

MODELO DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y DE LA SITUACIÓN IRREGULAR: UN MODELO PARA ARMAR Y OTRO PARA DESARMAR¹

MARY BELOFF

Significado y alcances de la ratificación de la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño* en el contexto latinoamericano

La *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*² fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, luego de casi una década de debates acerca de su alcance y contenidos³. Su ratificación por veinte países -el número requerido por el instrumento para su entrada en vigencia⁴- ocurrió menos de un año después. En septiembre de 1990, delegados de 159 países asistieron a la Cumbre Mundial en Favor de la Infancia que tuvo lugar en la oficina de las Naciones Unidas en Nueva York. En esa oportunidad aprobaron un Plan de Acción en el que se afirmó que las aspiraciones de la comunidad internacional respecto del bienestar de los niños estaban reflejadas de manera acabada en la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*⁵. A la fecha, ciento ochenta y seis países la han ratificado.

La *Convención* resulta entonces el marco mínimo de reconocimiento y respeto a los derechos de los niños en el que deben inscribirse las prácticas y las políticas de los países que la han ratificado. Ello sin perjuicio de que la adecuación de las legislaciones internas de los Estados Parte a la Convención deberá tener en cuenta aspectos culturales propios.

Sobre la *Convención* se ha afirmado: “Resulta paradójico, y es de esperar que positivamente premonitorio, que en el contexto de la ‘década perdida’, la comunidad internacional haya sido capaz de superar innumerables conflictos de naturaleza diversa, para

¹ Basado en la conferencia preparada por la Dra. Mary Beloff para la conferencia dictada en la Primera reunión del Foro de Legisladores Provinciales por los Derechos de la Niñez y la Adolescencia, Salta, marzo de 1996.

² Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, sancionada por el Congreso de la Nación como ley 23.649 el 27 de septiembre de 1990 y promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990.

³ La Convención no constituye el primer instrumento internacional que proclama o afirma derechos de los niños. El status y el tratamiento de los niños han sido por largo tiempo asuntos considerados del mayor interés por parte de la comunidad internacional. Así, la Declaración de Génova de los Derechos del Niño, que fue adoptada por la Liga de Naciones en 1924, fue el primer instrumento internacional importante en recoger esa idea. Luego, en 1959, las Naciones Unidas adoptaron la Declaración de los Derechos del Niño. También adoptaron, junto con otras organizaciones internacionales regionales o globales, muchos otros instrumentos específicos para la infancia o instrumentos generales de derechos humanos que específicamente reconocen los derechos del niño.

⁴ Art. 49 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

⁵ Cf. UNGA, 1990a:6.

construir una Carta Magna de los derechos de la infancia. Un instrumento que resulta imprescindible situar y que no constituye, ni retórica hueca, ni una vara mágica para enfrentar graves problemas estructurales.⁶

En términos generales, es posible sostener que ningún otro instrumento internacional específico de protección de derechos humanos ha tenido la aceptación y el consenso generados por la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*⁷. La razón que explica tal generalizada aceptación se encuentra en el hecho de que prácticamente en todo el mundo los niños⁸ son considerados las personas más vulnerables en relación con violaciones a los derechos humanos y que requieren protección específica.

En muchos países de América Latina la incorporación de la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño* a los sistemas jurídicos nacionales ha tenido lugar en contextos de transición o consolidación democráticas. Así, la discusión sobre las formas de entender y tratar con la infancia, tradicionalmente encaradas desde perspectivas asistencialistas y tutelares, ha cedido frente a una discusión en términos de ciudadanía y de derechos para los más chicos.

Es indudable que en prácticamente todos los países se han producido cambios importantes en la manera de concebir los derechos de las personas menores de edad. Tal transformación se conoce como la sustitución de la “doctrina de la situación irregular” por la “doctrina de la protección integral”, que en otros términos significa pasar de una concepción de los “menores” -una parte del universo de la infancia- como objetos de tutela y protección segregativa, a considerar a niños y jóvenes como sujetos plenos de derecho⁹.

