

Justicia y Derechos del Niño

NÚMERO 2

"JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO" Número 3

UNICEF

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia
Oficina de Área para Argentina, Chile y Uruguay

Comité editorial:

Miguel Cillero Bruñol / Mabel López Oliva /
Mary Beloff / Emilio García Méndez

La información contenida en el presente documento puede ser utilizada total o parcialmente mientras se cite la fuente.

ISBN: 987-9286-09-X

Primera edición: 1.500 ejemplares
Buenos Aires, diciembre 2001

Diseño: Mónica Widoycovich
Diagramación y armado: Silvana Ferraro

ÍNDICE

PRESENTACIÓN	5
SECCIÓN PRIMERA	
ARTÍCULOS PARA EL DEBATE	7
ALGUNAS CONFUSIONES EN TORNO A LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CONDUCTA TRANSGRESORA DE LA LEY PENAL EN LOS NUEVOS SISTEMAS DE JUSTICIA LATINOAMERICANOS <i>MARY BELOFF</i>	9
LOS DERECHOS DEL NIÑO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS. CUANDO UN CASO NO ES “EL CASO”. COMENTARIO A LA SENTENCIA VILLAGRÁN MORALES Y OTROS (CASO DE LOS “NIÑOS DE LA CALLE”) <i>MARY BELOFF</i>	37
LOS DERECHOS DEL NIÑO: DE LA PROCLAMACIÓN A LA PROTECCIÓN EFECTIVA <i>MIGUEL CILLERO BRUÑOL</i>	49
<i>NULLA POENA SINE CULPA</i> . UN LÍMITE NECESARIO AL CASTIGO PENAL <i>MIGUEL CILLERO BRUÑOL</i>	65
¿DISTINTAS LECTURAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO? (CONTRIBUCIÓN A UN INTENTO POR ACOTAR LOS LÍMITES DE LA DISCUSIÓN SOBRE JUSTICIA JUVENIL SOBRE LA BASE DE UNA INTERPRETACIÓN ADECUADA DE LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES PERTINENTES) <i>JULIO CORTÉS MORALES</i>	77
LA DIMENSIÓN POLÍTICA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADOLESCENTES EN AMÉRICA LATINA: NOTAS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA MODESTA UTOPIA <i>EMILIO GARCÍA MÉNDEZ</i>	85
TRADUCIENDO A LA REALIDAD EL DERECHO. EVALUACIÓN, POLÍTICAS Y PLANIFICACIÓN <i>DOCUMENTO DE TRABAJO DEL UNICEF</i>	103
LA DEFENSA JURÍDICA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES A PARTIR DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO. ALGUNAS CONSIDERACIONES EN TORNO AL DERECHO DE DEFENSA EN SISTEMAS NORMATIVOS QUE NO SE HAN ADECUADO EN SU TOTALIDAD A LA CDN: LOS CASOS DE LA ARGENTINA Y MÉXICO <i>GIMOL PINTO</i>	127
CONTROL SOCIOPENAL EN SEDE CIVIL <i>MARÍA KARINA VALOBRA</i>	143

SOBRE EL EJERCICIO DE LA DEFENSA DE MENORES INFRACTORES <i>RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE</i>	165
LEGALIDAD Y CRISIS EN LA ARGENTINA ACTUAL <i>EMILIO GARCÍA MÉNDEZ</i>	177
SECCIÓN SEGUNDA	
ENCUESTA: LA VOZ DE LOS ADOLESCENTES	181
¿POR QUÉ LA VOZ DE LOS ADOLESCENTES EN TEMAS DE SEGURIDAD CIUDADANA?	183
PERCEPCIONES SOBRE SEGURIDAD Y VIOLENCIA EN BUENOS AIRES, MONTEVIDEO Y SANTIAGO DE CHILE	185

PRESENTACIÓN

Hace más de once años la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño. Este instrumento internacional supera la visión de los niños como objetos de tutela y les reconce expresamente su condición de sujetos de derecho. De esta manera, se redefinen las relaciones entre el mundo adulto (Estado, comunidad y familia) con las personas menores de 18 años de edad, a partir del insoslayable respeto de sus derechos.

En lo que concierne al derecho, el reconocimiento de los niños como sujetos de derecho provoca una transformación que implica, entre otras cosas, el establecimiento de límites a la intervención coactiva estatal, impuestos por las garantías sustantivas y procesales.

En la práctica del derecho es necesario instaurar una visión crítica del ejercicio de la actividad judicial y la revisión de sus estándares teóricos y metodológicos, con la finalidad de llevar a cabo un proceso de trabajo dirigido a adecuar las actividades cotidianas a los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Jueces, defensores, fiscales, abogados y operadores del sistema judicial constituyen piezas fundamentales en la construcción de leyes y prácticas que, por un lado, garanticen el pleno ejercicio de los derechos de las niñas, los niños y los adolescentes y, por el otro, permitan remover obstáculos para su íntegro respeto.

Para colaborar en estos procesos, el UNICEF ha diseñado e implementado actividades de difusión y capacitación, con el objeto de brindar un espacio para la reflexión y aprendizaje de la Convención. De este modo, desde 1998 se han llevado a cabo anualmente los cursos de especialización "Protección Jurisdiccional sobre Derechos del Niño para jueces, abogados y fiscales del Cono Sur".

Este tercer número de Justicia y Derechos del Niño pretende aportar elementos para el debate y la reflexión a todos aquellos que trabajan diariamente con niños, niñas y adolescentes en contacto con la administración de justicia.

En la primera sección se presentan artículos que proponen un análisis jurídico sobre situaciones tales como adolescentes y responsabilidad penal, defensa en juicio de los adolescentes, medida cautelar de protección de personas, entre otras.

En la segunda sección, se publica íntegramente una encuesta de opinión llamada "La voz de los adolescentes: percepciones sobre seguridad y violencia en Buenos Aires, Montevideo y Santiago de Chile". Dicha encuesta constituye un esfuerzo para descubrir la opinión y punto de vista del adolescente común sobre un tema central de preocupación social, que impregna el debate actual acerca de los derechos y responsabilidades de la adolescencia.

Desde UNICEF, esperamos que esta publicación sea de gran utilidad para los profesionales comprometidos en la defensa de los derechos de los niños, niñas y adolescentes y que constituya, fundamentalmente, un insumo en los procesos de cambio que se llevan a cabo para lograr el efectivo respeto de los derechos de las generaciones más jóvenes.

Mario Ferrari
*Representante de Área
para Argentina, Chile y Uruguay
UNICEF*

SECCIÓN PRIMERA

ARTÍCULOS PARA EL DEBATE

ALGUNAS CONFUSIONES EN TORNO A LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS DE LA CONDUCTA TRANSGRESORA DE LA LEY PENAL EN LOS NUEVOS SISTEMAS DE JUSTICIA LATINOAMERICANOS¹

MARY BELOFF²

II. But all punishment is mischief: all punishment in itself is evil. Upon the principle of utility, if it ought at all to be admitted, it ought only to be admitted in as far as it promises to exclude some greater evil.

III. It is plain, therefore, that in the following cases punishment ought not to be inflicted.

1. Where it is groundless: where there is no mischief for it to prevent, the act not being mischievous upon the whole.

2. Where it must be inefficacious: where it cannot act so as to prevent the mischief.

3. Where it is unprofitable, or too expensive: where the mischief it would produce would be greater than what it prevented.

4. Where it is needless: where the mischief may be prevented, or cease of itself, without it: that is, at a cheaper rate.

Jeremy Bentham, The principles of moral and legislation

“Una palabra por anticipado respecto a los malentendidos con los que se carga el concepto de culpabilidad en el Derecho Penal desde hace mucho tiempo. Si alguien comete un delito –por ejemplo, perpetra un robo o mata a una persona–, entonces éste es un suceso que va mucho más allá del Derecho Penal. Tiene dimensiones sociales, éticas, religiosas, a veces también políticas o metafísicas, que todos nosotros tratamos de abarcar con el concepto de culpabilidad. Para darle a su disciplina mayor rango, los penalistas se han apoyado a menudo en otras ciencias como la teología, la filosofía o la sociología y han transferido la concepción de culpabilidad de estas ciencias a su ambi -

¹ Publicados originariamente en García Méndez, Emilio (comp.), *Adolescentes y responsabilidad penal*, Buenos Aires, *Ad Hoc*, octubre de 2001.

² Mary Beloff es abogada egresada de la Universidad de Buenos Aires, L.L.M. egresada de la Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard y profesora de Derecho Penal Juvenil de la Facultad de Derecho de la UBA.

to; o se han orientado hacia las ciencias naturales, que no conocen la culpabilidad, y han tratado de imponer al Derecho Penal su ideal de exactitud libre de ella. Todos estos son caminos equivocados. Al Derecho Penal no le interesan las definiciones de culpabilidad de otras disciplinas y menos aún de la metafísica. El juez penal no ejerce una función de juez divino suplente y tampoco puede hacer enunciados éticos que sean más obligatorios que las concepciones morales del ciudadano normal, sin formación jurídica. Preguntas sobre la culpabilidad, como son tratadas en la gran literatura, pueden ser un objeto legítimo de la filosofía del derecho, pero ésta es una parte de la filosofía y no de la jurisprudencia.

Claus Roxin, "Culpabilidad y exclusión de la culpabilidad en el derecho penal"³

1. Origen de los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos

Un proceso singular ha tenido lugar en América Latina en la última década en el campo de la defensa de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Se trata del proceso de adecuación del orden jurídico de cada país a las prescripciones de la Convención sobre los Derechos del Niño. Este proceso ha sido ampliamente descrito,⁴ razón por la cual, a los fines del presente trabajo, solo me limitaré a caracterizar lo que, a mi juicio, hace a la singularidad de este conjunto de reformas legales.

El proceso es singular por varias razones. En primer lugar porque, como ha sido señalado,⁵ revolucionó la forma de producción de las leyes, que pasaron de ser pensadas y elaboradas por "expertos" del llamado entonces "derecho de menores"—lo que sea que ello haya querido significar en su momento, tema ajeno a este trabajo—, a ser producidas por todos los actores comprometidos con la efectiva implementación de la Convención en el nivel nacional, fueran estos miembros de organizaciones de base, de organizaciones de profesionales o de trabajadores, funcionarios públicos, juristas, médicos, trabajadores sociales o cualquier otro interesado. En un ejercicio concreto de aplicación directa del art.12 de la Convención, en algunos países, también los niños participaron de este fenómeno en el plano legislativo.⁶ En este sentido, si bien aún no ha sido sufi-

³ En la revista Nueva Doctrina Penal, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996-B, pp. 479-480.

⁴ El proceso de reforma legal ha sido relatado en extenso en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps.), Infancia, ley y democracia. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998), Bogotá, Temis-Depalma, 1998. Hay una segunda edición aumentada y actualizada, Bogotá, Temis-Depalma, 1999.

⁵ Cf. García Méndez, Emilio, Infancia, de los derechos y de la justicia, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, pp. 14-15.

⁶ El primer y paradigmático caso fue el de la movilización de miles de niños y niñas de la calle en el Brasil, organizados en el Movimiento Nacional de Meninos e Meninas da Rua, a favor de la inclusión de dos enmiendas constitucionales referidas a la infancia primero, y a favor de la aprobación del Estatuto del Niño y del Adolescente después. Sobre el proceso de reforma legal en el Brasil véase, entre otros, Seda, Edson, "Comentario al proceso de reforma legislativa en Brasil", en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary, Infancia..., ob. cit., t.1, 2ª ed., pp. 239 y ss.

cientemente estudiado y sistematizado, este proceso tuvo la originalidad de producir las leyes de un modo diferente y, como se advierte sin dificultad, de un modo profundamente democrático.⁷

En segundo lugar, la originalidad del proceso radica en el contenido de las nuevas leyes. Al no participar de ellas “expertos en derecho de menores”, las leyes se hicieron con el único objetivo de construir una legalidad que hiciera posible, para los niños de cada país involucrado en la reforma legal, el ejercicio pleno de los derechos reconocidos por la Convención. Esa fue la meta y al mismo tiempo el único límite. No se partió ni de esquemas teóricos prefabricados, ni se copiaron sistemas legales de otras latitudes.⁸ La academia jurídica penal –si es que algo así existe en nuestra región– permaneció al margen de este proceso de reformas legales,⁹ del mismo modo que tradicionalmente había dejado fuera de su objeto de estudio a los “menores”, más allá de alguna esporádica y perdida denuncia sobre las injusticias del sistema tutelar. Así, América Latina fue construyendo sistemas de respuesta a las infracciones a la ley penal cometidas por personas menores de 18 años con soluciones propias que se fueron superando a medida que otros países aprobaban nuevas leyes y aprendían de los aciertos y errores de los que ya habían recorrido ese camino.¹⁰ Todavía hoy los principales actores de estas reformas, en los diferentes países, no tienen plena conciencia ni de la originalidad ni de la dimensión continental de este extraordinario proceso, a punto tal que les genera perplejidad la situación comparativa en la que, estrictamente en el plano teórico y legal, se encuentran algunos países de Europa continental.¹¹

⁷ No constituye tampoco un dato casual que estos procesos de reformas legales hayan tenido lugar, en la mayor parte de los países, al mismo tiempo que se daban los procesos de reforma de la justicia penal, todo ello en el marco de los procesos de transición y/o consolidación democráticas. Sobre este punto y sobre las similitudes entre los procesos dirigidos a superar el modelo tutelar con los dirigidos a superar el modelo inquisitivo en la justicia penal, véase Beloff, Mary: “Estado de avance de la adecuación de la legislación nacional y provincial a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Tendencias y perspectivas”, Separata del Foro de Legisladores Provinciales por los Derechos del Niño, Salta, 1998. Allí se afirma, en relación con este tema: “Esta función del juez de menores y, en general, la lógica tutelar o ‘de la situación irregular’ tuvieron gran acogida en América Latina y se articularon perfectamente con los sistemas procesales inquisitivos de la región. Más aún, sistemas inquisitivos y sistemas de menores basados en la doctrina tutelar o ‘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: el juez (padre/acusador/ defensor/decisor), cuestiones morales y religiosas fundamentando las decisiones penales, la privación de libertad como regla y como pena en sentido material (bajo el nombre de medida de internamiento o de prisión preventiva), en suma, el desconocimiento 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, y por ello, además de por su absoluta ineficiencia, se encuentran en crisis y en proceso de transformación en las democracias latinoamericanas, del mismo modo que la justicia penal en su conjunto”.

⁸ Esto explica que algunas leyes, sobre todo las elaboradas al comienzo de la década de 1990, revelen algunos problemas serios de técnica legislativa.

⁹ Una excepción es Costa Rica, país en el que los más destacados juristas y, en particular, los penalistas, participaron del proceso de reforma legal en materia de infancia y juventud.

¹⁰ Adviértase en este sentido una diferencia sustancial con el proceso de reforma de la justicia penal, en particular de los códigos procesales penales –proceso dirigido a superar el sistema inquisitivo–, que fue lanzado a partir de la elaboración de un Código Procesal Penal modelo para Iberoamérica, redactado por Julio Maier a fines de la década del ochenta.

¹¹ Conviene insistir en que esta afirmación no se refiere a la existencia de programas concretos eficaces para jóvenes infractores de la ley penal, que existen en abundancia en los países de Europa occidental.

Probablemente ni los redactores de la Convención ni los funcionarios nacionales encargados de la ratificación previeron el intenso uso que de ella hicieron, y continúan haciendo, todos aquellos preocupados por la efectiva vigencia de los derechos de niños, niñas y adolescentes en la región latinoamericana.¹² La convicción de que, en este terreno, la reforma legal era condición necesaria –aunque no suficiente– para provocar el cambio social no es un dato irrelevante en un continente que operó al margen de la legalidad por décadas. Más previsible era que la apropiación y la decodificación que se hiciera de la Convención continuaran con las prácticas asistencialistas y tutelares.¹³ Se debe estar advertido, no obstante, de que esta concepción se resiste a retirarse a la vitrina de algún museo del horror,¹⁴ como se explicará en el análisis que se realiza más adelante.

El proceso de reformas legales dirigido a adecuar el derecho interno de cada país a la Convención sobre los Derechos del Niño, que se inició con el Estatuto del Niño y del Adolescente del Brasil en 1989, se encuentra hoy llegando al final de su primera etapa. En efecto, este proceso parece haber llegado, hacia el final de la década de los noventa, a un techo, de ahí que se hable de primera etapa. Actualmente el proceso parece haberse orientado en un doble sentido: por un lado, a implementar efectivamente las nuevas leyes y a monitorear seriamente el proceso de implementación; por el otro, a revisar las leyes aprobadas a comienzos de la década que revelan problemas de técnica legislativa, los que junto con la resistencia del modelo tutelar, explican las dificultades que presenta la implementación.

En diez años todos los países de América Latina, con excepción de la Argentina, Chile, México y Uruguay,¹⁵ han abandonado, con mayor o menor éxito, los modelos asistencialistas tutelares característicos de las legislaciones de menores previas a la Convención sobre los Derechos del Niño y han creado, también con mayor o menor acierto –ya

¹² Como en toda historia, en esta también personas concretas han hecho la diferencia. Me refiero a la feliz circunstancia de que Emilio García Méndez estuviera en el lugar que estuvo, en el momento que estuvo, liderando este proceso; pero sobre eso ya escribí en otro lado, a donde me remito.

¹³ Esto me recuerda un taller que se realizó en el Instituto Internacional de Sociología Jurídica, en Oñati, País Vasco, en julio de 1999. Se discutía la implementación de la Convención sobre los Derechos del Niño; sin embargo, algunos participantes no interpretaban la reforma legal como condición necesaria –aunque no suficiente– para la efectiva vigencia de los derechos reconocidos en la Convención. De hecho, subestimaban la importancia de la reforma legal, a la que consideraban algo “teórico”, ajeno a la discusión sobre la implementación de la Convención, en manifiesto desconocimiento de la propia Convención que prescribe que los Estados deberán adoptar “todas las medidas”, incluidas expresamente las legales, para hacer efectivos los derechos reconocidos por el tratado. Es la posición que ha sido caracterizada por Emilio García Méndez como “sustancialista”. Sobre el particular, véase García Méndez, Emilio, “Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia”, en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps.), *Infancia...*, ob. cit., pp. 9 y ss.

¹⁴ No es exagerada ni injusta con el sistema tutelar esta frase. Como Emilio García Méndez ha señalado hasta el cansancio, en relación con la ley tutelar argentina –la 10.903 o ley Agote, en honor a su redactor e impulsor–, esta ley nunca fue “buena”. Hoy vemos los museos de la inquisición como museos del horror; sin embargo, tal como Julio Maier explica claramente, la inquisición en su momento fue una reacción que pretendía introducir racionalidad, humanidad y, si se quiere, algún criterio de justicia aceptable para la época, al modo en el que se resolvían los conflictos que hoy entendemos como conflictos penales. De otro modo, difícilmente se hubiera constituido en la forma por excelencia de entender y organizar la reacción estatal frente a esos conflictos a lo largo de casi quinientos años. Cf. Maier, Julio, *Derecho procesal penal, t. I: “Fundamentos”*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1996, pp. 288 y ss.

¹⁵ Es importante destacar que Chile cuenta con un Anteproyecto sobre Responsabilidad por Infracciones Juveniles a la Ley Penal y Uruguay con un Proyecto de Código de la Niñez y la Adolescencia con media sanción legislativa.

sea en la letra de la ley, ya sea en su implementación–, nuevos sistemas para regular la condición jurídica de la infancia y la adolescencia.

Dentro del proceso más amplio de adecuación de todo el derecho interno a la Convención, la creación de sistemas de respuesta a los delitos cometidos por personas menores de 18 años de edad –que aquí se llaman sistemas de justicia juvenil– ocupa un lugar central, a tal punto que algunos países optaron por dictar, exclusivamente, leyes que se refieren a este tema.¹⁶

Antes de seguir adelante es conveniente recordar que, a esta altura del desarrollo del derecho penal, desde un punto de vista filosófico, la única justificación admisible de un sistema de justicia juvenil en el contexto de la protección integral de derechos es el derecho penal mínimo.¹⁷ Se trata de un sistema de justicia penal juvenil que asume que toda intervención de los mecanismos formales de control social es violenta, pero que también es violento el delito, y que entonces procura disminuir la violencia propia de todo sistema penal –aunque se trate de un sistema penal juvenil– a fin de evitar la violencia que ocurriría en caso de no tener lugar la solución penal.¹⁸ Cuando la reacción estatal coactiva –llámese pena, llámese medida a secas o medida socioeducativa– va a ser mayor que la violencia que pretende prevenir, entonces no existe allí ninguna justificación posible para que se ponga en marcha un sistema de responsabilidad penal juvenil. Se trata, por ejemplo, de los casos de bagatela, donde no habría interés del Estado –y podría no haberlo por parte de la víctima– en perseguir penalmente al adolescente.

Desde un punto de vista criminológico, la concepción de la desviación en los nuevos sistemas de justicia juvenil es tomada también de los instrumentos internacionales; entre ellos, en particular, de las Directrices para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad).¹⁹ Al comparar estas directrices con las Reglas de Beijing, resulta interesante verificar el cambio que se produce entre uno y otro instrumento (las Reglas de Beijing son anteriores en cinco años a las Directrices). En efecto, en las primeras se abandona definitivamente toda idea de una “ontología” del comportamiento desviado.²⁰ Para estas Direc-

¹⁶ Se trata de El Salvador, Costa Rica y Panamá y de los proyectos y anteproyectos de Colombia y Chile. Sobre los riesgos de adecuar el derecho interno del país solo a los artículos de la Convención Internacional referidos a los jóvenes que cometen delitos, véase Bekoff, Mary: “Responsabilidad penal juvenil y derechos humanos”, desgrabación de la conferencia dictada en el I Curso de Derechos Humanos y Derechos del Niño, organizado por el Instituto Interamericano de Derechos Humanos y UNICEF, San José, julio de 1999, publicada en la revista Justicia y Derechos del Niño, núm. 2, Buenos Aires, UNICEF, 2000, pp. 77 y ss.

¹⁷ Véase por ejemplo el comentario a las Orientaciones fundamentales de las Reglas de Beijing –las que, por cierto, no son ni las más modernas ni las más garantistas–: “Estas orientaciones básicas de carácter general se refieren a la política social en su conjunto y tienen por objeto promover el bienestar del menor en la mayor medida de lo posible, lo que permitiría reducir al mínimo el número de casos en que haya de intervenir el sistema de justicia de menores y, a su vez, reduciría al mínimo los perjuicios que normalmente ocasiona cualquier tipo de intervención.” [El resaltado me pertenece.]

¹⁸ Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta, 1995.

¹⁹ Aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/45/756)] en la sexagésima octava sesión plenaria, celebrada el 14 de diciembre de 1990.

²⁰ En especial en la Directriz 5, incs. b), e) y f), que establecen que la política y las medidas de prevención de la delincuencia juvenil deberán incluir la formulación de doctrinas y criterios especializados para la prevención de la delincuencia, basados en leyes, procesos, instituciones, instalaciones y una red de servicios, cuya finalidad sea reducir los motivos, la necesi-

trices, como para toda la criminología moderna, la desviación es una categoría socialmente construida, y solo se puede hablar de niños o adolescentes infractores de la ley penal cuando se habla de aquellos a quienes se ha encontrado responsables de la comisión de un ilícito penal, luego de un juicio en el que se respeten todas las garantías individuales reconocidas por las constituciones nacionales y los instrumentos internacionales.

Ex post es posible apreciar que la construcción de esta respuesta legal latinoamericana a los delitos cometidos por niños ha partido de algunas constataciones empíricas y de otras normativas. Veamos brevemente cuáles han sido.

Desde el punto de vista de la realidad, existen personas menores de 18 años de edad que cometen delitos. No son la regla, no son la mayoría, pero los casos existen y la sociedad no es indiferente a ellos. Algunas veces, esporádicas, excepcionales, ocurre también que personas menores de 18 años cometen delitos graves;²¹ la indiferencia, que puede estar presente en algún otro caso leve, desaparece por completo y generalmente ocupan su lugar los reclamos por mayores penas hacia los autores jóvenes, que se traducen, casi sin excepción, en solicitar su juzgamiento y castigo según las pautas del derecho penal de adultos. En el lenguaje de los medios masivos de comunicación social, este reclamo se expresa en la necesidad de "bajar la edad de imputabilidad" para combatir el delito juvenil.²² Este discurso es también asumido por funcionarios, por políticos y por "expertos", quienes por no conocer o, en algún caso, por no querer, ignoran o soslayan las complejidades que el tema presenta tanto en términos prácticos como en términos conceptuales.

En cuanto al nivel normativo que dispara y organiza el nuevo sistema de respuesta a la situación de personas menores de 18 años de edad que son imputadas o consideradas responsables de cometer delitos, se encuentra, fundamentalmente, el mandato obligatorio emanado de la Convención sobre los Derechos del Niño y, en general, lo que se conoce como modelo de la protección integral de derechos del niño.²³ Como se explicó al comienzo, la mayor parte de los países latinoamericanos se fijó como objetivo la ade-

dad y las oportunidades de comisión de las infracciones o las condiciones que las propicien; también reconocer el hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta; y la conciencia de que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de "extraviado", "delincuente" o "predelincente" a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable.

²¹ La ausencia de estadísticas rigurosas que corroboren la histeria social vinculada con la delincuencia juvenil ha sido reiteradamente puesta en evidencia. Es importante recordar en relación con las dimensiones reales e inventadas del problema, lo señalado por Emilio García Méndez en el sentido de que la "realidad" de la cuestión criminal en materia de infancia es construida por leyes que, como es sabido, consideran "criminales" o "delictivas" cuestiones que no lo son ni para el derecho general ni para el sentido común. Me refiero, por ejemplo, a la medición del fenómeno "delincuencia juvenil" mediante la medición de ingresos de niños a la justicia de menores, cuando se sabe que la principal causa de ingreso es asistencial –aun para víctimas de delitos– y no la comisión de delitos.

²² Es la posición que Emilio García Méndez ha llamado "retribucionismo hipócrita".

²³ Sobre las características del llamado modelo de la protección integral de derechos, véase Beloff, Mary, "Protección integral y situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar", Justicia y Derechos del Niño, Santiago de Chile, UNICEF, 1999, pp. 9 y ss.

cuación de su derecho a las prescripciones de la Convención. En este tema, la Convención y el modelo de la protección integral de derechos mandan, en principio, dos cuestiones que se tratan en los próximos dos apartados.

2. Nuevos sujetos de derecho, nuevos sujetos de responsabilidad

Las personas menores de 18 años de edad –los niños según el tratado que se comenta– son titulares de todos los derechos de los que son titulares todas las personas –la Convención incluye tanto los derechos civiles y políticos, cuanto los derechos económicos, sociales y culturales–. Como sujetos de derecho, los niños son también sujetos de ciertas obligaciones.

De aquí se ha construido, a veces con alguna confusión, la idea de que estos sistemas de respuesta estatal a los delitos cometidos por adolescentes son “sistemas de *responsabilidad*”²⁴ penal juvenil”. En mi opinión, la cuestión se reduce a señalar que, a partir de la Convención –y éste sí es un punto de inflexión, no como en otros temas como el respeto de todos los derechos aun en sistemas de protección–, la condición de sujeto de derecho de los niños determina algún nivel de responsabilidad específica. Si hay una palabra que resume a la Convención, esa es responsabilidad;²⁵ en primer lugar, de los adultos, representados por el Estado, por la comunidad y por la familia; y en segundo lugar, de los niños. Se trata de responsabilidades propias y claramente diferenciadas; no más de irresponsabilidades, como en el sistema tutelar anterior a la Convención: un sistema en el que nadie se hacía cargo de nada y que funcionaba, también en este aspecto, como una profecía que se autocumplía, ya que era incapacitante para todos los involucrados. Consideraba a ciertas familias pobres –aquellas que encuadraban en la categoría de riesgo o, más modernamente, de disfunción– como incapaces de proveer a las necesidades no solo materiales sino afectivas y educativas de sus hijos. Estas familias asumían esta caracterización y reclamaban al Estado, a través del juzgado de menores,²⁶ que éste se ocupara de los hijos

²⁴ No se debe considerar estos sistemas como enmarcados en la teoría de la responsabilidad, la que permite distinguir esta categoría de la de culpabilidad, tal como la desarrolla Maurach. Cf. Maurach, Reinhart, Tratado de derecho penal, t.II, Barcelona, Ariel, 1962, pp. 32 y ss.

²⁵ Llama la atención la resistencia de algunos países en su momento a ratificar la Convención y, posteriormente, a dictar Códigos del Niño y el Adolescente, con el argumento de que se trataría solo de reconocer derechos y que esto debilitaría a las familias y, fundamentalmente, a la autoridad de los padres sobre los hijos. De hecho, en el debate parlamentario estadounidense, éste fue el argumento que se utilizó, aunque el real fuera la prohibición de la pena de muerte para personas menores de 18 años de edad en el tratado, práctica permitida en muchos estados de los EE.UU. La mayoría se opuso a la ratificación argumentando que la firma del tratado debilitaría los valores de la familia americana.

²⁶ Todavía hoy en muchos países –recuerdo anécdotas de Honduras y de El Salvador– que han modificado las leyes a partir del modelo de la protección integral de derechos del niño, las madres de familia o las madres y los padres recurren al juez de menores para que “interne” a los hijos que les causan problemas. Frente a la negativa de intervenir en la familia por parte de los nuevos jueces penales juveniles, se ha llegado a atribuir al hijo que se quiere expulsar de la familia la comisión de un delito.

que ella había traído al mundo.²⁷ El sistema tutelar toleraba también la incapacidad del Estado para desarrollar políticas sociales adecuadas para garantizar los derechos de los niños y sus familias y justificaba de ese modo el “secuestro” de los problemas sociales que significaba la institucionalización de los niños pobres. Finalmente, en la misma lógica, consideraba a los adolescentes incapaces de toda responsabilidad penal, inimputables penalmente en este sentido –o no punibles, según algunas leyes tutelares, como la ley argentina–,²⁸ pero al mismo tiempo no renunciaba a reaccionar frente a los que consideraba “peligrosos” o “potenciales delincuentes” y ejercía sobre ellos, sin ninguna de las garantías que cualquier adulto tiene frente a una pretensión punitiva del Estado, coacción material directa por tiempo indeterminado a través de las llamadas medidas tratamentales o medidas tutelares.

En cambio, como se acaba de afirmar, el sistema creado a partir de la Convención es un sistema basado en la responsabilidad de todos los actores sociales: adultos y niños. Así, el Estado debe tener políticas eficaces para la garantía de los derechos y si no las tiene, es responsable por ello. La familia debe hacerse cargo de los niños que trae al mundo. Los adolescentes son responsables por los delitos que cometen, de manera específica.

El tema de la responsabilidad es un tema central en las discusiones sobre reforma legal y seguridad ciudadana; sin embargo, es una asignatura pendiente su comunicación clara en los medios. Es también un tema central en la redefinición del rol de todos los actores que participan del proceso penal juvenil. La responsabilidad es el punto de partida de un abordaje que considera al joven como sujeto de derecho. Es también el punto de encuentro de diferentes saberes²⁹ –jurídicos y no jurídicos– que deben trabajar coordinadamente para que la intervención del sistema penal juvenil contribuya a disminuir los niveles de violencia en la sociedad. Por último, pero no por ello menos importante, la responsabilidad penal constituye, en el plano legal, la garantía de una ciudadanía plena y de un sistema democrático que funciona sin exclusiones.

3. Sujetos diferentes, responsabilidades diferentes, sistemas diferentes

Consecuencia del mandato normativo al que se hiciera referencia al final del primer apartado es también el sistema de respuesta creado en América Latina para los delitos impu-

²⁷ Sobre la administración de la vida privada a través de decisiones públicas estatales, véase Farge, Arlette y Foucault, *Michel*, *Le désordre des familles. Lettres de cachet des Archives de la Bastille, Saint Amand (Cher)*, Gallimard, 1982, en particular el Capítulo 2.

²⁸ Me refiero al Régimen Penal de la Minoridad, ley 22.278 modificada en cuanto a la edad por la ley 22.803.

²⁹ Sobre el particular, véase Gomes da Costa, Antonio Carlos, *Pedagogia e justiça. A responsabilização penal do adolescente*, *Modus Faciendi*, Mimeo, 1999.

tados a personas menores de 18 años.³⁰ Es importante recordar aquí, a diferencia del proceso de reforma de las leyes tutelares ocurrido en los Estados Unidos a fines de la década del sesenta y comienzos de la del setenta, que en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos la condición de ser niño “no justifica un simulacro” –por utilizar la frase final del Juez Fortas, quien redactó el voto para la mayoría en el célebre caso Gault–³¹ como en el sistema tutelar, pero tampoco justifica el ser tratado como un adulto, que es lo que desde la reforma ha ocurrido en la justicia juvenil estadounidense.³²

Tres artículos de la Convención brindan las bases para la construcción de la nueva justicia juvenil. Se trata de los arts. 12, 37 y 40.

El art.12, en cuanto se refiere al derecho a expresar las propias opiniones y a que esas opiniones sean tenidas en cuenta a la hora de resolverse una situación que pueda afectar a un niño. Se trata del derecho a ser oído –luego retomado por el art. 40–, que no solo integra la garantía de defensa en juicio (o *due process*, en el sistema anglosajón) como defensa material, sino que, como Alessandro Baratta ha señalado en un artículo fundamental, hace a la esencia de la nueva condición de la infancia en nuestras sociedades, como sujeto activo de la democracia.³³

³⁰ Se ha interpretado, muchas veces con mala fe, que no existen mayores diferencias entre el sistema de responsabilidad penal juvenil y el sistema penal de adultos. Pero no es así. La discusión no acaba con solo incorporar las garantías del derecho penal de adultos y eliminar las instituciones tradicionales del llamado “derecho de menores”. Esto lo aprendió la comunidad internacional de la terrible lección que deja el caso estadounidense. La lucha por los derechos del niño y la crítica al sistema tutelar en los Estados Unidos se dio en el marco del movimiento por los derechos civiles en la década de 1960. En el proceso de ampliación de la ciudadanía a los estadounidenses excluidos, a través de sentencias de la Corte Suprema, los últimos en llegar a la condición de ciudadanos fueron los niños. Ahora bien, el precio que pagaron los niños en los Estados Unidos por ser reconocidos como sujetos de derecho fue, precisamente, ser tratados igual que los adultos. Así, por ejemplo, en algunos estados estadounidenses es posible condenar a pena de muerte a personas menores de 18 años. Éste es el motivo real por el que Estados Unidos no ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño, que expresamente prohíbe esa pena para las personas menores de 18 años. Evidentemente, no es ésta la idea de la Convención ni de los sistemas de responsabilidad penal juvenil creados sobre la base de ésta. No se pretende que los Estados nacionales reconozcan al niño como sujeto de derecho y entonces lo traten como adulto. Si se tratara de algo semejante, sería la peor pesadilla realizada, tanto de quienes a fines del siglo pasado pretendían poner a los niños fuera de la crueldad del sistema penal general, los “Salvadores del Niño” (véase Platt, Anthony, *The child savers. The invention of delinquency*, Chicago, University of Chicago Press, 1969. Hay traducción al español, *Los salvadores del niño o la invención de la delincuencia*, México, Siglo XXI, 1982), como de quienes en los años sesenta criticaron y lograron la reforma del sistema creado un siglo antes por violar los derechos de los niños. Como se sostuvo más arriba, la comunidad internacional aprendió esta lección y estos sistemas de responsabilidad penal juvenil tienen otros fundamentos y otras características. La pregunta es, entonces, qué significa ser sujeto de derecho en el marco de la Convención. Significa, como se explicó en la sección 2, ser titular de los mismos derechos de los que gozan todas las personas más derechos específicos que surgen de la condición de persona que está creciendo. Ni media persona ni persona incompleta ni incapaz: simplemente se trata de una persona que está creciendo. Las personas son personas completas en cada momento de su crecimiento.

³¹ In re Gault, 387 U.S. 1:87 S.Ct.1428.

³² De manera simplificada, es posible afirmar que el ingreso de personas menores de 18 años al sistema penal de adultos, en los Estados Unidos, ocurre por tres vías diferentes: por un lado, por la negociación con el fiscal (plea bargaining). En algunos estados se permite al fiscal que negocie con el joven si lleva los cargos al sistema juvenil, por ejemplo, con una imputación grave; o al sistema de adultos, previa admisión de cierto grado de responsabilidad en el hecho, con una imputación menor. Por otro lado, en algunos estados se permite al fiscal decidir, por la naturaleza del delito de que se trate, si lleva el caso a la justicia juvenil o a la justicia de adultos. Finalmente, en algunos estados, por mandato legal, algunos delitos, aun cometidos por personas menores de 18 años, pueden ser juzgados en cortes de adultos.

³³ Baratta, Alessandro, “Infancia y democracia”, en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps.), *Infancia, ley...*, ob. cit., pp. 31 y ss.

El art. 37,³⁴ articulado con la Regla 11b de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad,³⁵ en cuanto regula la privación de la libertad, en sentido material, y que se constituye en una norma fundamental para la aplicación directa de la Convención en los países donde sigue rigiendo el sistema tutelar.³⁶

Finalmente, el art.40,³⁷ en cuanto establece los límites que el Estado deberá imponerse cuando una persona menor de 18 años es imputada o encontrada responsable de haber cometido un delito.

³⁴ Artículo 37

Los Estados Partes velarán por que:

a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad.

b) Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.

c) Todo niño privado de libertad será tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de su libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales.

d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y a otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, imparcial e independiente, y a una pronta decisión sobre dicha acción."

³⁵ "11. A los efectos de las presentes Reglas, deben aplicarse las definiciones siguientes:[...]

b) Por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública."

³⁶ Sobre la aplicación directa de la Convención, véase Beloff, Mary, "La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno", en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, Buenos Aires, CELS/Editores del Puerto, 1997, pp. 623 y ss.

³⁷ Artículo 40

1. 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 tenga en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que este asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con ese fin, y habida cuenta de las disposiciones pertinentes de los instrumentos internacionales, los Estados Partes garantizarán, en particular:

a) 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;

b) que todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:

i) que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

ii) que será informado sin demora y directamente de los cargos que pesan contra él, y en casos apropiados, por intermedio de sus padres o su tutor, y dispondrá de asistencia adecuada en la preparación y presentación de su defensa;

iii) que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado [...];

iv) 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 e interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;

Sobre la base de las prescripciones de esos tres artículos –y del *corpus juris* constituido por todas las normas internacionales de protección de derechos humanos de aplicación en la materia– se diseñaron las nuevas leyes y se están implementando nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina.

Me interesa, antes de seguir adelante, hacer una precisión terminológica. Estos nuevos sistemas –legales e institucionales– de respuesta a los delitos cometidos por personas menores de 18 años, creados en América Latina a partir de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño en la década de 1990, pueden ser denominados sistemas de justicia juvenil, pero no con la extensión que de esa expresión se hace en el mundo anglosajón, y que fue tomada por las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (conocidas como Reglas de Beijing).³⁸

En la Regla 3, titulada “Ampliación del ámbito de aplicación de las Reglas”, se determina que la justicia de menores incluye no solo los procedimientos referidos a los menores infractores sino también los que se siguen a menores de edad por *realizar cualquier conducta que no es punible tratándose de adultos*, los que se siguen en los casos de niños víctimas de delitos y los relacionados con el bienestar del niño –protección– (el resaltado me pertenece). Como se advierte fácilmente, la confusión entre cuestiones relacionadas con la justicia penal y con la protección, así como el desconocimiento de garantías fundamentales como el principio de legalidad, son en América Latina características propias del modelo tutelar que se pretende superar con las nuevas legislaciones. De ahí que se deba aclarar en qué sentido se habla de justicia juvenil en la región; y ese sentido es el siguiente: justicia juvenil es el conjunto de normas e instituciones creadas para dar respuesta a la situación de una persona menor de 18 años de edad imputada o encontrada responsable de haber cometido un delito.

V) *si se considera que ha infringido las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de la misma será sometida a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;*

VI) *que el niño contará con la libre asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;*

VII) *que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento”. El resto del artículo se analiza más adelante.*

³⁸ De las normas internacionales de las que surge el modelo de la protección integral de derechos del niño, las primeras en ser aprobadas, el 29 de noviembre de 1985, por Resolución 40/33 de la Asamblea General, fueron las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia Juvenil, conocidas como Reglas de Beijing. Estas reglas fueron sancionadas en la mitad del proceso que demandó la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que la idea de elaborar un documento como ése comenzó a circular en 1979, declarado Año Internacional del Niño, y recién se concretó en 1989. De ahí que, en muchos aspectos, las Reglas de Beijing parezcan estar a mitad de camino entre el modelo tutelar o “de la situación irregular” y el modelo de la protección integral de derechos del niño. Esto se advierte, por ejemplo, en el énfasis que las Reglas ponen en que el objetivo de la justicia de menores sea “el bienestar del menor” o bien en la propia definición de la desviación juvenil que reflejan. Así, por ejemplo, en las Orientaciones fundamentales, la Regla 1.2 establece: “Los Estados Miembros se esforzarán por crear condiciones que garanticen al menor una vida significativa en la comunidad fomentando, durante el período de edad en que el menor es más propenso a un comportamiento desviado, un proceso de desarrollo personal y educación lo más exento del delito y delincuencia posible” [el resaltado me pertenece]. También, en la Regla 2.2.c: “menor delincuente es todo niño o joven al que se ha imputado la comisión de un delito o se le ha considerado culpable de la comisión de un delito” [el resaltado me pertenece].

