en efecto las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley" (Art. 40.2.v).

Derecho de Interpretar: "Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado" (Art. 40.2.vi).

Derecho de Confidencialidad: "Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento" (Art. 40.2.vii).

Una de las incorporaciones más importantes que hace la convención es reconocer un amplio catálogo de sanciones, el cual también se encuentra en este Art. 40.4 la que expresamente establece "Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción." Con lo que se busca reducir la intervención del sistema penal, mediante sanciones de ejecución ambulatorias, la afectación a la psiquis y al normal desarrollo social del menor de edad sea mínima. Así, mismo, que el menor de edad no sea substraído de la supervisión de sus padres, quienes poseen un preferente derecho de educación. Y de esta manera se realicen los objetivos de la Convención, los cuales no requieren siempre de la institucionalización para su ejecución, como bien lo establece el artículo citado anteriormente.

La Convención sobre los Derechos del Niño contiene regulaciones incluso más detalladas y de trascendencia que las propiamente referidas al ámbito jurídico penal; sin embargo a partir de la Convención se establecieron nuevos paradig-

mas fundamentales como, por ejemplo, el reconocimiento de los niños como sujetos de derecho, el reconocimiento de derechos y de obligaciones por sus actos, la posibilidad de infringir las leyes penales y ser declarados culpables, lo mismo que la utilización de la intervención penal de manera subsidiaria. Como observamos, la Convención sobre los Derechos del Niño modificó el panorama legal existente anteriormente a su entrada en vigencia. Sin duda esto no es suficiente para transformar la realidad, pero es un buen medio para alcanzar los fines de protección y defensa de la niñez.

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) es el instrumento más importante, porque define por primera vez con fuerza vinculante para los Estados el tema: *los niños como sujetos de derechos*. "La Convención aparece hoy, como el dispositivo general de una nueva doctrina: la doctrina de la protección integral del menor. Es una ruptura evidente con la vieja doctrina"¹³, debido a que ha sido este instrumento del derecho internacional el que ha provocado los principales procesos de cambios legislativos en muchos países.

A partir de esta Convención se ha iniciado en los años 90 una nueva orientación, con un marcado énfasis en el respeto de los derechos humanos, reflejándose en un proceso de reforma y ajuste legislativo en varios países de la región, específicamente en Colombia, Brasil, Ecuador, Bolivia, Perú, Costa Rica y los otros países de Centro América. Costa Rica ratificó la Convención sobre los Derechos del Niño el 26 de enero de 1990, lo que obligó a adaptar y modificar toda su legislación relacionada con la niñez¹⁴.

5. Programa de Política Criminal desde la Convención.

La incorporación del modelo de justicia significa un cambio dentro de la concepción de la política criminal de cualquier Estado (por ejemplo Costa Rica), ya que de un modelo tutelar que consideraba a los jóvenes sin responsabilidad e incapaces de infringir la ley penal, se pasó a un modelo que -por le contrario- establece la posibilidad de imponerle una sanción con una connotación negativa.

Con la Convención de Derechos del Niño, la cual es la que instituye este modelo, se determina, la atribución de una responsabilidad penal atenuada, en el caso de los menores de edad que cometen una infracción tipificada por la ley penal como delito.

¹³ García Méndez, Emilio, 1993, pág. 11-23.

¹⁴ Prueba de ello es la reciente aprobación del Código de la Niñez y la Adolescencia en 1997.

Esta atenuación de la responsabilidad obedece a una condición especial de los sujetos a quienes se la aplica, y se trata de una diferencia de grado que se manifiesta como lo señala Baratta, "en el establecimiento de sanciones diferentes", es decir, "sanciones específicas con finalidades específicas por su calidad de ser aplicadas a menores de edad"¹⁵. Sin embargo, aunque su finalidad sea la de readecuar comporta siempre una cierta restricción de derechos y son producto de la realización culpable de un acto tipificado como delito por la ley penal.

Aparte del fin represivo que comporta la responsabilidad en el derecho penal común, en el derecho de menores de edad adquiere una finalidad específica, cual es la importancia pedagógica de crear una conciencia de responsabilidad por sus actos y no sólo una visión de tipo asistencial como la que promueve la orientación tutelar.

La idea de la educación es básica en este modelo de responsabilidad. No se puede educar sin responsabilidad. De ahí que para establecer como fin de la sanción, la idea educativa, debe apoyarse en un modelo de responsabilidad.