Sin embargo, en términos concretos de reconocimiento y goce de esos derechos es posible relativizar el impacto real de la ratificación de la *Convención* en el contexto latinoamericano. Si se analiza el proceso que han seguido los países de América Latina luego de ratificar la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño* se observa, por un lado, y en relación al poder judicial, que pese a la manifiesta contradicción de las leyes de menores sancionadas con anterioridad a la ratificación de la Convención Internacional -y aún después- con las Constituciones nacionales y con otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (Convención Americana sobre Derechos Humanos conocida como Pacto de San José de Costa Rica, Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional sobre Derechos

⁶ Cfr. *Presentación del libro de AAVV, Ser niño en América Latina. De las necesidades a los derechos*, Buenos Aires, Unicef-Galema, 1991, p. 7.

⁷ Cfr. Le Blanc, Lawrence J., *The Convention on the Rights of the Child. United Nations Lawmaking on Human Rights*, University of Nebraska Press, Lincoln, 1995, pp. 11 y ss.

⁸ La Convención considera niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de las leyes internas del Estado, haya alcanzado antes la mayoría de edad (Cfr. art. 1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño). La Argentina declaró en la ley 23.649 aprobatoria del tratado en relación al art. 1 que este debe ser interpretado en el sentido que se entiende por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 16 años de edad.

⁹ Sobre la distinción entre “menores” y niños ver Beloff, Mary: “No hay menores de la calle”, en: *Revista No hay derecho*, Buenos Aires, núm. 6, junio de 1992.

Económicos, Sociales y Culturales, Convención por la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, entre otros)¹⁰, ningún tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de esas leyes¹¹. En este sentido, el proceso de reconocimiento de derechos a los niños en el contexto latinoamericano se diferencia sustancialmente del proceso desarrollado en los Estados Unidos, donde la Corte Suprema disparó el proceso de reformas con el fallo Gault en 1967¹².

**¿QUE PASO CON LOS PAISES DE AMERICA LATINA
A PARTIR DE LA RATIFICACION DE LA CONVENCION INTERNACIONAL
SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO?**

- GRUPO A** La ratificación no tuvo ningún impacto o tuvo un impacto político superficial o un impacto retórico.
- GRUPO B** Se llevó a cabo un proceso de adecuación “formal” de las leyes internas del país a los postulados de la Convención Internacional.
- GRUPO C** Se llevó a cabo un proceso de adecuación sustancial de las leyes internas del país a los postulados de la Convención Internacional.
-

Por otro lado, en relación a los poderes Ejecutivo y Legislativo, los países latinoamericanos han seguido un proceso que puede ser caracterizado como de triple vía¹³. En algunos países la ratificación de la *Convención Internacional* no ha producido impacto alguno o, en todo caso, ha tenido un impacto político superficial o un impacto retórico. En otros países, se ha llevado a cabo una adecuación meramente formal o eufemística de las normas de derecho interno al instrumento internacional. Finalmente, otros países han realizado -o se encuentran en proceso de realizar- una adecuación sustancial de su orden jurídico interno al instrumento internacional.

Ese proceso revela al mismo tiempo otra tendencia que, en general, aparece en el último nivel, es decir, en el de la adecuación sustancial. Diferentes razones (muchas relacionadas con la coyuntura) hacen que algunos países opten por aprobar un Código integral y que otros opten por el dictado de leyes específicas.

Los primeros sancionan Códigos o leyes integrales que regulan sobre todos los derechos reconocidos por la *Convención Internacional*, distinguiendo los aspectos

¹⁰ En ese sentido, ver la investigación coordinada por Emilio García Méndez y Elics Caranza, *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa*, Buenos Aires, Galerna, 1992.

¹¹ La no aplicación de instrumentos internacionales de derechos humanos por parte de tribunales locales con el argumento de su programaticidad no es poco frecuente en los tribunales latinoamericanos, y no es privativa de los instrumentos relacionados con los derechos de los niños y adolescentes.

¹² Cfr. *In re Gault*, 387 U.S. 1 (1967).

¹³ Cfr. UNICEF/TACRO, Informe Final. Reunión de Puntos Focales. Área Derechos del Niño, Paipa, Colombia, 6 al 9 de diciembre de 1993, p. 16.