Querría agregar dos argumentos adicionales relacionados con la posibilidad de denominar como “sistemas de justicia juvenil” –con los alcances establecidos más arriba– a las respuestas legal e institucional a las infracciones penales cometidas por jóvenes sobre las que se viene haciendo referencia. En primer término, cabe señalar que por primera vez en América Latina se diseña, de modo original, un dispositivo institucional cuyo objetivo es, *estrictamente*, tratar con los casos de personas menores de 18 años de edad imputadas o encontradas responsables de haber cometido un delito. En ese sentido, se trata de un sistema de justicia, como no se trataba de un sistema de justicia llamada, bajo el imperio de la ideología tutelar, “justicia de menores”. La “justicia de menores” –esto es, el conjunto de dispositivos legales e institucionales dedicados a una forma *sui generis* de ejecución de la beneficencia a través del órgano judicial– no constituía un sistema de justicia, ni desde el punto de vista institucional, porque no resolvía conflictos de naturaleza jurisdiccional, ni desde un punto de vista filosófico, porque operaba en contra de cualquiera de las nociones de justicia que el pensamiento occidental ha elaborado hasta el presente. De ahí la importancia de llamar a estos nuevos sistemas, sistemas de *justicia* juvenil.

El segundo argumento se relaciona con el problema de cómo denominar al destinatario de estos sistemas –esto es, la persona involucrada en un conflicto jurídico penal como autor o partícipe cuya edad se encuentra comprendida entre los 18 años de edad no cumplidos y los 12, 13 o 14 años según el país de que se trate–. ¿Son adolescentes? ¿Son jóvenes? En este tema también es necesario quitar a la discusión todo aspecto naturalista. Se trata de definiciones normativas –no médicas, ni psicológicas, ni antropológicas, ni sociales–. Las leyes no son parejas al abordar este tema. Algunas hablan de jóvenes, otras de adolescentes. La categoría “jóvenes” tiene el problema de extenderse más allá de los 18 años, límite impuesto por el orden jurídico internacional para distinguir entre un niño y un adulto. Tiene no obstante la ventaja de estar pensada desde lo que el sujeto tiene y no desde aquello de lo que carece. En contraste, la categoría “adolescente”, aunque más acotada cronológicamente, parece más vinculada al sistema tutelar, ya que se relaciona directamente con la carencia, con lo que la persona todavía no es. En este sentido, me inclino por la utilización de la categoría “juvenil”, aunque creo que esta discusión debe ser resuelta desde el punto de vista normativo, de modo de superar esta omisión de la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta denominación resulta fundamental, no solo a los fines de la responsabilidad penal, que aquí se analiza, sino, como Emilio García Méndez ha señalado en alguna oportunidad, desde la perspectiva de la participación política y en relación con el trabajo.

4. Características de los nuevos sistemas

En líneas generales, es posible afirmar que los sistemas creados en la región para dar respuesta a las infracciones de carácter penal cometidas por adolescentes, que aquí

se denominan sistemas de justicia juvenil o de responsabilidad penal juvenil, responden a las características que se describen a continuación.

1. *Comprenden exclusivamente aquellos supuestos en los que una persona que tiene menos de 18 años comete un delito, una falta o una contravención.*³⁹

El fundamento normativo es el principio de legalidad –*nullum crimen nulla poena sine lege*– presente en todas las Constituciones nacionales y, en particular, el art.40 inc. 2. a) de la Convención cuando prescribe:

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.

En rigor, como estos sistemas solo pueden justificarse sobre la base del garantismo penal,⁴⁰ las faltas y contravenciones no deberían ponerlos en marcha.⁴¹ Ello no obstante, las nuevas legislaciones⁴² incluyen delitos, faltas y contravenciones. Así, Brasil en el art. 103 del Estatuto del Niño y del Adolescente,⁴³ Costa Rica en el art. 1º de la Ley de Justicia Penal Juvenil,⁴⁴ El Salvador en el art. 2º de la Ley del Menor Infractor,⁴⁵ Guatemala en el art. 159 del Código de la Niñez y la Juventud,⁴⁶ Honduras en el art. 180 del Código de la Niñez y la Adolescencia,⁴⁷ Nicaragua en el art. 95 del Código de

³⁹ En el marco del derecho penal mínimo el único supuesto que autorizaría poner en funcionamiento esos sistemas de reacciones estatales coactivas con adolescentes sería la comisión de un delito. Esto también por aplicación del principio de legalidad recogido en todas las constituciones nacionales y en todos los tratados internacionales de protección de derechos humanos. Sin embargo, una crítica que puede formularse al modelo de la protección integral de derechos del niño en este punto, en particular a la Convención Internacional sobre Derechos del Niño y a las Directrices de Riad, es que sobre la base de ellas todavía podría admitirse una intervención estatal coactiva –hasta privación de libertad– en el ámbito de la protección. No obstante, el principio de legalidad es categórico y preciso. Por lo tanto, lo único que puede habilitar el ingreso de adolescentes a estos sistemas es la formal imputación de un delito.

⁴⁰ Interpreto por garantismo penal la teoría desarrollada por Luigi Ferrajoli de la que da cuenta la obra *Diritto e ragione*. Teoría del garantismo penal, *Gius. Laterza & Figli*, 1989, traducido por Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta, 1995.

⁴¹ Para una crítica de la inclusión de las faltas y las contravenciones en estos nuevos sistemas, véase Beloff, Mary, "Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina", en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps.), *Infancia...*, ob. cit., pp. 87 y ss. En resumen puede señalarse que un sistema penal de mínima intervención, basado en los principios del garantismo penal, no puede ponerse en funcionamiento cuando existen mínimas infracciones que en general se relacionan con conflictos de convivencia o vecinales y no con serias afectaciones a bienes jurídicos protegidos. Estos conflictos deben ser resueltos a nivel comunitario o en otro ámbito, fuera de la lógica del castigo y de la lógica penal. En ese sentido, acertó la Ciudad Autónoma de Buenos Aires al excluir a los niños como sujetos de imputación de contravenciones con excepción de las contravenciones de tránsito (cf. art. 2º del Código Contravencional).

⁴² Solo se mencionan las leyes aprobadas con posterioridad a la ratificación de la Convención Internacional, aun cuando todavía no hayan entrado en vigencia. No se mencionan Proyectos y Anteproyectos.

⁴³ Ley 8069 sancionada el 13 de julio de 1990.

⁴⁴ Ley 7576 aprobada en marzo de 1996.

⁴⁵ Decreto 863 sancionado el 27 de abril de 1994, publicado en el D. O. 106, tomo 323, del 8 de junio de 1994.

⁴⁶ Decreto 78/96 sancionado el 11 de septiembre de 1996. La entrada en vigencia de la ley ha sido diferida sine die. Sobre el problema de la entrada en vigencia de esta ley, véase García Méndez, Emilio, "Introducción", en García Méndez y Beloff, Mary (comps.), *Infancia...*, ob. cit., pp. 1-5.

⁴⁷ Decreto 73/96 aprobado el 31 de mayo de 1996 que entró en vigencia el 5 de septiembre del mismo año.

la Niñez y la Adolescencia,⁴⁸ Panamá en el art. 2º de la Ley del Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia,⁴⁹ Perú en el art. 207 del Código de los Niños y los Adolescentes⁵⁰ Venezuela en el art. 529 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente,⁵¹ y Ecuador en el art. 165 del Código de Menores, que se refiere en general a las infracciones penales.⁵² Las excepciones aparecen en las leyes recientemente aprobadas: Bolivia en los arts. 224 y 225 del Código del Niño, Niña y Adolescente⁵³ y Paraguay en el art. 192 del Código de la Niñez y la Adolescencia.⁵⁴

2. *Se prevén soluciones alternativas a la reacción estatal punitiva frente al conflicto jurídico-penal originario.*⁵⁵

El fundamento normativo se encuentra en el art. 40 inc. 3º b) de la Convención cuando prescribe:

Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, respetando plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

⁴⁸ Ley 287 sancionada el 24 de marzo de 1998 que entró en vigencia el 23 de noviembre del mismo año, 180 días después de su publicación en la gaceta oficial.

⁴⁹ Ley 40 denominada Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia, aprobada en 3er. debate, entró en vigencia el 13 de marzo de 1999. Actualmente no se aplica por falta de asignación de recursos por parte del Gobierno, a los que se encuentra supeditada la implementación efectiva de la ley.

⁵⁰ Decreto-ley 26.102 del 24 de diciembre de 1992.

⁵¹ Aprobada el 3 de septiembre de 1998 y publicada en la Gaceta Oficial de la República de Venezuela N° 5266 el 2 de octubre del mismo año. Entró en vigencia el 1 de abril de 2000.

⁵² Ley 170 del 4 de agosto de 1992, actualmente en proceso de revisión.

⁵³ Ley 2026 denominada Código del Niño, Niña y Adolescente, aprobada el 27 de octubre de 1999, entró en vigencia en junio de 2000.

⁵⁴ Ley 1680 del 5 de diciembre de 2000.

⁵⁵ Desde el punto de vista procesal, se debe discriminar lo que es una solución alternativa al conflicto jurídico penal y lo que son alternativas dentro del proceso penal. De la primera podría decirse que es la solución abolicionista. En estos casos el conflicto directamente es administrado, y eventualmente resuelto, en otro ámbito. Si esto no es posible, se puede recurrir a las opciones diferentes con las que cuenta el ámbito judicial penal juvenil. Estas formas pueden ser modos anticipados de terminación del proceso, tales como la aplicación del principio de oportunidad, la suspensión del juicio a prueba, el juicio abreviado o la conciliación durante el proceso.

Merece un párrafo aparte –aun en esta breve nota– el juicio abreviado. Este instituto es problemático en general, para adultos y para adolescentes, en su aplicación, porque riñe con la preservación cabal de las garantías. Pero sobre todo porque está siendo utilizado en todos los nuevos sistemas de justicia penal de América Latina al solo efecto de descomprimirlos. Así, las garantías desaparecen. Creo que no es posible utilizar el juicio abreviado para adolescentes, por la misma razón que lo torna conflictivo para los adultos, esto es, la vulneración de garantías, pero, además, por otra razón específica. Para los adolescentes, la dimensión pedagógica del rito penal es precisamente el reto que se propone el sistema de responsabilidad penal juvenil. El reto está en el proceso. La dimensión pedagógica es central. Sin el rito del proceso, sin instancia simbólica para administrar el conflicto, para que el adolescente pueda visualizar a quién le causó dolor y cuánto, pero para que también entienda cuáles son las reglas de la comunidad a la que pertenece, el sistema de justicia penal juvenil pierde sentido.

Otro punto conflictivo, que solo puedo dejar señalado con relación a todos estos nuevos institutos, es la adopción de medidas como consecuencia de la solución adoptada. Las nuevas leyes no prevén el control de legalidad de esos acuerdos, que pueden incluir la adopción de medidas en muchos casos restrictivas de derechos. Por eso es fundamental la presencia del abogado defensor aun en estas instancias.

Surge también de las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), en particular en la Directriz 5,⁵⁶ en la 6 –“6.[...] Solo en último extremo ha de recurrirse a organismos formales de control social”–, y en la 58:

Deberá capacitarse personal de ambos sexos encargado de hacer cumplir la ley y de otras funciones pertinentes para que pueda atender a las necesidades especiales de los jóvenes; ese personal deberá estar al corriente de los programas y posibilidades de remisión a otros servicios, y recurrir a ellos en la medida de lo posible con el fin de sustraer a los jóvenes al sistema de justicia penal [el resaltado me pertenece].

Las nuevas leyes adscriben a esta solución político-criminal, fundamentalmente por medio de tres instituciones: el principio de oportunidad reglado, la conciliación y la remisión –que en realidad es una forma de ejercicio de oportunidad– muchas veces de modo confuso. Así, Bolivia en los arts. 256 a 259 sobre remisión del Código del Niño, Niña y Adolescente; Brasil en el art. 126 sobre remisión del Estatuto del Niño y del Adolescente; Costa Rica en los arts. 56 sobre criterio de oportunidad reglado y 61 y ss. sobre conciliación de la Ley de Justicia Penal Juvenil; El Salvador en los arts. 37 sobre remisión y 59 y ss. sobre conciliación de la Ley del Menor Infractor; Guatemala en los arts. 212 y ss. sobre conciliación, 220 sobre remisión y 221 sobre oportunidad reglada del Código de la Niñez y la Juventud; Honduras en los arts. 219 y ss. sobre conciliación, oportunidad y remisión del Código de la Niñez y la Adolescencia; Nicaragua en los arts. 125 y concordantes sobre criterio de oportunidad y 145 y ss. sobre conciliación del Código de la Niñez y la Adolescencia; Panamá en los arts. 67 y ss. sobre remisión, 67, 70 y 71 sobre criterio de oportunidad y 72 a 79 sobre conciliación del Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia; Perú en el art. 223 sobre remisión del Código de los Niños y los Adolescentes; Venezuela en los arts. 564 a 568 sobre conciliación y 569 sobre remisión de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente; Ecuador en el art. 177 del Código de Menores, y Paraguay en los arts. 234 y 241 y ss. del Código de la Niñez y la Adolescencia.

3. *La atribución de responsabilidad se expresa en la exclusión de este sistema de los niños (según las nuevas leyes latinoamericanas, las personas menores de 12, 13 o 14 años).*

El art. 40 manda, en el inc. 3º a):

⁵⁶ La Directriz 5 ordena que deberá reconocerse la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás. También, “e) El reconocimiento del hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajustan a los valores y normas generales de la sociedad son con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tienden a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta.[...] f) La conciencia de que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de ‘extraviado’, ‘delincuente’ o ‘predelincuente’ a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable”.

El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales. [El resaltado me pertenece.]

Unos años antes las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores habían prescrito:

En todos los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad de - demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual (Regla 4.1).

Un problema a señalar respecto de la aplicación –y en algunos casos de la redacción– de las nuevas leyes es que no se respeta el piso dispuesto por los instrumentos internacionales, por debajo del cual los Estados están obligados a renunciar a toda intervención estatal coactiva. El problema se hace más grave cuanto más alto se coloca el piso de edad. Este problema ha sido caracterizado en otra oportunidad como “derivación automática” al sistema de protección.⁵⁷ Si el Estado renuncia a toda intervención coactiva, excepto en los casos en que se ha cometido un delito, lo único que podría habilitarlo a intervenir –y no coactivamente– es en un supuesto de amenaza o violación de derechos del niño, adolescente o joven de que se trate. Presumir que detrás de la imputación de un delito dirigida a un niño hay siempre un derecho amenazado responde a la lógica tutelar. Por ello, como mínimo, habría que invertir la regla. En lugar de funcionar con derivación automática, se debería verificar la supuesta situación de amenaza y, recién entonces, efectuarse la derivación, y no reaccionar como consecuencia de la demanda social que genera el hecho excepcional de que un niño pequeño cometa un delito.

En relación con el conflictivo tema de la edad –que define, en los nuevos sistemas, quién puede ser objeto de intervenciones estatales coactivas como consecuencia de una imputación penal en su contra (cautelares) o bien de que se lo haya declarado responsable de haber cometido un delito (sanciones o penas)– es útil recordar un comentario relativamente reciente formulado por Claus Roxin en relación con la ley alemana. Afirma Roxin:

En la mayoría de los casos, tampoco una disposición como el § 19 StGB –parágrafo diecinueve del Código Penal Alemán–: “No es punible quien al momento de la comisión del hecho no tiene aún catorce años”, se puede explicar desde el punto de vista de la falta de capacidad de reaccionar ante la norma o según otras concepciones de la culpabilidad. Un menor de 13 años que le rompe el vidrio de la ventana a un vecino sabe generalmente que esto no está permitido y, si no sufre de graves alteraciones de conducta, se puede conducir según ese conocimiento. Su padre lo reprenderá con razón y reirá cuando su atrevido hijo se remita a su falta de culpabilidad según el § 19 StGB [...].

⁵⁷ Beloff, Mary, Los sistemas..., ob. cit.

Incluso, sería absurdo suponer que en una persona al cumplir 14 –catorce– años ingresa, de repente, una capacidad de culpabilidad, de la que antes carecía completamente. El texto de la ley debe ser entonces interpretado de otro modo que literalmente.

En los casos mencionados [...] no se trata de una causa de exclusión de la culpabilidad, sino de una causa de atenuación de ella. Está claro que la capacidad para dirigirse y a menudo también para la orientación mental está generalmente disminuida cuando [...] todavía se encuentra en edad infantil. De lo contrario [...] muchos países violarían el principio de culpabilidad cuando imponen el límite de la punibilidad en los 12 –doce– años.

Y, finalmente, también en el caso de los menores está claro que una sanción criminal no solo es innecesaria preventivamente, sino, incluso, extremadamente contraindicada. Un encierro –la multa queda descartada– no produciría nada positivo, sino que traería consigo graves daños para los menores. Tampoco existe una razón de prevención general para ello, pues hoy hay un consenso social de que se puede educar a niños con otros medios. Además, las faltas de conducta de los menores no incentivan a los adultos a su imitación.⁵⁸

Estos párrafos –si bien referidos a la ley alemana– podrían bien explicar la opción de política criminal de los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos de excluir a los niños del sistema. Sin embargo, tal como se advierte en el último párrafo, Roxin resuelve el problema argumentando del mismo modo que los teóricos del “derecho de menores”: esto es, poniendo al margen del derecho penal el análisis de las conductas delictivas cometidas por personas menores de edad –en este caso los niños– por su incapacidad relativa y por razones preventivas, especiales y generales. En cuanto a la prevención especial, reduce el análisis al equiparar castigo o pena a cárcel o multa y derivar de allí la innecesariedad de una “sanción criminal”. Roxin asume sin problematizarlo –y sin mínimamente poner atención en ciertos indicadores de opinión pública sobre delincuencia juvenil– que existe consenso social sobre la posibilidad de educar a los niños por otros medios. Tampoco analiza en qué consistiría esa “educación por otros medios” a la que se alude, si implicaría restricciones de derechos, coacción, etc., y no advierte que esa reacción educativa –por ponerle un nombre– continuaría justificándose por razones de prevención especial positiva, como toda reacción estatal en el sistema tutelar. Además, descarta el argumento de prevención general en relación con los adultos, pero no advierte el problema en relación con los “menores” –interpreto que se sigue refiriendo a los menores de 14 años–. La pregunta que debería formularse entonces, partiendo de que las faltas de conducta de los menores no incentivan a los adultos a su imitación, sería si es posible concluir que estas mismas faltas no incentivan a otros menores a su imitación. ¿Se admitiría entonces un argumento de prevención general respecto de este particular grupo de edad? Roxin no analiza estos problemas. Son problemas menores.

⁵⁸ Cf. Roxin, Claus, Culpabilidad..., ob. cit., p. 491.

Günter Jakobs aborda el mismo problema del siguiente modo:

En el § 19 StGB la ley presume que los niños (personas menores de catorce años) son inimputables. Fundamento de la presunción es la experiencia de que los niños no se pueden definir como iguales, careciendo por ello de competencia para cuestionar la validez de la norma. La presunción no tiene efectos en las instituciones dogmáticas que atienden a la imputabilidad real. Ejemplo: el que influir sobre un niño para cometer una infracción penal constituya participación en el hecho o bien autoría mediata se rige por la madurez del niño, pero no esquemáticamente por su edad [...].

En relación con los adolescentes (personas de edad comprendida entre los catorce y los dieciocho años; § 1.2 JGG), con arreglo al § 3 JGG, ha de verificarse la imputabilidad caso por caso. La capacidad puede ser relativa al hecho cometido. Así, p. ej., la capacidad para evitar un delito de fuga del lugar del accidente, tras un accidente de bicicleta, puede faltarle a un adolescente, mientras que p. ej. ya ha internalizado suficientemente la prohibición de matar.⁵⁹ [El resaltado me pertenece.]

Si bien en principio parecería que la explicación de la ley alemana de este último autor es más útil para dar cuenta de los nuevos sistemas de justicia juvenil locales, que distinguen entre niños y adolescentes o jóvenes, lo cierto es que requiere saber qué se entiende, en relación con los niños, por “carecer de competencia para cuestionar la validez de la norma”. Si ello se relaciona con la incompetencia como incapacidad general de los niños, como de quienes padecen problemas de salud mental, la explicación tampoco es útil. Los nuevos sistemas presuponen la calidad de sujetos plenos de todas las personas menores de 18 años con independencia de que, en un segundo nivel de análisis, se adopte la decisión político-criminal de renunciar a cualquier tipo de intervención estatal coactiva como consecuencia de que estas personas –los niños– cometan delitos en razón de que se encuentran en una etapa temprana de la vida.

Esta exclusión de los niños puede también justificarse desde un punto de vista que tenga en consideración la cantidad de delitos cometidos por ellos. Habida cuenta de que la incidencia estadística de delitos graves cometidos por niños es prácticamente nula, una ley que, además, de acuerdo con las normas internacionales, prohíba toda posibilidad de reacción estatal coactiva cuando un niño comete un delito, no parece desacertada desde el punto de vista político-criminal.

Así, Bolivia en los arts. 225 y 226 del Código del Niño, Niña y Adolescente;⁶⁰ Brasil en el art.105 del Estatuto del Niño y del Adolescente;⁶¹ Costa Rica en los arts. 1 y 6 de la

⁵⁹ Cf. Jakobs, Gunter, Derecho penal parte general. Fundamentos y teoría de la imputación, Madrid, Marcial Pons, 1997, pp. 629-630.

⁶⁰ Se fija la edad de 12 años por debajo de la cual en caso de imputación de delito, previa investigación, deben aplicarse medidas de protección, pero se excluye la medida privativa de libertad.

⁶¹ Se excluye a los niños, esto es, los menores de 12 años (art.2º), a quienes corresponderán medidas de protección previstas en el art.101.

Ley de Justicia Penal Juvenil;⁶² El Salvador en el art.2º de la Ley del Menor Infractor;⁶³ Guatemala en los arts. 160 y 165 del Código de la Niñez y la Juventud;⁶⁴ Honduras en el art. 180 del Código de la Niñez y la Adolescencia;⁶⁵ Nicaragua en el art.95 del Código de la Niñez y la Adolescencia;⁶⁶ Panamá en los arts. 7º y 8º del Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia;⁶⁷ Perú en el art.208 del Código de los Niños y los Adolescentes;⁶⁸ Venezuela en los arts. 531 y 532 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente;⁶⁹ Ecuador en el art.165 del Código de Menores,⁷⁰ y Paraguay en los arts. 192, 194 y concordantes del Código de la Niñez y la Adolescencia en función del art.1º de la ley 1702.

4. *Se trata de un sistema que coloca a quienes tienen menos de 18 años fuera del sistema de justicia penal de adultos.*

Es en ese sentido, exclusivamente, que se habla de inimputabilidad en estos sistemas: como barrera político/criminal. En estos sistemas las personas menores de 18 años de edad son *inimputables* en el sentido de que se encuentra prohibida toda posibilidad de someterlos a la justicia penal general o a las consecuencias que la ley penal general prevé para los adultos.⁷¹

Por otro lado, son *imputables* como sujetos de derecho, tal como lo prevé la Convención⁷² y como se explicó en la sección 2. Esto significa que son titulares de todos los

⁶² Se excluyen los actos cometidos por menores de 12 años, con la posibilidad de que el caso sea referido al organismo nacional de protección a la infancia. Se prevé la intervención del juez de ejecución penal juvenil en caso de que esta institución adopte una medida de restricción de la libertad ambulatoria (art.6º).

⁶³ Se excluye a los menores de 12 años, aunque con una fórmula poco feliz ya que se habla de aquellos que "presenten una conducta antisocial". Se debe dar aviso al Instituto Salvadoreño de Protección al Menor para su "protección integral".

⁶⁴ Se excluye a los menores de 12 años (art.160), quienes "serán objeto de atenciones médicas, psicológicas y pedagógicas que fueren necesarias bajo el cuidado y custodia de los padres o encargados y deberán ser atendidos por los juzgados de la niñez y la juventud".

⁶⁵ Se excluye a los menores de 12 años con la inapropiada fórmula: "Los niños menores de doce años no delinquen. En caso de que cometan una infracción de carácter penal solo se les brindará la protección especial que su caso requiere y se procurará su formación integral". Esto tiene el problema adicional de que según el art. 1º del mismo Código se es niño hasta los 12 años pero niña hasta los 14.

⁶⁶ Es la única ley que fija el piso en 13 años. Los menores de esa edad imputados de delitos o faltas serán remitidos al órgano administrativo para su protección con la prohibición de aplicarles por ningún motivo cualquier medida que implique privación de libertad.

⁶⁷ Se excluyen los menores de 14 años, quienes en caso de ser imputados de cometer infracciones penales serán sometidos al juez de niñez y adolescencia, quien aplicará "medidas reeducativas cónsonas con la responsabilidad social de las personas menores de 14 años de que se trate". No se comprenden bien los alcances de esta definición.

⁶⁸ Se excluye a los menores de 12 años, quienes serán pasibles de las medidas de protección previstas en ese Código.

⁶⁹ Se excluye a los menores de 12 años, a quienes en caso de encontrarse incurso en hechos punibles solo se les aplicarán medidas de protección.

⁷⁰ Solo se refiere a la prohibición de privar de libertad a un menor de 12 años. Esta ley, actualmente en proceso de revisión, fue una de las primeras de la región dictada con posterioridad a la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño y difícilmente pueda considerársela una adecuación sustancial al tratado. Ni siquiera crea un sistema de responsabilidad penal juvenil como de los que aquí se da cuenta, sino de modo muy general.

⁷¹ Esta prohibición tiene en algunos países rango constitucional.

⁷² Se debe agradecer a Miguel Cillero el haber sumado la perspectiva más general de Hans Kelsen al análisis de este tema. Cf. Cillero, Miguel, "Adolescentes y sistema penal. Propositiones desde la Convención sobre los Derechos del Niño", Justicia y Derechos del Niño, núm. 2, Buenos Aires, UNICEF, 2000, pp. 101 y ss.

derechos y garantías de los que disfruta toda persona –sin importar su edad– frente a una persecución penal. Significa también que, como regla, los destinatarios de este sistema son considerados sujetos responsables. Como ha sido señalado, el Estado de Derecho no puede entrar en la polémica libre albedrío/determinismo. Cuando lo hizo, perdió su carácter de Estado de Derecho. Por esa razón, en principio, el Estado de Derecho debe asumir que todas las personas, por ser tales, están dotadas de la capacidad para comprender y querer y, frente a ellas, imponerse límites precisos expresados por los derechos y garantías fundamentales.⁷³

Finalmente, los sujetos de este sistema *pueden o no ser inimputables* en función de la existencia de alguna causal que excluya su capacidad para comprender la criminalidad del acto ilícito cometido o bien que impida que se motiven conforme esa comprensión. En caso de que se verifique la presencia de alguna de estas causales, la persona en cuestión será considerada *inimputable* y, por lo tanto, *incapaz* de ser objeto de un reproche jurídico-penal. Éste es uno de los supuestos de ausencia de culpabilidad y, por lo tanto, de irresponsabilidad; no los anteriores.

Solo Bolivia desconoce este principio, ya que si bien el Código del Niño, Niña y Adolescente considera adolescente a todo ser humano hasta los 18 años, en el art. 225 contradictoriamente establece que la responsabilidad del adolescente se aplicará a las personas comprendidas entre los 12 años y los 16 años. Todos los otros países respetan el límite de 18 años para que una persona ingrese al derecho penal general. Así, Brasil en el art. 2º del Estatuto del Niño y del Adolescente, Costa Rica en el art. 1º de la Ley de Justicia Penal Juvenil, El Salvador en el art. 2º –aunque con una regulación un tanto confusa–⁷⁴ de la Ley del Menor Infractor, Guatemala en el art. 160 del Código de la Niñez y la Juventud, Honduras en el art. 180 en función del art. 1 del Código de la Niñez y la Adolescencia, Nicaragua en el art. 95 del Código de la Niñez y la Adolescencia, Panamá en el art. 7º del Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia, Perú en el art. 207 en función del art. 1º del Código de los Niños y los Adolescentes, Venezuela en el art. 531 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, Ecuador en el art. 165 del Código de Menores, y Paraguay en los arts. 192 y concordantes del Código de la Niñez y la Adolescencia en función del art. 1º de la ley 1702.

5. *Los jóvenes, en tanto sujetos de derechos y de responsabilidades en el sentido descrito más arriba, gozan de todas las garantías procesales y sustantivas de las que go-*

⁷³ Véanse en este sentido, entre muchos otros, Bustos Ramírez, Juan, Manual de derecho penal. Parte General, 3ª ed., Barcelona, Ariel, 1989, pp. 49-50, 67 y, en particular, 310-328; Muñoz Conde, Francisco, Derecho penal y control social, Jerez, Fundación Universitaria de Jerez, 1985, en particular pp. 51 y ss.; Ferrajoli, Luigi, Derecho..., ob. cit.; Ferrajoli, Luigi y otros, Los fundamentos de los derechos fundamentales, Madrid, Trotta, 2001, pp. 22 y ss.

⁷⁴ Se establece que la ley se aplicará a las personas mayores de 12 años y menores de 18. También que a quienes tengan entre 16 y 18 años y se les atribuyere responsabilidad penal se les aplicarán las medidas establecidas por esta ley. Finalmente, que la "conducta antisocial" de los menores cuyas edades se encuentren comprendidas entre los 12 y 16 años que constituya delito o falta se establecerá mediante el procedimiento previsto por esta ley y en caso de que se comprueben los hechos, el juez puede aplicarle medidas de protección de la Ley del Instituto Salvadoreño de Protección al Menor o medidas contempladas en la Ley del Menor Infractor siempre que sean en su beneficio (art.2º).

za un adulto en un Estado de Derecho frente al aparato coactivo del Estado,⁷⁵ más de -
rechos particulares.

La existencia de este sistema especial de responsabilidad penal da cuenta de esa si-
tuación particular (inimputabilidad en el primer sentido explicado).

Así, las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil
establecen: "52. Los gobiernos deberán promulgar y aplicar leyes y procedimientos es-
peciales para fomentar y proteger los derechos y el bienestar de todos los jóvenes".

En las Reglas de Beijing, los derechos de quienes están sometidos a la "justicia de me-
nores" aparecen en la siguiente Regla:

7. Derechos de los menores

*7.1. En todas las etapas del proceso se respetarán garantías procesales básicas ta-
les como la presunción de inocencia, el derecho a ser notificado de las acusacio-
nes, el derecho a no responder, el derecho al asesoramiento, el derecho a la pre-
sencia de padres o tutores, el derecho a la confrontación con los testigos y a
interrogar a éstos y el derecho de apelación ante una autoridad superior.*

Todos los países desarrollan, con mayor o menor detalle, derechos y garantías funda-
mentales contenidos en la Convención y en otros tratados de aplicación en el tema.

*6. La atribución de responsabilidad en función de la particular condición de sujeto que
está creciendo se expresa en consecuencias jurídicas diferentes, llamadas en las dife-
rentes legislaciones medidas, medidas socioeducativas o, más recientemente y sin eu-
femismos, sanciones o sanciones penales juveniles.*

Este mandato aparece ya en las Reglas de Beijing:

18. Pluralidad de medidas resolutorias

*18.1. Para mayor flexibilidad y para evitar en la medida de lo posible el confinamien-
to en establecimientos penitenciarios, la autoridad competente podrá adoptar una
amplia diversidad de decisiones. Entre tales decisiones, algunas de las cuales pue-
den aplicarse simultáneamente, figuran las siguientes:*

a) órdenes en materia de atención, orientación y supervisión;

b) libertad vigilada;

c) órdenes de prestación de servicios a la comunidad;

d) sanciones económicas, indemnizaciones y devoluciones;

⁷⁵ Desde el punto de vista procesal, se establece un sistema acusatorio (oral y contradictorio) que sea flexible y permita ins-
tancias conciliatorias no solo al inicio sino todo a lo largo del proceso: esto es, flexible para intentar una real solución al con-
flicto de naturaleza jurídico penal que dio origen al proceso, pero no para desconocer garantías, como en el sistema anterior.

- e) órdenes de tratamiento intermedio y otras formas de tratamiento;
- f) órdenes de participar en sesiones de asesoramiento colectivo y en actividades análogas;
- g) órdenes relativas a hogares de guarda, comunidades de vida u otros establecimientos educativos;
- h) otras órdenes pertinentes.

18.2. Ningún menor podrá ser sustraído, total o parcialmente, a la supervisión de sus padres, a no ser que las circunstancias de su caso lo hagan necesario.

En el art.40.4 de la Convención se 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.

Por lo tanto, en estos sistemas de justicia juvenil, se establecen como consecuencias jurídicas de la comisión de un delito por parte de un joven o adolescente sanciones diferentes, que se extienden desde la advertencia y la amonestación⁷⁶ hasta los regímenes de semilibertad o privación de libertad en institución especializada.⁷⁷

En caso de que sea necesario recurrir a una reacción estatal coactiva, la centralidad la ocupan estas sanciones y lo alternativo es la privación de la libertad. Por eso en el sistema de la protección integral no es correcto hablar, como en el sistema penal de adultos, de alternativas a la pena privativa de la libertad, ya que lo alternativo y excepcional, conviene insistir, en este sistema especializado, es la privación de la libertad. Ésta, a su vez, por lo menos debe organizarse en tres variantes diferentes: privación de libertad de fin de semana, domiciliaria y en institución especializada.

⁷⁶ Se podría discutir la inclusión de este tipo de sanciones en un sistema como éste, en el que se intenta resolver el conflicto por otras vías y en el que solo se recurre a la sanción en casos de cierta relevancia en los que fracasó todo intento conciliatorio, que merecen un reproche proporcional al hecho cometido. Se puede suponer que, si se frustraron otras soluciones anticipadas, es porque el hecho reviste cierta gravedad, por lo que en ningún caso la sanción podría ser una advertencia o una amonestación. Debo a José Cafferatta Nores el haberme señalado este problema.

⁷⁷ Las sanciones en un sistema de responsabilidad penal juvenil son diversificadas. Por eso se afirma que es incorrecto hablar de alternativas a la pena privativa de libertad en los sistemas de justicia juvenil latinoamericanos. Hablar en estos términos sería comprensible en el sistema penal de adultos porque en él la reacción central es la cárcel. En cambio, en los sistemas de justicia juvenil de los que se viene hablando, la centralidad la tienen todas las otras sanciones. Al hablar de alternativas a la prisión, se sigue considerando que la privación de libertad es el eje del sistema, la pena por excelencia. Esto es lo que en realidad todavía constituye la práctica en América Latina y para que la realidad cambie, es importante comenzar por cambiar el lenguaje. El cambio del lenguaje –como el cambio de la ley– no opera milagros pero tiene impacto sobre la realidad. Véase si no la diferencia entre “menor” y niño o niña y adolescente.

Así, Bolivia desarrolla el sistema de sanciones como medidas socioeducativas en los arts. 240 a 255 del Código del Niño, Niña y Adolescente; Brasil en los arts. 112 a 124 del Estatuto del Niño y el Adolescente, como medidas socioeducativas; Costa Rica en los arts. 121 a 142 de la Ley de Justicia Penal Juvenil como sanciones; El Salvador en los arts. 8 a 19 de la Ley del Menor Infractor, como medidas; Guatemala en los arts. 265 a 276 del Código de la Niñez y la Juventud, como medidas socioeducativas; Honduras en los arts. 188 a 203 del Código de la Niñez y la Adolescencia, como medidas socioeducativas; Nicaragua en los arts. 193 a 216 del Código de la Niñez y la Adolescencia, como medidas; Panamá en los arts. 124 a 155 del Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia, como sanciones; Perú en los arts. 244 a 255 del Código de los Niños y los Adolescentes, como medidas socioeducativas; Venezuela en los arts. 620 a 647 de la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, como sanciones o medidas –se emplean ambos términos–; Ecuador en el art. 184 del Código de Menores, como medidas de reintegración, y Paraguay en los arts. 206 a 220 del Código de la Niñez y la Adolescencia, como medidas socioeducativas y correccionales.

Las consecuencias jurídicas deben ser dictadas por el juez teniendo en consideración el hecho cometido y, como correctivo al reproche por el acto, teniendo en consideración los informes realizados⁷⁸ por los miembros de los equipos multidisciplinarios que deberán integrar los juzgados penales juveniles.⁷⁹ Ellos deben ser diferentes de los profesionales encargados de la ejecución de la sanción penal juvenil. En los nuevos sistemas

⁷⁸ 5. *Objetivos de la justicia de menores.*

5.1. *El sistema de justicia de menores hará hincapié en el bienestar de éstos y garantizará que cualquier respuesta a los menores delincuentes será en todo momento proporcionada a las circunstancias del delincuente y del delito* [el resaltado me pertenece]. Nótese que la Regla parece enfatizar las condiciones personales más que el delito, pero luego, en el Comentario, se advierte este problema y se brinda una pauta importante de interpretación. Allí se afirma: “El segundo objetivo es el principio de la proporcionalidad”. Este principio es conocido como un instrumento para restringir las sanciones punitivas, y se expresa principalmente mediante la fórmula de que el autor ha de llevarse su merecido según la gravedad del delito. La respuesta a los jóvenes delincuentes no solo deberá basarse en el examen de la gravedad del delito, sino también en circunstancias personales. Las circunstancias individuales del delincuente (por ejemplo, su condición social, su situación familiar, el daño causado por el delito u otros factores en que intervengan circunstancias personales) han de influir en la proporcionalidad de la reacción (por ejemplo, teniendo en consideración los esfuerzos del delincuente para indemnizar a la víctima o su buena disposición para realizar una vida sana y útil).

Por el mismo motivo, las respuestas destinadas a asegurar el bienestar del joven delincuente pueden sobrepasar lo necesario y, por consiguiente, infringir los derechos fundamentales del joven, como ha ocurrido en algunos sistemas de justicia de menores. En este aspecto también corresponde salvaguardar la proporcionalidad de la respuesta en relación con las circunstancias del delincuente y del delito, incluida la víctima”. [El resaltado me pertenece.]

Es evidente que el “pueden” del Comentario es descriptivo y no prescriptivo, caso contrario no se comprendería todo el resto de la explicación.

⁷⁹ 17. *Principios rectores de la sentencia y la resolución*

17.1. *La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios:*

a) *La respuesta que se dé al delito será siempre proporcionada, no solo a las circunstancias y la gravedad del delito, sino también a las circunstancias y necesidades del menor, así como a las necesidades de la sociedad”.*

⁷⁹ Reglas de Beijing: “16. Informe sobre investigaciones sociales

16.1 *Para facilitar la adopción de una decisión justa por parte de la autoridad competente, y a menos que se trate de delitos leves, antes de que esa autoridad dicte una resolución definitiva se efectuará una investigación completa sobre el medio social y las condiciones en que se desarrolla la vida del menor y sobre las circunstancias en que se hubiere cometido el delito”.*

de justicia juvenil, creados, como se estableció precedentemente, en el marco del modelo de la protección integral de derechos, la ejecución de la sanción debe quedar a cargo del órgano ejecutivo junto con organizaciones de la comunidad a la que pertenezca el adolescente condenado –la permanencia del adolescente en su núcleo familiar⁸⁰ y en su comunidad,⁸¹ las que deben intervenir activamente en el proceso de ejecución de la sanción penal juvenil, es otra característica fundamental–.

En algunos casos las nuevas leyes siguen confundiendo ambos roles y se exige a los miembros de los equipos multidisciplinarios que elaboren informes durante el proceso y que sean quienes supervisen la ejecución de la sanción que adopta el juez, de donde se genera la consecuencia negativa de que el adolescente interpreta que es el psicólogo o el trabajador social quien lo está “castigando”.⁸²

En cuanto a las Directrices de Riad, éstas contienen un completo programa para la prevención de la delincuencia juvenil. Si bien están mayormente orientadas a la prevención y no a cómo reaccionar cuando el adolescente ya ha cometido un delito, toda política de reacción –una vez fracasada la prevención– necesariamente contiene un aspecto preventivo, ya que el objetivo de reaccionar será, con el límite máximo de la intervención impuesto por la gravedad del delito cometido, lograr que el adolescente en el futuro no vuelva a cometer delitos. De ahí que también en estas Directrices sea posible encontrar algunas pautas en relación con las sanciones con un notorio cambio de perspectiva, ya señalado, en relación con las Reglas de Beijing.