Sin embargo es importante diferenciar entre diversos estratos de edad y determinar, conforme a la misma, que un cierto grupo de menores de edad, se excluyen de todo tipo de responsabilidad penal, quedando a salvo la responsabilidad civil. En este sentido debe considerarse que por debajo de esa edad mínima se presumirá que los niños no tienen capacidad de infringir las leyes penales.

En la concepción tutelar del derecho de menores de edad, se consideraba al menor de edad como sujeto pasivo de intervención jurídica y no sujeto de derecho, por lo que las garantías propias del derecho penal y las que le corresponden por su especial condición de menor de edad, no son siquiera pensadas es este derecho.

En este sistema la figura del juez es "paternalista", debe buscar un solución para este menor de edad que se encuentra en situación irregular. Con una amplia discrecionalidad. Esta situación irregular puede ser cualquier situación que el juez o la administración considere como tal. Por lo que se da una confusión entre la función jurisdiccional del Estado y su función administrativa-asistencial.

De esta forma al ser un derecho de medidas, al menor de edad se le considera como un "no imputable", con lo cual se elimina, por completo la posibilidad de atribuirle una responsabilidad penal atenuada por la comisión de un hecho antijurídico. En este sentido, las medidas aplicadas al menor de edad

¹⁵ Baratta, Alessandro, 1991, pág. 53.

son consideradas como beneficiosas y, en ningún momento, se analiza la grave restricción de derechos que ellas conllevan.

Sin embargo, es la Convención, el instrumento que define por primera vez el tema, con fuerza vinculante para los Estados, desde el punto de vista de los niños como sujetos de derecho. Se supera de esta forma la doctrina de la situación irregular y surge, la doctrina de la protección integral.

Es así como la Convención, establece nuevos paradigmas fundamentales, como es el reconocimiento de los niños como sujetos de derecho, el reconocimiento de derechos y de obligaciones por sus actos, la posibilidad de infringir las leyes penales y ser declarados culpables, lo mismo que la utilización de la intervención penal de manera subsidiaria. De esta manera la Convención, modifica el panorama legal existente anteriormente a su entrada en vigencia. Esto se ve reflejado en el Art. 40, "Los Estados partes reconocen el derecho de todo niño de quien se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de los terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad".

6. Comentario Final.

Con la entrada en vigencia de la Convención, se modificó la concepción internacional sobre la niñez y juventud, particularmente, el tradicional modelo tutelar en América Latina. Esta nueva concepción significó un *cambio en la concepción de la política criminal* de los Estados con respecto a las conductas delictivas de los adolescentes. De un modelo paternalista, en donde se confundían funciones asistenciales con funciones jurisdiccionales y en el que se juzgaba a niños y adolescentes sin las garantías procesales internacionalmente admitidas, se pasó a un modelo de responsabilidad y de garantías, especialmente el cumplimiento de derechos procesales que no admiten discusión actual en la justicia penal de adultos como por ejemplo, el principio de legalidad, la presunción de inocencia, el derecho de defensa, la doble instancia, el debido proceso, etc.

Esto originó el cambio de las legislaciones en los países de la región, en la necesidad de ajustar la legislación interna sobre niñez, a los principios y reglas establecidos en la *Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del*

Niño y demás instrumentos internacionales en esta materia, desde luego tomando en cuenta las necesidades y realidades sociales del propio país. No se puede ignorar también que esta nueva legislación se explica por una percepción generalizada de mayor delincuencia por parte de los jóvenes y un ambiente nacional de **inseguridad ciudadana**. Son *principios* de este cambio de paradigma, la protección integral de los adolescentes, su interés superior, el respeto a sus derechos humanos, su formación integral, su reinserción en la familia y en la sociedad.

En el ámbito centroamericano se ha logrado un importante y cualitativo avance, el cual se ha visto reflejado, principalmente, en la reforma legislativa. La cual, sin duda, ha tenido un gran impulso, en primer lugar, por la aprobación de estos países de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño y, en segundo lugar, por los procesos de pacificación y democratización de la región que han influido en la posición pública frente al fenómeno de la delincuencia en general y, particularmente, en la delincuencia juvenil.

Así, los movimientos de reforma legal y de adecuación a lo establecido por la Convención han permitido a los países de área, desde Guatemala hasta Panamá, generar una discusión seria sobre el tema de los derechos y deberes de los niños y adolescentes, abordando, en consecuencia, la perspectiva de sujetos de derechos.