relacionados con las políticas públicas de aquellos relacionados con la intervención judicial (aspectos del derecho de familia, infractores de la ley penal). Aún más, muchas veces estos Códigos o leyes integrales contienen también dispositivos para dar lugar a la necesaria reforma institucional que una ley basada en la protección integral de derechos necesariamente implica. Como es evidente, el dictado de una ley o Código con estas características requiere un detallado estudio y articulación con todas las normas vigentes que tratan de una manera u otra la materia (por ejemplo, el Código Civil o el Código de Trabajo, los Decretos de creación y funcionamiento de los organismos de la administración, etc.). Los segundos han optado por dictar leyes específicas en el marco de la *Convención Internacional: Leyes o Códigos de Familia* o de algún tema específico (adopción, violencia, identidad, etc.), leyes sobre la responsabilidad penal de los adolescentes o sobre un tema en particular (por ejemplo, ejecución de las sanciones penales juveniles), y leyes de organización o reorganización institucional. Estas adecuaciones sólo lo son respecto de algunos artículos de la Convención (por ejemplo, si se trata del régimen para infractores de la ley penal, se trataría de los artículos 37 y 40 del mencionado instrumento internacional); por eso un país que sólo dicta una ley específica no está cumpliendo a cabalidad el compromiso asumido al ratificar la Convención Internacional en el sentido de adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole (art. 4) necesarias para hacer efectivos todos los derechos allí reconocidos.

Código integral de la Niñez y la Adolescencia:

- a) aspectos de protección
- b) redefinición institucional
- c) justicia (de familia, penal)

ADECUACIÓN SUSTANCIAL ó Leyes específicas:

- a) Leyes o Códigos de Familia
 - b) Leyes de Responsabilidad Penal Juvenil
 - c) Leyes de Organización Institucional
-

Se verifica en ambos casos, tanto el del dictado de leyes específicas cuanto el del dictado de Códigos integrales, cuando no ha existido un profundo proceso de discusión y acuerdos básicos sobre el modo de hacer efectiva en el país la protección integral de derechos, que aparecen secciones en los Códigos o algunas leyes que representan una adecuación sustancial de la *Convención Internacional*, en tanto que otras secciones o leyes sólo son una adecuación eufemística o, peor aún, que dejan intactos dispositivos del sistema anterior.

El sistema que se trata de superar con la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*: la “situación irregular”

En términos teóricos, se ha sostenido que las leyes que regulaban la situación de la infancia y la juventud con anterioridad a la *Convención Internacional* pertenecen a lo que se ha dado en llamar la “doctrina de la situación irregular”. Estas leyes conciben a los niños y a los jóvenes como objetos de protección a partir de una definición negativa de estos actores sociales, en palabras de Antonio Carlos Gomes da Costa, una definición basada en lo que no saben, no tienen o no son capaces.

En líneas generales, el sistema de la situación irregular puede ser caracterizado mediante las siguientes nociones:

La primera es que refleja criterios criminológicos propios del positivismo de fines del siglo pasado y principios de éste. De esa concepción positivista se deriva un sistema de justicia de menores que justifica las reacciones estatales coactivas frente a infractores (o “potenciales infractores”) de la ley penal a partir de las ideas del tratamiento, la resocialización -o neutralización en su caso- y, finalmente, de la defensa de la sociedad frente a los peligrosos. Desde la perspectiva de las teorías del castigo, tal justificación ha sido llamada prevención especial y dio paso al reemplazo de las penas por medidas de seguridad, terapéuticas o tutelares respecto de estos “menores en situación irregular” o en “estado de abandono, riesgo o peligro moral o material”, o en las igualmente vagas -no obstante ser más modernas- categorías de “menores en circunstancias especialmente difíciles” o “en situación de disfunción familiar”.

El segundo rasgo característico de la situación irregular es el argumento de la tutela. Mediante este argumento fue posible obviar dos cuestiones centrales en materia político-criminal. En primer lugar, el hecho de que todos los derechos fundamentales de los que gozan los adultos no fueran reconocidos a los niños y a los jóvenes. En segundo lugar, el hecho de que las consecuencias reales de esa forma de concebir y tratar a la infancia y la juventud sólo reprodujera y ampliara la violencia y marginalidad que se pretendía evitar con la intervención “protectora” del Estado¹⁴.