Para cerrar con este apartado cabe preguntarse si las consecuencias jurídicas de la comisión de un delito en estos sistemas son medidas, medidas socioeducativas, penas o sanciones. Los instrumentos internacionales, como ha quedado demostrado, no son precisos en este punto. En la mayor parte de las nuevas leyes –en particular en las dictadas a comienzos de la década de 1990, que siguieron el modelo del Brasil– no se habla de sanciones penales juveniles sino de medidas o medidas socioeducativas, para distinguirlas de las medidas de protección. De ese modo, se visualiza la medida como algo beneficioso para el adolescente y se pierde la dimensión de reproche que toda sanción necesariamente debe traer aparejada. Es evidente que los problemas que es-

⁸⁰ La importancia de la familia y de la comunidad aparece en varias Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil. Tanto a la una como a la otra le está dedicado un capítulo. Así, la participación de la comunidad está prevista en las Directrices 6, 9 f), g) y h), 10, 29 así como en todo el título c) del capítulo iv: procesos de socialización, que comprende las Directrices 32 a 39. Es muy importante la Directriz 33 cuando establece que a fin de hacer frente a los problemas especiales de los menores expuestos a riesgo social la ayuda debe prestarse respetando los derechos individuales [el resaltado me pertenece]. A la familia por su parte le está dedicado el título A del mismo capítulo iv, que comprende las Directrices 11 a 19.

⁸¹ 25. Movilización de voluntarios y otros servicios de carácter comunitario.

25.1. Se recurrirá a los voluntarios, a las organizaciones de voluntarios, a las instituciones locales y a otros recursos de la comunidad para que contribuyan eficazmente a la rehabilitación del menor en un ambiente comunitario y, en la forma en que ésta sea posible, en el seno de la unidad familiar. En el mismo sentido las Orientaciones fundamentales.

⁸² Sobre el rol de los equipos multidisciplinarios en la nueva justicia juvenil, véase Beloff, Mary, El rol de los equipos multidisciplinarios en la nueva justicia juvenil salvadoreña, Mimeo, Buenos Aires, inédito, 2000.

ta confusión genera a la hora de la ejecución de la medida/sanción, o bien a la hora de hablar de estos sistemas en los medios de comunicación social, son graves.

Como se ha intentado demostrar, el fundamento de la sanción penal juvenil continúa siendo, tanto en los instrumentos internacionales como en las nuevas leyes latinoamericanas, la prevención especial positiva, que en términos criminológicos tiene que ver con la reintegración social del condenado.⁸³ Éste es un punto en común entre el modelo tutelar y el modelo de la protección integral de derechos. Podría decirse que es el único. Por esta razón se debe poner mucho cuidado en distinguir las consecuencias jurídicas de la comisión de un delito por parte de un adolescente –sanciones– y las medidas de protección porque aun en leyes nuevas, que distinguen entre el sistema de protección y el sistema penal juvenil, se admite cierta superposición entre ambas. Tal el caso, por ejemplo, en el que una sanción penal juvenil o medida socioeducativa tiene como único objetivo restablecer al adolescente en el ejercicio de un derecho: órdenes de supervisión consistentes en que el adolescente vaya a la escuela o a un programa de rehabilitación para adictos a una sustancia prohibida.

Lo que es fundamental que quede claro en la puesta en práctica de los nuevos sistemas y, en muchos casos, a pesar del texto legal por la sobrevivencia del modelo tutelar en este sentido,⁸⁴ es que si como consecuencia de una reacción estatal coactiva, provocada por la comisión de un delito, surge algún beneficio para los derechos del adolescente, esto es un valor agregado de la sanción, pero no su fundamento ni su justificación.

7. La privación de la libertad constituye una sanción alternativa, excepcional, a ser aplicada eventualmente en casos de delitos muy graves, limitada en el tiempo y breve.

Esta característica ya está ordenada en las Reglas de Beijing. Así, en relación con la privación de la libertad como medida cautelar se establece:

13. Prisión preventiva

13.1. Solo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible.

13.2. Siempre que sea posible, se adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa.

⁸³ Sobre el concepto de "reintegración social del condenado", véase Baratta, Alessandro, "Resocialización o control social: por un concepto crítico de 'reintegración social' del condenado", No hay Derecho, núm. 3, abril/mayo de 1991, pp. 30-34, artículo que si bien está centrado en la pena de cárcel puede volver a leerse, en general, como referido a la situación de condena, del siguiente modo. Afirma Baratta: "La reintegración social no puede perseguirse a través de la pena carcelaria, sino que debe perseguirse a pesar de ella, o sea, buscando hacer menos negativas las condiciones que la vida en la cárcel comporta en relación con esta finalidad". Sustituyase "pena carcelaria" por pena y "vida en la cárcel" como situación de ejecución de condena y el argumento se mantiene vigente.

⁸⁴ Véase sobre el caso de Brasil el texto de A. F. Do Amaral e Silva, "La protección como pretexto para el control social arbitrario de los adolescentes o la supervivencia de la doctrina de la situación irregular", publicado en García Méndez, Emilio (comp.), Adolescentes y responsabilidad penal, Buenos Aires, Ad Hoc, octubre de 2001.

13.3. Los menores que se encuentren en prisión preventiva gozarán de todos los derechos y garantías previstos en las Reglas mínimas para el tratamiento de los reclusos aprobadas por las Naciones Unidas.

13.4. Los menores que se encuentren en prisión preventiva estarán separados de los adultos y reclusos en establecimientos distintos o en recintos separados en los establecimientos en que haya detenidos adultos.

13.5. Mientras se encuentren bajo custodia, los menores recibirán cuidados, protección y toda la asistencia –social, educacional, profesional, psicológica, médica y física– que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales.

Y en relación con la privación de la libertad como sanción, las mismas Reglas determinan:

17. Principios rectores de la sentencia y la resolución

17.1. La decisión de la autoridad competente se ajustará a los siguientes principios: [...]

b) las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán solo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible;

c) solo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves, y siempre que no haya otra respuesta adecuada:[...].

En cuanto a las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, la excepcionalidad de la privación de la libertad aparece en la Regla 1 *in fine*:

1.[...] El encarcelamiento deberá usarse como último recurso.

En la Regla 2 se establece asimismo:

2.[...] La privación de libertad de un menor deberá decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad de que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo.

Finalmente, en la Regla 17, se prescribe:

En la medida de lo posible, deberá evitarse y limitarse a circunstancias excepcionales la detención antes del juicio. En consecuencia, deberá hacerse todo lo posible para aplicar medidas sustitutorias, cuando, a pesar de ello, se recurra a la detención preventiva, los tribunales de menores y los órganos de investigación deberán atribuir máxima prioridad a la más rápida tramitación posible de esos casos a fin de que la detención sea lo más breve posible.

Como se advierte, las Reglas para la protección de los menores privados de libertad también distinguen la excepcionalidad de la privación de la libertad como sanción de la privación de libertad como medida de coerción personal durante el proceso.

5. Conclusiones

El modelo tutelar en materia de legislaciones de infancia, del mismo modo que el modelo inquisitivo en materia de justicia penal, son algo más que modelos procesales o de administración de seudoprotección o justicia. Se trata de modelos que han determinado por casi un siglo la manera de percibir y aprehender a la realidad de la infancia pobre, por un lado, y a la cuestión criminal por el otro. De ahí que la reforma legal, por sí sola, no pueda automáticamente remover patrones de conducta que se han venido repitiendo durante tanto tiempo y de los que puede decirse hoy que constituyen una cultura.

Cuando se habla de sistemas de justicia juvenil en América Latina es fundamental tener en cuenta que se habla de sistemas de justicia, que nada tienen que ver ni con el "bien" ni con "hacer el bien". Si la intervención de la justicia penal juvenil genera un bien al adolescente, éste es un valor agregado, pero no es su fundamento. Ochenta años de vigencia del sistema tutelar en América Latina han enseñado, con el dramático ejemplo de miles de niños privados de libertad por años, que para ayudar a los niños y adolescentes que tienen sus derechos amenazados o violados no se debe recurrir al sistema de justicia sino al sistema de protección de derechos, que en muchos sentidos todavía opera en clave tutelar en muchos países, en particular en aquellos que solo adecuaron su derecho interno a los arts. 12, 37 y 40 de la Convención y que no realizaron la reforma institucional y de los servicios. Para superar el modelo tutelar es necesario asumir que estos sistemas de responsabilidad son sistemas penales, y como tales, implican un mal que el Estado dirige con la intención de provocar un sufrimiento en la persona que infringió la ley penal. Se trata de un sufrimiento mínimo, proporcionado a las circunstancias de que el destinatario es un adolescente y al delito que haya cometido, pero eso no le hace perder el carácter de restricción coactiva de bienes y derechos, y de reproche. Es de suma importancia reconocer que estos sistemas se encuentran dentro del orden de ideas en el que opera el sistema penal; de otro modo, se lo descontextualizaría como se hacía en el viejo modelo tutelar en el que el fundamento de toda intervención era "proteger" al menor. Muchos integrantes de la nueva justicia juvenil no enmarcan su práctica en esta lógica y, en muchos casos, interpretan su función como dirigida a ayudar a los adolescentes con derechos amenazados o violados, bajo la excusa de que el sistema de protección no da respuestas adecuadas.

Si esto no está claro durante la tramitación del proceso ni al momento de dictar la sentencia en todos los operadores que intervienen en el proceso penal juvenil, si el adolescente no visualiza que causó dolor y violencia, que activaron el dispositivo coactivo estatal, y por consiguiente puede oponer todas las defensas que toda persona imputada

de delito tiene a su disposición, se forma en él una idea errónea acerca del significado real del proceso y de su conducta. Se forma la idea –que está presente en todos los procesos represivos/tutelares– de que cometer un delito no le genera ninguna consecuencia disvaliosa. Esto también es percibido de modo errado por la sociedad, que interpreta que al adolescente que comete delitos “no le hacen nada”, “entra por una puerta y sale por la otra”, “lo mandan a la escuela”, es “protegido”, etc. En el caso de los sistemas tutelares, esta concepción lleva a considerar, erróneamente, que estos sistemas de justicia son sistemas “blandos”, poco severos, ocultándose así su real carácter inquisitivo y lesivo de los derechos fundamentales del adolescente y de la víctima.

No se debe confundir lo que se acaba de sostener con una consciente e insensible renuncia a “ayudar” a estos jóvenes. Lo que se trata de decir es que “ayudar” no puede ni debe ser la justificación del sistema de justicia penal juvenil. Por lo demás, todo adolescente imputado de la comisión de un delito o encontrado responsable y condenado a una sanción penal juvenil –o medida socioeducativa, según algunas leyes– es titular de todos los derechos sociales, económicos y culturales de los que toda persona menor de 18 años es titular. Solo es restringido en algunos derechos específicos consignados en la sentencia judicial en la medida del daño que causó y de su responsabilidad por haberlo causado. De ahí que se le deban garantizar todos los derechos de los que no ha sido privado por la condena. De ahí también que estos sistemas se estructuren sobre penas que, a diferencia de la de privación de libertad, no anulen la condición de sujeto libre y, por lo tanto, responsable. Pero el fundamento de la condena no es garantizarle esos derechos –permítaseme aquí recordar el epígrafe de Roxin en relación con todo lo que se le pide a la categoría “culpabilidad”–; si no se confundiría todo una vez más, para perjuicio de la comunidad, de la víctima y de los adolescentes.

LOS DERECHOS DEL NIÑO EN EL SISTEMA INTERAMERICANO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS

*Cuando un caso no es "el caso". Comentario a la sentencia Villagrán Morales
y otros (Caso de los "Niños de la calle")*

MARY BELOFF¹

Os molecotes atrevidos, o olhar vivo, o gesto rápido a gíria de malandro, os rostos chapados de fome, vos pedirão esmola. Praticam também pequenos furtos. Há 40 anos escrevi um romance sobre eles. Os que conheci naquela época são hoje homens maduros, malandros dos cais, com cachaça e violão, operários de fábrica, ladrões fichados na polícia, mas os Capitães da Areia continuam a existir, enchendo as ruas, dormindo no chão. Não são um bando surgido ao acaso, coisa passageira na vida da cidade. É um fenômeno permanente, nascido da fome que se abate sobre as classes pobres. Aumenta diariamente o número de crianças abandonadas. Os jornais noticiam constantes malfeitos desses meninos que têm como único corretivo as surras na polícia, os maus tratamentos sucessivos. Parecem pequenos ratos agressivos, sem medo de coisa alguma, de choro fácil e falso, de inteligência atípicamente alta, soltos de língua, conhecendo todas as misérias do mundo numa época em que as crianças ricas ainda criam cachos e pensam que os filhos vêm de Paris no bico de uma cegonha. Triste espetáculo das ruas da Bahia, os Capitães da Areia. Nada existe que eu ame com tão profundo amor quanto estes pequenos vagabundos, ladrões de onze anos, assaltantes infantis, que os pais tiveram de abandonar por não ter como alimentá-los. Vivem pelo areal dos cais, por sob as pontes, nas portas dos casarões, pedem esmolas, fazem recados, agora conduzem turmas ao mangue. São vítimas, um problema que a caridade dos bons de coração não resolve. Que adiantam os orfanatos para quinze ou vinte? Que adiantam as colônias agrícolas para meia dúzia? Os Capitães da Areia continuam a existir. Crescem e vão embora mas já muitos outros tomaram os lugares vagos.

Só matando a fome dos pais pode-se arrancar da sua desgraçada vida essas crianças sem infância, sem brinquedos, sem carinhos maternos, sem escola, sem lar e sem comida. Os Capitães da Areia, esfomeados e intrépidos!

Jorge Amado, *Capitães da Areia*

¹ Mary Beloff es abogada egresada de la Universidad de Buenos Aires, L.L.M. egresada de la Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard y profesora de Derecho Penal Juvenil de la Facultad de Derecho de la UBA.

1. Introducción

El caso materia de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos² que se comenta trata, básicamente, del secuestro, tortura y muerte de cuatro personas y del asesinato de una quinta en la ciudad de Guatemala en 1990 por parte de miembros de las fuerzas de seguridad del Estado.

Así descrito, el caso no es muy diferente de gran parte de los casos que han llegado, hasta ahora, al sistema interamericano de protección de derechos humanos, esto es, casos que, de formas diferentes, dan cuenta de actos de abuso y violencia brutal de miembros de la policía o del ejército, hacia alguna persona o grupo de personas.

En lo que difiere “Villagrán Morales y otros” de todos los casos que, dentro de este patrón, han sido resueltos por la Corte Interamericana hasta el presente, es en la circunstancia de que de las cinco víctimas, tres tenían menos de 18 años al momento de ocurrir los hechos. De acuerdo con el artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño,³ esas tres personas, una de 15 años de edad y dos de 17, eran niños.⁴

La Corte –y, en su momento, los denunciantes y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos–⁵ deliberadamente procuró enmarcar el caso como un caso de niños y, en particular, de “niños de la calle”. No en vano ése es el subtítulo de la sentencia, no obstante ser solo tres de las cinco víctimas menores de 18 años, y no obstante ser todos, desde el punto de vista de su desarrollo, adolescentes.⁶

Al haber sido planteado de ese modo, el caso permitió que, por primera vez, la Corte se expidiera sobre la violación al artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁷ que trata del derecho de todo niño a ser destinatario de todas las medidas especiales de protección que por su condición requiere.⁸

La Corte reconoció específicamente en la sentencia a las víctimas como “niños de la calle”. La categoría “niños de la calle” ha sido recientemente analizada como una categoría de comprensión y de acción frente al fenómeno de los niños y adolescentes que

² En adelante la Corte o la Corte Interamericana.

³ En adelante la Convención.

⁴ Convención sobre los Derechos del Niño: “Artículo 1: Para los efectos de la presente Convención, se entiende por niño todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad”.

⁵ En adelante la Comisión o la Comisión Interamericana.

⁶ Si bien la Convención sobre los Derechos del Niño no distingue entre niños y adolescentes, las nuevas leyes dictadas en América Latina como consecuencia de la ratificación de la Convención realizan esta distinción a los fines de: a) la responsabilidad penal, b) el trabajo adolescente y c) la participación política.

⁷ En adelante la Convención Americana.

⁸ Llama por eso la atención el comienzo del voto concurrente de los jueces A. A. Cancado Trindade y A. Abreu Burelli: “Quiso el destino que la última sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en este año, en el umbral del año 2000, recayera sobre una situación que afecta a un sector particularmente vulnerable de la población de los países de América Latina: la de los padecimientos de los niños en la calle”. Cf. punto 1 del voto concurrente en la sentencia que se comenta.

hacen de las calles su espacio de lucha por la supervivencia e incluso de vivienda. Según esta perspectiva, la categoría "niño de la calle" siempre reflejó un enfoque determinado por la condición material de la infancia, con prescindencia de su condición jurídica. Como categoría de comprensión y de acción, ha pasado por tres momentos: un momento de invención, un momento de esplendor o apogeo y un momento de decadencia.⁹ Curiosamente, la sentencia de la Corte recupera el enfoque "niño de la calle" cuando éste se encuentra en avanzado estado de crisis.

En esto precisamente radica el carácter paradójico de la sentencia: en que rescata la categoría "niño de la calle" en un momento en el que la lucha por los derechos de los niños y adolescentes en América Latina intenta salir de una concepción del problema basada en lo que se ve: el niño en la calle, para pasar a una concepción basada en los derechos, basada en el reconocimiento de la ciudadanía plena para todos los niños y para todos los adolescentes.

Al mismo tiempo la importancia del fallo se encuentra en que más allá de las definiciones técnicas respecto de qué se entiende por niño de la calle y más allá de algunas cuestiones que no abordó, logró dar especificidad y visibilidad a un problema gravísimo de la infancia en muchos países de la región latinoamericana. En este sentido, la sentencia demuestra que el enfoque, en su ocaso, todavía puede ser útil.

El problema que se pretende plantear en lo que sigue, previa descripción de las vicisitudes del caso en el sistema interamericano y de lo más relevante de la sentencia, es que –y bueno es reiterarlo, a pesar del evidente valor de la decisión– la Corte Interamericana no advirtió la singularidad del asunto pese a todos los esfuerzos que ella misma y que las partes hicieron para plantearlo como un caso de derechos del niño. La Corte se quedó a mitad de camino: estableció que el Estado de Guatemala violó el artículo 19 de la Convención Americana –derecho del niño a ser destinatario de medidas especiales de protección–, pero no avanzó en el sentido de determinar cuál debería ser el contenido de las medidas especiales de protección que el Estado está obligado a adoptar respecto de sus habitantes menores de 18 años de edad. Más precisamente, lo poco que determinó respecto del contenido de las medidas especiales de protección refleja una concepción tutelar que la Convención sobre los Derechos del Niño pretende superar.

En este tema, abordar con minuciosidad esta cuestión era todo lo contrario a una obviedad: las peores violaciones –las más perversas por su fundamento– a los derechos de los niños y los adolescentes a lo largo de todo el siglo se han cometido en nombre de su protección.¹⁰

⁹ Véase en este sentido *Gomes da Costa, Antonio Carlos*, Niños y niñas de la calle: vida, pasión y muerte. Trayectoria, situación actual y perspectivas de una categoría de comprensión y acción social en la lucha por los derechos del niño y del adolescente en América Latina, Buenos Aires, UNICEF - Oficina de Argentina, Colección Derechos, 1996.

¹⁰ Sobre este punto, véase *Platt, Anthony*, The "Child Savers". The invention of delinquency, Chicago, Chicago University Press, 2ª ed., 1969; en español: Los "Salvadores del Niño". La invención de la delincuencia, México, Siglo XXI, 1982. Sobre

2. Los hechos

El 15 de junio de 1990, en la Zona 1 de la Ciudad de Guatemala, Henry Giovanni Contreras, de 18 años, Federico Clemente Figueroa Túnchez, de 20 años, Julio Roberto Caal Sandoval, de 15 años, y Jovito Josué Juárez Cifuentes, de 17 años, fueron secuestrados por miembros de las fuerzas de seguridad del Estado.¹¹ Los cuerpos de Juárez Cifuentes y de Figueroa Túnchez fueron encontrados, con señales de apremios, al día siguiente en un lugar denominado Bosques de San Nicolás. Los cuerpos de los dos jóvenes restantes fueron encontrados, con similares evidencias de haber sido sometidos a torturas, en el mismo lugar, el día 17 de junio.¹²

El 25 de junio de 1990 fue asesinado por integrantes de los cuerpos de seguridad del Estado, mediante un disparo de arma de fuego, Anstram [Aman] Villagrán Morales, de 17 años, en el mismo sector de la Zona 1, denominado "Las Casetas", del que habían sido secuestrados los jóvenes mencionados en el párrafo anterior.¹³

Entre la fecha en la que ocurrieron los hechos, esto es junio de 1990, y septiembre de 1994 –cuando dos organizaciones no gubernamentales, una de defensa de los derechos del niño, Casa Alianza, y una de defensa de los derechos humanos, CEJIL, presentaron una denuncia ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos–, en los procesos penales iniciados como consecuencia de la aparición de los cuerpos de los jóvenes mencionados –y en todas las instancias– se omitió la producción de numerosas pruebas durante la etapa de investigación y se realizó una interpretación del Código Procesal Penal entonces vigente en Guatemala que impidieron tanto la individualización, la responsabilización y el castigo de los autores del hecho, como el acceso a la justicia y una justa indemnización para los familiares de las víctimas.¹⁴

3. El trámite en el sistema interamericano

El 15 de septiembre de 1994 Casa Alianza y CEJIL presentaron una denuncia ante la Comisión que tramitó como caso Nro. 11.383. En el transcurso de ese trámite, la Comisión celebró dos audiencias, la primera los días 19 y 30 de septiembre de 1994 y la segunda el 22 de febrero de 1996, audiencia en la que se propuso a las partes llevar a cabo negociaciones de solución amistosa. Los peticionantes, en esa oportunidad, no se

la situación en América Latina, véanse AAVV, Infancia, adolescencia y control social en América Latina, Buenos Aires, De - palma, 1990, y AAVV, Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa, Buenos Aires, Galerna, 1992.

¹¹ Cf. punto 80 de la sentencia que se comenta.

¹² Cf. puntos 81 y 82.

¹³ Cf. punto 83.

¹⁴ Cf. puntos 228 y siguientes.

opusieron pero manifestaron reservas acerca de la posibilidad de llegar a una solución amistosa en este caso. El Estado, que en la audiencia solicitó pronunciarse sobre el punto posteriormente, en presentación del 8 de mayo de 1996 sostuvo que “no sería necesario llevar a cabo un proceso de solución amistosa”.¹⁵

El 16 de octubre de 1996 la Comisión aprobó el Informe Nro. 33/96 en el que declaró admisible la denuncia presentada y estableció que el Estado de Guatemala había violado los artículos 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal), 19 (derechos del niño), 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos así como incumplido la obligación emergente del artículo 1 de la misma Convención (obligación de respetar los derechos). También estableció que el Estado de Guatemala había violado los artículos 1, 2 y 6 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.¹⁶

La Comisión resolvió recomendar al Estado realizar una investigación pronta, imparcial y efectiva de los hechos denunciados que permitiera establecer responsabilidades, someter a juicio a los responsables, reparar las consecuencias de los hechos e instituir medidas para que en el futuro no ocurran violaciones a los derechos humanos de los niños de la calle.

El 7 de enero de 1997, luego de vencido el plazo de dos meses –y la prórroga concedida al Estado– para implementar las medidas referidas en el párrafo anterior, la Comisión decidió presentar el caso ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El 30 de enero de 1997 la Comisión sometió ante la Corte una demanda¹⁷ contra la República de Guatemala originada en la denuncia 11.383 en la que solicitó que la Corte decidiera si el Estado guatemalteco había incurrido en violación a los artículos 1 (obligación de respetar los derechos), 4 (derecho a la vida), 5 (derecho a la integridad personal), 7 (derecho a la libertad personal), 8 (garantías judiciales), 19 (derechos del niño) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y a los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

En esa oportunidad la Comisión solicitó a la Corte que ordenara al Estado tomar las medidas necesarias para completar una pronta, imparcial y efectiva investigación de los hechos a fin de que se individualizara y sancionara a los responsables. Demandó asimismo que el Estado adoptara los pasos requeridos para reivindicar los nombres de las víctimas y para pagar una justa indemnización.

¹⁵ Cf. punto 23.

¹⁶ Cf. punto 29.

¹⁷ La demanda fue presentada en inglés y notificada en inglés al Estado, aunque se le había transmitido por fax una traducción al español con varios errores de traducción que posteriormente fueron corregidos.

La audiencia en el caso se celebró los días 28 y 29 de enero de 1999. Los alegatos finales fueron presentados por el Estado el 21 de septiembre de 1999 y por la Comisión el día 20 del mismo mes y año en inglés y el 10 de noviembre en español.

La sentencia de la Corte, que aquí se comenta, fue dictada el 19 de noviembre de 1999.

4. Lo que la sentencia resolvió

Además de la violación al artículo 19 –a la que se hará referencia más adelante y que motiva este comentario–, la Corte resolvió, exactamente conforme lo solicitado por la Comisión, que el Estado de Guatemala violó los artículos 7 (derecho a la libertad personal), 4 (derecho a la vida), 5.1 y 5.2 (derecho a la integridad personal), 8.1 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) todos en función del artículo 1.1 (obligación de respetar los derechos), así como el propio artículo 1.1 en lo relativo al deber de investigar, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. También estableció que el Estado de Guatemala violó los artículos 1, 6 y 8 de la Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Tal como se planteara en la Introducción, los hechos por los que fue condenado el Estado, hasta aquí, no difieren mucho de una parte importante de los casos que todavía se tramitan en el sistema interamericano. A la Comisión y, eventualmente, a la Corte, llegan aun casos que reflejan un período de la historia de la región –advértase que los hechos aquí investigados ocurrieron en junio de 1990 y la sentencia es de noviembre de 1999, esto es, nueve años y medio después–, en el que prácticas como aquellas de las que trata este caso eran habituales respecto de algunas personas o grupos de personas consideradas peligrosas.¹⁸ Tradicionalmente en Guatemala, y todo a lo largo del conflicto armado que se extendió por 36 años,¹⁹ la peligrosidad se asociaba –con prescindencia de la edad o del sexo– a la pertenencia a grupos políticos opositores; en al-

¹⁸ Alessandro Baratta ha analizado este tema como expresiones de la prevención especial negativa. Afirma el autor: "En las áreas latinoamericanas del Cono Sur y de América Central se ha presenciado, en concomitancia con la instauración del nuevo autoritarismo de los regímenes militares, tanto una gigantesca y rápida extensión del sistema punitivo extralegal como su concentración en la violenta represión de la resistencia popular y de cualquier forma de disidencia política e intelectual [...] Por otra parte, seguimos constatando en las áreas indicadas de América Latina la tentativa de atribuir a las víctimas de la represión política las connotaciones de antisocialidad, criminalidad y bandillaje. [...] La consolidación de las teorías tecnocráticas de la prevención especial negativa [...] corresponden pues a recientes transformaciones de la estrategia de legitimación de los sistemas penales en América Latina y en Europa. En el primer caso, se trata, sobre todo, de la variante más represiva de la prevención negativa: la aniquilación física o la 'desaparición' del adversario acompañada del abandono de la función punitiva del derecho". Cf. Baratta, Alessandro, "Viejas y nuevas estrategias en la legitimación del derecho penal", Poder y Control, PPU. Nro. 0, Barcelona, 1986, pp. 77-92.

¹⁹ En Guatemala el proceso de transición democrática comenzó en 1982 y a partir de 1985 se institucionalizó el Estado de Derecho a través de elecciones libres. El 14 de enero de 1986 entró en vigencia la nueva Constitución política. El 29 de diciembre de 1996 se firmó el Acuerdo de Paz Firme y Duradera, que puso fin al conflicto armado interno. En ese sentido, en la página 3 del Informe Democracia en Guatemala. La Misión de un Pueblo Entero, Bogotá, IDEA, 1998, se afirma: "1. La sociedad guatemalteca experimenta desde hace algunos años una triple transición. Se ha pasado ya de la guerra a la paz. Se transita del autoritarismo a la democracia participativa. Y, por último, se busca pasar de una economía Estado-céntrica y cerrada, a una de mercado, integrada al proceso de globalización".

gunos casos, además, el ser miembro de una etnia²⁰ automáticamente era considerado como indicador de pertenencia a estos grupos políticos opositores y, en consecuencia, como indicio de peligrosidad.

En este caso, no obstante, las víctimas no fueron tales debido a su origen étnico o a su adscripción política. La sentencia establece, con contundencia, que los jóvenes Contreras, Figueroa Túnchez, Caal Sandoval, Juárez Cifuentes y Villagrán Morales padecieron las violaciones a sus derechos relatadas más arriba por ser considerados “niños de la calle”.

La Corte, con acierto, no se pierde en la discusión interminable respecto de qué es un niño de la calle o, peor aún, cuánto de qué hay que tener –o no tener– para ser considerado un niño de la calle; pero tampoco asume que esta categoría es relativamente nueva y posterior al proceso de industrialización tardía y urbanización desordenada presente en gran parte de los países de la región. La expresión niños de la calle constituye otra manera de ver, de entender y de intervenir en la realidad personal y social de quienes viven o trabajan en las calles,²¹ superadora del modelo asistencialista basado en la institucionalización compulsiva, pero que no logra ingresar en la era de los derechos de la infancia que se inaugura con la Convención. Desde este punto de vista, entonces, lo único que es relevante es que las víctimas eran consideradas niños de la calle y que por eso fueron victimizadas. Las víctimas fueron tales por ser reconocidas como “niños de la calle”, más allá de las definiciones técnicas y solo en ese sentido puede entenderse que éste es un caso de niños de la calle.

Éste es el mejor logro de la sentencia. El haber puesto en evidencia la existencia de agresiones sistemáticas conocidas como “campañas de exterminio” o “limpieza social” hacia la población infantil o adolescente que vive o trabaja en las calles.²² Sobre estas campañas en Guatemala se ha afirmado:

A principios de los noventa, la mirada internacional se concentró en Guatemala, cuando agentes de la Policía Nacional y otros miembros de las fuerzas de seguridad del Estado participaron en docenas de ataques violentos contra niños de la calle, entre ellos catorce asesinatos en un período de dieciocho meses. El peor año en relación a este tipo de asesinatos fue 1990 [...]. A finales de ese año, varios niños habían sido asesinados y docenas habían sido heridos. En estos crímenes estaban implicados veinticuatro agentes de la Policía Nacional y cuatro guardias de seguridad privada. Los ataques iban de palizas graves, ingestión forzada de pegamento para calzado tóxico, tortura y mutilación, amenazas de muerte, hasta ejecu-

²⁰ Según datos del Instituto Nacional de Estadísticas (INE) de 1994, en Guatemala el 61,6% de la población es rural y el 40, 6% indígena. Si bien el español es el idioma oficial, entre la población indígena se hablan 23 idiomas mayas. La guerra dejó como resultado 150.000 muertos, 150.000 desaparecidos, un millón de desplazados internos, 100.000 refugiados y 200.000 niños huérfanos. Tres de cada cuatro víctimas de la guerra fueron indígenas. Cf. Democracia en Guatemala..., ob. cit., pp. VIII y 4.

²¹ Cf. Gomes da Costa, Antonio Carlos, Niños y niñas de la calle..., ob. cit., p. 9.

ciones extrajudiciales a quemarropa.[...] El año 1994 fue el peor año en términos de homicidios de niños de la calle desde 1990. Se registraron trece muertes. También fue muy negro el año 1996, en el que se produjeron al menos diez asesinatos de niños y jóvenes de la calle. [...] La impunidad generalizada permite que continúe la violencia contra niños de la calle. En Guatemala, de las casi 300 denuncias penales presentadas por Casa Alianza en representación de niños de la calle, solo se han procesado judicialmente unas cuantas. En la gran mayoría de los casos, los incidentes no se investigan y no se detiene a los responsables.²³

La sentencia reconoce este problema y también el Estado lo reconoció en el proceso ante la Corte²⁴ y en el informe gubernamental presentado al Comité sobre los Derechos del Niño de Ginebra.²⁵

En Guatemala el número de niños de la calle varía entre 1.500 y 5.000, los varones son el 70 al 80% y viven principalmente en la Ciudad de Guatemala. El 75% tiene entre 10 y 17 años. En ninguna parte del país existen programas gubernamentales para niños de la calle.²⁶

Cómo se construyó el estereotipo “niño de la calle = niño peligroso” –que reproduce medio siglo después el estereotipo “menor abandonado = delincuente” –²⁷ excede los fines de este comentario.²⁸ Lo cierto es que la Corte reconoce esta realidad como un problema específico de la infancia latinoamericana que requiere un abordaje específico en el sistema de protección de derechos humanos.

5. Lo que la sentencia no resolvió

Las circunstancias relatadas más arriba determinaron que la Comisión en la demanda, y luego la Corte en la sentencia, incluyeran dentro de los derechos violados por el Estado de Guatemala en este caso, el contemplado por el artículo 19 de la Convención America-

²² Véase *Vidas em risco: assassinatos de crianças e adolescentes no Brasil, Rio de Janeiro, MNMMR, IBASE, NEV-USP, 1991.*

²³ Cf. *Los niños olvidados de Guatemala, Proyecto de Derechos del Niño de Human Rights Watch/Americas, 1997, pp. 20-21.*

²⁴ *En la sentencia se establece que “el Estado reconoció que en los primeros tres meses de 1996, 84 niños habían sido asesinados y que de acuerdo con la información disponible había solo siete [condenas]. La comisión aseveró que esta declaración constituyó un acto unilateral de reconocimiento de hechos que generan responsabilidad internacional”.*

²⁵ Cf. punto 183 de la sentencia.

²⁶ Cf. *Los niños olvidados...*, ob. cit., pp. 14-15.

²⁷ *Sobre la construcción de la categoría “menor abandonado = delincuente”, véase el clásico artículo de Emilio García Méndez, “Para una historia del control penal de la infancia. La informalidad de los mecanismos formales de control social”, publicado originalmente en la revista Lecciones y Ensayos, Buenos Aires, Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires y Editorial Astrea, núm. 53, 1989, pp. 43-74, y compilado también en el libro del mismo autor, Infancia: de los derechos y de la justicia, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, pp. 17-44.*

²⁸ *Para conocer los estereotipos de los niños “peligrosos” en las Actas de los Congresos Panamericanos del Niño, véase Iglesias, Susana, Villagra, Helena y Barrios, Luis, “Un viaje a través de los espejos de los Congresos Panamericanos del Niño”, en AAVV, Del Revés al derecho..., ob. cit., pp. 389-451.*

na sobre Derechos Humanos, esto es, el derecho que todo niño tiene a las medidas de protección que su condición requiere por parte de su familia, de la sociedad y del Estado.

La Corte Interamericana enfatizó la omisión del Estado de cumplir con la obligación de adoptar medidas especiales de protección para los niños cuyos derechos se encuentran amenazados o violados, como es el caso de los niños que viven en las calles de las ciudades latinoamericanas, deber que ha adquirido carácter específico al firmarse la Convención hace diez años.

Por eso también transcribió la Corte en la sentencia los artículos 2 (garantía de no discriminación); 3 (medidas adecuadas para hacer efectivos los derechos por parte del Estado); 6 (derecho a la vida, la supervivencia y el desarrollo); 20 (derecho a protección en caso de privación del medio familiar); 27 (derecho a un nivel de vida adecuado); 37 (prohibición de torturas u otros tratos inhumanos, crueles o degradantes y de la privación de la libertad ilegal o arbitraria más algunas garantías procesales para el caso de los niños privados de libertad)²⁹ de la Convención sobre los Derechos del Niño como pautas para precisar “en variadas direcciones, los alcances de las ‘medidas de protección’ a que alude el artículo 19 de la Convención Americana”.³⁰

La Corte intentó definir el contenido de las ‘medidas de protección’ pero no lo logró. Apenas estableció que:

*Entre ellas [las medidas de protección] merecen ser destacadas las referentes a la no discriminación, a la asistencia especial a los niños privados de su medio familiar, a la garantía de la supervivencia y el desarrollo del niño, al derecho a un nivel de vida adecuado y a la reinserción social de todo niño víctima de abandono o explotación.*³¹

Inmediatamente después relata la sentencia que existían referencias documentales de que uno de los tres niños, Jovito Josué Juárez Cifuentes, estaba registrado en “archivos delincuenciales” del Gabinete de Identificación de la Policía Nacional. Se afirma luego:

Al respecto, la Corte considera pertinente destacar que, si los Estados tienen elementos para creer que los “niños de la calle” están afectados por factores que pueden inducirlos a cometer actos ilícitos, o disponen de elementos para concluir que los han cometido, en casos concretos, deben extremar las medidas de prevención del delito y de la reincidencia. Cuando el aparato estatal tenga que intervenir ante infracciones cometidas por menores de edad, debe hacer los mayores esfuerzos para garantizar la rehabilitación de los mismos, en orden a “permitirles que desem-

²⁹ Según la Regla 11 b de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, “Se entiende por privación de libertad toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en una institución pública o privada, de la que no se permita salir al menor a su voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa o de otra índole”.

³⁰ Cf. punto 196 de la sentencia.

³¹ Ibid.

peñen un papel constructivo y productivo en la sociedad". Es evidente que, en el presente caso, el Estado actuó en grave contravención de esas directrices.³²

Así concluye el capítulo dedicado al análisis de la violación al artículo 19 de la Convención Americana –vale recordarlo, dedicado a las medidas especiales de protección a las que todo niño tiene derecho–: con un relato referido a un episodio vinculado con un delito en el que habría estado involucrada una de las víctimas.

La asociación entre pobreza o marginalidad y delincuencia no aparece solo al final del capítulo dedicado a los derechos del niño. La Corte afirma, al referirse a las campañas de "limpieza social":

79. En la época en que sucedieron los hechos existía en Guatemala un patrón común de acciones al margen de la ley, perpetradas por agentes de seguridad estatales, en contra de los "niños de la calle"; esta práctica incluía amenazas, detenciones, tratos crueles, inhumanos y degradantes y homicidios como medio para contrarrestar la delincuencia y vagancia juvenil (supra, párr. 59.c)³³ [las cursivas son propias].

Este párrafo revela también lo que tiene de problemático la sentencia: que no logra superar el modelo que asocia pobreza con delincuencia, propio de la concepción tutelar.

La Corte no dedica en cambio párrafos al análisis de cuál ha sido históricamente en América Latina el contenido de las medidas especiales de protección, que puede ser resumido en una protección que desconocía derechos porque se basaba en la concepción del otro como objeto de tutela y no como sujeto. Ejemplo claro del modelo tutelar es la legislación todavía vigente en Guatemala, en abierta contradicción con la Convención Internacional y con la Constitución de la República, que contiene "medidas de protección" para los "menores en situación irregular" y que determina que niños pobres y niños imputados de delitos sean tratados de igual forma.

No es casualidad que la primera recomendación al Gobierno de Guatemala del informe *Los niños olvidados de Guatemala. Violencia policial y abusos a detenidos*, de Human Rights Watch/Americas, publicado en 1997, haya sido que: "El gobierno debe adoptar las medidas necesarias para garantizar que el Código de la Niñez y la Juventud, cuya entrada en vigor está prevista para septiembre de 1997, se aplique en su totalidad sin mayor dilación".³⁴ El nuevo Código de la Niñez y la Juventud, que desarrolla de modo completo los derechos y garantías reconocidos por la Convención Internacional, nunca entró en vigencia porque la vacancia se prorrogó varias veces hasta que, en marzo del año 2000, se resolvió prorrogar la vacancia *sine die*.

³² Cf. punto 197 de la sentencia.

³³ La sentencia remite al título "La problemática de los niños de la calle en Guatemala durante la época en la cual ocurrieron los hechos que dieron origen al presente caso", con nota al pie del Informe de Amnistía Internacional, Guatemala: Los Niños de la Calle, publicado en 1990, y el Informe de Casa Alianza, Report to the Committee against Torture on the Torture of Guatemala Street Children: 1990-1995, publicado en 1995.

³⁴ Cf. Los niños olvidados de Guatemala..., *ob. cit.*, p. 5.

La Corte no logra interpretar el artículo 19 de la Convención Americana en clave de la Convención sobre los Derechos del Niño, por más que establezca que ambas convenciones forman parte de un muy comprensivo *corpus juris* internacional de protección de los niños que debe servir para fijar el contenido y los alcances de la disposición general contenida en el mencionado artículo 19.³⁵ Solo transcribe ciertos artículos de la Convención sobre los Derechos del Niño, sin analizarlos. La Corte no alcanza a reinterpretar la protección en clave de derechos.

En la misma lógica planteó el caso la Comisión, que específicamente determinó:

*Que [El Estado] [...] instituya las medidas debidas para que no ocurran en el futuro violaciones de los derechos humanos de los niños de la calle. Estas medidas deben incluir, entre otras, su protección efectiva, particularmente de los menores y la capacitación y supervisión de los agentes de policía para que no cometan abusos contra los niños de la calle.*³⁶ [Las cursivas son propias.]

Los niños de la calle no solo son expresión de la Década Perdida y del recorte de las políticas sociales en la región latinoamericana. Expresan también la crisis terminal de un tipo particular de política social basada en el secuestro y la invisibilización de los problemas sociales.