América Central se encuentra ante una paradoja con respecto al tema de la responsabilidad penal juvenil. Esto por cuanto, por un lado las legislaciones apuntan hacia modelos garantistas, respetuosos de los derechos humanos y tolerantes, mientras, por otro lado, la realidad en la que se desarrollan estas legislaciones se presentan como autoritaria, irrespetuosa de los derechos humanos y con grandes necesidades de índole material. Además, es de reconocer que esta paradoja entre lo que la ley señala y lo que la realidad nos muestra se ve oscurecida por una falta de tradición jurídica de la mayoría de los países de la región.

Sin embargo, nos parece que si bien la reforma legislativa no lo es todo, si es un buen inicio como un punto de replanteamiento y reconstrucción de la realidad. Lo cual bien entendido puede convertirse en un factor determinante que influya directamente en la transformación social. Para esto, no solamente se requiere, como está claro, de recursos económicos, sino también de definiciones claras en las políticas públicas sobre niñez y juventud y, sobre todo, de fijar estos temas como de primera prioridad.

El hecho de que la población infantil y adolescente constituya alrededor del 45% a 50% de la totalidad de la población de la región, debería ser suficiente motivo para que los temas de niñez y adolescencia, no sólo los referentes a la infracción de la ley penal, sea la tarea principal de los gobiernos. Pero, además también se posibilite y fomente la participación privada y, muy particularmente, la participación de los niños y los adolescentes en la toma de las decisiones.

Bibliografía

- Bacigalupo, E. (1983). "Estudio comparativo sobre regímenes en materia de menores infractores de la Ley Penal [Argentina, Colombia, Costa Rica, México y Venezuela]. En: Revista ILANUD, Año 6, N°: 17 - 18, San José, p.58.
- Baratta, A. (1991). "Cárcel y Estado Social," en OLIVAS Enrique (1991) "Problemas de Legitimación del Estado Social," Madrid, p. 53.
- D'antonio, D. (1978). "El menor ante el delito. Incapacidad penal del menor. Régimen jurídico, prevención y tratamiento," Buenos Aires, Editorial ASTREA, 2ª edición, p. 2.
- Dunkel Frieder, Van Kalmthout Antón, Springorum Horst- Shüler. (1997). "Entwicklungsstendenzen und Reformstrategien im Jugendstrafrecht im europäischen Vergleich," Alemania, P.101.
- García-Mendez, E. (1990). "Prehistoria e historia del control social-penal de la infancia: política jurídica y Derechos Humanos en América Latina. In: Ser niño en América Latina. De las necesidades a los derechos," UNICRI, Nr. 42, Argentina, S. 11-26.
- Gisbert Alos J. (1980). "Educación especial," Madrid, Cíncel, p. 347
- González Del Solar J. (1986). "Delincuencia y Derecho de Menores," Buenos Aires, Depalma, p. 110.
- Massons I Rabassa (1985). "Tendencias internacionales de Justicia de menores y su impacto en España," Área de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Barcelona, p. 8.
- Mendizábal Osés L. (1973). "La situación irregular," En: Revista de la Facultad de Derecho. Maracaibo, Universidad del Zulia, Año XIII, N° 39, Setiembre a Diciembre de 1973, p. 15 y siguientes.

Ríos Martín J. (1984). "El menor infractor ante la Ley Penal," España. Capítulo VIII: Modelos de derecho comparado y alternativa que se propone, p. 216.

Segura Morales M.. Citado por: Ríos Martín J. Op. cit., p. 222.

Tiffer Sotomayor C (1996). "Ley de Justicia Penal Juvenil. Comentada y concordada con exposición de motivos del proyecto de ley e instrumentos internacionales" San José, p. 142 - 144.

Vargas Cabrera B. Citado por: Ríos Martín J. Op. cit., p. 245 nota N° 67.

Legislación

Ley de creación del Consejo Tutelar para menores infractores del Distrito Federal, de 26 de diciembre de 1983.

Ley N° 22.278, de 28 de agosto de 1980. Citada por: Ríos Martín J. Op. cit., p. 219

Ley de menores de Holanda. Comentada por Junger - Tas (J:). "Alternativas al internamiento institucional en Holanda". En: Congreso Infancia y Sociedad. Vol. 2, Madrid, 20 - 23 de noviembre de 1989, Ministerio de Asuntos Sociales, p. 511 - 512.

Ley Belga de 8 de abril de 1965.