Estas características de las leyes de la situación irregular explican y justifican la abolición del principio de legalidad, principio fundamental del derecho penal de un Estado de Derecho. El desconocimiento de este principio permite que las leyes contemplen el mismo tratamiento tanto para niños y jóvenes que cometen delitos cuanto para aquellos que se encuentran en situación de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales (a la

¹⁴ Cfr. Platt, Anthony, *The Child Savers. The Invention of Delinquency*, Chicago, The University of Chicago Press, 1969. Hay traducción al español de la segunda edición en inglés ampliada de Félix Blanco, *Los “Salvadores del Niño” o la invención de la delincuencia*, México, Editorial Siglo XXI, 1982; Allen, Francis, *The Borderland of Criminal Justice*, Chicago, The University of Chicago Press, 1964.

familia, a la alimentación, a la salud, a la educación, al esparcimiento, a la vestimenta, a la capacitación profesional, entre otros). Además posibilita que las reacciones estatales sean siempre por tiempo indeterminado y sólo limitadas, en todo caso, por la mayoría de edad, oportunidad en la que cesa la disposición judicial sobre el menor en “situación irregular”.

El tercer rasgo característico de estas leyes es la singular función atribuida al juez de menores, quien deja de cumplir funciones de naturaleza jurisdiccional para cumplir funciones más propias de las políticas sociales, por decirlo de alguna manera. En este sentido, es importante recordar que el mayor porcentaje del trabajo de los juzgados de menores que funcionan según las previsiones de las leyes de la situación irregular es de naturaleza tutelar o asistencial.

Esta función del juez de menores y, en general, la lógica de la situación irregular tuvo gran acogida en América Latina y se articuló perfectamente con los sistemas procesales inquisitivos de la región. Más aún, sistemas inquisitivos y sistemas de menores basados en el sistema de la situación irregular se han alimentado recíprocamente en América Latina en los últimos ochenta años. La concepción de un otro como objeto o como súbdito pero no como sujeto con derechos (menor o imputado), la oficiosidad en la actuación judicial, el secreto y el expediente escrito, la concentración de todas las funciones en una sola persona (juez-padre-acusador-decisor-defensor), cuestiones morales y religiosas fundamentando las decisiones penales, la privación de libertad como regla (internamiento o prisión preventiva), en suma, la violación de todas las garantías individuales son características compartidas tanto por el procedimiento inquisitivo cuanto por el procedimiento previsto por las leyes de la situación irregular. Por esas razones ambos sistemas son de difícil -si no imposible- compatibilización, desde el punto de vista jurídico, con el Estado de Derecho.

Si se hiciera una lista de los aspectos que caracterizan a una ley de la situación irregular habría que incluir necesariamente los siguientes indicadores:

- Los niños y jóvenes aparecen como objetos de protección, no son reconocidos como sujetos de derecho sino como incapaces que requieren un abordaje especial. Por eso las leyes no son para toda la infancia y la adolescencia sino sólo para una parte del universo de la infancia y la adolescencia, son para los “menores”.
- Se utilizan categorías vagas, ambiguas, de difícil aprehensión desde la perspectiva del derecho, tales como “menores en situación de riesgo o peligro moral o material”, o “en situación de riesgo” o “en circunstancias especialmente difíciles” o similares¹⁵, que son las que habilitan el ingreso discrecional de los “menores” al sistema de justicia especializado.

¹⁵ Sobre este punto es interesante señalar que las leyes de la situación irregular no solo emplean estas categorías vagas sino que, en muchos casos, luego de una larga enumeración de supuestos que comprendería la definición en análisis, se agrega una cláusula que establece que se encuentra en esa situación todo menor que se encuentre en un estado o condición análoga a las anteriores, con lo que la categoría queda definitivamente abierta y por lo tanto con la posibilidad de ser definida según los parámetros del juez de que se trate.