En algún sentido, el voto concurrente de los jueces A.A.Cancado Trindade y A.Abreu Burelli advierte el problema e intenta agregar algo más en términos de cuáles son las obligaciones del Estado respecto de los niños, pero en la discusión más general de los alcances del derecho a la vida. Estos jueces afirman:

*El deber del Estado de tomar medidas positivas se acentúa precisamente en relación con la protección de la vida de personas vulnerables e indefensas, en situación de riesgo, como son los niños en la calle. La privación arbitraria de la vida no se limita, pues, al ilícito del homicidio; se extiende igualmente a la privación del derecho de vivir con dignidad. Esta visión conceptualiza el derecho a la vida como perteneciente, al mismo tiempo, al dominio de los derechos civiles y políticos, así como al de los derechos económicos, sociales y culturales, ilustrando así la interrelación e indivisibilidad de todos los derechos humanos.*³⁷

El voto desarrolla una interpretación del derecho a la vida de la que se puede desprender una concepción de la protección basada en la calidad de sujetos de derecho de los niños y no en términos tutelares o asistenciales:

El derecho a la vida no puede seguir siendo concebido restrictivamente, como lo fue en el pasado, referido solo a la prohibición de la privación arbitraria de la vida

³⁵ Cf. punto 194 de la sentencia.

³⁶ Cf. punto 30, párrafo 4º.

³⁷ Cf. punto 4 del voto concurrente.

física.[...] En el presente caso [...] hay la circunstancia agravante de que la vida de los niños ya carecía de cualquier sentido; es decir, los niños victimados ya se encontraban privados de crear y desarrollar un proyecto de vida y aun de procurar un sentido para su propia existencia.³⁸

Y también: "El proyecto de vida se encuentra indisolublemente vinculado a la libertad, como derecho de cada persona a elegir su propio destino".³⁹

La Corte no advirtió la trascendencia de la discusión de los alcances del artículo 19 que se encuentra en la pregunta: ¿cómo debe proteger el Estado a los niños? La Corte perdió así la oportunidad de responderla; y también la perdieron los niños que diariamente son objeto de las "medidas especiales de protección" en clave tutelar.

6. Conclusión

La sentencia en el caso "Villagrán Morales y otros" (caso de los "Niños de la Calle") puede ser leída como un paso importante en el proceso de ampliación de la ciudadanía hacia quienes históricamente estuvieron al margen de la condición de sujetos de derecho. Si esta condición fue históricamente negada a los niños, en la práctica implicó mayores abusos para el segmento más vulnerable de los niños, aquellos que viven o trabajan en las calles. Así como el Estatuto del Niño y del Adolescente permitió dar visibilidad y prioridad política al problema de las campañas de exterminio de los niños de la calle del Brasil, una sentencia internacional como ésta puede cumplir la misma función en relación con Guatemala, país que ha decidido aplazar por siempre la entrada en vigencia de una nueva legalidad para la infancia.

Además de su valor intrínseco, como acto de justicia, refleja también la importancia y la utilidad del recurso al sistema interamericano de protección de derechos humanos para dar al problema visibilidad y status como problema de derecho, de derechos humanos.

Queda pendiente conocer qué entiende la Corte por "medidas especiales de protección" o cómo interpreta las leyes anteriores a la Convención que prevén "medidas especiales de protección" para los niños, medidas que implican restricciones o violaciones de muchos de los derechos reconocidos por la Convención a los niños. Los países, que conocen el problema, se han adelantado y más de la mitad han dictado nuevas leyes de conformidad con los compromisos internacionales asumidos. La lucha por los derechos de los niños en el plano del derecho necesita de la reforma legal pero también de sentencias que reconozcan la protección a la infancia como un problema jurídico, diferente de los problemas relacionados con las reacciones frente a los delitos cometidos por niños.

³⁸ Cf. punto 3 del voto concurrente.

³⁹ Cf. punto 8 del voto concurrente que refiere al caso Loayza Tamayo versus Perú (Reparaciones, 1998), sentencia del 27 de noviembre de 1998, Serie C, n.42, voto razonado conjunto de estos dos mismos jueces.

LOS DERECHOS DEL NIÑO: DE LA PROCLAMACIÓN A LA PROTECCIÓN EFECTIVA

MIGUEL CILLERO BRUÑOL¹

El problema de fondo relativo a los derechos humanos no es hoy tanto el de justificar - los como el de protegerlos. Es un problema no filosófico, sino político.

Norberto Bobbio²

1. Introducción

La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1989, se ha constituido en un poderoso instrumento para reformar las políticas públicas y jurídicas destinadas a mejorar la situación de la infancia y la adolescencia en América Latina.³

Estas reformas han pretendido cerrar la brecha entre los objetivos proclamados por la legislación y las prácticas reales. Sin embargo, éste no es exclusivamente un fenómeno de ingeniería legal, sino un ejercicio de profundización, a través de técnicas jurídicas, de los procesos de democratización.

En efecto, después de la segunda guerra mundial, para superar los conceptos meramente formales de democracia, la mayoría de sus teóricos ha aceptado la existencia de un vínculo indisoluble entre la forma de gobierno democrático y la ciudadanía. La ciudadanía se define en un sentido amplio y se la puede caracterizar como civil, política y social.⁴

A partir de entonces, se observa un proceso creciente de reconocimiento de la ciudadanía a sujetos que, hasta ahora, se encontraban excluidos de los mecanismos de participación propios de la ciudadanía civil, política y social. Esta evolución política es acompañada de un desarrollo sostenido de instrumentos jurídicos destinados a garantizar

¹ Miguel Cillero Bruñol es abogado, profesor universitario y consultor de Área de Derechos del Niño, Oficina de Área para Argentina, Chile y Uruguay.

² Bobbio, N., "Sobre el fundamento de los derechos del hombre", en *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991, p. 61.

³ Siguiendo la Convención, en este trabajo se considera como niñas y niños a todas las personas menores de 18 años. En América Latina se utiliza también el término *adolescencia* para referirse a las niñas y niños mayores de 12 y menores de 18 años.

⁴ Sigo aquí la ya clásica clasificación de la ciudadanía de T. H. Marshall desarrollada en 1949. Véase Class, citizenship and social development, Nueva York, Doubleday, 1965, cap. 4. Un interesante desarrollo reciente sobre el concepto de ciudadanía se encuentra en Zolo, Danilo, *La cittadinanza, appartenenza, identità diritti*, Roma, Laterza, 1994.

para todos las personas un conjunto universal de derechos, es decir, un reconocimiento jurídico de su ciudadanía.

Uno de los pensamientos que más claridad aporta a la comprensión de este proceso es el de Hannah Arendt, quien desarrolló un conjunto de ideas que permiten entender el sistema de los derechos humanos como un mecanismo de *construcción de igualdad* y concibe la ciudadanía como el *derecho a tener derechos*. Este derecho se ejerce ante todos los Estados y requiere de la creación de un sistema universal de normas aplicables a todos los seres humanos y exigibles a través de sistemas de justicia nacionales e internacionales.⁵

La Convención sobre los Derechos del Niño es, precisamente, el instrumento internacional que permitió expandir la ciudadanía a la infancia, ya que reconoce que todos los niños, niñas y adolescentes tienen derechos ante el Estado y la comunidad, y que los Estados Partes deben adoptar todas las medidas "*administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención*" (art.4).

El impacto de esta Convención en América Latina ha sido enorme, en el ámbito tanto de las reformas legislativas, como de las políticas públicas y, lo que es casi tan importante, en la conciencia de las personas expresada tanto en su nivel de adhesión a los principios, directrices y derechos que ella contiene, como en las múltiples organizaciones de ciudadanos que han nacido bajo su impulso para dar plena efectividad a los derechos de los niños.

2. La legislación de menores y la Convención sobre los Derechos del Niño

Como ya se anunció, la Convención produjo un fuerte impacto en la legislación y políticas sobre la infancia. Considerando que solo dos países no han ratificado la Convención hasta esta fecha,⁶ este efecto ha alcanzado, en mayor o menor medida, a las políticas públicas, la legislación y la jurisprudencia de todo el mundo. En este artículo se abordarán principalmente los efectos que la Convención ha provocado en América Latina.⁷

La Convención provoca un doble impacto en las legislaciones de menores que estaban vigentes en los distintos países de América Latina. Por un lado, sirve de paráme-

⁵ Existe numerosa bibliografía sobre el pensamiento de Arendt. Un diálogo interesante de su pensamiento en relación con los derechos humanos y el derecho internacional público se encuentra en Lafer, C., *La reconstrucción de los derechos humanos. Un diálogo con el pensamiento de Hannah Arendt*, México, Fondo de Cultura Económica, 1994, cap. V.

⁶ Información interesante sobre distintas iniciativas para la aplicación de la Convención y resoluciones del Comité de Derechos del Niño se pueden encontrar en UNICEF, *Implementation Handbook for the Convention on The Rights of the Child*, Nueva York, 1998.

⁷ Sobre este proceso, véase García Méndez, E. y Beloff, M., *Infancia, ley y democracia*, Santa Fe de Bogotá, Temis-Depalma, 1998.

tro para evaluar o criticar la legislación interna y, por otro, exige la activación de nuevos mecanismos para asegurar los derechos que ella contempla. Es decir, la Convención es un instrumento para la crítica de las leyes de menores y para la construcción de un nuevo sistema de protección de derechos de los niños, niñas y adolescentes.

En América Latina, a partir de la promulgación de la Ley de Patronato en 1919 en la Argentina, se establecieron leyes de protección de menores que buscaban reconocer la especial situación jurídica de los niños y las obligaciones del Estado, la familia y la sociedad en general, respecto de ellos. Esta legislación especial se mantuvo vigente, en lo esencial, en todos los países de la región, hasta la entrada en vigencia de la Convención y fueron sustituidas, en la mayoría de los países, por leyes que pretendieron con mayor o menor éxito, adecuarse a las nuevas exigencias establecidas en la Convención.

Una situación peculiar se ha producido en la Argentina, el Uruguay y Chile, países que han experimentado un cierto retraso en los procesos de reforma y que aún mantienen vigentes sus antiguas leyes de menores.

2.1. La constitución de un poder judicial/administrativo de control/protección de los menores

La doctrina que inspira a las leyes de menores se caracteriza por considerar a una porción de los niños, niñas y adolescentes –posteriormente denominados menores en situación irregular– como un objeto de la protección, el control y la represión por parte de los adultos y los órganos del Estado.

Las leyes de menores, a diferencia de lo que aparentan, no se estructuran a partir de la legítima diferenciación jurídica entre adultos y no-adultos, sino en una radical separación de dos tipos de infancia: la que tiene sus derechos satisfechos debido a la protección familiar, y aquella que no los tiene. A los primeros no se les aplicarán las nuevas leyes, a los segundos, en cambio, se los protegerá y controlará su conducta a través de los mecanismos judiciales y administrativos creados por la Ley, que vienen a compensar las debilidades del sistema social y familiar.

El segundo principio del sistema tutelar de menores es la idea de que el Estado debía asumir una especie de “patria potestad estatal” respecto de los abandonados, irregulares o delincuentes, terminología que las leyes usan indistintamente para referirse a los denominados menores, es decir, la infancia pobre y marginal. Las leyes de menores tienen por objetivo constituir un poder de los adultos sobre los niños que reemplace el poder que las leyes civiles entregan a los padres y que éstos no ejercen por encontrarse inhabilitados “moral o socialmente”.

Es evidente que esta sustitución se ejercerá sobre los niños provenientes de las capas más pobres de la sociedad, y se transformará en un eficiente mecanismo de control que

desbordará los límites de las políticas de protección cruzando la frontera hacia sistemas punitivos de encierro y resocialización obligatoria.⁸

Se trató, en síntesis, de sustituir la autoridad patriarcal del padre, por la autoridad civil, representada preferentemente por el Juez de Menores, protagonista principal del nuevo sistema de tratamiento hacia la infancia que promovieron los Estados latinoamericanos desde comienzos del siglo XX.⁹

Un tercer principio que destacará de las legislaciones de menores es el de la confusión, e igual tratamiento, entre la infancia que se ve amenazada o dañada en su desarrollo y los niños, niñas y adolescentes que infringen las leyes penales y, más aún, entre estos últimos y aquellos que estaban en riesgo de hacerlo. Con este principio surgen necesidades nuevas como las de detectar y controlar al menor predelincente. Para realizar estas funciones ya no solo hay que hacerse cargo de los niños y niñas abandonados, sino también detectar a los que estén en peligro o sean "peligrosos".¹⁰

Las sociedades filantrópicas, que en un comienzo se habían hecho cargo de los niños y niñas abandonados, no podían dar cumplimiento a tan amplios objetivos, especialmente porque muchas veces se enfrentaban a la oposición de los padres que se negaban a entregar a sus niños a los reformatorios. Ante esto se hizo necesario constituir un complejo institucional conformado por la Justicia y las leyes de menores y un conjunto de establecimientos correccionales y organizaciones filantrópicas.

De este modo el llamado "complejo tutelar" se organizó como un sistema interconectado de intervenciones públicas y privadas, de control/represión (menores peligrosos) y asistencia (menores en peligro), con un marcado predominio de las competencias judiciales.

Sin embargo, estas competencias judiciales se organizaron de tal modo que tanto los conflictos tratados como los procedimientos utilizados poco tienen que ver con los que en derecho público se conoce como función jurisdiccional. Los tribunales de menores eran radicalmente diferentes de otros tribunales, incluso los especiales, y esta diferencia era justificada y defendida por los minoristas sobre la base de la existencia de un derecho adjetivo de menores de carácter autónomo.¹¹

⁸ Véase como ejemplo concreto de este fenómeno en un país de América Latina, Cillero, M., "Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia en Chile", en Pilotti, F. (comp.), *Infancia en riesgo y políticas sociales en Chile*, Montevideo, IIN, 1994.

⁹ Sobre las características y deficiencias del sistema tutelar de menores se han escrito numerosos estudios en América Latina. Véanse García Méndez, E., *Infancia de los derechos y la justicia*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998; Cillero, M., "Leyes de menores, sistema penal e instrumentos internacionales de derechos humanos", en Medina, C. y Mera, J. (comps.), *Sistema jurídico y derechos humanos*, Santiago, UDP, 1996. Para los Estados Unidos, véase Platt, A., *Los salvadores de los niños o la invención de la delincuencia*, México, Siglo XXI, 1977. Para Europa, véase Donzelot, J., *La policía de las familias*, Valencia, Pre-Textos, 1990.

¹⁰ Una excelente y documentada revisión de este paso en Francia en Donzelot, J., *La policía de las familias*, ob. cit., pp. 84 y ss.

¹¹ Una buena forma de acercarse a este punto es revisar los textos de los minoristas que defienden la especialidad del derecho procesal de menores. Véase Sajón, R., *Derecho de menores*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1995.

El último eslabón del sistema es que este complejo tutelar no solo reúne la competencia de control/represión y de protección sino que también desarrolla para estos casos un tratamiento unitario, es decir, aplica los mismos procedimientos y medidas.¹²

2.2. De la protección de menores a la protección de los Derechos del Niño

El sistema tutelar, brevemente reseñado más arriba "gubernó" sin contrapesos a la infancia pobre y sus familias durante gran parte del siglo XX en América y Europa. Sin embargo, su poder fue disminuyendo en Europa con el surgimiento del derecho penal juvenil que, si bien mantuvo en sus comienzos un énfasis peligrosista y resocializador, al menos contribuyó a separar las competencias asistenciales de las penales.¹³

En los Estados Unidos de América el sistema entró en crisis, durante la década del sesenta, a partir de diversos pronunciamientos de la Corte Suprema que decretaron la inconstitucionalidad del sistema de juzgamiento aplicable a los menores y exigieron el cumplimiento de las garantías del debido proceso en los juicios seguidos contra adolescentes infractores de ley penal.¹⁴

América Latina, en cambio, no siguió esta evolución y, por el contrario, se tendió a profundizar hasta entrados los años ochenta la aplicación legal, administrativa y jurisdiccional de la doctrina tutelar. Solo con la entrada en vigencia de la Convención, a comienzos de los noventa, se dio inicio a un proceso de cambios que hoy está en pleno desarrollo.

Este proceso de reforma legislativa se justifica por la radical oposición entre las doctrinas jurídicas, sociales y políticas que subyacen al sistema tutelar de menores y la doctrina de los derechos humanos que inspira a la Convención sobre los Derechos del Niño. Marcaré a continuación alguna de las diferencias más relevantes.

- La Convención establece derechos (de protección y libertades) cuyos titulares son todos los niños, niñas y adolescentes, y los obligados son los adultos (en especial los padres) y las autoridades. Las leyes de menores se dirigen a una parte de la infancia (los menores en situación irregular), establecen poderes-deberes de los padres y las autoridades públicas, así como sujeciones de los niños, y eventualmente de los padres, a la autoridad.
- La Convención es un instrumento de derechos humanos integral que busca superar todo tipo de discriminación de la infancia respecto de los adultos y de los niños en-

¹² Al respecto véase Couso, J., "Problemas teóricos y prácticos del principio de separación de medidas y programas entre la vía penal-juvenil y la vía de protección especial de derechos", en *De la tutela a la justicia*, Santiago, UNICEF-OPCIÓN, 1998.

¹³ Véase Albrecht, P., *Derecho penal de menores*, Barcelona, PPU, 1990.

¹⁴ Sobre este punto véanse Platt, A., *Los salvadores de los niños...*, ob. cit., y Cillero, M. y Madariaga, H., *Infancia, derecho y justicia. Situación de los Derechos del Niño en América Latina y la reforma legislativa en la década de los noventa*, Santiago, Facultad de Ciencias Sociales de la Universidad de Chile y UNICEF, 1999, pp. 50-56.

tre sí. Las leyes de menores no son un instrumento de derechos humanos y no tienen por finalidad la realización del principio de igualdad.

- La Convención se refiere al conjunto de la vida del niño y abarca todas las dimensiones de su vida personal, social y familiar. Las leyes de menores solo pretenden controlar ciertos conflictos de los menores en situación irregular.
- La Convención separa adecuadamente la atribución de consecuencias por infracciones a la ley penal de la protección de la amenaza o vulneración de derechos. Las leyes de menores confunden estas situaciones.

3. La aplicación de la Convención en América Latina

La ratificación de la Convención produjo distintos tipos de problemas a las sociedades latinoamericanas:

- conflictos entre leyes. La Convención entra en contradicción no solo con las leyes de menores, sino con un conjunto de otras normativas como las de familia y las que desarrollan derechos fundamentales (como acceso a la educación y la salud);
- necesidad de superar el paradigma de la incapacidad y reconocer jurídicamente a los niños como sujetos de derecho, dotados de cierta autonomía para ejercerlos¹⁵ y reclamar su cumplimiento;
- necesidad de superar la brecha entre derechos proclamados y realización de estos derechos, ya que la Convención estableció nuevos y más precisos estándares que resultan de cumplimiento obligatorio.

Se ha intentado resolver el primer problema por medio de la derogación de las leyes de menores y la promulgación de nuevas leyes sobre las materias que éstas regulaban; el segundo, avanzando en el reconocimiento de la infancia como una etapa de la ciudadanía, dotada de derechos civiles, políticos y sociales. Para superar la brecha entre derechos proclamados y su vigencia social, se han desarrollado complejos sistemas jurídicos garantistas y reemplazado el complejo tutelar por una red de políticas públicas y servicios sociales que pretenden asegurar el desarrollo integral de la infancia.

Como se ve, todas estas funciones han requerido para su puesta en práctica un intenso trabajo legislativo y su evaluación debería basarse en su idoneidad para dar efectividad a los derechos de los niños consagrados en la Convención. Para hacerlo debe considerarse a la Convención en toda sus dimensiones. A continuación ofreceré una

¹⁵ He postulado en otra parte que el niño está dotado de una "autonomía progresiva en el ejercicio de sus derechos". Véase Cillero, M., "Infancia, autonomía y derechos. Una cuestión de principios", en *Infancia*, Montevideo, IIN, 1998.

propuesta de categorías que deberían ser consideradas para evaluar a las leyes de Infancia que pretenden basarse en la Convención y haré, en cada caso, un análisis general de la forma en que están siendo satisfechas.

La necesidad de la reforma legislativa ha sido puesta en duda por aquellos que defienden la autoejecutabilidad de los tratados y su aplicación directa por los tribunales sin necesidad de una regulación por ley interna. Este argumento es especialmente fuerte en aquellos países, como Chile y la Argentina, en que la Convención sobre los Derechos del Niño ha sido incorporada al texto constitucional.

Creo que más allá de consideraciones teóricas sobre la interpretación de los tratados, argumentos de tipo pragmático recomiendan, sin negar el deber de los jueces de aplicar directa e interpretativamente las normas internacionales vigentes en el país, dictar normas legales internas que desarrollen los mecanismos de exigibilidad de los derechos contenidos en las Convenciones.¹⁶ Creo que éste es el mecanismo más efectivo para promover que el ejercicio de la jurisdicción tenga como objetivo la protección de los derechos fundamentales.

3.1. Niños, niñas y adolescentes son sujetos de derecho

Los niños son sujetos de derecho en el sentido de que como seres individuales tienen la titularidad de ellos. Los derechos del niño no son derechos de colectividades o grupos, sino derechos subjetivos imputados a ellos como personas humanas.

Este aspecto es importante en la consideración de la historia de los derechos humanos de los niños, ya que si bien los derechos de los niños han cobrado vida en la comunidad internacional junto a ciertos derechos de colectividades o grupos, los derechos del niño son derechos de primera y segunda generación. Queda, entonces, de manifiesto que el retraso histórico se ha debido a una discriminación arbitraria que ha impedido que los derechos del niño nacieran junto a los de todas las personas;¹⁷ sin embargo, si hemos de ser rigurosos, más bien se trata de una exclusión que no tiene su fuente en las declaraciones constitucionales o convencionales de derechos, ya que estos instrumentos no negaron el carácter de persona humana a los niños, sino en un defecto de su aplicación en el que no es inocente el derecho tutelar de menores.

Si los niños son los titulares de sus derechos, la Ley debe reconocerles mecanismos efectivos para ejercerlos: otorgarles libertad y protegerlos de todo obstáculo que perturbe el ejercicio legítimo de sus derechos. Sin embargo, la Convención va más allá de esto, y considerando justamente que los niños son sujetos en desarrollo se hace cargo

¹⁶ Sobre este punto véase Medina, C., "El derecho internacional de los derechos humanos", en Medina, C. y Mera, J. (comps.), *Sistema jurídico...*, *ob. cit.*

¹⁷ Véase Lafer, C., *La reconstrucción de los derechos humanos*, *ob. cit.*, pp. 152-153, sobre derechos individuales y colectivos o de grupo.

de dos problemas: la inmadurez psicológica y la necesidad de que los niños, niñas y adolescentes sean apoyados en el ejercicio de sus derechos.

Esto es, la Convención se hace cargo de la particularidad de la infancia y la adolescencia, les asigna el carácter de un sujeto jurídico especial y reconoce una "autonomía progresiva en el ejercicio de los derechos de acuerdo con la evolución de las facultades del niño" (art. 5), y establece un principio de garantía y prioridad de los derechos del niño con el principio de interés superior (art 3.1) y un deber especial de protección (art.3.2).¹⁸

La aplicación de esta categoría al ámbito de las reformas legislativas exige revisar el grado de autonomía que se le reconoce al niño al menos en las siguientes materias:

- superación del paradigma de la incapacidad;
- posibilidad de reclamar por sí mismo ante la Jurisdicción y la Administración por la amenaza o vulneración de sus derechos;
- posibilidad de oponerse a intervenciones judiciales o administrativas que tendrían como fundamento su bienestar;
- garantía del derecho a ser oído en juicio y a designar abogado;
- garantía del derecho a recurrir ante autoridades superiores;
- libertad de expresión;
- libertad de conciencia;
- libertad de asociación y reunión.

Probablemente éste sea uno de los mayores déficits de los movimientos de reforma legislativa en América Latina en cuanto a contener mecanismos eficaces de protección de estos derechos-libertades.

Es curioso que esto se produzca en un continente donde la Convención ha sido reconocida como un cambio de paradigma y cuyos mayores logros han sido promover la consideración de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho y como ciudadanos. Sin embargo, esto es explicable porque ésta es una zona del mundo donde el déficit de ciudadanía afecta a gran parte de la población.

Creo sin embargo que, salvo en algunos países, poco se ha hecho por superar el paradigma de la incapacidad, siendo tal vez el acto de mayor audacia el reconocimiento explícito que de la ciudadanía de la infancia ha hecho una reforma reciente de la Constitución del Ecuador.

Pero los problemas no guardan relación solo con la ciudadanía política, entendida como capacidad de participar de la articulación de las decisiones públicas que le afectan, que

¹⁸ Véase Cillero, M., "Infancia, autonomía y derechos...", *ob. cit.*

excede los derechos políticos de elegir y ser elegidos. El paradigma de la incapacidad tiene su más fuerte expresión en las normas civiles que, al negarles la “capacidad de obrar”, privan a su vez a los niños de la posibilidad de ejercer con cierta autonomía sus derechos, estableciendo las potestades de los padres como derechos absolutos.

La historia muestra, por ejemplo, que antes de la entrada en vigencia de los sistemas tutelares de menores, el Estado se restringía a ejecutar las órdenes de prisión de los niños decretadas por sus padres en los casos de malos comportamientos.

En la actualidad, en cambio, se observa una tendencia hacia considerar cada vez más a la minoría de edad no como un supuesto de incapacidad de actuar, sino como una limitación a la capacidad que se fundamenta en razones de protección de sus derechos de acuerdo con la Convención, y no solamente de su persona y bienes como se establecía anteriormente. Por ejemplo, en España, el desarrollo del derecho civil, incluso desde antes de la Convención, hace que cada vez sean menos los actos en que el padre *sustituya* la voluntad del hijo o incluso la *complemente*, y existen cada vez más actos en que los niños, especialmente los mayores de 12 o 14 años, actúan directamente.¹⁹

Esta situación es aún más clara respecto de muchos de los derechos contemplados en la Convención, como los de expresión y asociación, por ejemplo, o incluso los de educación y salud, que exigen un reconocimiento expreso de la capacidad de los niños y adolescentes para ejercerlos directamente y de las facultades de los padres para orientarlos, dirigirlos, complementarlos o, en casos excepcionales y atendiendo la evolución de sus facultades, sustituirlos en su ejercicio.

En relación con el reconocimiento de la autonomía del niño, niña y adolescente, las nuevas leyes dictadas en América Latina establecen el derecho del niño a ser oído, incluso en el caso que sean los propios padres los que solicitan la protección y se trate de programas ambulatorios o de internado.

Como un ejemplo positivo de la recepción de estas categorías tenemos el Proyecto de Código del Uruguay (actualmente en discusión parlamentaria), que ha establecido requisitos muy rigurosos para la aplicación en contra de la voluntad del niño o adolescente de sistemas de protección que impliquen la internación del niño, así como el derecho de los niños y adolescentes a acceder directamente a programas de protección integral de sus derechos.

En el ámbito del respeto a los deberes de protección habría que considerar:

- protección de la vida y salud;
- protección de su identidad;

¹⁹ Sobre esto véase Gete-Alonso, M.del C., La nueva normativa en capacidad de obrar de las personas, Madrid, Civitas, 1985, pp. 17 y ss.

- protección del derecho a la convivencia familiar y a no ser separado de ella sino por resolución judicial y en razón de su interés superior (casos de grave amenaza o daño a sus derechos);
- protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su vida privada, su familia, su domicilio, su correspondencia o ataques a su honra o reputación;
- protección contra malos tratos, físicos, psicológicos o atentados sexuales;
- protección contra sistemas de disciplina escolar incompatibles con la dignidad humana;
- protección contra la explotación económica y de todo trabajo nocivo para el desarrollo o que entorpezca la educación;
- protección contra el uso de estupefacientes y psicotrópicos;
- protección contra la explotación sexual;
- protección contra tratos o pena crueles, inhumanas o degradantes.

La mayoría de estas materias están tratadas, de un modo u otro, en las distintas reformas legislativas realizadas en América Latina;²⁰ sin embargo, los mecanismos de protección no siempre han sido eficaces. En general, es posible encontrar normas específicas sobre maltrato en casi todos los cuerpos legales dictados. Se observa también un avance importante en el reconocimiento del derecho a ser protegido de la explotación económica, y en las nuevas garantías para proteger a los niños de tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes en el ámbito penal.

Escaso desarrollo, en cambio, se observa en las áreas de protección de la vida privada y familiar, así como en el fortalecimiento de los derechos del niño ante el sistema escolar.

3.2. Aplicación del principio de no discriminación

Como ya se dijo, la Convención es un tratado contra una especie de discriminación, la de no considerar a los niños dentro de la categoría de las personas humanas. Por ello, el primer criterio ha de ser que se les deben reconocer a los niños, niñas y adolescentes todos los derechos que les corresponden a los adultos a no ser que exista un derecho fundamental específico de los niños que resultara más favorable. En este sentido habría que poner particular atención sobre los siguientes tipos de discriminación.

- Discriminación por la condición jurídica o socioeconómica de los padres así como por sus actividades, creencias y valores.

²⁰ Véase la excelente compilación de García Méndez, E. y Beloff, M. En cuadros sintéticos elaborados por los compiladores constan muchas de esta materias. Las referencias a los textos legislativos están hechos desde esta compilación.

- Discriminación por sexo. Especialmente en el sistema educativo y en la distribución de las funciones domésticas dentro de la familia.
- Discriminación en el acceso y la permanencia en el sistema educativo.
- Discriminación por razones de pertenencia a una etnia determinada.
- Discriminación por razón de discapacidad.

Una de las mayores discriminaciones que hay que superar en América Latina es un legado de la cultura minorista que tendió a dividir a las familias en hábiles e inhábiles, utilizando para dividirlos criterios sociales. Por ello, un dispositivo común a todas las nuevas legislaciones de infancia ha sido el recogido en el artículo 23 del Estatuto del Niño y del Adolescente del Brasil según el cual: *"La falta o carencia de recursos materiales no constituye motivo suficiente para la pérdida o suspensión de la patria potestad"*.

Esta disposición ha sido tomada por diversas legislaciones de América Latina y ha sido considerada como una de las ideas matrices para la elaboración de las nuevas leyes de la infancia.

Otro avance importante ha sido la reafirmación del principio de unidad de filiación y la Convención fue un argumento importante utilizado en Chile para abolir el estatuto filiativo que discriminaba entre hijos legítimos e ilegítimos.

Sin embargo, hay ámbitos completos, como la discriminación escolar o étnica, donde la Convención no ha logrado influir en la legislación y donde no existen mecanismos jurídicos adecuados para luchar contra estas discriminaciones, o peor aún, donde existen normas que amparan la discriminación especialmente en el ámbito del derecho a la educación.

3.3. Reconocimiento del derecho a la convivencia familiar y de relaciones familiares que consideran al niño como sujeto de derecho

Las relaciones de familia son una de las materias principales que aborda la Convención y uno de los puntos de intersección más claros con la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer. En este plano, deberían ser principios matrices de la legislación los siguientes:

- el niño tiene derecho a la convivencia familiar;
- las relaciones de familia se estructuran sobre derechos y responsabilidades recíprocos;
- la función de educación de los hijos tiene por finalidad su desarrollo y el ejercicio efectivo de sus derechos;
- el Estado debe apoyar a la familia –incluso materialmente– y tiene como límite de sus intervenciones los derechos de los padres y de los niños. Sin embargo, debe in-

tervenir en resguardo de los derechos de los niños, niñas y adolescentes como último recurso;

- se debe reconocer el principio de que ambos padres tienen iguales responsabilidades y derechos en la crianza y educación de los hijos.

Si bien algunos de los cuerpos legales relativos a los derechos de los niños han abordado estas materias, todavía se observa que hay una gran tarea pendiente en relación con el derecho civil y de familia. En este sentido, es posible observar que en países europeos, por ejemplo España, este tema ha sido abordado directamente desde el derecho civil al establecer nuevas definiciones de "las funciones parentales" y desarrollar nuevas instituciones civiles para los casos de desamparo.

En este sentido también ha sido importante la incorporación en América Latina de nuevas garantías para los procesos de adopción que impiden el tráfico de niños al exterior (por ejemplo, Paraguay) y otorgan una mayor protección a los derechos del adoptado (por ejemplo, Brasil y Chile).

3.4. Regulación de las facultades punitivas del Estado en relación con los niños, niñas y adolescentes

En América Latina, uno de los aportes más sustanciales de la Convención sobre los Derechos del Niño ha sido promover la creación de un nuevo sistema de juzgamiento y atribución de consecuencias a los adolescentes infractores de la ley penal. Este sistema se ha pretendido convertir en un límite efectivo a la extensión del poder punitivo hacia ámbitos no penales y ha permitido que los adolescentes tuviesen mecanismos jurídicos para oponerse a la pretensión punitivo/socioeducativa del Estado.

Las características principales que estos sistemas deberían considerar según la Convención y demás instrumentos que establecen los derechos de las personas ante el sistema penal, son:

- garantizar que ninguna persona menor de 18 años sea juzgada y sancionada como adulto;
- establecer una franja de responsabilidad especial cuyo límite superior sean los 18 años y que fije un límite inferior desde el cual se considerará que los niños no tienen capacidad de infringir las leyes penales;
- asegurar a todos los adolescentes un debido proceso a través de un sistema de justicia especializada, asegurando el derecho a la defensa. Asegurar la aplicación amplia del principio de oportunidad de la persecución, así como salidas alternativas durante el procedimiento;
- considerar la privación de libertad como un recurso excepcional y de corta duración, y establecer un conjunto de medidas alternativas.

En muchos países de América Latina se han instalado sistemas de responsabilidad de los adolescentes ante el sistema penal. La mayoría de ellos se han estructurado sobre la base de criterios garantísticos y preventivo-especiales, considerando las garantías sustanciales y procesales y a las sanciones como medidas socioeducativas. Como es obvio, el desarrollo de estos sistemas no ha producido iguales resultados en distintos lugares y su mejor o peor desempeño depende en gran parte del contexto jurídico-institucional.

Así, por ejemplo, en el caso de Chile, la inexistencia de un desarrollo institucional suficiente para implementar un sistema de enjuiciamiento acusatorio ha llevado al retraso de la tramitación de una ley de responsabilidad penal de los adolescentes,²¹ mientras que países como Ecuador reformaron su legislación a mediados de los noventa y hoy se encuentran preparando una segunda reforma que incluya el sistema acusatorio.

En general, en estas leyes se respeta el principio de una justicia especializada para las personas menores de 18 años. Esta garantía, en cambio, no es satisfecha estrictamente en Chile y la Argentina, países que aún mantienen el sistema tutelar y permiten, en determinadas circunstancias, la sanción de los adolescentes mayores de 16 años como adultos.

El Brasil y Costa Rica pueden ser considerados como dos sistemas interesantes de estudiar en esta área. En el Brasil, luego de 10 años de aplicación del Estatuto, es posible evaluar sus resultados y comprobar, entre otras cosas, que un mismo sistema jurídico tiene funcionamientos diferentes según el estado de que se trate. En los estados del Brasil en que la cultura garantista es más fuerte, como Santa Catarina, los resultados son diferentes de aquellos que todavía permanecen imbuidos de un espíritu paternalista o represivo.

Éste es un indicador claro de la necesidad de reforzar los mecanismos legales que consagran las garantías, en especial, los límites a la privación de libertad.

En el caso de Costa Rica estamos en presencia de un sistema de garantías muy bien construido y aplicado con los medios idóneos. Los resultados, a cinco años de su aplicación, muestran que el fenómeno de la delincuencia de los adolescentes ha podido ser controlado por el nuevo sistema sin necesidad de incurrir en sanciones drásticas y, en general, disminuyendo los niveles de aplicación de la privación de libertad.²²

3.5. Acceso a derechos sociales en condiciones de igualdad

La Convención es un instrumento dirigido a asegurar la vida, la supervivencia y el desarrollo de todos los niños. En este sentido, establece un conjunto de derechos que deben

²¹ El Ministerio de Justicia de Chile, que tiene preparado un Anteproyecto desde 1998, ha anunciado que el Proyecto será enviado antes de la finalización del año 2000.

²² Sobre la situación del Brasil y Costa Rica, véanse García Méndez, E., "Adolescentes y responsabilidad penal: los aportes de Costa Rica y Brasil", en *De la arbitrariedad a la justicia: adolescentes y responsabilidad penal en Costa Rica*, San José, UNICEF, 2000.

ser satisfechos en condiciones de igualdad para todos los niños, niñas y adolescentes. A continuación se listan los más importantes.

- Derecho al desarrollo y a un nivel de vida adecuado.
- Derecho de las familias a recibir apoyo del Estado en sus responsabilidades de crianza y educación.
- Derecho al más alto nivel posible de salud, al tratamiento de enfermedades y a la recuperación física y psicológica de los que han sido dañados en su salud.
- Derecho a la seguridad social.
- Acceso igualitario al sistema educativo. Enseñanza primaria obligatoria y gratuita.

Estos derechos de la Convención son complementarios a otros instrumentos de derechos humanos y, en general, se remiten a lo que ha dado en denominarse como derechos sociales.

Para analizar la vigencia de estos derechos, lo medular es revisar si en la legislación se establecen mecanismos genuinos que permitan a los niños, a sus padres, a agrupaciones de la sociedad civil o a organismos públicos de defensa de los derechos humanos hacer exigibles estos derechos. Aquí más que nunca se hacen vigentes las palabras de Bobbio que cité al comienzo de este artículo: el desafío presente no es fundamentar los derechos sino protegerlos integralmente.

Uno de los elementos que resulta fundamental a considerar es el vínculo existente entre derechos humanos y desarrollo humano, tema central de análisis en el Informe de Desarrollo Humano 2000 del Programa de las Naciones Unidas para el Desarrollo.²³ Las nuevas leyes sobre los derechos de la infancia han logrado construir algunos mecanismos novedosos para garantizar la exigibilidad de los derechos sociales de los niños. En este sentido destaca el entramado institucional participativo creado en el Brasil con diversos Consejos, el reconocimiento de las organizaciones no gubernamentales de defensa de los derechos de los niños y las acciones civiles de intereses difusos y colectivos.

Es evidente que en sociedades con un desarrollo relativo precario como las de América Latina y marcadas por profundas desigualdades, la creación de mecanismos de garantía del goce en condiciones de igualdad de los derechos sociales pasa por la construcción de mecanismos que fortalezcan la participación ciudadana y reconozcan la autonomía progresiva y la libertad de los niños, niñas y adolescentes en el ejercicio de sus derechos.

De este modo, se puede medir la ciudadanía social no por los niveles de bienestar que cada uno ostenta según un parámetro definido mediante algún cálculo de bienestar co-

²³ Sobre esto, véase especialmente la introducción y el capítulo I escrito por Amartya Sen, Informe sobre el desarrollo humano 2000, Nueva York, UNDP-UN, 2000.

lectivo, sino por los recursos que cada niño, niña y adolescente dispone y controla²⁴ para satisfacer sus derechos humanos fundamentales reconocidos por la Constitución y los Tratados Internacionales. Estos derechos han sido incorporados al ordenamiento jurídico como un acto de libre autodeterminación de los pueblos y de expresión de la voluntad de darle fuerza jurídica a los proclamados deseos de bienestar de la infancia.

4. Conclusión

Ciertamente, la realización de los derechos del niño es una tarea que llevará un largo plazo, y que requerirá del establecimiento de nuevos mecanismos de exigibilidad y protección jurisdiccional y administrativa. Asimismo será necesario avanzar hacia políticas públicas que aseguren el acceso universal e igualitario de los niños a la satisfacción de sus derechos sociales; también será necesario modificar profundamente la cultura de las relaciones familiares y, en general, la visión que la sociedad tiene acerca del rol y función de los niños, niñas y adolescentes en la convivencia social.

Estas metas que parecen tan ambiciosas y casi utópicas son, sin embargo, el desafío al que a veces algo desaprensivamente nos hemos comprometido al promulgar, promover y adherir –muchas veces con entusiasmo– los derechos de los niños. Tal vez sea necesario recordar ahora que si bien numéricamente los niños, niñas y adolescentes de América Latina no constituyen una inmensa mayoría, sí lo son en términos de su poder político, económico y social y que por ello necesitan más que otros sujetos el reconocimiento y la protección de sus derechos. En efecto, como señaló Ronald Dworkin al final de su famoso artículo en que nos convoca a tomarnos los derechos en serio: *“La institución de los derechos es [...] crucial porque representa la promesa que la mayoría hace a las minorías de que la dignidad y la igualdad de éstas serán respetadas”*.²⁵

²⁴ Esta formulación sigue a Dworkin, R., “¿Entran en conflicto la libertad y la igualdad?”, en Barker, P. (comp.), *Vivir como iguales*, Barcelona, Paidós, 2000, p. 64.

²⁵ Dworkin, R., *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1989, p. 303.