- En este sistema, es el “menor” quien está en situación irregular; son sus condiciones personales, familiares y sociales las que lo convierten en un “menor en situación irregular” y por eso es objeto de intervenciones estatales coactivas tanto él como su familia.
- A partir de esa concepción, existe una división entre aquellos que serán atravesados por el dispositivo legal/tutelar, que generalmente coinciden con los que están fuera del circuito familia-escuela (los “menores”), y los niños y jóvenes, sobre quienes este tipo de leyes -como se señaló- no aplica. Un ejemplo de este punto es que frente a un mismo problema de la familia, un grupo de personas (los “menores”) son intervenidos por la justicia de menores, en tanto que otro grupo, probablemente, si hay intervención judicial, será intervenido por la justicia de familia¹⁶.
- También aparece que la protección es de los “menores” en sí mismos, de la persona de los menores, de ahí la idea de que son “objetos de protección”.
- Por eso, esa protección frecuentemente viola o restringe derechos, porque no está pensada desde la perspectiva de los derechos.
- Aparece también la idea de la incapacidad.
- Vinculada con ésta última, entonces, la opinión del niño es irrelevante.
- En la misma lógica, se afecta la función jurisdiccional, ya que el juez de menores debe ocuparse no solo de las cuestiones típicamente “judiciales” sino también de suplir las deficiencias de la falta de políticas sociales adecuadas. Por eso se espera que el juez actúe como un “buen padre de familia” en su misión de encargado del “patronato” del Estado sobre estos “menores en situación de riesgo o peligro moral o material”. De ahí que el juez no esté limitado por la ley y tenga facultades omnímodas de disposición e intervención sobre la familia y el niño.
- Todo está centralizado.
- Así queda definitivamente confundido todo lo relacionado con los niños y jóvenes que cometen delitos con cuestiones relacionadas con las políticas sociales y la asistencia, es lo que se conoce como “secuestro y judicialización de los problemas sociales”.
- De este modo es que también se instala la categoría del “menor abandonado/delincente” y se “inventa” la delincuencia juvenil. Se relaciona este punto con la “profeía autocumplida”: si se trata a una persona como delincuente aun cuando no haya cometido delito es probable que exitosamente se le pegue esa etiqueta de “desviado” y que, en el futuro, efectivamente lleve a cabo conductas criminales.

¹⁶ Esto no significa que en muchos casos la justicia de familia no opere en el marco de las leyes de la situación irregular y de un modo similar al del juzgado de menores.

- Como consecuencia de todo lo explicado, se desconocen todas las garantías individuales reconocidas por los diferentes sistemas jurídicos de los Estados de Derecho a todas las personas (no sólo a las personas adultas).
- Principalmente, la medida por excelencia que adoptan los juzgados -tanto para infractores de la ley penal, cuanto para víctimas o para los “protegidos”- es la privación de la libertad. Todas las medidas se adoptan por tiempo indeterminado.
- Se consideran a los niños y jóvenes imputados de delitos como inimputables, lo que entre otras cosas implica que no se les hará un proceso con todas las garantías que tienen los adultos, y que la decisión de privarlos de libertad o de adoptar cualquier otra medida no dependerá necesariamente del hecho cometido sino, precisamente, de que el niño o joven se encuentre en “estado de riesgo”.

El sistema de la situación irregular entró en crisis en la década del '60 en los Estados Unidos¹⁷ y en la década de los '80 a nivel de la comunidad internacional. Con la aprobación de la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño* en 1989, se cerró el ciclo iniciado casi un siglo atrás con el movimiento de los “Salvadores del Niño” que concebía la protección en términos segregativos, y se inauguró la etapa de la protección integral de los derechos de la infancia.

El sistema que se debe implementar a partir de la *Convención Internacional*: la protección integral de derechos

El sistema de la protección integral de derechos de los niños surge de la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, de instrumentos específicos regionales y universales de protección de derechos humanos y de otros instrumentos internacionales que, sin tener la fuerza vinculante que tienen para el Estado los tratados, representan la expresión de acuerdos e intenciones de la comunidad internacional en esta materia y, por lo tanto, son aplicables en la interpretación de los tratados y en el diseño de las políticas de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas - y devienen obligatorios en la medida en que se conviertan en costumbre internacional-. Estos instrumentos son:

- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing¹⁸ aprobadas por la Asamblea General cuatro años antes de la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

¹⁷ Es importante recordar aquí que la categorización de estos modelos o sistemas como de la situación irregular y de la protección integral ha sido producto de elaboraciones teóricas latinoamericanas posteriores a la ratificación de la Convención Internacional, y no aparece en el ámbito europeo o norteamericano. En particular sobre situación irregular y protección integral ver GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Derecho de la Infancia-Adolescencia en América Latina: De la situación irregular a la protección integral*, Forum Pacis, Ibagué (Tolima), 2da. ed., 1997.

¹⁸ Resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 29 de noviembre de 1985.

- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad¹⁹.
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como Directrices de Riadh²⁰.

¿DE DONDE SURGE LA “DOCTRINA DE LA PROTECCION INTEGRAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO”?

- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (20/11/89)
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como reglas de Beijing (29/11/85)
- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (14/12/90)
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como Directrices de Riadh (14/12/90)

Además:

- Otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (art. 75, inc. 22 de la Constitución nacional argentina)
-

No es posible dar una definición acabada de protección integral de los derechos de los niños. De hecho, la falta de claridad respecto de qué significa protección integral permite todavía hoy a algunos funcionarios defender las leyes de la situación irregular como modelos de protección integral de la infancia. Sin embargo, sí es posible afirmar que protección integral es protección de derechos. En ese sentido, el cambio con la doctrina de la situación irregular es absoluto e impide considerar a cualquier ley basada en esos principios como una ley de protección integral.

Ejemplo de lo afirmado precedentemente es que una noción central de la protección integral, como lo es la del interés superior del niño, que ha sido también criticada por su vaguedad, ha sido en este marco interpretada como un principio garantista de modo que signifique la satisfacción de los derechos del niño²¹. Así, protección integral significa protección de derechos e interés superior del niño significa satisfacción de sus derechos.

Se advierte entonces que protección integral como protección de derechos es una noción abierta, en permanente búsqueda de nuevos y mejores estándares. Por tal motivo,

¹⁹ Resolución 45/113 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 14 de diciembre de 1990.

²⁰ Resolución 45/112 aprobada por la Asamblea General sobre la base del informe de la Tercera Comisión A/45/756 en el Cuadragésimo Quinto Período de Sesiones el 14 de diciembre de 1990.

²¹ Cfr. Cillero, Miguel, El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Santiago de Chile, mimeo, 1997.

no es posible cerrar el paquete de instrumentos internacionales de los que surge la protección integral con los instrumentos internacionales específicamente orientados al tema infancia. Deben pues considerarse incluidos todos los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos suscritos por el país y que forman parte de la Constitución Nacional a partir de la reforma del año 1994 que sean aplicables.

Obsérvese por ejemplo que la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño* no preve un órgano supranacional de carácter jurisdiccional encargado de aplicar el instrumento. Sólo crea un Comité de los Derechos del Niño que tiene la función de examinar los progresos realizados por los Estados Parte en el cumplimiento de la Convención²². A tal fin los Estados Parte deberán presentar cada cinco años -y por primera vez en el plazo de dos años a partir de la fecha en la que para cada Estado Parte la Convención haya entrado en vigor- al Comité informes sobre las medidas que hayan adoptado para hacer efectivos los derechos reconocidos por la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos, cada cinco años²³. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos organiza el sistema americano de protección de derechos humanos a través de dos instituciones supranacionales: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, es posible afirmar que la Convención Americana permite completar la noción de protección integral ya que avanza sobre la protección de los derechos humanos de los niños asegurándoles un estándar mejor de reconocimiento y ejercicio de sus derechos que el previsto por la *Convención Internacional*.

Básicamente, el cambio de sistema se ve reflejado en las nuevas legislaciones de los países que han adecuado de manera sustancial su ordenamiento jurídico a la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. En términos generales es posible afirmar que una ley se encuentra en un marco de protección integral de derechos de los niños cuando aparecen las características que se mencionan a continuación.

- Se definen los derechos de los niños y se establece que en caso de que alguno de esos derechos se encuentre amenazado o violado, es deber de la familia, de la comunidad y/o del Estado restablecer el ejercicio concreto del derecho afectado a través de mecanismos y procedimientos efectivos y eficaces tanto administrativos cuanto judiciales, si así correspondiere.
- Por eso desaparecen las vagas y antijurídicas categorías de “riesgo” “peligro moral o material”, “circunstancias especialmente difíciles”, “situación irregular”, etcétera.
- Se establece, en todo caso, que quien se encuentra en “situación irregular” cuando el derecho de un niño o adolescente se encuentra amenazado o violado, es alguien o alguna institución del mundo adulto (familia, comunidad o Estado).