NULLA POENA SINE CULPA. UN LÍMITE NECESARIO AL CASTIGO PENAL¹

MIGUEL CILLERO BRUÑOL²

1. Introducción

David Garland, al terminar un amplio y elogiado estudio sociológico jurídico sobre el "castigo" en la sociedad moderna, concluye que:

pese al mito utilitario de la Ilustración de que el castigo puede producir resultados positivos y útiles –un mito que fue retomado y renovado por las ideologías rehabilitadoras del siglo XX–, el castigo parece más una tragedia que una comedia, por bien organizado que esté, y aunque se administre con la mayor humanidad, estará ineludiblemente marcado por la contradicción moral y la ironía, como cuando busca defender la libertad por medio de su privación, o condena la violencia privada utilizando la violencia autorizada por el público.³

En el actual estado de la reflexión hay un cierto consenso en que la única aspiración razonable frente al sistema penal es promover su reducción y controlar su expansión por medio de la estructuración de un completo sistema de garantías que lo limiten al máximo.⁴ Pero, quizá, lo decisivo para justificar la necesidad de establecer sistemas penales garantistas sea que ellos parecen ser un mal necesario para impedir la expansión informal del castigo.

Para reducir el campo de acción del sistema penal, se debe promover la descriminalización de todos los conflictos en que la reacción penal no es justificada o razonable. Para evitar su expansión, más allá de los límites definidos legalmente, hay que respetar estrictamente las garantías de legalidad, tipicidad, antijuridicidad y culpabilidad.

Estas reflexiones permiten sospechar de cualquier justificación del derecho de los adolescentes que reconozca la posibilidad de sanciones penales al margen de las garantías, basada en fines maximalistas, como la rehabilitación o la eficacia de la intimidación penal para el control del delito. Pero, asimismo, permiten sostener la esperanza en

¹ Publicados originariamente en García Méndez, Emilio (comp.), *Adolescentes y responsabilidad penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, octubre de 2001.

² Miguel Cillero Bruñol es abogado, profesor universitario y consultor de Área de Derechos del Niño, Oficina de Área para Argentina, Chile y Uruguay.

³ Garland, David, *Castigo y sociedad moderna*, México, Siglo XXI, 1999, p. 337.

⁴ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.

que la aplicación de sistemas penales de adolescentes permitirá limitar las distintas formas de castigo que se dan fuera del marco formal, de lo estrictamente penal, bajo el pretexto de la ayuda, la educación, el control social y la rehabilitación.

En este artículo sostengo la necesidad y conveniencia de desarrollar una reflexión jurídica sistemática sobre el derecho penal de adolescentes surgido en América Latina en la década pasada y, en particular, sobre la categoría de la culpabilidad como un requisito ineludible de un derecho penal de los adolescentes basado en una responsabilidad jurídica de hecho y no en una responsabilidad social de autor.

2. La transformación del derecho de adolescentes en el fin de siglo

En la última década del siglo XX se desarrollaron, en la mayor parte de América Latina, importantes debates e innovaciones en el ámbito de la política criminal y la legislación relativa a los adolescentes infractores. Como resultado de ese proceso, es posible observar que en diversos países de la región se han desmontado los antiguos sistemas tutelares y se han establecido, con dispares resultados, modelos orientados –aunque en algunos casos vagamente– por las ideas de la responsabilidad penal de los adolescentes y de reconocimiento de las garantías de los adolescentes ante la actividad punitiva del Estado.

Afianzamiento del principio de legalidad por sobre el de tutela de la irregularidad, y del juicio de responsabilidad por sobre el de peligrosidad, son dos elementos básicos que inspiraron estas reformas.

Como señala Mary Beloff,⁵ el desarrollo, en los años noventa, de los denominados sistemas penales de adolescentes en América Latina no se debió a un desarrollo de la dogmática penal, sino que, fundamentalmente, se desarrolló la acción del movimiento de defensa y promoción de los derechos de los niños, que cuestiona los modelos tutelares de raigambre positivista y propone una nueva forma de respuesta estatal frente a los delitos cometidos por adolescentes.

Los sistemas de responsabilidad penal de los adolescentes, término que me parece más apropiado que el de juvenil, son impulsados desde fuera del derecho penal, pero confluyen con movimientos político-criminales de carácter crítico y garantista que venían desarrollando nuevas propuestas para la limitación del poder punitivo del Estado.

Creo que es posible sostener que en este movimiento confluyen dos vertientes principales. Una, crítica, permite denunciar el profundo carácter vulnerador de los derechos

⁵ Beloff, Mary, "Los sistemas de responsabilidad penal juvenil", en García Méndez, Emilioy Beloff, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, 1ª ed., Santa Fe de Bogotá, Temis/Depalma, 1998, p. 78.

fundamentales de las legislaciones de menores. La otra, propositiva, asume el enfoque de los derechos humanos de los niños y adolescentes, y la necesidad de diseñar y ejecutar mecanismos que aseguren su protección efectiva.

Ambas corrientes se necesitaban para poder promover una reforma como la que se ha operado en América Latina. La crítica y la deslegitimación del sistema de menores no tenían la fuerza suficiente como para terminar con el sistema tutelar, ni menos, para proponer un sistema de reemplazo. Sin embargo, fue sobre esa crítica que se hizo posible levantar el llamado "paradigma" de la protección integral de los derechos de los niños, basado en la Convención sobre los Derechos del Niño y otros instrumentos internacionales.

En síntesis, se estructura una propuesta jurídica fundada en el reconocimiento de los niños y adolescentes como sujetos de derecho; un análisis crítico de la historia y los resultados concretos de los "sistemas de protección" de la infancia, y una adscripción al garantismo como un mecanismo de sustitución del principio de "tutela o tuitivo" que organizaba al derecho de menores.

Es esta confluencia de ideas la que favorece el movimiento de reforma, que encuentra en la obra de García Méndez⁶ probablemente la mejor síntesis: penalista crítico, defensa de los derechos humanos de los niños y adolescentes, y adhesión al garantismo penal.

A diferencia de otros momentos de la historia de las reformas jurídicas en materia de infancia, en este período no juegan un rol preponderante los enfoques humanitaristas (que de alguna forma son subsumidos por el movimiento en favor de los derechos humanos), ni los correccionalistas educativos, que tan importante rol jugaron en la instalación del modelo de protección a comienzos de siglo.

Por el revés de este movimiento de reforma, en una especie de tensión permanente, se encuentra siempre latente la articulación difusa de los defensores de la represión y del establecimiento de sistemas más duros e ilimitados de control punitivo. La prensa y los órganos de decisión política serán los espacios preferentes donde estas ideas ejercerán su influencia.

3. Orientación hacia el adolescente como sujeto responsable

Como dije, las leyes de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal surgen, en América Latina, como un sistema centrado en el sujeto que se estructura a partir de una nueva concepción de los niños y adolescentes, que se deriva directamente de la Convención sobre los Derechos del Niño.

⁶ García Méndez, Emilio, *Infancia de los derechos y la justicia*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998.

La base de la doctrina de la protección integral son los derechos de los niños y adolescentes ante el Estado, en lo relativo a sus derechos civiles, económicos, sociales, culturales y de participación. El reconocimiento explícito de derechos fundamentales configura un verdadero status jurídico propio de la infancia, que se constituirá en límite al poder punitivo del Estado.

Para remarcar el énfasis en el sujeto, creo preferible hablar de derecho penal de adolescentes –asumiendo la terminología de diversas legislaciones de la región, que siguen la línea iniciada por el Estatuto del Niño y Adolescente del Brasil de 1990–, en lugar de derecho penal juvenil, que se vincula a una tradición más europea, en concreto alemana.

En el derecho penal juvenil alemán, para la doctrina y la jurisprudencia dominantes, el componente distintivo del derecho penal de menores, respecto del de los adultos, es la finalidad de las sanciones que originan un “derecho penal educativo” e interpretado “tendencialmente no como derecho penal del hecho, sino como derecho penal de autor”.⁷

Su fundamento es utilitario y funcional a un mejor control social de las capas juveniles, asumiendo un enfoque de prevención especial; por otra parte, recoge una tendencia humanitaria de mayor benignidad hacia los adolescentes y jóvenes, que permite ampliar su aplicación más allá de los 18 años.

El derecho penal de adolescentes, surgido en América Latina, pareciera estructurarse en menor medida por las necesidades de control de la delincuencia juvenil. El elemento principal es el reconocimiento del adolescente como un sujeto distinto del adulto ante el derecho penal. El adolescente no es simplemente un no adulto, o un adulto en pequeño, es un sujeto diferente considerado en su peculiar condición social de sujeto en desarrollo y dotado de una autonomía jurídica y social en permanente evolución.

La idea central, como sostiene Bustos,⁸ es que toda persona es responsable, pero cada uno en niveles diferentes y de acuerdo con la configuración jurídica y social que se le reconoce. Con la entrada en vigencia de la Convención, cambia la configuración jurídica y social de la infancia respecto de la que anteriormente había predominado en la legislación de menores.

Los adolescentes no pueden ser simplemente equiparados ante el derecho penal con un enajenado mental, ni la supuesta tutela del Estado ejercerse al margen de los derechos del sujeto que se pretende proteger, por medio de medidas de protección o seguridad de carácter compulsivo fundadas en la supuesta peligrosidad del agente.

⁷ Albrecht, Peter A., “Respecto al futuro del derecho penal de menores”, en Bustos, Juan (dir.), *Un derecho penal del menor*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1992, p. 60.

⁸ Bustos, Juan, “Hacia la desmitificación de la facultad reformadora en el derecho de menores: por un derecho penal de menores”, en Bustos, Juan (dir.), *Un derecho penal del menor*, ob. cit., p. 5.

4. Conveniencia y necesidad de una reflexión sistemática sobre el derecho penal de adolescentes

Ciertamente, en este proceso de reforma, como ha sido tradicional en materias de infancia, la doctrina penal permaneció bastante ajena, motivo por el cual no se ha favorecido la construcción de una teoría jurídica que organizase el conocimiento y funcionamiento del sistema.

Sin embargo, para que las reformas tengan un buen desempeño, se requiere algo más que la adhesión político criminal a los principios del garantismo, es necesario avanzar hacia la estructuración de un sistema que garantice la aplicación igual del derecho en situaciones equivalentes, de modo que se asegure la igualdad de trato.⁹ Esta tarea, podemos convenir, exige –al menos– la aplicación al sistema penal de adolescentes de las categorías básicas de la dogmática jurídico-penal.

Si el derecho penal garantista tiene por propósito constituirse en un sistema que favorezca la “tutela del ciudadano ante el arbitrio público”,¹⁰ la dogmática penal cumple, precisamente, la función de:

garantizar los derechos fundamentales del individuo frente al poder arbitrario del Estado que, aunque se encauce dentro de unos límites, necesita del control y de la seguridad de esos límites. La dogmática jurídico-penal se presenta así como una consecuencia del principio de intervención legalizada del poder punitivo estatal, e igualmente, como una conquista irreversible del pensamiento democrático.¹¹

Una dogmática jurídico-penal relativa al sistema penal de adolescentes es una exigencia derivada, entonces, de la seguridad jurídica y sienta las bases de una aplicación más proporcionada y justa del derecho penal ante las diversas situaciones delictivas.¹²

No es ésta la ocasión para entrar a revisar los complejos problemas que enfrenta el pensamiento jurídico-penal para el desarrollo de una dogmática “abierta” que sea consistente, que no se encierre en sí misma y que sirva a los fines de garantía y seguridad jurídica.¹³ Aún me es más difícil pronunciarme sobre si es conveniente o necesario desarrollar una dogmática especial en materia penal de adolescentes, específicamente en lo relativo a la articulación de la teoría del delito.

Sin embargo, pese a las dificultades, quiero proponer en este artículo el análisis de una de las cuestiones que me parece crucial para el desarrollo del derecho penal de los

⁹ Silva Sánchez, Jesús, Aproximaciones al derecho penal contemporáneo, Barcelona, J. M. Bosch, 1992, p. 50.

¹⁰ Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón..., ob. cit., p. 21.

¹¹ Muñoz Conde, Francisco, Introducción al derecho penal, Barcelona, 1975, p. 136.

¹² Silva Sánchez, Jesús, Aproximaciones al derecho penal contemporáneo, ob. cit., p. 45.

¹³ Schönemann, Bernd, El sistema moderno de derecho penal, Madrid, Tecnos, 1991, p. 35.

adolescentes: la fundamentación de las sanciones del derecho penal de adolescentes en el hecho de que al sujeto le era exigible una conducta conforme a derecho.

Ferrajoli, en su notable defensa del garantismo, nos recuerda que el principio de culpabilidad es uno de los ejes para elaborar cualquier sistema penal no autoritario. Más allá de las discusiones doctrinarias sobre el contenido de la culpabilidad y su diferencia con la responsabilidad, aquí me interesa un asunto mucho más grueso: la idoneidad del principio de responsabilidad por el hecho como categoría limitadora del poder punitivo, del castigo.

El principio de que no hay pena sin responsabilidad debe ser capaz de absorber todas las manifestaciones penales, ya sean formales o informales. Este ideal, que el derecho penal ilustrado no consiguió plasmar especialmente en el campo de los adolescentes, tiene otra oportunidad de concretarse en la medida en que se asuma como uno de los cometidos del derecho penal de los adolescentes.

Creo que para cumplir este objetivo y favorecer la construcción sistemática del derecho penal de adolescentes, hay que responder la pregunta de si las consecuencias jurídicas que ellas contemplan son el resultado del reproche al autor por haber ejecutado una específica infracción a la ley penal cuando le era exigible otra conducta, o bien son solo medidas de seguridad o de educación, que se basan en la supuesta incapacidad y anormalidad del agente menor de edad.

El derecho penal de adolescentes, a diferencia del modelo tutelar, no solo tiene que justificar la irresponsabilidad del adolescente en relación con el derecho penal de adultos, sino que, además, debe realizar una positiva justificación jurídico-teórica de los requisitos de la exigibilidad de otra conducta al adolescente, para poder justificar la posibilidad de imponerle una sanción o "medida".

A su vez, debe desarrollar los requisitos necesarios en el ámbito procesal para que, en concreto, se le pueda imponer una consecuencia que resulte justificada, de acuerdo con las exigencias de un sistema de garantías aplicable a los adolescentes que, a lo menos, debe considerar las mismas de que gozan todos los ciudadanos.

Sin embargo, como es lógico, la causal que se establezca para descartar la aplicación a los adolescentes de la responsabilidad penal de adultos será fundamental para poder justificar la naturaleza del régimen jurídico que se les aplicará en sustitución.

5. Edad penal e imputabilidad

Al revisar la doctrina se encuentra que existen dos grandes teorías para justificar la falta de responsabilidad como adultos de las personas menores de edad. Las doctrinas de la imputabilidad en sentido estricto, que asimilan el menor al enajenado mental y fundan la exención en que el menor no tiene capacidad de culpabilidad por carecer de

plenas facultades de comprender lo ilícito y actuar según esa comprensión; y las doctrinas político-criminales, que consideran la edad penal como una barrera o frontera político criminal entre dos sistemas de respuesta ante el delito: el de adultos y el de personas menores de edad.

Los sistemas penales que consideran la edad penal como una barrera político criminal se dividen en dos grupos. Los llamados "modelos de protección"¹⁴ que declaran irresponsable al menor y le asignan una medida de seguridad o de protección; y los que aplican a la persona menor de edad un derecho penal especial de adolescentes o modelo de la responsabilidad, como el que estamos comentando, que contempla sanciones especiales y reconoce a los adolescentes una especial capacidad de culpabilidad.

La prueba más clara de que se está frente a un sistema que reconoce una especial capacidad de culpabilidad es que estos sistemas no solo fijan un límite superior en los 18 años, sino también un límite inferior, bajo el cual se presume la inexistencia de todo tipo de responsabilidad, con lo que dan cumplimiento a una norma expresa de la Convención sobre los Derechos del Niño (art.40.3 a).

Tanto los sistemas de discernimiento como los de protección han sido incapaces de absorber y controlar todo el poder punitivo del Estado. Niegan la culpabilidad, pero no renuncian a penar, aunque sea bajo el pretexto de proteger o educar. Esta situación ha sido muy estudiada para el derecho de menores, pero también se daba en los sistemas decimonónicos que establecían la inimputabilidad de los menores declarados sin discernimiento.

Los sistemas de incapacidad de culpabilidad primaron, durante el siglo XX, bajo la influencia de la llamada escuela clásica de derecho penal. Sus principios básicos eran la pena retributiva, el criterio de discernimiento para resolver sobre la capacidad de culpabilidad y la ausencia de consecuencias jurídicas del delito, entendido éste como hecho antijurídico, distinto de la pena retributiva. En consecuencia, en teoría, o se le puede imponer la pena retributiva al sujeto, por entenderse que es culpable, es decir, que tiene discernimiento, o no se le puede imponer ninguna otra consecuencia jurídico-penal.¹⁵

Sin embargo, esta afirmación no era tan efectiva. Es cierto que no se le imponía ninguna sanción jurídico penal formal, pero los niños y adolescentes declarados sin discernimiento podían ser objeto de severos castigos en razón de su protección, muchas veces en el ámbito de la disciplina familiar pero ejecutados en la órbita de la coactividad estatal.

Tanto en el sistema español como en el italiano existían sistemas de control sobre los niños y adolescentes declarados sin discernimiento, que claramente son constitutivos de castigos en un sentido material.

¹⁴ Giménez-Salinas Colomer, Esther, "La Justicia de Menores en el siglo XX: una gran incógnita", en *Un derecho penal del menor*, Santiago, Editorial Jurídica Conosur, 1992, p. 12.

¹⁵ Silva Sánchez, Jesús, *El nuevo Código Penal: cinco cuestiones fundamentales*, Barcelona, Bosch, 1997, p. 168.

El Código Penal español de 1870 señalaba que:

cuando el menor sea declarado irresponsable [...] será entregado a su familia con encargo de vigilarlo y educarlo. A falta de persona que se encargue de su vigilancia y educación, será llevado a un establecimiento de beneficencia destinado a la educación de huérfanos y desamparados, de donde no saldrá sino en el tiempo y las condiciones prescritas para los acogidos.

Pero no siempre el sistema de control y disciplinamiento aparece en las normas penales. Ferrajoli recuerda la evolución de las facultades de corrección paterna del Código Napoleón de 1806 que establecían entre otros “medios de corrección”, el poder del padre de hacer detener al hijo menor “durante el tiempo máximo de un mes, cuando tenga motivos muy graves de descontento por su conducta”. Si el hijo era menor de 16 años, el presidente del tribunal no podía juzgar, en modo alguno, la decisión del padre y debía ordenar su arresto.

La influencia del derecho napoleónico fue enorme, y Ferrajoli señala que el Código Civil italiano de 1940 “conservó un verdadero y auténtico poder punitivo doméstico, libre de toda forma de control o limitación”; el artículo 319 (tomado del Código Civil italiano de 1865) establecía que “el padre que no logra impedir la mala conducta del hijo puede confiarlo a una institución de corrección, con autorización del presidente del tribunal”. Estas normas rigieron hasta 1975.¹⁶

Disposiciones similares se encontraban, por ejemplo, en el Código Civil chileno (art. 233) y luego pasaron al derecho tutelar de menores, pero ya no como poder de los padres, sino como expresión de la potestad tutelar del Estado ejercida por el juez.¹⁷

El derecho penal clásico, al declarar formalmente la falta de culpabilidad, excluye a los niños y adolescentes de las garantías del derecho penal y los deja a merced del arbitrio del control disciplinario del “desorden o de la irregularidad” por sus padres o los encargados de su educación.

Las legislaciones de menores que se imponen a comienzos del siglo XX ahondan el problema, ya que, si bien limitan el poder de los padres, entregan ese poder discrecional a los jueces que ejercen, como señala la ley argentina de 1919, el patronato estatal sobre los menores abandonados. Es decir, les niegan las garantías del sistema penal y legitiman un sistema de sanciones para-penales,¹⁸ que incluye distintos tipos de encierro y castigo.

El llamado modelo de protección no es un sistema de responsabilidad, es simplemente la aplicación de lo que Ferrajoli llama “la idea antiliberal del delito como patología y

¹⁶ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, ob. cit., pp. 787 y 805.

¹⁷ Cillero, Miguel, “Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia en Chile”, en Pillotti, F. (coord.), *Infancia en riesgo social y políticas sociales en Chile*, Montevideo, Instituto Interamericano del Niño, 1994, p. 84.

¹⁸ Foucault, Michel, *La vida de los hombres infames*, Madrid, Ediciones de La Piqueta, 1990, p. 58.

la pena como tratamiento".¹⁹ Para este autor, la aplicación de "medidas de seguridad privativas de libertad, no menos aflictivas que las penas, a los menores declarados inimputables" representan "lesiones legales de las garantías".²⁰

Creo que no es necesario ahondar en las justificaciones de estas afirmaciones de Ferrajoli sobre el sistema tutelar de menores, que se encuentran suficientemente documentadas por la múltiple bibliografía existente al respecto.²¹

Sin embargo, siempre es conveniente recordar que el sistema de menores pretende prescindir de la garantía de la culpabilidad señalando que las medidas no son penas, no son un mal, sino un bien. Para justificar la ausencia de garantías se esgrimían argumentos como que "tratándose de niños a quienes no se va a imponer una pena, a hacer un mal, sino a tomar una medida de protección y tutela, a tomar una medida buena, no cabe exceso ni abuso. En el bien no hay exceso".²²

Las consecuencias de estas ideas en los procesos judiciales son devastadoras para cualquier intento de reconciliar el modelo de protección con el sistema de garantías. Jiménez de Asúa afirma que:

*debe abolirse toda solemnidad y publicidad en el proceso[...] como no se trata de una litis no hay intervención de abogados, no cabe aquello de que haya un defensor, o que exista un juez que oiga a ambas partes. Allí no hay más que un hombre que estudia a los menores y que trata de ayudarles [al que] debe darse el más amplio arbitrio para determinar la forma en que haga las investigaciones. [El juez] no va a investigar hechos, no va a dilucidar si el crimen se cometió en tal o cual forma, si existía esta o aquella otra causa de justificación, si habían circunstancias agravantes o atenuantes. Lo que va a hacer es estudiar la personalidad del menor.*²³

El sistema de menores, a partir de la negación formal del delito y de la pena, realiza una justificación ideológica de la legitimidad de las medidas de protección que se fundamenta en la peligrosidad y en la educación (readaptación social).

En concreto, tanto el modelo del discernimiento como el de la protección son funcionales a la incorporación de los adolescentes que infringen la ley penal en la categoría de los anormales,²⁴ y favorecen la creación de sistemas de consecuencias jurídicas concebidos como tratamientos compulsivos, en muchas ocasiones desarrollados en condiciones de privación de la libertad, de la vida familiar y de la vida social.

¹⁹ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, ob. cit., p. 270.

²⁰ Ibid, p. 712.

²¹ García Méndez, Emilio, *Infancia de los derechos y la justicia*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

²² Cuello Calón, Eugenio, *Tribunales para niños*, Madrid, 1917, p. 38.

²³ Jiménez de Asúa, Luis, *Cuestiones de derecho penal*, Quito, Talleres Gráficos Nacionales, 1953, p. 85.

²⁴ De Leo, Gaetano, *La justicia de menores*, Barcelona, Teide, 1985, p. 42.

Este resultado no es más que la consecuencia de la "disolución del principio de culpabilidad en el estéril debate entre libre albedrío y determinismo".²⁵ Su efecto en el ámbito político criminal es la ampliación antigarantista del control penal.

6. Conclusión

El Comité de Derechos Humanos en 1979, diez años antes de la Convención, abordó el problema de la aplicación de las garantías procesales al disponer que lo que determina la aplicabilidad de los derechos y garantías reconocidos a las personas frente al sistema penal no es el hecho de que el derecho interno lo reconozca como derecho penal, ni que éste califique las conductas como delictuales, sino las consecuencias que su aplicación pueda implicar para el interesado.²⁶

La Convención sobre los Derechos del Niño consagra para los adolescentes a los que se impute, acuse o declare culpables de infringir la ley penal, un sistema de responsabilidad por el acto, regido por el principio de legalidad y limitado por un conjunto de garantías muy estrictas entre las cuales destaca el principio de inocencia, que no puede ser satisfecho por ningún sistema de atribución de penas, al margen del principio de culpabilidad.

Asimismo, y como dije, exige el establecimiento de una edad, a partir de la cual se considerará que los niños no tienen capacidad de infringir la ley penal, con lo que implícitamente acepta la idea de capacidad de culpabilidad de los mayores de esa edad pero menores de 18 años (llamados adolescentes en América Latina).

Más allá de los argumentos que creo haber dado desde el punto de vista dogmático y político criminal, las normas y decisiones internacionales transcritas indican que es una obligación internacional reconocer el principio de culpabilidad en el sistema de derecho penal adolescente.

El desafío de la dogmática es construir una doctrina sobre la culpabilidad de los adolescentes que parta de las premisas de que el "derecho penal criminal o común ha sido configurado respecto a una conducta de los mayores y no de los menores",²⁷ y de que en el adolescente "el contenido de culpabilidad de su hecho es menor que el de un adulto".²⁸

En la aplicación de la primera premisa se tendrá que establecer la inaplicabilidad de las sanciones penales de los adultos a los niños y adolescentes menores de 18 años; por

²⁵ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón...*, ob. cit., pp. 492-494.

²⁶ O'Donnell, Daniel, *Protección internacional de los derechos humanos*, IIDH, Lima, 1989, p. 327.

²⁷ Bustos, Juan (dir.), *Un derecho penal del menor*, ob. cit., p. 5

²⁸ Welzel, Hans, *Derecho penal alemán*, 4ª ed., Santiago, Jurídica de Chile, 1997, p. 320.

la segunda, habrá que preguntarse cuáles son las condiciones necesarias que justifiquen una sanción penal de adolescentes porque les era exigible otra conducta.

Satisfacer el problema del contenido de la culpabilidad del adolescente es más complejo y exige una reflexión político criminal y dogmática profunda. He querido enunciarlo citando a Welzel para mostrar lo actual, y a su vez, antiguo de la pregunta, pero ciertamente la respuesta a esta cuestión dogmática habrá que buscarla en las más modernas reflexiones sobre la culpabilidad y la responsabilidad.

Defender la necesidad de que el derecho penal de los adolescentes se rija por el principio de culpabilidad es un paso necesario para construir sistemas penales mínimos, racionales y democráticos. Por el contrario, cualquier intento de construir garantías que ignore este principio, creo que está destinado al fracaso.

¿DISTINTAS LECTURAS DEL ARTÍCULO 40 DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO?¹

*(Contribución a un intento por acotar los límites de la discusión
sobre justicia juvenil sobre la base de una interpretación adecuada
de los instrumentos internacionales pertinentes)*

JULIO CORTÉS MORALES²

Introducción

Estas reflexiones surgen del estado actual del debate en Chile acerca de la redefinición de la respuesta estatal frente a los infractores de la ley penal menores de 18 años de edad. Este debate parece mediáticamente reducido a dos expresiones, penalizadores versus rehabilitadores, entendiéndose que los primeros serían aquellos que apoyan el anteproyecto de ley de responsabilidad adolescente por infracciones a la ley penal (percibido de forma generalizada como una iniciativa que en lo esencial “rebaja” la edad de imputabilidad a los 14 años), mientras los segundos preferirían seguir moviéndose dentro de una perspectiva tutelar, planteándose en el mejor de los casos algunas reformas menores a la legislación minoril actualmente vigente. En la realidad la variedad de posturas es bastante más compleja, sin negar que por cierto es posible encontrar a verdaderos partidarios de una penalización pura y dura, como también a partidarios de seguir refiriéndose a las penas hoy existentes como “medidas de protección”, perpetuando el fraude de etiquetas *ad aeternum*.

Dado que es bastante mal visto pronunciarse en contra de la Convención sobre los Derechos del Niño o en contra de la llamada “doctrina de la protección integral”, desde ambos campos se levantan opiniones que fundamentan su posición en los cuatro principales instrumentos internacionales referidos a infancia, señalando que no existe una única lectura válida de los mismos y que, en particular, la Convención deja muchos temas abiertos a la interpretación.

La intención de este breve artículo es tratar de dilucidar lo que tiene de verdadero tal afirmación, pero también lo que tiene de falso. Asumimos que para una discusión adecuada del tema es necesario estar relativamente familiarizado con la crítica al sistema

¹ Registro N° 1465.4, Cámara Nacional de Casación Penal, 9 de septiembre de 1998, tomada de “Materiales de trabajo para los análisis de casos”, Segundo Curso de Especialización en Protección Jurisdiccional de los Derechos del Niño, UNICEF/Universidad de Buenos Aires, 1999.

² Julio Cortés Morales (1971) es abogado, Universidad de Chile. Miembro del Área Jurídica y de Políticas Públicas de Corporación OPCION, Chile, organismo colaborador del Servicio Nacional de Menores.

tutelar de menores –crítica que supondremos conocida por el lector– y, asimismo, con los elementos básicos de la interpretación jurídica en general y de tratados internacionales para la protección de derechos humanos en particular.

1.

Si bien suele señalarse que la “Doctrina de Protección Integral” está contenida fundamentalmente en cuatro instrumentos internacionales generados por las Naciones Unidas (Convención sobre los Derechos del Niño, Reglas de Beijing, Reglas mínimas para la protección de menores privados de libertad, Directrices de Riad), ha sido precisamente una labor hermenéutica con base en tales instrumentos, en el derecho internacional de los derechos humanos y en la crítica al funcionamiento real y los supuestos doctrinarios de los sistemas de justicia de menores, lo que ha permitido estructurar en el medio latinoamericano lo que se considera un nuevo modelo, llamado de la protección integral de derechos (en otras latitudes la diferencia de modelos se presenta como una pugna entre el enfoque tradicional sobre el bienestar de los niños y un enfoque post Convención que sería el enfoque de derechos del niño).

Respecto de instrumentos que contienen normas jurídicas, estimamos que siempre habrá un margen importante para la interpretación y diferencias de interpretación en distintos niveles de intensidad. Las normas contenidas en estos cuatro instrumentos principales no son una excepción. Pero lo anterior no puede hacernos concluir que el contenido de estas normas es completamente vago y que en virtud de ello cualquier lectura o interpretación de estos instrumentos es correcta o que tiene la misma validez que cualquier otra. En primer lugar, al igual que en el resto del ordenamiento jurídico, el mandato normativo puede estar expresado de forma más o menos clara, dejando mayor o menor margen a la interpretación. En segundo lugar, existen principios y reglas generales de interpretación jurídica, que en el caso de estos instrumentos son especificadas además por su carácter de instrumentos internacionales de derechos humanos.

Un ejemplo de norma con contenido vago o difuso en el interior de la Convención es la alusión al interés superior del niño, que no es definido ni se señala cómo debe ser determinado en cada caso, por lo cual en gran medida su contenido y determinación quedan entregados a la labor del intérprete. Pero incluso en este caso es indiscutible que la argumentación del intérprete debe respetar el contexto en que se inserta el principio del interés superior, que es el reconocimiento expreso de un catálogo de derechos, que deben ser tenidos en cuenta en su integralidad e interdependencia.

En otras disposiciones su formulación es lo suficientemente clara como para no permitir lecturas diversas acerca de su contenido, por ejemplo, en la prohibición de la pena de muerte respecto de menores de 18 años que contiene en el artículo 37a) de la Convención.

Dentro de ese mismo artículo se consagra otra prohibición que, dados los términos en que aparece redactada, ya ha generado diferencias realmente importantes de interpretación. La Convención señala que “no se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad”. Respecto de lo primero –pena capital– vale la pena comentar que el mandato es tan claro que se estima que constituye una de las razones por las que los Estados Unidos no han ratificado la Convención: sería imposible que la interpreten de una manera que valide su práctica de ejecutar a personas por delitos cometidos siendo menores de 18 años de edad. En cuanto a lo segundo, la desafortunada expresión “sin posibilidad de excarcelación” ya fue interpretada por un ministro de la Cámara Nacional de Casación Penal de la Argentina en el sentido de que era perfectamente coherente con la Convención (que en la Argentina se incorporó expresamente en la Constitución como uno de los instrumentos internacionales que goza de rango constitucional) condenar a niños a prisión perpetua, porque la legislación interna permite al condenado solicitar la excarcelación una vez cumplidos veinte años de condena. En esa ocasión se señaló:

teniendo en cuenta que [el condenado] podría en el futuro hacerse acreedor a la aplicación del precitado instituto [excarcelación], entiendo que no nos encontramos frente a la pena de por vida con imposibilidad de excarcelación que proscribe el art. 37, inc.A, de la Convención de los Derechos del Niño; por ello estimo que la pena prevista en el artículo 80, inc.7º, del Código Penal no es contraria a los altos principios que animan esa Convención y por ende a nuestra Constitución Nacional.

Frente a esta interpretación, podemos asumir que es una de las posibles lecturas de un aspecto de la Convención “abierto a la interpretación de los Estados”. O podemos denunciarla como una decisión abiertamente errónea que contraviene al propio artículo 37 en cuanto señala que la privación de libertad debe utilizarse “tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”, y que únicamente pudo basarse en una interpretación que no se ajusta a la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados (la que en su artículo 31 señala claramente que estos deben interpretarse de buena fe y teniendo en cuenta su objeto y fin).

Teniendo en cuenta la importancia que cobra en la materia que nos ocupa una interpretación sistemática, armónica y dinámica, hemos señalado en otras oportunidades que algunos criterios básicos en este terreno serían los siguientes:

- la finalidad de estas normas (referidas a derechos del niño) es la protección de estos derechos;
- estos derechos deben ser considerados siempre en su integralidad e interdependencia, no aisladamente;
- ante dudas en la interpretación, debemos inclinarnos siempre por la opción que implique una menor vulneración de los derechos involucrados;

- las restricciones o limitaciones de derechos deben interpretarse restrictivamente, tanto en su intensidad como en su temporalidad;
- en comparación a una situación similar en que se encontrare involucrado un adulto, no puede el niño ser sujeto a un trato más desventajoso;
- a medida que aumenta la edad aumenta el grado de autonomía y el poder de auto-determinación del niño frente a su propia vida (disminuyendo de manera equivalente el poder del mundo adulto para imponer decisiones heterónomas).

2.

Entrando derechamente en la materia que nos ocupa, la justicia juvenil, es necesario abordar correctamente la interpretación del artículo 40 de la Convención (sin dejar de lado en ningún momento su relación indisoluble con el resto del contenido de la Convención). A estos efectos, sin intención de negar o menospreciar la importancia de las palabras que se emplean, entenderemos por "sistema de justicia juvenil", "sistema de responsabilidad juvenil", "sistema de responsabilidad adolescente", "sistema de responsabilidad penal juvenil (o adolescente)", etc., un sistema de respuesta formal a la infracción de ley penal cometida por personas menores de 18 años que se ajuste a las normas contenidas principalmente en el artículo 40 de la Convención. Su característica "penal" obedece a que se trata de infracciones de esa naturaleza, a las que se responde con consecuencias jurídicas que importan en mayor o menor medida una eventual restricción o privación de derechos. No es "penal" en el sentido del derecho penal aplicable a los adultos, se trata de un sistema especial.

Interesa, entonces, revisar el contenido de este artículo, e identificar los aspectos no suficientemente claros tratando de arribar a la interpretación correcta.

En el número 1 del artículo 40 la Convención señala una finalidad en el trato del Estado hacia los niños imputados, acusados o declarados culpables de haber infringido las leyes penales. Esa obligación de los Estados, es un derecho de los niños 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 tenga 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.

En el número 2, se especifican respecto de los niños que se encuentren en estas situaciones algunas garantías de fondo y procesales, con el propósito de asegurar la finalidad señalada en el número 1, y teniendo en cuenta las disposiciones pertinentes de otros instrumentos internacionales –es decir, no se trata de una enumeración cerrada (y esto se relaciona con una concepción amplia de protección integral de derechos, res-

paldada además por el artículo 41, que nos lleva a propender siempre al mayor grado de protección alcanzable, incluso recurriendo a otros instrumentos y leyes aplicables a cada situación)–. Entre las garantías que se señalan encontramos la de tipicidad, presunción de inocencia, notificación de los cargos, resolución jurisdiccional, revisión de la medida por un órgano judicial superior, asistencia jurídica, etcétera.

El número 3 se refiere a las obligaciones del Estado tendientes a establecer un sistema específico (leyes, procedimientos, autoridades e instituciones) para conocer de estas situaciones. Especifica dos obligaciones en particular, que cabe analizar detalladamente.

La primera (40.3.a) es “el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales”. Estos niños se encuentran en un supuesto diferente que los otros niños a los que en varias ocasiones el texto del artículo 40 se refiere como aquellos “de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpable de haber infringido esas leyes”. En este caso se trata de niños que, interpretando en contrario, sí tienen capacidad para infringir las leyes penales. Respecto de ellos, se establece su derecho a un tratamiento específico y garantista. Por el contrario, respecto de los que no tienen capacidad para infringir las leyes penales, habría que concluir que no pueden ser imputados, acusados ni declarados culpables de infracciones penales, o sea, no corresponde ninguna respuesta estatal que persiga las consecuencias jurídicas de la conducta infraccional. Esa edad constituye, entonces, el límite inferior a partir del cual los niños pueden ingresar a este sistema específico cuyo límite superior son los 18 años de edad. En razón de esta norma es que se ha procedido en otros países a fijar límites de edad que fluctúan en general entre los 12 y los 14 años, y entre esa edad y los 18 se establece la categoría de “adolescentes”, para diferenciarla de los niños que por tener una edad inferior no pueden ser tratados de acuerdo a este sistema. No se trata, como se afirma a veces al calor de estos debates, de una “franja arbitraria de edad”, puesto que la propia Convención señala la obligación de fijarla.

La segunda medida u obligación estatal (40.3.b) consiste en (“siempre que sea apropiado y deseable”) “la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, respetando plenamente los derechos humanos y las garantías legales”. Entendemos que por “esos niños” se refiere a los que se señalan en el encabezado, es decir, niños que están sobre la edad mínima a partir de la cual pueden ser imputados, acusados y declarados culpables de infringir las leyes penales. Y entendemos que en esta disposición se encuentra uno de los elementos centrales en que se debe expresar la “especificidad” del sistema de respuesta estatal frente a las infracciones cometidas por esos niños: la flexibilidad para no entrar al –o para poder salir del– circuito judicial de respuesta, en aras de soluciones de otro tipo (por ejemplo de tipo conciliatorio). De cualquier manera, dado que la gama de medidas extrajudiciales adoptables puede incluir algunas que tengan un cierto contenido restrictivo de la libertad u otros derechos de los niños, en su aplicación deben respetarse también las garantías

legales. (El tema que aquí se esboza es bastante complejo y merece ser tratado más detalladamente, pero basta señalar los problemas que se plantearían, por ejemplo, ante la posibilidad de que se adoptasen este tipo de medidas sin comprobar la participación en hechos punibles, no respetando la presunción de inocencia, con el consentimiento negociado y no enteramente libre de jóvenes que buscan evitar un juicio de duración y resultados inciertos.)

Finalizando la revisión de este artículo, nos encontramos en el número 4 con la obligación del Estado de disponer de diversas medidas y posibilidades de 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". Se señalan como ejemplo de medidas las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional. En relación con el artículo 37 vemos que el mandato de la Convención prohíbe la pena capital y la de prisión perpetua, y considera la privación de libertad como medida de último recurso y por el período más breve que proceda.

3.

Lo señalado en el punto anterior corresponde, a nuestro juicio, a la lectura correcta del artículo 40 de la Convención. En la concreción de esos mandatos a las realidades de cada país habrá necesariamente lugar para la expresión de diferentes posturas, para distintos énfasis, diversas soluciones, mayor o menor grado de creatividad, etc.: todos ellos legítimos y atendibles en la medida que se basen en lo anterior. Mientras más participativo sea el proceso de adecuación es más probable que el resultado sea un sistema de justicia juvenil que, además de "justo", sea ampliamente comprendido, socializado y que cuente con la adhesión de quienes operan en el sistema y también de la población del país. (Lamentablemente, éste no ha sido siempre el caso en nuestros países.)

En esta fase de definiciones entran en juego distintas posturas y criterios que, con base en el artículo 40, determinarán en definitiva las características del sistema de justicia juvenil que finalmente se estructure. Dentro de este margen para las diferencias, se puede tender a un modelo más o menos judicializado, más o menos garantista, con mayores o menores grados de especificidad en relación con el sistema penal de adultos. Y precisamente es en este momento que el riesgo de adaptación meramente retórica o de tergiversación de los mandatos de la Convención puede producirse. En el contexto chileno este riesgo es particularmente grave, en atención al endurecimiento punitivo perseguido por las corrientes político-criminales dominantes. Por eso mismo, creemos que entre quienes no estamos dispuestos a permitir un mayor grado de violencia punitiva desde el Estado hacia los niños que el que ya existe (y que opera en la invisibilidad que emana de su supuesta finalidad protectora) es imprescindible superar las dife-

rencias falsas y discutir sinceramente las verdaderas, evitando la caricaturización de la postura contraria y consensuando por lo menos un marco conceptual que nos permita entendernos.