²² Cfr. art. 43.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

²³ Cfr. art. 44.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

- Se distinguen claramente las competencias de las políticas sociales de la cuestión penal, planteando la defensa y el reconocimiento de los derechos de los niños y los jóvenes como una cuestión que depende de un adecuado desarrollo de las políticas sociales.
- Las políticas se caracterizan por estar diseñadas e implementadas por la sociedad civil y el Estado, por estar descentralizadas y focalizadas en los municipios.
- Se abandona la noción de menores como sujetos definidos de manera negativa, por lo que no tienen, no saben o no son capaces, y pasan a ser definidos de manera afirmativa, como sujetos plenos de derecho.
- Se desjudicializan cuestiones relativas a la falta o carencia de recursos materiales, supuesto que en el sistema anterior habilitaba la intervención de la jurisdicción especializada.
- La protección es de los derechos del niño y/o el adolescente. No se trata como en el modelo anterior de proteger a la persona del niño o adolescente, del “menor”, sino de garantizar los derechos de todos los niños y adolescentes.
- Por lo tanto, esa protección reconoce y promueve derechos, no los viola ni restringe.
- También por ese motivo la protección no puede significar intervención estatal coactiva.
- De la idea de universalidad de los derechos, se desprende que estas leyes son para toda la infancia y adolescencia, no para una parte. Por eso se dice que con estas leyes se recupera la universalidad de la categoría infancia, perdida con las primeras leyes para “menores”.
- Ya no se trata de incapaces, medias-personas o personas incompletas, sino de personas completas cuya única particularidad es que están creciendo. Por eso se les reconocen todos los derechos que tienen todas las personas, más un plus de derechos específicos precisamente por reconocerse el hecho de que están creciendo.
- De ahí que de todos los derechos, uno que estructura la lógica de la protección integral sea el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta²⁴.
- Se jerarquiza la función del juez en tanto éste debe ocuparse de cuestiones de naturaleza jurisdiccional, sean de derecho público (penal) o privado (familia).
- El juez, como cualquier juez, está limitado en su intervención por las garantías.
- En cuanto a la política criminal, se reconocen a los niños todas las garantías que le corresponden a los adultos en los juicios criminales según las constituciones nacionales y los instrumentos internacionales pertinentes, más garantías especifi-

²⁴ Sobre este tema ver Baretta, Alessandro, *Infancia y Democracia*, en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary Ana, *Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, Bogotá, Temis/Dapalma, 1998.

cas. La principal, en relación con los adolescentes, es la de ser juzgado por tribunales específicos con procedimientos específicos, y la de que la responsabilidad del adolescente por el acto cometido se exprese en consecuencias jurídicas absolutamente diferentes de las que se aplican en el sistema de adultos. Este reconocimiento de garantías es independiente del hecho de sostener que los niños y jóvenes son inimputables, como es el caso, por ejemplo, del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil.

- Se establece como consecuencia jurídica de la comisión de un delito por parte de un joven un catálogo de medidas, en el que lo alternativo, excepcional, ultima ratio y por tiempo breve es la privación de libertad. Estas medidas se extienden desde la advertencia y la amonestación hasta los regímenes de semilibertad o privación de la libertad en institución especializada. Deben dictarse por tiempo determinado.
- Se determina que la privación de libertad será una medida de último recurso, que deberá aplicarse por el tiempo más breve que proceda y, en todos los casos, por tiempo determinado como consecuencia de la comisión de un delito grave²⁵.

²⁵ Los delitos graves deben estar taxativamente mencionados en la ley a fin de evitar interpretaciones de la palabra "grave" que afecten el principio de excepcionalidad, como sucede en algunos países.

| ¿COMO ES UNA LEY DE LA SITUACION IRREGULAR? | ¿COMO ES UNA LEY DE LA PROTECCION INTEGRAL? |
|--|--|
| • “menores” | • niños y jóvenes |
| • objetos de protección | • sujetos de derecho |
| • protección de “menores” | • protección de derechos |
| • protección que viola o restringe derechos | • protección que reconoce y promueve derechos |
| • infancia dividida | • infancia integrada |
| • incapaces | • personas en desarrollo |
| • no importa la opinión del niño | • es central la opinión del niño |
| • “situación de riesgo o peligro moral o material” o “situación irregular” | • derechos amenazados o violados |
| • “menor en situación irregular” | • adultos, instituciones y servicios en situación irregular |
| • centralización | • descentralización |
| • juez ejecutando política social / asistencia | • juez en actividad jurisdiccional |
| • juez como “buen padre de familia” | • juez técnico |
| • juez con facultades omnímodas | • juez limitado por garantías |
| • lo asistencial confundido con lo penal | • lo asistencial separado de lo penal |
| • “menor abandonado / delincuente” | • desaparece ese determinismo |
| • se desconocen todas las garantías | • se reconocen todas las garantías |
| • imputados de delitos como inimputables | • responsabilidad penal juvenil |
| • derecho penal de autor | • derecho penal de acto |
| • privación de libertad como regla | • privación de libertad como excepción y sólo para infractores / otras sanciones |
| • medidas por tiempo indeterminado | • medidas por tiempo determinado |