De esta manera, se hace evidente que no es adecuado seguir escandalizándose frente a la posibilidad de “penalización” de los niños a la vez que se mantiene en la invisibilidad la penalización que de manera disfrazada e hipócrita, y no por ello menos violenta, opera hoy en día con base en el sistema tutelar de menores. Por otra parte, tampoco es correcto actuar en esta materia con una fe ciega en que construir algo que se llame “sistema de responsabilidad juvenil” constituye necesariamente una adecuación sustancial a los mandatos de la Convención, adecuación que de una manera casi mágica quedaría a salvo de las tendencias que buscan endurecer el trato hacia la infancia infractora en el contexto de una “guerra” a la delincuencia que nos recuerda que el fundamentalismo no es un fenómeno exclusivo de otras culturas.

En conclusión, debe existir en el debate una comprensión clara de dos niveles de análisis. Por una parte, el “ser”, lo que tenemos actualmente regulado e implementado cotidianamente hacia los niños infractores y la manera en que vulnera sistemáticamente los derechos de los niños, a la vez que se muestra contraproducente a efectos de una política de prevención de la delincuencia. Y en el segundo nivel, el “deber ser” planteado en la Convención (con el complemento fundamental de las Directrices de Riad). Solo a través de una profunda socialización de estos contenidos será posible que la redefinición de la respuesta estatal frente a las infracciones a la ley penal cometidas por personas menores de 18 años de edad, en este complicado contexto de las campañas de ley y orden, constituya una adecuación de fondo a lo que plantean los instrumentos de protección de los derechos humanos de la infancia. La medida en que esta adecuación sirva para disminuir los niveles de violencia en la sociedad (tanto la violencia delictiva como la punitiva, que no por ser legítima deja de ser violencia) dependerá de la forma en que se enfrente por medio de políticas públicas diferentes de la política criminal la compleja problemática social que se encuentra en la base de las manifestaciones de violencia. Respecto de esto último, creemos que se cuenta con elementos valiosos para abordar el problema si se adopta una concepción integral de los derechos humanos comprometida en la superación de los obstáculos estructurales y epistemológicos (por emplear los términos de Eduardo Barcesat) que impiden su efectivización.

LA DIMENSIÓN POLÍTICA DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LOS ADOLESCENTES EN AMÉRICA LATINA: NOTAS PARA LA CONSTRUCCIÓN DE UNA MODESTA UTOPIA¹

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ²

La experiencia directa no había funcionado: tenía que resignarme a la erudición. Así va el mundo: la cosa parece próxima, inmediata, pero hay que dar un rodeo largo para llegar a rozarla, siquiera fugazmente, con la yema de los dedos. Nada de lo que nos interesa verdaderamente nos es directamente accesible [...]. El pasado más remoto, la puesta de sol que estamos viendo o la naturaleza exacta de la punta de nuestra lengua, solo tienen algún sentido o por lo menos alguna descripción plausible en algún capítulo o en algún volumen de una interminable biblioteca. Atrincherarse en lo empírico no aumenta el conocimiento, sino la ignorancia.

El río sin orillas, Juan José Saer

1. Infancia, violencia y mediación: perspectivas de análisis

La violencia y la inseguridad urbana atribuida a los jóvenes³ aparecen como un problema central de nuestro tiempo. No existe encuesta de opinión en que la cuestión no surja como preocupación social prioritaria, solo relegada, a veces, a un segundo lugar por el tema de la falta de empleo. Un problema diverso lo constituye la correspondencia o no de dicha percepción social con la realidad. Ello ocurre, en buena medida, porque allí donde imperan leyes de menores pseudotutelares basadas en la doctrina de la situa-

¹ Publicado originariamente en García Méndez, Emilio (comp.), *Adolescentes y responsabilidad penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, octubre de 2001.

² Emilio García Méndez es abogado egresado de la Universidad de Buenos Aires, Doctor en Derecho por la Universidad de Saarland (PHD) –Alemania– y fue Asesor regional del Área Derechos del Niño de la Oficina Regional de UNICEF para América Latina y El Caribe. Actualmente es consultor de UNICEF.

³ No ignoro el carácter problemático que encierra el concepto de juventud, ambiguo, elástico e indefinido como pocos. En este contexto, por un lado recojo la expresión "juventud" dado su uso intenso y popularizado; por el otro, sin embargo, aclaro que la utilizo aquí como sinónimo de adolescencia, definida jurídicamente por las nuevas leyes latinoamericanas de responsabilidad penal, de los 12 o 14 años hasta los 18 años incompletos. Sobre la importante pero casi desconocida diferencia entre el derecho penal juvenil de matriz europea y el derecho de responsabilidad penal de los adolescentes de matriz latinoamericana, remito al excelente trabajo de Miguel Cillero publicado en este volumen, "Nulla poena sine culpa. Un límite necesario al castigo penal".

ción irregular,⁴ que no distinguen las infracciones a la ley penal en sentido estricto de otros comportamientos sociales, es la propia ley la que se constituye en la causa más significativa de la indeterminación cuantitativa del problema.

Pero en vez de convertir a la indeterminación cuantitativa en un problema prioritario a resolver (recuérdese que muchos países de la región desconocen hasta el número de los menores de edad privados de libertad), con frecuencia la ignorancia o la mala fe acaban inventando su propia dimensión cuantitativa. Precisamente es de este modo que el tema se configura como una sucesión de paradojas, que comienza con una alta alarma social pero de dimensión y contornos indefinidos.

Como consecuencia de su importancia (real o construida, lo que a veces resulta indiferente, ya que, como lo señalara el sociólogo americano W. I. Thomas, es suficiente que un problema sea definido como real para que sus consecuencias sean reales), el tema se ha convertido en objeto de estudio y preocupación desde ámbitos y perspectivas diversos.

Para comenzar, los medios de comunicación –con diferentes niveles de ligereza y superficialidad– lo han incorporado definitivamente a su elenco estable de temas tratados. Aquí, sin embargo, su “status” oscila entre las páginas policiales y las secciones de hechos cotidianos; jamás hay un vínculo con los problemas grandes de la política y la democracia.

La academia, por su parte, muy poco se ha ocupado de estas cuestiones, y cuando alguna vez lo hizo, fue oscilando entre los tradicionales enfoques psicologistas y ontológicos, que poco o nada contribuyen al conocimiento real del tema, y los “novedosos” enfoques socioeconómicos, para los cuales la pobreza constituye una clave universal, no solo de explicación, sino además de legitimidad de la inacción. El “alibi estructural” para explicar el fenómeno, y de paso reiterar la imposibilidad o inutilidad de cualquier intervención que se mueva contra los condicionantes materiales y la inercia de las cosas. Por último, un tercer enfoque parece surgir de aquellos que poseen como común denominador algún tipo de interés corporativo inmediato en el tema. En este caso, la visión predominante parece concentrarse tanto en la ignorancia activa del marco jurídico-institucional como en la propuesta exclusiva y excluyente de políticas y programas de prevención general, lo que muchas veces constituye un eufemismo para solicitar por vía indirecta un aumento de los recursos –forma nada sutil de aumento del poder burocrático– para el “combate” del problema.

Para decirlo en otras palabras, desde un punto de vista epistemológico, la reacción social, en general, y la respuesta jurídico-institucional, en particular, al problema de la

⁴ Sobre la doctrina de la “situación irregular”, soporte ideológico de las prácticas pseudotutelares discrecionales en relación con la infancia pobre (los “menores”), cf. García Méndez, Emilio, en *Infancia. De los derechos y de la justicia*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1998, en especial pp. 57-70.

violencia juvenil y la inseguridad urbana no logran constituirse ni en noticia ni en hipótesis de estudio, ni mucho menos en motivo de reflexión política sobre el carácter absolutamente inapropiado del marco jurídico o del funcionamiento deplorable de muchas instituciones.

El presente análisis, modesto y exploratorio, pretende considerar el tema desde una perspectiva diversa. Desde el punto de vista epistemológico, un fuerte énfasis en un enfoque que podríamos denominar social-constructivista, y para el cual la realidad no es un dato dado, sino el resultado de una construcción social, sustituye de plano a un enfoque ontológico (psicologista o sociologista) para el cual las respuestas jurídicas o institucionales a la "delincuencia juvenil" son un dato menor o ignorable, comparadas, por ejemplo, con las pulsiones de los jóvenes o su ubicación en la escala social.

Para el presente análisis, dos premisas resultan centrales: *a)* la necesidad de incluir todas las reacciones y respuestas al fenómeno, como un elemento coconstitutivo del mismo, y *b)* la necesidad de considerar con cierto detenimiento el tipo de vínculo de este tema con algunos problemas mayores de la política y la democracia.

Si el primer punto se refiere a la perspectiva epistemológica adoptada, el segundo se vincula a la posibilidad de, por medio del estudio específico de este tema, explorar ulteriormente el vínculo entre infancia y democracia.

Se entiende aquí que el concepto de infancia, en el sentido de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), incluye a todos los seres humanos que no han alcanzado los 18 años. En América Latina y a varios efectos además de la responsabilidad penal (trabajo, participación, salud sexual y reproductiva), las nuevas legislaciones recogen una diferencia, que el sentido común y la psicología evolutiva hace tiempo reconocen: esto es, la distinción entre niños (en general hasta los 12 o 14 años) y adolescentes hasta los 18 años incompletos. Es obvio que el tema de la violencia juvenil y la inseguridad urbana involucra de hecho, y en este caso también de derecho, casi exclusivamente a la categoría de los adolescentes.⁵

Un aspecto ulterior poco o nada abordado y que solo pretendo mencionar rápidamente aquí, por su impacto indirecto sobre el tema central que nos ocupa, se refiere al problema de las formas de participación de los niños y los adolescentes, o lo que es lo mismo desde otra perspectiva, a las formas de mediación por parte de los adultos. Antes que nada es necesario decir que la mediación no es un problema exclusivo de la infancia. En todo movimiento político o social existen formas diversas de mediación (piénsese, por ejemplo, en la actividad de los políticos profesionales o de los miembros a tiempo completo de organismos no gubernamentales). Tal vez lo realmente típico de la mediación,

⁵ De hecho las infracciones graves a la ley penal cometidas por menores de 14 años resultan irrelevantes desde el punto de vista estadístico. De derecho, los sistemas de responsabilidad penal de adolescentes vigentes en América Latina excluyen de sus disposiciones a la categoría de los niños.

en el caso de los diversos tipos de movimientos por la infancia, se deje sintetizar en dos puntos centrales: *a)* la mediación se realiza prácticamente en forma exclusiva por una categoría social diversa (los adultos) a la categoría social representada (niños y adolescentes), y *b)* los riesgos de manipulación, sobre todo tratándose de niños de corta edad, son, de hecho, enormes.⁶ Tanto es así que una parte de los movimientos de participación infantil, dirigidos supuestamente a superar el problema de la mediación, han concluido en groseras formas de manipulación, y por ende en una ulterior banalización de la participación infantil. La tan declamada –por algunos adultos– “autonomía” de los movimientos de niños trabajadores constituye, tal vez, la más patética de las evidencias.

En todo caso, lo mínimo que puede concluirse es que el tema de la mediación-participación no puede tratarse, ni mucho menos resolverse, en forma rápida o superficial. Por todo lo anterior, en el caso de los niños y los adolescentes, me parece necesario distinguir entre formas legítimas e ilegítimas de mediación por parte de los adultos.

Una mediación legítima es aquella que desde el comienzo se asume como tal y reconoce, al mismo tiempo, una serie de riesgos y problemas que la misma conlleva. *En una mediación legítima, los adultos hablan como adultos y los niños como niños*, procurando interpelar a todos los niños, sin olvidar la complejidad que encierra su condición de categoría universal y al mismo tiempo heterogénea. *Una mediación legítima procura descubrir la heterogeneidad de las voces del niño y el adolescente común.*

Por su parte, todas las formas ilegítimas de mediación poseen un rasgo característico inconfundible que permite su inmediata detección, e *independientemente de su contenido, los niños hablan como adultos y los adultos como niños*. La mediación ilegítima interpela selectivamente y con un marcado sesgo ideológico a determinadas categorías de niños (de la calle, trabajadores, etc.). De este modo interpelados, las respuestas de los niños coinciden casi totalmente con las propuestas de los ideólogos adultos. Parecería que entre los niños agrupados por categorías específicas desaparecieran totalmente las posibilidades de diversidad y heterogeneidad.

Pero las dificultades no pueden ni deben traducirse en inacción. De hecho, la experiencia demuestra que es posible fomentar formas legítimas (aunque no sean vistosas ni mucho menos heroicas) de expresión de ideas y opiniones privilegiando al niño y al adolescente común en sus ámbitos naturales (escuela y familia), y no sesgando el análisis exclusivamente a ciertas categorías “patológicas” de la infancia. Una estrategia como esta puede contribuir, en el riquísimo y aún poco explorado dispositivo de autonomía progresiva contenido en los arts. 5° y 12 de la CDN, en forma decisiva no solo a incorporar legítima-

⁶ Para un análisis bastante detallado de los distintos tipos de participación de niños y adolescentes, cf. el trabajo de Hart, Roger, “La participación de los niños: de la participación simbólica a la participación auténtica”, Florencia, UNICEF, ICDC, 1993. Llama la atención, sin embargo, un fuerte sesgo ideológico, presente en el trabajo de Roger Hart aquí citado, así como en buena parte de la literatura anglosajona de este tipo, que impide incluir, a pesar de las sobradas evidencias, a los “Movimientos de Niños Trabajadores” entre las formas de mediación ilegítima y manipulación de la participación infantil.

mente a los adolescentes y a los niños al debate sobre violencia juvenil y seguridad urbana, sino también a enriquecer el contenido del vínculo entre infancia y democracia.⁷ En otras palabras, a profundizar el estudio del vínculo entre política e infancia.

Para esto último resulta necesario, entre otras cosas, dejar un poco más claro, por lo menos en este contexto, el contenido de ambas cuestiones. De este modo, si a grandes rasgos el contenido de la cuestión de la democracia se refiere fundamentalmente al manejo de la cosa pública y al tipo de relación entre Estado y sociedad, el contenido de la cuestión de la infancia se refiere especialmente a las relaciones de la misma con el Estado y los adultos.

2. Infancia y política: una preocupante asimetría

Parece importante hacer explícito que la perspectiva epistemológica adoptada constituye también (y sobre todo) una reacción a una preocupante asimetría entre infancia (o familia) y democracia (o política). Asimetría que se configura por el hecho de que mientras a cualquier análisis serio sobre la cuestión de la infancia le resulta hoy imposible ignorar una reflexión sobre los aspectos más relevantes de la política y la democracia,⁸ son realmente muy escasos los análisis políticos que incluyen, aunque sea tangencialmente, alguna reflexión digna de mención sobre la cuestión de la familia en general y de la infancia en particular.⁹

Llegados a este punto es necesario decir algo más sobre el carácter preocupante de la asimetría apuntada.

Aunque en sus orígenes familia y democracia son términos antitéticos, varios son los análisis, y desde distintas perspectivas, que coinciden en señalar un largo proceso histórico de democratización de las relaciones familiares.

Las reflexiones, fragmentarias e inconclusas, aunque no por ello menos extraordinariamente ricas de Hannah Arendt,¹⁰ sobre la política constituyen un punto de partida imprescindible para esta exploración. Si por un lado resulta más o menos obvio que la compren-

⁷ La Oficina Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe ha realizado durante los años 1999 y 2000 una encuesta pionera, desde el punto de vista cualitativo y cuantitativo, sobre la voz de los niños en América Latina, España y Portugal. La encuesta entrevistó a 11.655 niños de 9 a 18 años en 17 países. Con todos los inconvenientes conceptuales y técnicos que un estudio pionero puede tener, el mismo posee la extraordinaria virtud de interpelar al niño y al adolescente común. Cf. UNICEF, "Encuesta de opinión. La voz de los niños y adolescentes de Iberoamérica", Oficina Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe, Panamá, 2000.

⁸ La más aguda de las reflexiones sobre el vínculo entre infancia y democracia, desde la perspectiva de los derechos de la infancia, la constituye el trabajo de Baratta, Alessandro, "Infancia y democracia", en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps.), Infancia, ley y democracia en América Latina, Bogotá-Buenos Aires, Temis-Depalma, 1999, pp. 31-57.

⁹ Cf. el interesante artículo de Ulrich Beck sobre la democratización de las relaciones familiares en la sociedad actual (Beck, U., Democracy without enemies, Cambridge, Polity Press, 1998, pp. 65-83).

¹⁰ Arendt, Hannah, ¿Qué es la política?, Barcelona, Paidós, 1997.

sión de la cuestión de la infancia es ininteligible aislada de la cuestión de la familia, debemos a esta autora el desarrollo de una línea de investigación según la cual el sentido de la política está indisolublemente ligado a la cuestión de la libertad, o lo que es lo mismo hoy, a la cuestión de la democracia. En esta línea de pensamiento, política y libertad no solo son conciliables, sino que el sentido de la política solo puede ser la libertad.¹¹

¿Pero dónde está el nexo entre infancia y política? Una parte de la respuesta parece ser de carácter histórico. Si durante el siglo XIX la cuestión de la democracia debió confrontarse con el problema de la esclavitud, y durante las primeras décadas del siglo XX con la cuestión de la participación (igualdad) política de la mujer, en los comienzos del siglo XXI, la cuestión de la democracia parece vincularse, también, aunque en forma no evidente, al tema de los derechos de la infancia. En realidad se trata del –confuso– proceso de irrupción de otra categoría social que ha venido a reclamar alguna de las tantas promesas incumplidas de la modernidad.

Pero volvamos a la raíz del nexo entre infancia y política. Para intentar responder esta pregunta, es necesario abordar críticamente el problema de la igualdad entre los seres humanos. Otra vez Hannah Arendt resulta imprescindible.¹²

Los hombres no son iguales por naturaleza, necesitan de una institución política para llegar a serlo: la ley. Solo el acto político puede generar igualdad.¹³ Tal vez en este contexto pueda entenderse mejor la dirección y el sentido del proceso, no exento de paradojas, de democratización de la familia. El mundo de la familia, es decir el mundo de las mujeres, los niños y los otros hombres, sujetos a la autoridad del *pater familiae*, es un mundo de violencia y opresión. Th. Mommsen el gran historiador del derecho romano tradujo sin más el concepto de familia con la voz servidumbre.¹⁴ La paradoja radica aquí en que vivir sin violencia privada exigió el fortalecimiento de la violencia pública; la violencia del Estado.¹⁵ En esta línea de análisis la alienación no aparece como en Marx en el Estado (que habría que abolir), sino en la vida privada.¹⁶ Hannah Arendt

¹¹ Ibid., pp. 61-66.

¹² La profusión de citas de Hannah Arendt en esta parte del trabajo obliga a traer a la memoria una serie de intervenciones, por otra parte poco conocidas, de esta autora contra la participación de los niños en la política. Más concretamente, dichas intervenciones fueron hechas a fines de los años cincuenta, con ocasión de la movilización de escolares negros contra las políticas educativas de segregación racial. Estas intervenciones deben ser contextualizadas. Es bastante probable que a fines de la década de 1950 todavía estuviera muy fresco en la memoria de Hannah Arendt el proceso de protagonismo juvenil (tal vez el mayor de la historia) de las juventudes hitlerianas. Esta situación confirma, con mayor razón, la necesidad de insistir en el vínculo irrenunciable de la participación infantil con un contexto político democrático. La interesante referencia sobre estos escritos (Arendt, H., "Reflections on Little Rock", Dissent, núm. 6, 1959, pp. 45-56.) está contenida en uno de los mejores análisis sociológicos sobre los movimientos de derechos de la infancia en América Latina realizado por Francisco Pi-lotti (Globalización y Convención de los derechos del niño. El contexto del texto, Documento de la Organización de Estados Americanos, Washington D.C., 2000). Parece importante aclarar que el trabajo de Pi-lotti, sin embargo, aborda el tema desde la perspectiva que en este contexto denominamos interna.

¹³ Sobre este punto específico, cf. la introducción de Fina Birules (p. 22) al texto de Hannah Arendt de 1959, arriba citado.

¹⁴ Arendt, H., ¿Qué es la política?, ob. cit., pp. 113-114.

¹⁵ Ibid., p. 96.

¹⁶ Un desarrollo exhaustivo de esta idea se encuentra en Flores D'Arcais, Paolo, Hannah Arendt. Existencia y libertad, Madrid, Tecnos, 1996.

lo dice sin rodeos cuando afirma que la utopía marxiana de una sociedad sin Estado, más que una utopía es una amenaza escalofriante.¹⁷ Desde esta perspectiva, lo político empieza donde acaba el mundo de las necesidades materiales y la violencia física.¹⁸ Provisoriamente podemos concluir aquí que ignorar el análisis del vínculo entre familia y democracia solo puede resultar en un notable empobrecimiento de la comprensión, tanto de la cuestión de la infancia como de la cuestión de la política, que hoy no es otra, en esencia, que la cuestión de la democracia.

Llama poderosamente la atención que un tema como el de la violencia juvenil y la inseguridad urbana, que ocupa un lugar tan alto en la escala de preocupaciones sociales (merecidamente o no, pero ése ya hemos dicho que es otro problema), haya recibido hasta ahora una atención política e intelectual tan escasa y marginal. Tal vez, otra consecuencia colateral negativa de la asimetría señalada.

El presente análisis no pretende en absoluto sustituir, sino complementar y enriquecer otros análisis específicos, jurídicos y pedagógicos, sobre el tema de la responsabilidad penal juvenil a los que, en este punto, me permito remitir al lector.¹⁹

Este breve trabajo sobre la dimensión política de la responsabilidad penal de los adolescentes constituye, en buena medida, un análisis crítico de las diversas resistencias a la implantación de un modelo de justicia, como oposición al modelo de la compasión-represión, propio de los sistemas pseudotutelares inspirados en la doctrina de la situación irregular, en la relación del Estado y los adultos con la infancia. El estudio de la dimensión política de este problema constituye, en definitiva, una buena oportunidad, tanto para reflexionar sobre un motivo importante de malestar social contemporáneo (la inseguridad) como para entender algunas cuestiones de importancia sobre la infancia y la democracia en el contexto latinoamericano.

3. Infancia y derechos: entre el reduccionismo y la banalización

Si los problemas de la violencia juvenil y la inseguridad urbana aparecen en forma evidente como centrales, el tema de sus respuestas aparece como doblemente emblemático, tanto porque dice mucho sobre la sociedad que las genera como porque a través

¹⁷ Arendt, H., ¿Qué es la política?, *ob. cit.*, p. 98.

¹⁸ *Ibid.*, p. 71.

¹⁹ Cf. Beloff, Mary, "Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina", en García Méndez, E. y Beloff, M. (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, *ob. cit.*; Cillero, Miguel, "Adolescentes y sistema penal. Proposiciones desde la Convención sobre los derechos del niño", en *Justicia y Derechos del niño*, núm. 2, UNICEF Oficina de Área para Argentina, Chile y Uruguay, 2000, pp. 101-138; García Méndez, Emilio, *Infancia. De los derechos y de la justicia*, *ob. cit.*; Gomes da Costa, Antonio Carlos, "Pedagogía y Justicia", en García Méndez, E. y Beloff, M. (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, *ob. cit.*

de este tema se debaten hoy –aunque sea implícitamente– buena parte del resto de las cuestiones vinculadas con la infancia y la adolescencia, y con la propia democracia.

La formulación de una responsabilidad penal específica²⁰ de los adolescentes, en un contexto en que la violencia y la inseguridad urbana atribuida a los jóvenes adquieren una importancia social considerable, constituye un tema tan nuevo como polémico.

Luego de más de 70 años de predominio absoluto (1919-1990) de un modelo discrecional pseudoprotector que trataba en forma indiferenciada al sujeto activo y al sujeto pasivo de la violencia, el proceso de adecuación de la legislación nacional a la CDN, que en América Latina comenzó en el Brasil en 1990, inaugura una nueva etapa, que si en el plano de las relaciones de los menores de edad en general con el Estado y los adultos es el modelo de la autonomía progresiva, en el plano del control social es el modelo de la responsabilidad penal de los adolescentes.

A partir de la aprobación del *“Estatuto da Criança e do Adolescente”* (ECA) en el Brasil en 1990, todas las nuevas legislaciones latinoamericanas han contemplado (con mayor o menor refinamiento técnico) la creación de un modelo jurídico institucional de responsabilidad penal aplicable a los adolescentes (de los 12 o 14 años hasta los 18 años incompletos). La base jurídica inmediata y directa de este modelo han sido los art.37 y 40 de la CDN. El contenido esencial de esta transformación se deja explicar en pocas y simples palabras. Los adolescentes dejan de ser responsables penalmente por lo que son (recuérdese que la dimensión penal de la responsabilidad debe medirse por las consecuencias reales que genera y no por el mero discurso declarado) para comenzar a serlo únicamente por lo que hacen, y eso solo cuando este hacer implica una infracción a normas penales. Este proceso ha sido y es extremadamente difícil y complejo. Pocas transformaciones jurídicas han enfrentado y enfrentan tantas resistencias. Una prueba (de tantas) de las dificultades para la implantación de los modelos de responsabilidad penal de los adolescentes en América Latina se manifiesta, sobre todo, en el variado signo ideológico de las resistencias que genera, aunque, y es muy importante reconocerlo, buena parte de ellas con un fuerte predominio de posiciones corporativistas. Este tipo de resistencias demuestra tanto el carácter arraigado de la cultura de la compasión-represión como que el corporativismo, es decir la tendencia a anteponer los intereses sectoriales a cualquier otra preocupación de bien común, está “democráticamente” distribuido en todo el espectro ideológico de las instituciones y los movimientos sociales.

En América Latina, como ya se ha dicho, la primera transformación de una ley de menores, inscrita en el modelo de la situación irregular, para adecuarla a la CDN, fue el ECA del Brasil, aprobado en julio de 1990 y puesto en vigor tres meses después, en octubre del mismo año. A partir de ese momento se iniciaron, en casi todos los países de la región, en cada caso con sus propias peculiaridades y ritmos, procesos de refor-

²⁰ Sobre la especificidad de la responsabilidad penal de los adolescentes remito otra vez al trabajo de Miguel Cillero publicada -do en este volumen.

ma de las leyes para la infancia. Conviene recordar que en buena parte de los países de la región este proceso coincidió, o se superpuso, con los impulsos posdictatoriales todavía vigentes de redemocratización política y social.

Varios análisis, algunos de ellos verdaderamente ricos en detalles y profundidad analítica, se han escrito (en general por sus propios protagonistas) sobre un proceso participativo y democrático como pocos en América Latina.²¹ El proceso de construcción democrática y participativa de una nueva legislación para la infancia, en general, de buena calidad técnica, no solo constituyó una ruptura inédita en relación con el carácter casi clandestino de producción de todas las leyes de menores (por otra parte pésimas técnicamente), sino que esta ruptura en la forma de producir la ley vale también en relación con toda la producción legislativa en general.

Para muchos países de la región –y aquí sin duda Guatemala constituye el más claro de los ejemplos– la ley de adecuación de la normativa nacional a la CDN constituyó una de las primeras leyes de producción democrática en su historia de país independiente.²² Siendo así, llama aún más la atención que un proceso inédito, inmerso en los esfuerzos globales de reconstrucción democrática de la región, no haya interesado ni a los (escasos) juristas críticos, ni a sociólogos o científicos políticos preocupados por las vicisitudes de la democracia, aunque ajenos a los movimientos de lucha por los derechos de la infancia. Resulta curioso y exige algún tipo de explicación que, a diferencia de los movimientos ecologistas y de las mujeres (para dar solo dos ejemplos), las transformaciones culturales y normativas de las relaciones de la infancia con los adultos y con el Estado, primero en el Brasil y luego en el resto de América Latina, no cuenten ni con una historia ni con reflexiones teóricas consistentes producidas desde un punto de vista que podría denominarse externo.

El análisis de la dimensión política, de la inseguridad urbana y la violencia juvenil, así como de una de sus respuestas (la implantación de un modelo de responsabilidad penal para los adolescentes), constituye en este contexto tanto una forma de tender vínculos con

²¹ Un ejemplo altamente representativo de esta tendencia lo constituyen algunos trabajos, ya clásicos, de Seda, Edson, "Evolución del derecho brasileño del niño y del adolescente", en García Méndez, Emilio y Carranza, Elías (comps.), *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina*, Buenos Aires, Galema, 1992, y de Gomes da Costa, Antonio Carlos, "Del menor al ciudadano niño y al ciudadano adolescente", en *ibid.*

²² El nivel de movilización político-social que generó el proceso de debate y finalmente de aprobación del "Código de la Infancia y la Adolescencia" entre 1991 y 1996 no tiene precedentes en la región, y muy especialmente en la propia Guatemala. Medido por su impacto en los medios de comunicación, especialmente en la prensa escrita, este proceso no difiere en esencia de cualquier otro debate político de importancia acontecido en el país en los últimos años. En términos de participación social y debate público, el Código de Guatemala, primero aprobado por unanimidad en el parlamento en 1996, aplazada varias veces su entrada en vigencia por un año, hasta que en marzo de 1999 se votó su aplazamiento sine die, constituye una de las primeras leyes verdaderamente democráticas de Guatemala como nación independiente. Este proceso, que yo sepa, no ha generado ni un solo estudio digno de mención por parte de la sociología o la ciencia política, especialmente desde el punto de vista que aquí denominamos externo. Existe, sin embargo, una cantidad considerable de riquísimos análisis producidos por miembros del propio movimiento guatemalteco de lucha por los derechos de la infancia. Para un ejemplo representativo de lo que aquí menciono, me permito remitir al lector al trabajo de Tobar, Ana R. y Barrientos, Marilys, "Comentario al proceso de reforma en Guatemala", en García Méndez, E. y Beloff, M. (comps.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, *ob. cit.*

otras áreas del saber como una muy modesta contribución a revertir la ya señalada asimetría entre infancia y democracia.

No parece ni serio ni razonable atribuir el aislamiento que caracteriza a la cuestión de la infancia y sus derechos en general, y al tema de la responsabilidad penal de los adolescentes en particular, a una conspiración de la política o de disciplinas tales como la sociología o la ciencia política. Este razonamiento, sin embargo, me parece que difícilmente pueda extenderse al campo del derecho y muy en especial del derecho penal. La ausencia o incluso el franco rechazo de penalistas y criminólogos, que por otra parte se perciben como progresistas y democráticos, a sostener posiciones garantistas en el plano penal tratándose de “menores”, merece un estudio más profundo que espera todavía por su autor.²³ En todo caso, y volviendo al punto anterior, es posible que buena parte de este aislamiento resulte de alguna forma autoimpuesto. En esta línea de raciocinio, reduccionismo y banalización resultan conceptos claves para ensayar una explicación.

Es posible que una visión reduccionista, que niega a la infancia la especificidad que le otorga la CDN en su art. 1º (el niño entendido como todo ser humano hasta los 18 años incompletos), constituya un primer elemento para entender la falta de interés *externo*. Así, los niños, si pobres resultan objeto prioritario de preocupación desde el ángulo de la caridad, si no pobres objetos de estudio de la pedagogía, la pediatría, la psicología, etcétera. En todo caso, el proceso de reconstrucción de la categoría infancia-adolescencia como sujetos de derecho no parece todavía hacerse acreedor del interés de disciplinas “mayores” como la sociología y la ciencia política. Resulta difícil no trazar algún paralelismo entre esta dicotomía y la dicotomía presente en el siglo XIX entre el objeto de la sociología (las sociedades centrales) y el objeto de la antropología (como la sociología de las sociedades periféricas).

Esta falta de interés *externo* no se verifica, solamente, en relación con los niños, sino que se reitera, también, para el caso de los adolescentes. Cuando han infringido las leyes penales o han realizado comportamientos “antisociales” (ambos conceptos son intercambiables para las leyes pseudotutelares preConvención) los adolescentes se convierten en objeto de una disputa más aparente que real. De un lado los que quieren tratarlos –discrecionalmente– como adultos, y del otro aquellos que quieren tratarlos –discrecionalmente– como menores incapaces. Llama poderosamente la atención la fuerte resistencia (progresista o conservadora) a atribuir responsabilidad específica (léase penal) a los adolescentes. Ello, sobre todo, porque dichas resistencias casi nunca se traducen en una negativa a infligir sufrimientos reales y en especial –con la excusa de la protección o la seguridad– a eliminar garantías procesales o de fondo en violación flagrante de derechos humanos nacional e internacionalmente reconocidos. La distinción

²³ Dos excepciones a esta regla que merecen destacarse la constituyen los trabajos de Luigi Ferrajoli (Italia) y Juan Bustos (Chile). Excluyo de esta consideración a aquellos penalistas o criminólogos, como es el caso, por ejemplo, de Alessandro Barratta, que hace tiempo se han colocado en un punto de vista explícitamente interno respecto del movimiento de lucha por los derechos de la infancia en América Latina.

real entre progresistas²⁴ y conservadores parece referirse mucho más, en este caso, al tipo e intensidad de los eufemismos utilizados para rechazar la atribución de responsabilidad penal de los adolescentes. Ya volveré sobre este punto, por el momento me limito a señalar que probablemente la negativa a atribuir responsabilidad a los adolescentes esté directamente vinculada con la necesidad de legitimar comportamientos discrecionales. Entre ambas posiciones todavía dominantes, no es difícil entender las dificultades por las que atraviesa la implantación de un sistema de responsabilidad penal de los adolescentes que parte por considerarlos, con igual intensidad, como sujetos de derechos y de responsabilidades. No está de más recordar aquí las características autóctonas de este modelo en América Latina, punto en el que han insistido, con mucha razón, Mary Beloff²⁵ y Miguel Cillero,²⁶ no solo en el plano político de la movilización social, sino además en el plano técnico jurídico consecuentemente garantista. Se trata de un modelo diverso, no solo de la discrecionalidad pseudotutelar del menorismo tradicional, sino, además, del modelo de derecho penal juvenil pampedaagógico europeo.²⁷

En este contexto aparece, tal vez, más clara la intencionalidad y el sentido último del análisis aquí propuesto. Poner en evidencia y hacer inteligibles algunas resistencias a la implantación de una respuesta racional y razonable (los sistemas de responsabilidad penal de adolescentes) a una fuente fundamental de malestar social (la violencia juvenil y la inseguridad urbana) pretende contribuir, muy modestamente y desde un ángulo específico, al debate y la generación de propuestas para enfrentar la situación de crisis generalizada en la que estamos inmersos.

Pero el reduccionismo aquí apuntado no alcanza para explicar el escaso interés “externo” por las vicisitudes del movimiento de lucha por los derechos de la infancia. Me parece importante explorar, aunque sea brevemente, algunos elementos que caracterizan el aislamiento de los estudios sobre (los derechos de) la infancia en general.

Los estudios sobre los derechos de la infancia en general, que es el contexto más amplio donde debe situarse el debate sobre la responsabilidad penal de los adolescentes, constituyen un universo tan nuevo como heterogéneo. Nuevo porque los trabajos más

²⁴ Quisiera compartir con el lector un dilema que se me presentó durante la escritura de este texto. Confieso que en una primera redacción, utilicé –en este contexto– el término “progresista” entre comillas. Luego percibí que esta actitud podía constituir un gesto de intolerancia frente a aquellos que, rechazando una responsabilidad penal de los adolescentes basada en la culpabilidad, se autoperceben con sinceridad y honestidad como progresistas. En todo caso, me parece importante trasladar este debate a otro plano y con otros términos. Tal vez este debate podría iniciarse con un interrogante que permitiera responder hasta qué punto la defensa de algún tipo de discrecionalidad, como posición opuesta a un garantismo consecuente, es compatible con un pensamiento progresista en América Latina. Aclaro, sin embargo, que de ninguna manera extiendo esta duda sobre el carácter progresista del pensamiento a aquellos promotores, con cualquier excusa, del trabajo infantil. En este último caso, se trata lisa y llanamente de violaciones flagrantes a la CDN que es necesario denunciar y erradicar.

²⁵ Cf. Beloff, Mary, “Responsabilidad penal juvenil y derechos humanos”, en Justicia y Derechos del niño, núm. 2, UNICEF Oficina de Área para Argentina, Chile y Uruguay, 2000, en especial p. 79.

²⁶ Véase el trabajo de Miguel Cillero publicado en este volumen.

²⁷ Solo a modo de ejemplo, téngase en cuenta la supervivencia de la discrecionalidad tutelar con fines “pedagógicos” en el art. 7 de la nueva ley española de responsabilidad penal de los menores de edad, donde se contempla como variable de mucho peso para la determinación de la sentencia la personalidad del adolescente.

“antiguos”(casi en ningún caso) son anteriores al proceso de debate y construcción de la CDN que comenzó en 1979. Heterogéneo por la enorme disparidad de perspectivas y calidad intelectual de los mismos. Sin embargo, en general, puede afirmarse que predomina un nivel intelectual bajo en los estudios sobre (los derechos de) la infancia. Ya lo he dicho en otro lado,²⁸ y quisiera insistir otra vez aquí, en el hecho de que en los estudios sobre la infancia predomina un enfoque que podría denominarse pseudo antropológico o biográfico (en el sentido que alguien denominó irónicamente a las biografías, como vidas sin teoría).

Desde un punto de vista cuantitativo, la mayoría de los “estudios” sobre la infancia son “historias de vida” que omiten o desprecian el análisis de las normas e instituciones que generan esas “historias de vida”. De un análisis –en general superficial– de la estructura social se pasa, sin solución de continuidad, a una descripción ingenua de la vida cotidiana. La infinidad de estudios sobre “niños de la calle”, producidos en la década de 1980, constituye una evidencia irrefutable de esa tendencia. Marcados por lo que aparentemente era percibido en la época como un fuerte compromiso social, dichos estudios jamás han permitido extraer una única conclusión razonable en materia de política social.

Pero la baja calidad intelectual de la producción teórica (por otra parte escasa) resulta un síntoma del aislamiento y no su causa. La pobreza de los estudios sobre la infancia se manifiesta en la banalización (progresista o conservadora) del tratamiento, incluso y sobre todo, de temas centrales en la preocupación social como la violencia juvenil y sus respuestas. Ya volveré sobre este punto, me interesa insistir ahora en algunos motivos que pueden explicar la banalización y el consecuente aislamiento de la cuestión de la infancia.

4. La infancia como objeto de la protección discrecional progresista y conservadora

La vigencia por tantos años de una concepción jurídica aparentemente tutelar (aunque en realidad criminalizadora de la pobreza de unos y cómplice de la impunidad de otros) en relación con la infancia no se mantuvo ni por la fuerza, ni caprichosamente. Curiosamente, el derecho de menores y los sistemas de bienestar compasivo-represivos que el mismo generó resultaron tan fáciles de aceptar para las “buenas” y “malas” conciencias, como difícil resulta hoy la implantación de sistemas de responsabilidad penal de los adolescentes basados en un modelo de justicia. Las dificultades en la implementación de estos modelos de responsabilidad penal en América Latina no son solo problemas técnicos de las políticas sociales, son también problemas medulares para la implantación de la democracia.

²⁸ Cf. García Méndez, E., *Infancia. De los derechos y de la justicia*, ob. cit., pp. 167-181.

Una concepción jurídica tutelar como la que imperó por casi un siglo en la región debió su vigencia al predominio de dos ideas hegemónicas: la convicción sobre la incapacidad total de la infancia y las bondades intrínsecas de la acción discrecional. Aunque es obvio que existe un vínculo (no evidente) entre ambas ideas, me interesa aquí abordarlas por separado.

El tema de la incapacidad de la infancia no es ni nuevo ni original, la incapacidad ha sido históricamente un recurso recurrente para legitimar el dominio de hecho sobre sujetos débiles y vulnerables. ¿Cuánto tiempo tardaremos en descubrir que los disparates pasados sobre la incapacidad (inferioridad) de la mujer en nada difieren de los disparates actuales sobre la incapacidad de la infancia? Dos aspectos resultan claves aquí para analizar críticamente el concepto de incapacidad de la infancia. El primero se refiere a la necesidad de una mayor precisión sobre el carácter transitorio y relativo (solo por un cierto tiempo, solo para algunas cosas) de la incapacidad de hecho de la (primera) infancia. Me parece posible afirmar, sin temor a equívoco, que particularmente en este momento del desarrollo tecnológico, el derecho hace mucho tiempo que ha dejado de verificar el tema de la incapacidad de hecho de la infancia. Buena parte de los argumentos sobre la incapacidad de la infancia constituyen, en la mejor de las hipótesis, un anacronismo jurídico. Es por eso, justamente, que el carácter justificado o no del paternalismo está estrechamente vinculado con el deber de protección.²⁹ Como puede observarse, el concepto de autonomía progresiva contenido, aunque todavía escasamente desarrollado, en los arts. 5º y 12 de la CDN, resulta clave para mejor entender el carácter transitorio y relativo de incapacidad de la infancia. Lo que sucede es que, si es legítimo suplir una incapacidad básica cuando hay deber de protección,³⁰ en ningún caso resulta legítimo el ejercicio discrecional de ese deber. En este contexto, podría decirse que la discrecionalidad es al deber de protección lo que el autoritarismo (como la fuerza despojada de razones y argumentos) es a la autoridad.

La verdadera revolución cultural de la CDN radica precisamente en el hecho de haber alterado sensiblemente el carácter del vínculo que históricamente ha imperado en la relación de los adultos y el Estado con la infancia: la discrecionalidad absoluta amparada en la idea de la incapacidad total. Esta revolución cultural es tal, precisamente, porque contradice la idea hegemónica relativa a las bondades intrínsecas de la discrecionalidad en el tratamiento de la infancia (así como antes lo fue de los esclavos y de las mujeres). Volvemos aquí, en forma más explícita, al nexo entre infancia y política.

Para los partidarios de una concepción tecnocrática de la política, la defensa del carácter hegemónico de la idea sobre la incapacidad plena de la infancia es mucho más im-

²⁹ Sobre la compleja relación entre paternalismo y protección, cf. el interesante trabajo de Camps, Victoria, "Paternalismo y bien común", en *Doxa*, Cuadernos de filosofía del derecho, núm. 5, Alicante, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 195-201.

³⁰ Garzón Valdés, Ernesto, "¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?", en *Doxa*, Cuadernos de filosofía del derecho, núm. 5, Alicante, Centro de Estudios Constitucionales, 1988, pp. 155-173.

portante de lo que podría imaginarse. Las diversas teorías –compasivas o represivas– sobre la incapacidad de la infancia son el último bastión de defensa y procura de legitimidad de un comportamiento discrecional en el relacionamiento entre seres humanos. Por el contrario, la atribución de responsabilidad contradice tanto la idea de la incapacidad como de sus respectivas respuestas discrecionales. También para la infancia y la adolescencia, de forma similar al caso de las mujeres, en la medida en que disminuyen las formas oficiales y “respetables” para confirmar su incapacidad, aumenta la evidencia de utilización de las vías de hecho como último recurso.³¹

Existe una idea arraigada en el pensamiento conservador o progresista en el sentido de que lo realmente condenable es el contenido de la discrecionalidad y no su mero ejercicio. La CDN, al transformar en derechos (normas jurídicas) las necesidades de la infancia, no hace otra cosa que colocar límites y reducir sensiblemente la discrecionalidad para el ejercicio del deber de protección. De más está decir que allí donde no existe ni siquiera deber de protección, la “protección” supuestamente ejercida se constituye lisa y llanamente en una violación de derechos.

Es precisamente de la consideración positiva de la discrecionalidad de donde se deriva la fuente principal de banalización y aislamiento (dos caras de una misma moneda) de la cuestión de la infancia en América Latina. Allí donde la buena voluntad puede suplir la necesidad de crítica y reflexión, no resulta necesario (ni posible) confrontarse con ideas del mundo “exterior”. Efectivamente, el aislamiento resulta, en buena medida, autoimpuesto.

Pero no solo la discrecionalidad, también la banalización está “democráticamente” distribuida en un amplio espectro ideológico. Tanto es así que resulta posible identificar la existencia de una banalización progresista y una banalización conservadora de la cuestión de la infancia, responsable, como se vio, tanto por la pobreza intelectual de los análisis como por el aislamiento en relación con otros temas y saberes. Pero a pesar de las discrepancias ideológicas, ambas perspectivas tienen más puntos de contacto de lo que a primera vista podría imaginarse. Comencemos, sin embargo, por sus diferencias.

La banalización conservadora está más próxima a lo que podría denominarse un “sentido común” sobre la infancia. Desde esta óptica, la infancia se define exclusivamente a partir de la protección y no (como debería ser) la protección a partir de la infancia. Protección por parte de los adultos si se trata de “niños”, y protección por parte del Estado si se trata de “menores”.³² Los niños siempre necesitan protección y si no necesitan pro-

³¹ Sobre este razonamiento que vincula el derecho de igualdad de las mujeres con el futuro de la democracia, cf. el interesante trabajo de Anderson, Perry, *Los fines de la historia*, Barcelona, Anagrama, 1992, pp. 139-141.

³² Salvando las diferencias que en realidad son más de grado que de sustancia, la “protección” discrecional constituye un comportamiento que se expresa tanto en el plano individual como en el plano institucional. Hasta ahora, hemos insistido mucho en el análisis crítico del comportamiento discrecional de las instituciones (jueces, sistemas de bienestar, etc.) con los “menores” objeto de su protección. Tal vez, ha llegado la hora de abrir una línea de investigación más amplia en relación con el comportamiento discrecional de los adultos con todos los niños. Sobre todo, porque este tipo de investigación (fundamental en sí misma) puede arrojar nuevas luces sobre las enormes dificultades que enfrentan todas las transformaciones jurídicas e institucionales en relación con la infancia.

tección no son niños es el silogismo que mejor sintetiza la especificidad de este “sentido común”.

Para la banalización conservadora, poco o nada hay sobre que reflexionar. Hacer el “bien” sustituye cualquier otra actividad. Si consideramos cuántos más perjuicios se han cometido contra la infancia en nombre del amor y la compasión que en nombre de la propia represión, entonces, no puede sorprendernos de que la banalización conservadora se configure en realidad como una sucesión permanente de eufemismos. Para la banalización conservadora, el manejo discrecional de la cuestión de la infancia es una cuestión de fondo y no de forma. Desde esta perspectiva, el concepto de responsabilidad penal de los adolescentes no solo carece de sentido, sino que además resulta una amenaza potencial para la “eficiencia” de las respuestas.

Solo en algunas pocas vertientes, signadas por la demagogia coyuntural electoralista, este pensamiento aparece como directa y explícitamente represivo: en condiciones normales, su esencia es la hipocresía. Así, por un lado se denuncian los horrores de la baja de la edad de la imputabilidad y, por otro lado, se convive cómodamente con su sustancia con tal que adopte alguna denominación diferente: discernimiento, régimen penal especial para la minoridad, imputabilidad relativa, etcétera.

La banalización progresista no es menos interesante de ser analizada. En este contexto, el pensamiento que se autopercebe como progresista se define antes que nada en forma negativa: no a la baja de la edad de la imputabilidad, no a la responsabilidad penal de los adolescentes, posiciones ambas consideradas como equivalentes. En su visión extrema, y de forma similar al pensamiento conservador, la perspectiva progresista rechaza la universalidad del concepto de infancia. Si en la visión conservadora, el objeto único de preocupación (léase temor) son los “menores-abandonados-delinquentes”, en la versión progresista el objeto único de preocupación (léase posibilidades de movilización) es la infancia pobre, especialmente la trabajadora. Para este cambalache de Marx y de Piaget, los niños sujetos de derecho son una categoría burguesa que es necesario superar. Los niños (trabajadores) son un sujeto social que solo se realiza como tal en el trabajo. Así, esta perspectiva progresista, a la que poco o nada le interesa la condición jurídica de la infancia, traslada masivamente su razonamiento “social” al plano de la responsabilidad penal, pero para rechazarla. Un abolicionismo primitivo y difuso evade, en realidad, cualquier respuesta específica sobre este tema. No resulta exagerado afirmar que la discrecionalidad progresista se convierte en cómplice objetivo del *statu quo*. A la discrecionalidad represiva del pensamiento conservador se le “opone” la discrecionalidad libertaria del pensamiento progresista. Pareciera que al servicio de una causa justa, la discrecionalidad constituye un bien a preservar. Todo el drama de la democracia sintetizado en una breve oración.

Si desde la perspectiva conservadora, el modelo de la responsabilidad penal de los adolescentes conspira contra la eficacia del control social represivo, desde la perspec-

tiva progresista, el mismo modelo conspira contra la eficacia de la bondad. Aparece aquí resumido, en esencia, el programa del "neomenorismo".³³

Espero haber contribuido hasta aquí a tornar un poco más comprensible los motivos de las enormes dificultades para la aprobación e implantación de los sistemas de responsabilidad penal de los adolescentes en América Latina. También espero haber contribuido, de alguna forma, a alimentar el debate sobre el vínculo entre infancia y democracia en América Latina.

5. Utopía y responsabilidad en América Latina

Me interesa ahora considerar algunos aspectos de aquello que, en un sentido más estricto, podría denominarse la dimensión política de la responsabilidad penal de los adolescentes. También en este punto comenzaré señalando una paradoja.

No me parece exagerado afirmar que una parte considerable de las "utopías" contenidas en la banalización progresista y conservadora pueden considerarse como proyectos efectivamente realizados: muchos niños pobres efectivamente trabajan y la discrecionalidad (sin límite ni responsabilidad) todavía constituye la regla en el tratamiento de los niños (por los adultos) y de los menores (por el Estado). Aunque me rebase, no se me escapa en esta parte, ni la abundancia de la literatura existente sobre el tema de la utopía, ni la complejidad que encierra cualquier análisis o calificación que de la misma se intente. Por eso, aun a riesgo de una excesiva simplificación, cuando utilizo el concepto de "utopía" entre comillas lo hago para señalar su falta de correspondencia total o parcial con derechos humanos básicos normativamente consagrados. Es obvio que hago referencia aquí a una tendencia acelerada hacia la positivización de los derechos humanos, tendencia que le permite a Norberto Bobbio afirmar que, en la etapa actual, el tema de los derechos humanos remite mucho más a un problema de implementación que de legitimación y justificación.³⁴ Creo, en consecuencia, que puede rescatarse –por lo menos a los efectos de este debate– un concepto relativamente simple de utopía (sin comillas) en una posible e interesante articulación entre Norberto Bobbio y el filósofo alemán Ernst Bloch, quien, en forma bastante sencilla, define la utopía como aquello que todavía no es.³⁵ De este modo, *la utopía podría entenderse como la parte todavía no realizada de los derechos humanos normativamente reconocidos en el plano nacional e internacional.*

³³ El concepto de "neomenorismo" designa a la posición asumida por aquellos que, en general, habiendo participado del proceso de derogación de las viejas leyes de menores y de su sustitución por leyes basadas en la doctrina de la protección integral, pretenden hoy un uso tutelar y discrecional de la legislación garantista. Para una visión más detallada de esta posición, cf. García Méndez, Emilio, "Adolescentes y responsabilidad penal: un debate latinoamericano", en Cuadernos de doctrina y jurisprudencia penal, año VI, núm. 10-B, Buenos Aires, Ad-Hoc, 2000, pp. 261-275.

³⁴ Bobbio, Norberto, *L'età dei diritti*, Turin, Einaudi, 1990.

³⁵ Este concepto de la utopía como lo que todavía no es, aparece formulado en la obra mayor del filósofo alemán Ernst Bloch. Cf. Bloch, E., *Das Prinzip Hoffnung*, Frankfurt del Meno, Suhrkamp Verlag, 1993.

Dos interrogantes se imponen en esta parte del discurso. ¿Cuál es el sentido en América Latina de la formulación e implantación de un modelo de responsabilidad penal de los adolescentes en la construcción de una utopía, y cuál es la nota característica de esta utopía?

La fuerza de la globalización unipolar que en la década de 1990 arrasó con los muros, llevó junto con ellos también las utopías de las grandes transformaciones. Pareciera que otra vez, con el agua sucia, también el niño (caprichos de las metáforas) fue a parar al baúl de lo inservible. Un realismo –que nada tenía obviamente de mágico– convirtió *a priori* en despreciable el propio concepto de utopía independiente de su contenido. Lo utópico se transformó en sinónimo de imposible y lo imposible en sinónimo de deleznable. Sin embargo, en menos de una década, la crisis generalizada (de sentido para algunos y de supervivencia para otros) condujo, casi imperceptiblemente, a una revalorización –cautelosa– del concepto de utopía. El enorme malestar con lo existente produjo un interesante cambio de perspectiva en relación con las utopías.

La contradicción flagrante entre las posibilidades tecnológicas de producción de bienes y servicios y sus efectivas posibilidades de utilización social, así como la dinámica arrasadora del capital financiero, obligó a repensar la democracia desde la óptica de lo que todavía no es, pero podría ser (Bloch): la utopía de los derechos humanos (Bobbio).

Se trata, sin embargo, de una utopía que no olvida las lecciones del pasado: se trata de una *modesta utopía*.³⁶

En el contexto de la crisis generalizada a la que se ha hecho mención, una modesta utopía se refiere, en primer lugar, aunque no exclusivamente, a un funcionamiento adecuado (léase constitucional) de las instituciones de la democracia.

No se me escapa que aquello que está en juego aquí es el dilema entre una concepción democrática de la política para la cual *todos* los integrantes del pacto de la modernidad son sujetos de la misma y una concepción tecnocrática de la política para la cual solo los especialistas (es decir, los políticos profesionales y sus intelectuales subordinados) tienen legítimo derecho al debate y manejo de la cosa pública. Tengo la impresión (y por qué no decirlo claramente, también la esperanza) de que el concepto de responsabilidad, en una perspectiva que incluye, pero que además trasciende la dimensión jurídica, resulte central para encontrar vías de solución a los dilemas planteados. Sin responsabilidad no hay sujetos de y para la política democrática. Si la responsabilidad penal an-

³⁶ El concepto de "modesta utopía" pertenece a Shirley Robert Letwin (The pursuit of certainty. Hume, Bentham, Mill and Beatrice Webb, Cambridge, Cambridge University Press, 1965), quien lo utiliza en relación con Jeremías Bentham. La cita fue tomada del libro de José G. Merquior sobre la historia del liberalismo (Liberalismo viejo y nuevo, México, Fondo de Cultura Económica, 1993).

Resulta importante distinguir la utopía como proyecto social de la utopía como actitud. El concepto de modesta utopía se refiere aquí a un proyecto social; la actitud utópica, en cambio, se vincula con la imposibilidad de evitar un profundo malestar y rechazo frente a lo existente. En este sentido, una modesta utopía resulta perfectamente conciliable con una actitud utópica radical (agradezco esta observación a mi amigo Eduardo Bustelo).

clada en el concepto de culpabilidad constituye (por lo menos hoy) la única posibilidad para los adolescentes de establecer una barrera racional respecto de las pretensiones punitivo-protectoras de la cultura de la represión-compasión,³⁷ la responsabilidad en general constituye un presupuesto básico de la libertad.

Para la concepción tecnocrática de la política, cuanto mayor sea el número de sujetos “irresponsables”, más eficiente será el gobierno y resolución de los problemas sociales. Llama la atención (aunque probablemente constituya otro síntoma de la crisis generalizada) la escasez y el aislamiento de voces de importancia que han señalado en forma específica la perversidad de un enfoque como éste, que además se presenta con el ropaje de la bondad y el progresismo. Un enfoque en el cual, bajo una forma renovada y *light* del psicoanálisis y la asistencia social, se vuelve a ser un eterno “paciente” y nunca más un ciudadano.³⁸

El rechazo del sustancialismo³⁹ progresista a las formalidades (léase garantías) del Estado de derecho, lo ha convertido objetivamente en socio involuntario del dominio tecnocrático. Resulta paradójicamente más cómodo para las “buenas” y “malas” conciencias apoyar o reprimir al joven como víctima, o victimario irresponsable, antes que interpelarlo como sujeto activo de responsabilidades específicas.

La implantación de verdaderos sistemas de responsabilidad penal de los adolescentes basados, en primer lugar, en el principio de la culpabilidad, puede convertirse en una estrategia decisiva para colocar el tema de la violencia juvenil y la inseguridad urbana en su justa dimensión cuantitativa y cualitativa.

Ayudar a desmontar con paciencia y sin falsas piedad una alarma social sin centro y sin límites no constituye seguramente una condición suficiente para nada, pero sí, tal vez, una de las tantas condiciones necesarias para transitar el muy difícil camino de una modesta utopía.

³⁷ La Ley de Responsabilidad Penal Juvenil de Costa Rica en vigencia desde comienzos de 1996, que es la ley más severa si consideramos el monto máximo previsto de la privación de libertad, pero al mismo tiempo rigurosamente respetuosa en su letra y funcionamiento en lo que hace a la observancia de las garantías procesales y en especial del principio de culpabilidad, ha convertido a Costa Rica no solo en un país con baja alarma social, sino en el país con la menor población de privados de libertad –en términos absolutos y relativos– de toda América Latina. Para una información detallada y actualizada sobre la evolución del número de los menores de edad privados de libertad en América Latina, cf. el trabajo de Carranza, Elias y Maxera, Rita, La justicia penal juvenil posterior a la Convención y el uso de la privación de la libertad en América Latina, San José de Costa Rica, ILANUD (en prensa). Llama la atención que esta evidencia incontestable no haya producido absolutamente ninguna reacción en los sectores progresistas de la región que continúan oponiéndose a la instauración de los modelos de responsabilidad penal de los adolescentes y aferrándose a la discrecionalidad “bondadosa”.

³⁸ Véase Enzesberger, Hans Magnus, Perspectivas de guerra civil, Barcelona, Anagrama, 1994, pp. 35-36.

³⁹ Utilizo el concepto de sustancialismo para designar una forma de pensamiento en general tributario del marxismo más vulgar, para el cual el derecho y las instituciones resultan meras excrecencias de la infraestructura. Para decirlo rápidamente, son aquellos que rechazan cualquier valor pedagógico y transformador al derecho y las instituciones.

TRADUCIENDO A LA REALIDAD EL DERECHO¹

Evaluación, políticas y planificación

**DOCUMENTO DE TRABAJO
UNICEF. OFICINA DE NUEVA YORK**

Resumen

El décimo aniversario de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) proporciona el momento idóneo para que la comunidad internacional revise el progreso logrado hasta la fecha, y renueve su compromiso de avanzar y proteger los derechos de los niños. Se han tomado un número de iniciativas prometedoras en el área legal para revisar la legislación existente e introducir reformas, que van desde el reconocimiento constitucional hasta la modificación de leyes para que éstas estén de acuerdo con los principios y disposiciones de la CDN. Este estudio provee información sobre los antecedentes de uno de los pasos que se han dado para implementar la CDN: el grado en que la Convención sobre los Derechos del Niño ha sido invocada o reflejada en las decisiones y en la práctica de los tribunales.²

Los jueces y abogados deben estar familiarizados con los principios de los principales instrumentos del derecho internacional de derechos humanos, debido a la importancia que tienen los derechos humanos en los gobiernos y debido a las amplias nociones de justicia existentes. Las decisiones judiciales que invocan la CDN, y otros instrumentos como la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, son aún incipientes. Por lo tanto, es todavía demasiado pronto para identificar las tendencias más comunes sobre la forma en que los tribunales están interpretando y aplicando preceptos importantes. Por lo general, invocar la CDN sigue siendo excepcional. En algunos casos la CDN ha dado un respaldo adicional para las conclusiones del tribunal; en otros, la Convención no se aplica cuando no apoya el resultado. Mientras que las tendencias en la interpretación y uso de la CDN son elusivas, existen pruebas acerca de que los tribunales están aplicando cada vez más, en muchas y diversas áreas del derecho la CDN (y la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer) como una ayuda a la interpretación.

Mientras que en algunas jurisdicciones de derecho civil los tratados internacionales de derechos humanos son automáticamente incorporados al derecho interno mediante la ra-

¹ Traducido por Laura Martínez-Mora Charlebois, Consultora del UNICEF.

² El término inglés es "court". "Court" se puede traducir al castellano por tribunal de justicia, órgano jurisdiccional, sala, juzgado, corte o audiencia. No hay que confundirlo con el término "tribunal" que en inglés se utiliza para designar organismos deliberativos con ciertas atribuciones judiciales, y de jerarquía inferior a una "court". En este estudio, para evitar confusiones entre los distintos ordenamientos jurídicos de habla castellana, siempre que aparezca el término tribunal, en castellano, significará que en el texto original aparece como "court", salvo que se indique lo contrario (nota de la traductora).

tificación de los mismos, en la mayoría de las jurisdicciones de derecho común las convenciones internacionales requieren la promulgación de legislación nacional para que los derechos y obligaciones sean exigibles. En estas jurisdicciones donde los tratados no se ejecutan directamente, los tratados internacionales de derechos humanos pueden influir indirectamente en la interpretación y aplicación del derecho interno. Los tribunales a menudo invocan la CDN como una ayuda a la interpretación cuando existe una laguna o ambigüedad en el derecho interno, o cuando los principios internacionales de derechos humanos influyen en el proceso legislativo de leyes nacionales y de la constitución.

La Convención sobre los Derechos del Niño se invoca frecuentemente en el contexto del derecho de familia y del derecho de inmigración. En los casos legales examinados, las partes muchas veces se han basado en el artículo 3 (interés superior del niño), el artículo 9 (la no separación del niño de sus padres) y el artículo 12 (derecho del niño a ser escuchado y a expresar su opinión). Mientras que los hechos y resultados de estos casos son diversos, lo que emerge de esta jurisprudencia es el incremento de la viabilidad de los intereses de los niños, así como un aumento en la tendencia de los tribunales a tener en cuenta las opiniones de los niños cuando las decisiones los afectan y/o afectan a sus padres.

Los principios internacionales de derechos humanos en los razonamientos legales nacionales: la práctica en los tribunales

La Convención sobre los Derechos del Niño es el instrumento de derechos humanos con más ratificaciones en toda la historia. Sin embargo, esta ratificación casi universal no garantiza necesariamente la realización efectiva de los derechos humanos de los niños. Para avanzar verdaderamente en los derechos de los niños, la Convención sobre los Derechos del Niño debe tener un efecto práctico, tanto en el área internacional, como en el ámbito interno de los países.

De 193 países, 191 han ratificado la Convención sobre los Derechos del Niño. Los Estados Partes de la Convención tienen una obligación legal y moral de avanzar, en la causa de los niños, mediante medidas administrativas, legales, judiciales o cualquier otra. Los Estados Partes deben promover los derechos económicos, sociales y culturales de los niños hasta el máximo de los recursos de que dispongan. El Comité sobre los Derechos del Niño ha enfatizado que para implementar el artículo 4 de la Convención, los Estados Partes deben asegurar que se pone en marcha una estructura legal efectiva y compatible con las disposiciones y principios de la Convención. Desde luego, la CDN reconoce que en algunos casos la legislación interna existente puede proteger mejor y globalmente los derechos de los niños (artículo 41), en estos casos la norma más favorable debe siempre prevalecer.

Los jueces y los miembros de la profesión legal juegan un importante papel para dar efecto a la CDN. Los jueces y abogados, en sus respectivas jurisdicciones, dan verdaderamente efecto a los derechos de los niños al invocar los principios de derechos humanos de la CDN en la interpretación de la constitución nacional y las leyes, y al desarrollar el derecho común. Esto fue reconocido en el Sexto Coloquio Judicial de la Commonwealth donde los jueces afirmaron en la Declaración de Bloemfontein "la importancia de los instrumentos internacionales de derechos humanos y la jurisprudencia nacional e internacionales como puntos esenciales de referencia para la interpretación de constituciones nacionales y la legislación y para el desarrollo del derecho común".³ Los jueces que se reunieron en el Primer Coloquio Judicial de la Commonwealth adoptaron la obligación de desarrollar los razonamientos legales internos basándose en las normas internacionales de derechos humanos y en la jurisprudencia, cuando afirmaron, en los principios de Bangalore:

En la correcta naturaleza del proceso judicial y en las funciones judiciales bien establecidas está el que los tribunales nacionales deban respetar las obligaciones internacionales que el país asume "hayan o no sido incorporados en el derecho interno" con el propósito de quitar ambigüedades o incertidumbres en las constituciones nacionales, legislación o derecho común.

Desde hace unos años, los miembros de la profesión legal han reconocido su responsabilidad de tener que implementar los principios de derechos humanos. Por ejemplo, en el caso *Cambria v. Republic of Italy*⁴ el Tribunal sostuvo que la Convención sobre los Derechos del Niño debería ser la base para interpretar la legislación interna con relación al abuso de niños:

El poder judicial juega un papel decisivo para asegurar la implementación de las obligaciones que el Estado ha asumido [...]. Se [...] requiere utilizar los valores y principios de la Convención como criterio sobre el cual se deben interpretar las disposiciones previas, siempre y cuando no deban ser considerados como tácitamente derogados.

Principios generales del derecho internacional público

En algunas jurisdicciones de derecho civil los tratados internacionales son incorporados automáticamente después de su ratificación, esto permite que los jueces y abogados los invoquen directamente en los casos que se presentan ante los tribunales.

³ Advancing the Human Rights of Women: Using International Human Rights Standards in Domestic Litigation (Londres, Secretariado de la Commonwealth, 1997) at 12. "The Bloemfontein Statement", en Developing Human Rights Jurisprudence, vol. 6: Sixth Judicial Colloquium on the Domestic Application of International Human Rights Norms (Londres, Secretariado de la Commonwealth, 1998).

⁴ *Cambria v. Republic of Italy* (1996), Public Hearing 18/3/1996, Gen.Reg.núm.2301/96 (Sup. Ct. of Cassation, 6th penal section) at 4; The Bangalore Principles, supra nota 1.

Sin embargo, en la mayoría de las jurisdicciones de derecho común, los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos necesitan la promulgación de legislación interna para crear derechos y obligaciones exigibles. El derecho internacional puede, no obstante, influir indirectamente en la interpretación y aplicación del derecho interno. En jurisdicciones de derecho común existe una presunción bien arraigada de que los gobiernos no deben legislar de forma inconsistente con el derecho internacional aplicable. De forma similar, los tribunales pueden utilizar tratados internacionales de derechos humanos debidamente ratificados para interpretar ambigüedades en el derecho nacional. El hecho de que en la mayoría de las jurisdicciones de derecho común los tratados internacionales no formen parte de la legislación nacional nos lleva a concluir que existe una cierta reticencia a aplicarlos automáticamente.

Esta reticencia se evidencia en el caso inglés *Midland Bank Plc. v. Clark*. En este caso, la demandada apeló la decisión tomada por un tribunal de primera instancia en favor del demandante, Midland Bank Plc., y que se refería a una orden que la señora Clark dio al banco sobre la posesión de su casa. El fundamento de la apelante en el caso fue que tal y como había sido ejecutada la orden, ésta violaba los derechos de su hija de 17 años según lo establecido en la Ley del Niño de 1989 y en la CDN. El juez Pill rechazó los argumentos de la demandante, porque la CDN no era parte del derecho interno y por lo tanto el Tribunal no estaba obligado a hacer cumplir sus disposiciones:

La Convención de la ONU, que ha sido ratificada por el gobierno del Reino Unido, no es parte del derecho interno de Inglaterra. Los principios de esta Convención, aunque obligan en el derecho internacional al Reino Unido, no crean derechos que sean directamente exigibles en el derecho interno, a pesar de todo esperamos que las disposiciones como la Ley del Niño de 1989 y otras disposiciones del derecho inglés reflejen adecuadamente las aspiraciones de la Convención Internacional.⁵

Hasta hace poco, en Nueva Zelanda también tenía lugar una reticencia similar a basarse en tratados de derechos humanos que no habían sido incorporados. Tal como Williams J. describe en *Lawson v. Housing New Zealand*:

Al menos hasta la decisión en Ashby⁶ [...] a no ser que un tratado internacional no sea introducido en el derecho interno mediante legislación, ningún individuo puede hacer cumplir los derechos contenidos en el tratado, y aunque sean introducidos de este modo, los derechos a los que los individuos tienen acceso son los que están bajo la legislación y no aquellos bajo el tratado.⁷

⁵ *Midland Bank plc v. Clark* (12 de junio de 1997). Transcrito: Smith Bernal 303 (C.A.) at 305.

⁶ *In Ashby v. Minister of Immigration* [1981] 1 NZLR 222 (citado en *Lawson v. Housing New Zealand*), el Tribunal Superior de Nueva Zelanda reconoció que algunas obligaciones internacionales son tan manifiestamente importantes que ningún juez debería obviarlas, independientemente de la implementación nacional.

⁷ *Lawson v. Housing New Zealand* [1997] 2 NZLR 474, LEXIS at 26. Citado en Andrew Byrnes, "Human Rights Instruments Relating Specifically to Women, with Particular Emphasis on the Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women", en *Advancing the Human Rights of Women* at 50.

Existen diversas razones por las cuales los jueces y abogados han sido tradicionalmente cautos a la hora de invocar tratados no incorporados en los razonamientos legales internos. El juez Michael Kirby (ahora en el Tribunal Superior⁸ de Australia) ha enumerado algunas de las causas de por qué son reacios. Primero, como la ratificación de los tratados es generalmente un acto ejecutivo, los tribunales pueden ser reacios a implementar el tratado que puede no reflejar las opiniones del pueblo o del Parlamento. Segundo, especialmente en Estados federales, existe una preocupación de que el gobierno federal utilice el poder de ratificar tratados para expandir su poder federal a expensas del poder de los estados. Tercero, existe un profundo malestar con el derecho legislado por los jueces. En muchas jurisdicciones se cree que solamente está al alcance de las legislaturas elegidas democráticamente el poder de dar efecto legal a tratados internacionales de derechos humanos. Finalmente, los tratados internacionales pueden no ser vistos como la mejor fuente del derecho, creando suspicacias acerca de la composición y competencia de los órganos internacionales, y la preocupación de que el camino hacia la conformidad internacional pueda no cumplir o desatender contextos sociales o históricos, locales y nacionales relevantes.⁹

La utilización de los tratados de derechos humanos que no han sido incorporados al derecho interno como ayuda a la interpretación

En muchas jurisdicciones de derecho común los tribunales, cuando la legislación internacional no ha sido incorporada a la interna, se han basado en instrumentos internacionales de derechos humanos como ayuda a la interpretación. Los tribunales han encontrado que considerar los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos, como la CDN, se justifica particularmente cuando existe una laguna legal o ambigüedades en el derecho interno, cuando la constitución interna ha sido influida por principios internacionales de derechos humanos y cuando a la CDN se le da un valor de derecho consuetudinario.

1. Lagunas o ambigüedades en el derecho interno

Los principios de Bangalore reconocieron la importancia de referirse a los principios internacionales de derechos humanos cuando existen lagunas legales en el derecho interno. Estos principios "confirmaron la relevancia de la jurisprudencia internacional y re-

⁸ El término inglés es "High Court", en España concretamente se traduce por Tribunal Superior de Justicia o por Audiencia Nacional, mientras que en algunos países de América Latina se conoce más por Corte de Apelaciones. En este estudio, salvo que se indique lo contrario, siempre que aparezca el término "Tribunal Superior", en castellano, significará que en el texto original aparece como "High Court" (nota de la traductora).

⁹ Coloquio Judicial para Magistrados en la zona del Pacífico Sud-Asiático, en A. Byrnes, Londres, Secretariado de la Commonwealth, 1998.

gional sobre los derechos humanos para los tribunales internos”, y fomentaron la alusión a dicha jurisprudencia cuando la ley interna “sea derecho constitucional, estatutaria o común, y sea dudosa o incompleta”.¹⁰

Los jueces también se han referido a la utilización de instrumentos internacionales de derechos humanos cuando existe una laguna en el derecho interno. Por ejemplo, el juez P. N. Bhagwati, antiguo juez jefe de la India y miembro del Comité de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, ha dicho:

*Desde luego, cuando el lenguaje de la ley es claro, entonces el juez debe darle efecto, pero existen muchos casos en los que el derecho interno –sea derecho constitucional, estatutario o común– es ambiguo, incierto o incompleto, o capaz de llevar una interpretación no acorde con las normas internacionales sobre derechos humanos de la mujer, y en estos casos los principios de Bangalore requieren que los tribunales nacionales consideren estas normas internacionales y deban desarrollar y amoldar las leyes consistentemente con estas normas.*¹¹

De modo semejante, Musumali J., del Tribunal Superior de Zambia, dijo en *Longwe v. Intercontinental Hotels*:

*La ratificación de dichos [instrumentos internacionales de derechos humanos] por un Estado sin reservas es el claro testimonio de la voluntad de ese Estado de obligarse a observar las disposiciones de dicho [instrumento]. Si existe esa voluntad, y si un caso llega ante este Tribunal y no está cubierto por la legislación local, pero está cubierto por ese [instrumento] internacional, yo tomaría nota judicial de ese tratado o convención en la resolución de la discusión.*¹²

En efecto, los tribunales han utilizado judicialmente la CDN (y la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer) cuando existe una laguna en el derecho interno. Por ejemplo, en *Vishaka v. State of Rajasthan*, el Tribunal Superior¹³ de la India justificó la invocación de la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer para interpretar la constitución cuando existía una laguna legal en el derecho interno en el área de asalto y acoso sexual. La Corte estableció: “Hoy en día es un principio aceptado de construcción judicial el que se debe tener en cuenta las convenciones y normas internacionales para legislar derecho interno cuando no existe inconsistencia entre el derecho internacional y el interno, y existe una laguna en el derecho interno”.¹⁴

¹⁰ *Supra*, nota 1.

¹¹ *Supra*, nota 1.

¹² (1993) 4 LRC 221 (H.C. of Zambia).

¹³ En inglés “Superior Court”. En el derecho inglés, que es el que sigue de cerca la India, los tribunales superiores son la Cámara de los Lores, el Tribunal de Apelación y el Tribunal de la Corona (nota de la traductora).

¹⁴ (1998) 3 B.H.R.C. 261 (Sup. Ct) at 266.

Cuando existe una ambigüedad en la legislación interna, los tribunales normalmente se basan en el bien fundado principio de que un país no crea deliberadamente leyes con las que incumplan sus obligaciones internacionales. Por ejemplo, en *Attorney-General of Botswana v. Unity Dow*, Anissah J. P. del Tribunal de Apelación de Botswana recurrió a la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y otras convenciones de derechos humanos para interponer una cuestión constitucional. El juez Anissah estableció:

*Yo estoy dispuesto a aceptar la posición de que este país no promulgará deliberadamente leyes que contravengan sus obligaciones internacionales bajo aquellos regímenes. Por lo tanto, las cortes deben interpretar las leyes y estatutos nacionales de forma que sea compatible con la obligación del Estado de no violar leyes internacionales como está establecido por tratados que crean leyes, convenciones, acuerdos y protocolos dentro de las Naciones Unidas y de la Organización para la Unidad Africana.*¹⁵

2. La influencia de los derechos humanos internacionales en el proceso legislativo del derecho interno

Los tribunales suelen estar más dispuestos a invocar la CDN cuando los principios internacionales de derechos humanos influyeron en la legislación de constituciones nacionales y/o declaraciones de derechos. Por ejemplo, el Tribunal de Familia de Australia ha justificado el haberse basado en la CDN cuando ésta no había sido incorporada al derecho interno diciendo que la Convención es la base para la legislación nacional.

De forma similar en Nueva Zelanda, los tribunales, para basarse en instrumentos internacionales al interpretar el derecho interno, se han referido a la influencia del derecho internacional en el desarrollo de la legislación nacional de derechos humanos. En *Nothern Regional Health Authority v. Human Rights Commission et al.*, el Tribunal Superior de Nueva Zelanda escribió:

*Los tribunales de Nueva Zelanda están cada vez más preparados para hacer alusión a interpretaciones y autoridades internacionales y así obtener un mejor entendimiento de la base de nuestros derechos. Cuando los principios enunciados internacionalmente son la base para la legislación nacional, el camino lógico a seguir es el que proporcione una estructura y un entendimiento internacional que iluminen y ayuden a la legislación local.*¹⁶

Los tribunales se han basado en tratados de derechos humanos para dar una interpretación más liberal a las garantías de los derechos humanos que se encuentran en las

¹⁵ *Attorney General of Botswana v. Unity Dow* [1992] L.R.C. (Const) 623 (C.A., Botswana) at 674.

¹⁶ *Nothern Regional Health Authority v. Human Rights Commission* [mayo de 1997], CP 157/97 (High Ct.N.Z.) at 26.

constituciones nacionales. El Presidente del Tribunal Supremo¹⁷ de Pakistán, Muhammed Heelen, dijo en un informe del coloquio judicial que tuvo lugar en Bangalore en Pakistán en 1988:

*La aplicación nacional de normas de derechos humanos es observada ahora como la base para implementar los valores constitucionales más allá de los requisitos mínimos de la constitución. Las normas internacionales de derechos humanos son en realidad una parte de la expresión constitucional de las libertades garantizadas en el ámbito nacional. Los tribunales nacionales pueden asumir la tarea de expandir estas libertades.*¹⁸

3. Derecho consuetudinario internacional

Tanto en las jurisdicciones monistas como en las dualistas los tribunales pueden hacer referencia a la CDN cuando los principios son reconocidos ampliamente como parte del derecho consuetudinario internacional. Los principios de la CDN pueden ser también fuentes relevantes para el desarrollo del derecho nacional. Como la CDN ha alcanzado casi una ratificación universal, se podría decir que los principios de derechos humanos reconocidos en ella deberían ser tratados como derecho consuetudinario, es decir, como normas universales aceptadas por la comunidad internacional.

En el caso australiano de *B and B: Family Reform Act 1995*, el Tribunal dijo que se debería dar importancia a la CDN al decidir cuestiones de derecho interno porque es casi derecho consuetudinario.¹⁹ El Tribunal estableció que a la CDN “se le debe dar una significación especial porque es un instrumento de derechos humanos aceptado casi universalmente”.²⁰

Diciendo esto, el Tribunal citó una ponencia que Sir Anthony Mason dio en la Segunda Conferencia Nacional del Tribunal de Familia de Australia:

*Es cierto que una convención no necesariamente incorpora reglas de derecho internacional. Pero la Convención sobre los Derechos del Niño ha atraído una amplia aceptación internacional [...] Y por qué debería el principio de que “las provisiones ratificadas pero no incorporadas de una Convención no forman parte de la ley del territorio” prohibir la formulación judicial en derecho común de referirse a la Convención, si ésta goza de una aceptación amplia, incluida la aceptación por Australia [...] El precepto puede contribuir al desarrollo de un principio en el derecho interno si los jueces lo utilizan con ese propósito.*²¹

¹⁷ En inglés “Chief Justice”. Se puede traducir por presidente (juez) de Sala o del Tribunal Supremo. En América Latina, en general, también se conoce por Presidente de la Corte Suprema (nota de la traductora).

¹⁸ Los Principios de Bangalore, supra nota 1.

¹⁹ 9 de julio de 1997, Appeal núm. NA359F1996, File núm. TV1833 of 1996 (Tribunales de Familia de Brisbane, Australia).

²⁰ Ibid.

²¹ Ibid.

Refiriéndose a las notas de Sir Anthony Mason, el Tribunal de Familia de Australia utilizó un lenguaje perteneciente al derecho consuetudinario para justificar la invocación por los tribunales de la Convención sobre los Derechos del Niño que no había sido incorporada.

De modo semejante, en *Teoh v. Minister of Immigration and Ethnic Affairs*, Gaudron J. invocó la CDN, utilizando el lenguaje del derecho consuetudinario:

El significado de la Convención, en mi opinión, es que da sentido a un derecho humano fundamental que la sociedad australiana da por sentado, en el sentido de que es valorado y respetado aquí como en otros países civilizados. Y si existieran algunas dudas sobre si eso es así, la ratificación tendería a confirmar el significado del derecho en nuestra sociedad. Dado que la Convención da sentido a un importante derecho valorado por la comunidad australiana, es razonable hablar sobre la esperanza de que a la Convención se le dé efecto.²²

Además, otra indicación de que la CDN pueda ser invocada como derecho consuetudinario tiene su origen en el hecho de que un tribunal en los Estados Unidos de América invocó la CDN aun sin haber ratificado todavía la Convención. En *Batista v. Batista*, Draginis J. citó el artículo 12 de la CDN como apoyo para su conclusión de que las opiniones del niño deberían ser tomadas en consideración al ordenar una orden de custodia.²³

Una visión general de los casos y decisiones judiciales más relevantes

Muchos tribunales se apoyan en la Convención sobre los Derechos del Niño como una ayuda para interpretar las normas jurídicas, sobre todo en el contexto del derecho de inmigración o del derecho de familia.

En los casos que se discuten a continuación, las partes normalmente hacen referencia al artículo 3 (interés superior del niño), al artículo 9 (no separación del niño de sus padres) y al artículo 12 (derecho del niño a ser escuchado). Mientras que los hechos y resultados son distintos, lo que emerge de esta jurisprudencia es la creciente atención que se da a los intereses del niño. Los tribunales están cada vez más decididos a tener en cuenta las opiniones de los niños cuando tienen que tomar decisiones que los afectan a ellos y/o a sus padres.

1. Derecho de familia

La CDN ha sido invocada crecientemente con relación a temas del derecho de familia, particularmente los de custodia, abuso y adopción de niños. De todos modos, la juris-

²² (1995), 183 C.L.R.273 (H.C. Australia); refiriéndose al principio de "El interés superior del niño".

²³ 18 de junio de 1992, Lexis 1808 (Sup.Ct.Conn).

prudencia no es del todo abundante en esta área, porque quizá uno de los principios más amplios y respetados de la CDN aplicable a este sector del derecho –el interés superior del niño– es un principio central ya existente en el derecho de familia de muchas jurisdicciones antes de la adopción de la CDN. Los tribunales prefieren hacer referencia a este principio del interés superior del niño como perteneciente a su legislación interna, más que atribuirlo a la CDN. Mientras que en el derecho de familia la dependencia a la CDN es irregular, lo que emerge es la creciente toma en consideración del niño como un sujeto de sus derechos, y que sus intereses deben ser tenidos en cuenta.

La CDN ha sido invocada para dar una consideración creciente a las opiniones del niño en las decisiones que los afectan. Por ejemplo, el Tribunal en *Re: B* fue influido por los deseos de los niños al revocar una orden de retorno a Irlanda, después de haber volado a Inglaterra con su madre.²⁴ En este caso, la madre dejó un matrimonio supuestamente abusivo en Irlanda y se reinstaló en Inglaterra con sus dos hijos. Cuando el padre ganó una orden de que los niños volvieran a Irlanda, la madre apeló argumentando que se debían tener en cuenta los deseos de sus hijos de quedarse en Inglaterra fuera del alcance de su padre, de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 13 de la Convención de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores. El artículo 13 de la Convención de La Haya dice: “la autoridad judicial o administrativa podrá así mismo negarse a ordenar la restitución del menor si comprueba que el propio menor se opone a su restitución, cuando el menor haya alcanzado una edad y un grado de madurez en que resulta apropiado tener en cuenta sus opiniones”. El Tribunal se refirió atentamente al caso *Re M (Minors)*, en el que Balcombe L. J. hizo hincapié en la estrecha conexión existente entre el artículo 13 de la Convención de La Haya y el artículo 12 de la CDN.²⁵ El artículo 12 dice:

Los Estados Partes garantizarán al niño, que esté en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afectan teniéndose debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez.

Basado en el principio de que los niños tienen el derecho a ser escuchados, el Tribunal encontró que ambos niños habían alcanzado la edad y madurez en la que es apropiado tener en cuenta sus deseos de quedarse en Inglaterra con su madre. Como resultado, la orden de devolver los niños a Irlanda fue revocada.

En el caso escocés de *Janice Cunningham or Smith v. Angela Shearer or Woodhead*, el Tribunal rechazó la petición de la madre de volver a tener bajo su custodia a su hijo. En lugar de eso el Tribunal dijo, citando el artículo 12 de la CDN, que el niño había demostrado ser suficientemente maduro para tener en cuenta su opinión de querer que-

²⁴ [1998] 1 F.L.R.667;[1998] Fam.Law. 308 (C.A., U.K.).

²⁵ No recopilado, 25 de julio de 1990.

darse con su abuela, y esto también dejaría que su padre jugase un importante papel en su vida.²⁶

La CDN también fue citada para reconocer la importancia de la opinión del niño en *Batista v. Batista*, un caso estadounidense sobre custodia.²⁷ En este caso, la madre del niño en cuestión presentó un escrito por el cual rechazaba la orden temporal que le impedía el acceso a su hija. La niña expresó su deseo de no volver con su madre, después de haberla visitado en España, porque era sospechosa de ser drogodependiente y de tener un comportamiento inadecuado. Al darle la custodia temporal al padre, el juez tomó en consideración la opinión de la niña, de acuerdo con lo establecido en el artículo 12 de la CDN (que no había sido ratificada por los Estados Unidos). El Tribunal dijo, después de citar la CDN:

*En este momento, lo que está claro es que tenemos una niña de quince años que desea ser escuchada [...] Ella también tiene un interés sobre lo que ocurre en su vida. Es una vida que no pertenece a los adultos que se casaron y la trajeron al mundo. Ellos no tienen el derecho exclusivo a discutir entre ellos acerca de ella como si fuera un objeto de propiedad personal.*²⁸

El Tribunal por lo tanto se basó en la CDN no solo para reconocer el derecho de la niña a ser escuchada, sino también para tratarla como un sujeto de derecho con intereses distintos de los de sus padres.

El principio de que los niños son sujetos de derecho se encuentra también en el caso italiano de *Cambria v. Republic of Italy*.²⁹ La CDN fue invocada para distinguir entre disciplinar y abusar de los niños. El Tribunal, basándose en la CDN, reconoció que los niños no son de propiedad personal de los padres, sino que tienen sus propios derechos a la dignidad y a no ser objeto de violencia. En este caso, el padre apeló la sentencia que se le había impuesto por maltratos y abusos a su hija, argumentando que al ser su padre tenía el derecho a disciplinar físicamente a su hija. Al rechazar su apelación, el Tribunal dijo que la CDN había alentado cambios en el derecho de familia italiano y en el Código Penal para proteger más firmemente en casa la salud y la seguridad de los niños. El Tribunal Superior de Casación dijo:

Los deseos de estos cambios en la ley [...] han sido reconfirmados por la Convención sobre los Derechos del Niño de las Naciones Unidas [sic] [...] que expresamente reconoce que, entre los otros derechos fundamentales de los seres humanos, los niños tienen el derecho "a un desarrollo pleno y armonioso de su personalidad", que debe ser desarrollado "en espíritu [...] de paz, dignidad, tolerancia, libertad, equidad

²⁶ [Outer House, 1996]

²⁷ *Supra*, nota 18.

²⁸ *Ibid.*

²⁹ *Supra*, nota 2.

y solidaridad” y protegido “de cualquier forma de violencia física, psíquica o mental o brutalidad, abandono, negligencia, maltratos o explotación, incluida la violencia sexual, mientras estén bajo el cuidado de uno o ambos padres”.³⁰

Los distintos intereses del niño encuentran su expresión en el principio del interés superior del niño, regulado en el artículo 3 de la CDN. El interés superior del niño tuvo una importancia primordial en *B and B: Family Law Reform Act 1995*.³¹ Como este caso ilustra, la legislación nacional a veces incorpora principios de la CDN, y los tribunales al tomar sus decisiones están dispuestos a invocar el derecho interno más que la CDN. El Tribunal de Familia de Australia consideró una apelación de un padre contra una orden que permitiría a la madre de sus hijos trasladarlos de Queensland a Victoria. El padre argumentó que la Ley de Reforma del Derecho de Familia australiana había dado efectos parciales a las obligaciones de Australia bajo la CDN y por lo tanto los intereses de los niños debían tener una consideración suprema al dar esa orden.

El Tribunal no necesitó considerar específicamente la CDN para tomar su decisión, ya que encontró que el juez del caso había tomado adecuadamente en consideración el interés superior de los niños de acuerdo con lo establecido en la Ley de Reforma del Derecho de Familia. Aunque no era necesario al apelar examinar la CDN, el Tribunal de todos modos revisó la relevancia de la CDN en el derecho interno al haber traído el apelante a colación el tema. El Tribunal concluyó que la Convención sería efectivamente relevante para las consideraciones del tribunal, dada su aceptación casi universal y su influencia al legislar leyes internas.

A veces, el principio del interés superior del niño ha tenido prioridad sobre el derecho de acceso del padre o madre al niño. En *S. v. M. (Access Order)*³² y en *El Matter of Z*,³³ el artículo 3 de la CDN fue invocado para denegar el acceso de los padres a sus hijos por ser éste abusivo. En *Re B v. Another*, el concepto del interés superior del niño también evitó que un padre, que padecía de la enfermedad de Huntington, tuviera acceso a su hija.³⁴ Similarmente, los tribunales dieron más valor al principio del interés superior del niño que al principio del derecho del niño a estar en contacto con sus dos padres.

El principio del interés superior del niño es utilizado a menudo para resolver un conflicto entre los derechos del niño y los derechos de los padres. Por ejemplo, la CDN fue la base en un caso en el que se sopesaba el derecho del niño a la vida y la libertad de religión de los padres. En *Re J (An Infant): Director General of Social Welfare v. B and B*, los padres que eran testigos de Jehová se opusieron a una transfusión de sangre a

³⁰ *Supra*, nota 2.

³¹ *Supra*, nota 14.

³² [1997] 1 F.L.R. 980.

³³ 6 de enero de 1997, Appeal núm.NA54 de 1995, núm.DN663X de 1995 (Australia).

³⁴ [1996] S.L.T. 1370 (Inner House, 1st Div., Irlanda).

su hijo.³⁵ El juez del tribunal del distrito dio una orden de designar al director general del bienestar social como guardián del niño y autorizarle a que supervisara el tratamiento del niño. Los padres apelaron, pero la decisión fue mantenida por el Tribunal Superior. El Tribunal Superior se basó en el derecho del niño a la vida recogido en la Declaración de Derechos de Nueva Zelanda y también en la CDN. El Tribunal citó el artículo 3 (interés superior del niño) y el artículo 6, que reconoce el derecho del niño a la vida, y la obligación del Estado a “garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño”. El Tribunal dijo que “está suficientemente claro que esta convención [CDN] [...] pone en primer lugar el derecho a la vida, luego enfatizaba el derecho (y obligación) de los padres de determinar el curso del crecimiento del niño”. Esta decisión fue más tarde mantenida por el Tribunal de Apelación en *Re J (An Infant) B and B v. Director-General of Social Welfare*.³⁶

La CDN ha sido invocada para fomentar el papel que juegan los padres. En *Re R (An Infant) (Contact)*³⁷ y en *Re H (Contact: Principles)* (1994),³⁸ los tribunales citaron el artículo 7 de la CDN para sostener el principio de que es beneficioso para el niño mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres. Por lo tanto, mientras que la CDN promueve el reconocimiento de los niños como sujetos individuales de derechos, imagina a los niños en el contexto de una familia y apoya la posición de que un importante paso a seguir para mejorar las circunstancias del niño es proveerle de la asistencia de sus padres.

De modo semejante, en *Keegan v. Ireland*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos consideró el derecho de guarda y custodia del padre sobre su hija.³⁹ Él había estado relacionado con la madre de la niña, y juntos habían decidido tener un hijo. De todos modos, su relación terminó antes de que ella naciera, y el padre solo tuvo la ocasión de ver a su hija recién nacida una sola vez antes de que su madre la diera en adopción. El Tribunal decidió que el derecho irlandés había violado el derecho al respeto a la vida familiar del Convenio Europeo porque había aceptado que la madre hubiese pedido dar en adopción a la niña sin el conocimiento y el consentimiento del padre. Antes de llegar a esta conclusión el Tribunal consideró si la obligación del Estado era simplemente abstenerse de intromisión en la vida familiar, o si la obligación era más amplia, requiriendo un apoyo activo para la vida familiar. El Tribunal se refirió, en este caso, al derecho del niño a ser cuidado por sus padres como está garantizado por el artículo 7 de la CDN. Encontró que “cuando existe el establecimiento de un lazo familiar con el niño, el Estado debe actuar de una manera calculada para dejar que ese lazo se desarrolle, y se deben crear garantías legales para que desde el momento del nacimiento

³⁵ [1996] 3 N.Z.L.R. 73 (Dist. Ct., N.Z.).

³⁶ [1996] 2 N.Z.L.R. 134 (C.A., N.Z.).

³⁷ (1993) 2 F.L.R. 762 (C.A., R.U.).

³⁸ (1994) 2 F.L.R. 969 (C.A., R.U.).

³⁹ 290 Eur. Ct.H.R.1 (1994).

del niño sea posible la integración del niño en su familia".⁴⁰ El Tribunal Europeo ha aplicado este principio en casos subsiguientes que reconocen el deber del Estado de establecer leyes que faciliten las relaciones del niño con sus padres.⁴¹

2. Derecho de inmigración

La CDN ha sido invocada muchas veces en el contexto del derecho de inmigración y de refugiados. Los padres que estaban en contra de una orden de deportación, o de otro tipo de órdenes de inmigración, han invocado el artículo 3, sosteniendo que la consideración primordial del juez debe ser el interés superior de su hijo. También se han basado en el artículo 9 que establece que el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando la separación sea necesaria en el interés superior del niño. Los padres se han basado en estos artículos de la CDN para pedir la revisión de las órdenes de deportación contra ellos.

En el Reino Unido, la alusión a la CDN en los casos de deportación muchas veces no ha tenido éxito. La razón de esto es que el Reino Unido introdujo una reserva a la CDN en los preceptos relativos a inmigración, reafirmando de este modo el control nacional sobre sus fronteras. Los casos que se describen a continuación ilustran esta dificultad de invocar la CDN en el contexto del derecho de inmigración inglés.

En *R. v. Secretary of State for the Home Department ex parte Gangadeen*; *R. v. Secretary of State for the Home Department ex parte Khan*,⁴² los demandantes mantenían que cuando la decisión de una posible deportación afecta a un niño, le incumbe al ministro del Interior dar la consideración primordial al interés superior del niño. En este caso, una demandante, la Sra. Gangadeen, era una inmigrante ilegal de la India y era madre de un niño de 7 años. Su permiso de estancia había sido rechazado por el ministro del Interior. El otro demandante, el Sr. Khan, era un ciudadano pakistaní e inmigrante ilegal cuya demanda del permiso de estancia en Inglaterra había sido también rechazada. Al apelar la decisión del ministro, la Sra. Gangadeen y el Sr. Khan se basaron en el artículo 3 de la CDN que dice que "en todas las medidas concernientes a los niños [...] una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño". También se basaron en el derecho a la vida familiar garantizado en el artículo 8 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos (CEDH), y se refirieron a un número de decisiones del Tribunal Europeo de Derechos Humanos que ha enfatizado fuertemente la importancia del interés del niño.

Sus apelaciones fueron denegadas. El Tribunal encontró que el oficial de inmigración había sopesado debidamente los intereses en conflicto: el derecho a una vida familiar

⁴⁰ *Ibid.*, at par. 50.

⁴¹ Véase, por ejemplo, *Kroon and others v. The Netherlands*, 20 de septiembre de 1994, Caso núm. 29/1993/424/503.

⁴² [1998] 1 F.L.R. 762; [1998] Fam. Law 248; [1998] 2 F.C.R. 96 (C.A.).

bajo el artículo 8 del CEDH y el derecho del Estado a controlar sus políticas de inmigración. Con respecto a la CDN, el Tribunal anotó que el Reino Unido había ratificado la Convención, pero que había introducido una reserva con relación a las decisiones sobre inmigración. El juez Swinton Thomas L. J., coincidiendo con esto dijo:

*En el campo de la inmigración, y en particular cuando las decisiones son relativas a deportaciones, el interés del niño no es ni puede ser el interés primordial o superior. Esto está aceptado ampliamente por muchos casos europeos, como por ejemplo So - rabjee v. UK (no recopilado), 23 de octubre de 1995, y Abdulaziz v. UK (1985) 7 ECHR 471. Si fuera de otro modo, sería muy difícil tomar la decisión de deportar a un niño. De todos modos, el interés del niño tiene una gran importancia, y se le debe dar una consideración separada, incluida la consideración de los lazos familiares en su país, y en el caso de la decisión sobre la deportación de un adulto los lazos del adulto con el niño deben ser tomados en consideración al sopesar los intereses.*⁴³

En el caso *R. v. Secretary of State for the Home Department ex parte Mercy-Ezegbe*,⁴⁴ se hizo alusión a la CDN sin éxito. En este caso, la demandante, una ciudadana nigeriana que había vivido ilegalmente durante siete años y medio en Inglaterra, pidió un permiso para quedarse indefinidamente en el Reino Unido e intentó anular una orden de deportación en contra suya y de sus hijos. La demandante argumentó, en parte, que la orden de deportación en contra suya debía ser anulada sobre la base de argumentos compasivos al considerar el efecto de la deportación en sus hijos. Ella argumentó que sus hijos, que tenían un derecho a domicilio en el Reino Unido, estarían discriminados materialmente en Nigeria. El ministro del Interior, al denegar inicialmente la petición de quedarse en Inglaterra, escribió a la demandante diciéndole que cualquier potencial discriminación de los niños como consecuencia de la deportación no era razón suficiente para abandonar el cumplimiento de la acción en contra de la madre: "el peso de la residencia de dos niños en el Reino Unido no es por sí suficiente razón para dejar que ellos y el resto de su familia se queden".⁴⁵ El ministro del Interior apoyó esta decisión de no dar importancia a la CDN en este caso:

*La Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño fue ratificada por el Reino Unido [fecha del acto]. De todos modos, en ese momento el Reino Unido hizo una reserva para que la Convención se interpretara de manera tal que no afectara al modo de operar de la legislación del Reino Unido en materia de inmigración y nacionalidad.*⁴⁶

⁴³ R. v. Secretary of State for the Home Department ex parte Gangadeen; R. v. Secretary of State for the Home Department ex parte Khan [1998] IFLR 762; [1998] 27 FCR 96 (CA), LEXIS at 24.

⁴⁴ R. v. Secretary of State for the Home Department ex parte Mercy-Ezegbe (25 de marzo de 1997); Transcrito: Smith Bernal (C.A. Civil Div.) LEXIS at 6.

⁴⁵ Ibid.

⁴⁶ Ibid.

En la apelación el Tribunal no encontró razones para impugnar la decisión del ministro del Interior. La potencial separación de los niños de los padres no fue tomada en consideración porque la demandante podía llevarse consigo a Nigeria a todos sus hijos.

En *R. v. Secretary of State for the Home Department ex parte Ouma*, el abogado de la apelante argumentó que al denegar a la Sra. Ouma su solicitud de asilo, el ministro del Interior no tomó en cuenta ni el artículo 8 del Convenio Europeo sobre Derechos Humanos (el derecho al respeto a la vida privada y familiar) ni la Convención sobre los Derechos del Niño.⁴⁷ La deportación de la Sra. Ouma a Kenia estaba programada para nueve días después del nacimiento de su hijo. Cuando no se presentó para ser deportada, fue arrestada y detenida. El Tribunal denegó la apelación de la Sra. Ouma para el asilo, basándose en una declaración del Tribunal Europeo de Derechos Humanos:

*Un Estado tiene el derecho a controlar la entrada de no nacionales en su territorio [...] La obligación impuesta por el artículo 8 [derecho al respeto a la vida privada y familiar] no puede ser considerada como una extensión de la obligación del Estado Parte de respetar la elección hecha por parejas casadas para decidir su residencia matrimonial y aceptar por lo tanto el establecimiento en su país de esposos no nacionales.*⁴⁸

A pesar de que el abogado de la Sra. Ouma se basara en la CDN, el Tribunal no citó la Convención en sus considerandos para denegar la solicitud de la Sra. Ouma, ni tampoco la mencionó en relación con el efecto que tendría la deportación de la Sra. Ouma en sus hijos.

En una postura distinta al Reino Unido, Australia no introdujo ninguna reserva a la CDN con relación a la inmigración. Sin embargo, han habido decisiones internas sobre temas de inmigración que muestran la misma preocupación que emerge de los casos ingleses por controlar las fronteras nacionales. Por ejemplo, en *Re: Gundratman (Johnny) Sundrampillai and the Minister for Immigration, Local Government and Ethnic Affairs*, el Tribunal Federal del Distrito Oeste de Australia dijo que el artículo 9 de la CDN no "afecta al derecho del Estado a deportar al padre de un niño".⁴⁹

No obstante, un hito fue la controvertida decisión en *Teoh v. Minister of Immigration and Ethnic Affairs*,⁵⁰ que ha sentado un precedente para que los oficiales administrativos se basen más en la CDN y tengan los derechos de los niños en consideración. En este caso, los procedimientos para la deportación del Sr. Teoh ya habían comenzado. Al apelar estos procedimientos, el Sr. Teoh se basó en la CDN para argumentar que Australia te-

⁴⁷ Citado en *R. v. Secretary of State for the Home Department ex parte Ouma* [1997] Imm.A.R.606, CO/2386/96, Transcrito: Smith Bernari, LEXIS at 2 (C.A., R.U.).

⁴⁸ Ibid.

⁴⁹ *Gundratman (Johnny) Sundrampillai and the Minister for Immigration, Local Government and Ethnic Affairs*, núm. WA G62 de 1992; FED núm. 914 (Fed. Ct., Australia).

⁵⁰ *Supra*, nota 17.

nía la obligación de considerar el interés superior del niño (artículo 3) y que los niños no deben ser separados de su padre (artículo 9), particularmente porque la madre era drogodependiente y porque los niños contaban fuertemente con su padre para su cuidado.

Estos argumentos basados en la CDN fueron aceptados por el Tribunal. El Tribunal Superior mantuvo la decisión, diciendo que el Sr. Teoh tenía una esperanza legítima de que el interés superior del niño fuera tomado en consideración en los procedimientos para su deportación, porque Australia había ratificado la CDN:

En cualquier caso, no es que los jueces deban dar efecto al precepto de que "el interés superior del niño debe ser la primordial consideración". Puede haber otros intereses que tengan el mismo peso. Más bien, el juez que no tiene la intención de tratar el interés superior del niño como la consideración primordial debe darle a la persona que resulta afectada por esto la oportunidad de argumentar que el juez deba decir eso.⁵¹

En el caso *Teoh*, y por lo tanto en el contexto del derecho interno de inmigración, el Tribunal aplicó la CDN. De todas formas hay que decir que este caso no estuvo exento de controversia. En efecto, el ministro de Asuntos Exteriores y el ministro de Justicia de Australia emitieron el 10 de mayo de 1995 un comunicado oficial renunciando a la decisión en el caso *Teoh*:

Nosotros establecemos, en representación del gobierno, que el ser Estado Parte de un tratado internacional no es una razón para esperar que los jueces y legisladores del gobierno actúen en conformidad con el tratado si las disposiciones relevantes de dicho tratado no han sido promulgadas en el derecho interno australiano. No es legítimo, al aplicar derecho australiano, esperar que las disposiciones de un tratado no incorporado a la legislación sean aplicadas por los jueces. Cualquier expectativa que pueda aparecer no es base suficiente para que una decisión sea revisada. Esto es aplicable tanto a los tratados existentes como a los que Australia ratifique en el futuro.⁵²

A pesar de esta controversia, la decisión en *Teoh* ha influido en los tribunales para que se dé un mayor efecto a la CDN en las decisiones administrativas que los jueces tomen en el futuro. En *Tevia Musie Vaitaki v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, el Tribunal Federal de Australia consideró la CDN en el contexto de la apelación de una orden de deportación.⁵³ El demandante era una persona no residente en Australia que había sido condenada por un delito sexual. Se emitió una orden de deportación en contra del apelante, y éste pidió al tribunal de apelaciones administrativas⁵⁴ que se revisa-

⁵¹ Ibid.

⁵² Citado en *Tevia Musie Vaitaki v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs*, núm. N95/705: AAT núm. 10526, *Administrative Appeals Tribunal, General Administrative Division*, noviembre de 1995.

⁵³ *Tevia Musie Vaitaki v. Minister for Immigration and Ethnic Affairs (1998)*, LEXIS 55 (Fed. Ct., Australia).

⁵⁴ En inglés "tribunal". En este párrafo se está haciendo referencia a un tribunal de menor jerarquía que la "court" (nota de la traductora).

ra. El tribunal no aceptó la demanda, y el demandante apeló al Tribunal Federal de Australia, argumentando que el tribunal no tomó en consideración la decisión en el caso *Teoh*, en el cual se decía que el interés superior del niño debía ser tomado en consideración tal y como establece la CDN. El Tribunal Federal dijo que el tribunal, al no darle la consideración de primordial al interés superior del niño, se equivocó.

La decisión en el caso *Teoh* también inspiró el argumento de los apelantes en un caso canadiense reciente en el que se consideró la CDN en el contexto del derecho de inmigración. En *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)*, la Sra. Baker, que era oriunda de Jamaica, había estado en el Canadá por un tiempo superior a once años pero sin un permiso de residencia.⁵⁵ Durante su estancia en el Canadá tuvo cuatro hijos que eran canadienses. Ella se mantuvo y también mantuvo a sus hijos durante esos once años hasta que se le diagnosticó una esquizofrenia paranoica. Poco tiempo después de ir a la seguridad social y de darle un tratamiento mental en un centro médico en Toronto se dictó, en contra de la Sra. Baker, la orden de deportación. Ella pidió que se revisara la orden de deportación basándose en razones humanitarias y compasivas pero su caso fue desestimado. Posteriormente la Sra. Baker recurrió para que se revisara judicialmente la decisión del oficial de inmigración, pero su caso fue de nuevo desestimado.

Al llevar su caso al Tribunal Federal de Apelación, la Sra. Baker argumentó que las obligaciones internacionales bajo la CDN del Canadá requerían que, para determinar si una deportación de un padre se hacía por razones humanitarias, el interés superior de los hijos era la consideración primordial. Su abogado dijo que la Sra. Baker tenía una esperanza legítima de que el oficial de inmigración le diera la consideración primordial al interés superior de sus hijos, como requieren los artículos 3 y 9 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

El Tribunal Federal de Apelación mantuvo las conclusiones del juez quien decía que, de hecho, la situación de los niños era un factor significativo y a tomar en consideración en el proceso, pero rechazó el argumento de que el interés superior del niño debiera ser considerado primordial en una decisión administrativa. El Tribunal se basó en otros casos canadienses para denegar la apelación de la Sra. Baker. Primero, el Tribunal citó con aprobación el caso *Langer v. Canada (Minister of Employment and Immigration)*, en el que el Tribunal Federal de Apelación denegó la revisión de una decisión de inmigración sobre la base de los artículos 9 y 10 de la CDN.⁵⁶ Decary J. A. sostuvo en el caso *Langer* que la decisión, de si los niños debían juntarse con sus padres en otro país o si debían quedarse en el Canadá, y por lo tanto ser separados de sus padres que iban a ser deportados, era una decisión privada, y no del gobierno del Canadá. Decary J. A. también sostuvo que no existía un derecho constitucional de los niños a no ser separados nunca de sus padres, mencionando los casos de encarcelamiento, extradición y

⁵⁵ Citado en *Baker v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* (1996), 142 D.L.R.(4th) 554.

⁵⁶ (1995), 184 N.R.230 (F.C.A., Canadá).

también divorcio. Finalmente, Decary J. A. rechazó totalmente la aplicación de la CDN porque, al tratarse de un tratado internacional no incorporado al derecho interno, no era parte de la ley en el Canadá. El caso de *Alouache v. Canada (Minister of Citizenship and Immigration)* siguió al de *Langner* al decir que un niño no tiene ningún derecho constitucional independiente para mantener que no deporten a un padre o madre.⁵⁷

El Tribunal Federal de Apelación en el caso *Baker* consideró de qué forma la CDN obligaba a las autoridades canadienses, a saber, dar un peso especial al interés superior del niño cuando se ejerce una discreción administrativa. El Tribunal consideró que la CDN no había sido nunca implementada en la legislación canadiense y que por lo tanto no podía crear derechos. Al mismo tiempo que el Tribunal dijo que conocía el principio de que los tribunales debían interpretar las leyes de forma que evitaran, si esto era posible, interpretaciones que implicaran que el Canadá violara sus obligaciones internacionales, dijo que este principio no podía aplicarse si implicase una violación de la constitución del Canadá.

El Tribunal encontró que mencionar los artículos 3, 9 y 12 de la CDN no ayudaba en el caso de la Sra. Baker. El artículo 3 requiere que el interés superior del niño sea la consideración primordial "en todas las medidas concernientes a los niños". El Tribunal dijo que una orden de deportación contra un padre no era una acción que concerniera a los hijos. El Tribunal interpretó el artículo 9, que aborda la separación de los niños de sus padres, en el sentido de que solo se aplica en los casos de divorcio y abuso del niño en la familia. Si se interpretara más extensamente, crearía dificultades en caso de dictarse una condena para encarcelar a padres que hubieran cometido crímenes o en el caso de extraditarlos. Por último, el Tribunal rechazó el argumento de la Sra. Baker de basarse en el artículo 12 (derecho del niño a expresar su opinión), diciendo de nuevo que la Convención no puede crear derechos si éstos no son implementados en el derecho interno.

Finalmente, el Tribunal Federal de Apelación rechazó la decisión del caso australiano *Teoh*, que creó la esperanza legítima de que un oficial de inmigración debiese actuar de acuerdo con la Convención sobre los Derechos del Niño. Al rechazar esta decisión tan importante, el Tribunal Federal de Apelación canadiense también dijo que esta decisión había sido muy criticada por académicos y había sido repudiada por el gobierno de Australia.

Concluyendo, el Tribunal Federal de Apelación sostuvo que la CDN, al no haber sido incorporada al derecho canadiense, no podía crear ni derechos ni obligaciones:

Esto es, que la Convención no puede crear, de una manera obligatoria para los tribunales, la obligación de dar al interés superior del hijo, de un extranjero que tiene una orden de deportación en su contra, un peso superior a otros factores [...] Además, los artículos 3 y 9 de la Convención, que son los que están siendo considera -

⁵⁷ (1996), 197 N.R.305 (F.C.A., Canadá).

*dos efectivamente en este proceso, no implican la prioridad del interés superior del niño en un procedimiento bajo la sección 1 (14) (2) que implica la deportación de un padre y no la de un niño.*⁵⁸

3. Otras áreas del derecho

La CDN también ha tenido un impacto en la aplicación del derecho penal a los jóvenes infractores. En el conocido caso inglés de *R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Venables; R. v. Secretary of State for the Home Department, ex parte Thompson*, la Cámara de los Lores tuvo que determinar si el ministro del Interior había actuado legalmente al decidir que dos chicos, que habían sido declarados culpables por el brutal asesinato de un niño de dos años, debían ser encarcelados durante 15 años.⁵⁹ La opinión mayoritaria fue que bajo la ley (Ley de los Niños y Personas Jóvenes de 1993), los tribunales deben velar por el “bienestar del niño infractor”, una conclusión que se vio reforzada por el hecho de que el Reino Unido es parte de la CDN. Aunque la Convención no ha sido incorporada en el derecho inglés, “es legítimo asumir que el Parlamento no ha mantenido en el Código legal un poder capaz de ser ejercido de manera inconsistente con las obligaciones que resultan de los tratados ratificados por este país”.⁶⁰ A este respecto, guiados por el interés superior del niño y bajo la tendencia de tener que promover la reintegración del niño, la decisión del ministro del Interior fue invalidada.

Surgieron preocupaciones respecto a cómo el sistema judicial había tratado a estos jóvenes –tanto en términos de haber sido juzgados efectivamente como adultos, como por la sentencia que se les impuso– y el caso se llevó ante el Tribunal Europeo de Derechos Humanos.⁶¹ Ésta fue una de las primeras veces que se le pidió al Tribunal que considerara qué significaba el derecho a tener un juicio justo, según lo establecido por el Convenio Europeo, para los niños. Mientras se determinaba si la protección de los niños también debía garantizarse en procedimientos criminales, se hizo una referencia extensa a la Convención sobre los Derechos del Niño (especialmente los artículos 3, 37 y 40), a las Reglas de Beijing para la Administración de Justicia de Menores y a las observaciones hechas al Reino Unido por parte del Comité sobre los Derechos del Niño. El Tribunal dijo que “es esencial que un niño acusado de un delito criminal sea tratado de una manera que tenga en cuenta su edad, nivel de madurez e intelectualidad y sus capacidades emocionales, y estos pasos son considerados fomentando su habilidad de entendimiento y participación en los procedimientos”.⁶² Basándose en esta for-

⁵⁸ *Supra*, nota 51.

⁵⁹ [1997] 3 All E.R.97;[1997] 3 W.L.R.23;[1997] 2 F.L.R.471;[1997] Fam.Law 786 (H.L.).

⁶⁰ *Ibid.*

⁶¹ *V. v. the United Kingdom*, 16 de diciembre de 1999, Application núm.24888/94; *T. v. the United Kingdom*, 16 de diciembre 1999, Application núm.24.724/94.

ma de comprender el derecho a un juicio justo, el Tribunal encontró que el Reino Unido había violado el artículo 6 del Convenio Europeo.

En *A. v. the United Kingdom*, el Tribunal Europeo estudió el caso en que un tribunal inglés no había condenado a un padrastro por haber atacado a su hijastro, y por considerar el ataque del padrastro como “un castigo razonable”.⁶³ El Tribunal sostuvo que el castigo que había recibido el niño constituía claramente una tortura o trato inhumano y degradante según lo establecido en el artículo 3 de la Convención. La cuestión más difícil era saber si el Estado debía ser considerado responsable por los actos del padrastro. El Tribunal se basó en parte en los artículos 19 y 37 de la CDN –que alientan a los Estados a tomar las medidas apropiadas para proteger al niño contra toda violencia mientras se encuentre bajo la custodia de los padres o de un representante legal, y requiere que los Estados velen por que ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanas o degradantes– para decir que dicha obligación existía. El Tribunal concluyó que “particularmente los niños y otros seres vulnerables, tienen derecho a ser protegidos por el Estado, en la forma de disuasión efectiva, de todo abuso serio de su integridad personal”.⁶⁴ El Tribunal sostuvo que el Reino Unido había violado el Convenio Europeo porque el derecho inglés no daba a los niños una protección adecuada contra esos castigos excesivos.

Algunos padres que han sido condenados por delitos criminales han invocado la CDN para que se los deje en libertad condicional. Por ejemplo, en *Walsh v. Department of Social Security*, una madre y un padre condenados por fraude a la seguridad social a tres y cuatro meses de prisión respectivamente, pidieron que se dejara en libertad condicional a la madre para velar por el interés superior de sus tres hijos jóvenes que sufrían asma.⁶⁵ El Tribunal, citando el artículo 3 de la CDN, le dio a la madre la libertad condicional.

La CDN también ha sido utilizada para apoyar el derecho a la educación de los niños. En *O'Donoghue v. Minister for Health, Minister for Education, Ireland and the Attorney General*, el Tribunal Superior de Irlanda consideró si el derecho constitucional a la educación incluía un derecho especial de educación para un niño severamente discapacitado mental.⁶⁶ El Tribunal, citando los artículos 2, 23, 28 y 29 de la CDN, dijo que todo niño tiene derecho a ser educado para desarrollar sus capacidades independientemente de sus limitaciones.

El derecho a la educación, recogido en los artículos 28 y 29 de la Convención, también sirvió de base en el caso *Quebec (Commission des droits de la personne) v. St. Jean-sur Richelieu*.⁶⁷ En este caso, un niño autista fue matriculado en una clase para niños

⁶² *V. v. the United Kingdom*, at par. 86.

⁶³ VI Eur. Ct.H.R.2692 (1998).

⁶⁴ *Ibid.*, at par. 22.

⁶⁵ (1996) *Judgement* núm.5795 (S.C. Australia del Sur).

⁶⁶ (1992) núm.75 J.R.(High Ct., Irlanda).

con trastornos de desarrollo. El personal del colegio propuso que el niño fuera a una clase normal de lectura, pero esto no pudo ocurrir porque no había medios económicos para cubrir estos gastos. Los padres pagaron la cuota para que el niño pudiera acudir a una clase normal durante un año, y después presentaron una demanda porque la escuela había discriminado a su hijo. Esto fue aceptado por el tribunal de primera instancia y se mantuvo en el Tribunal de Apelación de Quebec. El Tribunal, citando los artículos 28 y 29 de la CDN, sostuvo el derecho de un niño discapacitado a disfrutar de una vida plena y decente y su derecho a la educación.

En *Costello-Roberts v. the United Kingdom*, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos citó el derecho a la educación bajo el Convenio Europeo junto con una obligación del Estado de asegurarse de que la disciplina en el colegio tenga los límites apropiados.⁶⁸ El Tribunal estudió la CDN para sustentar sus argumentos. Señaló que “el sistema de disciplina escolar que se incluye en el ámbito del derecho a la educación ha sido reconocido recientemente en el artículo 28 de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño”, y que el Reino Unido ha ratificado la CDN.⁶⁹ El Tribunal dijo que el Estado era responsable aunque el castigo lo hubiera infligido un profesor de una escuela independiente del gobierno. El tratamiento infligido en esa oportunidad no fue considerado como lo suficientemente severo para violar el Convenio Europeo, pero el caso de *Costello-Roberts* ha tenido un impacto mayor. Después de ser puesto en libertad, el Reino Unido introdujo una nueva legislación para mejorar la protección de los niños en las escuelas privadas contra los castigos corporales, y lo hizo diciendo que el castigo no puede ser inhumano o degradante y estableciendo los términos para determinar cuándo lo es.⁷⁰

Conclusión

Los tribunales, a lo largo de todo el mundo, están empezando a tomar en consideración los principios de derechos humanos establecidos en la CDN al interpretar y aplicar el derecho interno. A pesar de que algunos casos estudiados en este trabajo han sido reticentes a aplicar la CDN, lo que sobresale es la voluntad creciente en otros muchos de mirar la CDN como una guía para determinar la esfera y el contenido de los derechos de los niños en el ámbito nacional. Los artículos de la CDN referentes al interés superior del niño, el derecho del niño a no ser separado de sus padres, y el derecho del niño a ser escuchado y expresar su opinión han sido particularmente aplicados. Aunque el proceso por el cual los jueces se refieren a la CDN está todavía en un estado tempra-

⁶⁷ (1994) 117 D.L.R. 4th 67 (C.A., Canadá).

⁶⁸ 23 de febrero de 1993, núm.89/1991/341/414.

⁶⁹ *Ibid.*, at par. 27.

⁷⁰ Véase *A. v. the United Kingdom*, VI Eur. Ct.H.R.2692 (1998), at par. 53.

no de desarrollo, existen signos de que un lenguaje común sobre los derechos del niño se está formando a través de las diversas culturas y tradiciones legales, porque los estándares sobre los derechos humanos son crecientemente invocados. Esta tendencia globalizadora está alentando y dando poco a poco importancia a los derechos humanos en el desarrollo, gobierno y respeto de los principios generales de la justicia.

LA DEFENSA JURÍDICA DE NIÑAS, NIÑOS Y ADOLESCENTES A PARTIR DE LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

*Algunas consideraciones en torno al derecho de defensa
en sistemas normativos que no se han adecuado en su totalidad
a la CDN: los casos de la Argentina¹ y México*

GIMOL PINTO²

"el abogado del tribunal para menores [debe] [...] realizar las funciones de defensor, tutor y funcionario del tribunal. En su calidad de defensor 'debe defender ardientemente los derechos constitucionales y legales de su cliente'; en la de tutor, debe tener en consideración 'el bienestar general del menor'; y en la de agente del tribunal, tiene que asumir la obligación de interpretar el tribunal y sus objetivos tanto para el niño como para los padres, impedir el falseamiento y el perjurio en la descripción de los hechos, y revelar a la corte todos los hechos de que tiene conocimiento relativos a la debida solución del caso".

*Jacobs Isaacs, "The Role of the Lawyer in Representing Minors
in the New York Family Court"³*

1. Introducción

Este trabajo intenta problematizar los alcances del derecho de defensa jurídica de niños, niñas y adolescentes en legislaciones que aún no se han adecuado completamente a la Convención sobre los Derechos del Niño. Para ello, se analizarán las implicancias jurídicas de la consideración de niños y niñas como sujetos de derechos, el concepto de derecho de defensa, su análisis crítico, su reconceptualización en este marco, su fundamentación en la normativa internacional, y el análisis de congruencia o incongruencia con la legislación local de la Argentina y México. Finalmente, se intenta aportar elementos para la discusión de las funciones que deberían asumir los defensores de niños y

¹ Basado en el trabajo desarrollado en la Comisión sobre los Derechos del Niño, del Consultorio Jurídico Gratuito de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires, en funcionamiento desde 1999.

² Gimol Pinto es abogada egresada de la Universidad de Buenos Aires y docente titular de la Comisión sobre los Derechos del Niño del Consultorio Jurídico Gratuito de la Facultad de Derecho. Actualmente es Oficial del Proyecto "Reformas legislativas e institucionales" del UNICEF en México.

³ Buffalo Law Review, 12, 1963, pp. 501-521, citado por Anthony Platt en Los "salvadores del niño" o la invención de la delincuencia, 2ª ed., México, Siglo XXI, 1988, p. 177.

niñas en este contexto normativo, en la búsqueda de construir un Estado democrático de derecho que incluya a los más pequeños.

2. La Convención sobre los Derechos del Niño y la consideración de los niños y niñas como sujetos activos de derechos

La Convención sobre los Derechos del Niño⁴ (CDN)⁵ fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989.⁶

Su aprobación en sede internacional, como instrumento de reconocimiento, promoción y protección de los derechos humanos, forma parte del fenómeno de la positivización de los derechos humanos, que se produjo, principalmente, como consecuencia de los horrores de la Segunda Guerra Mundial.⁷

Es recién al final de la década de los ochenta que se genera, en sede internacional, un instrumento normativo con fuerza vinculante para los Estados signatarios, que demuestra principalmente el cambio operado en la forma de concebir a la infancia.⁸ En términos teóricos, en el ámbito de América Latina se ha llamado como el pasaje del modelo de “la situación irregular” (que definía a los “menores” como objetos pasivos de intervención del Estado y la familia bajo el argumento de la “tutela y protección”, que podían incluir medidas restrictivas de derechos), a la conocida como doctrina o modelo de la protección integral de los derechos de la niñez que, en términos generales, se diferencia del modelo anterior al concebir a niñas y niños como sujetos activos de derecho, con capacidades y con los mismos derechos que todas las personas, más derechos específicos por su condición de personas “en desarrollo”.⁹

⁴ La CDN no es el primer texto normativo de protección de derechos de la infancia. Ya en el año 1979, año declarado como internacional del niño, se había tomado la decisión de elaborar una convención por la Comisión de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. Como antecedente directo se encuentra la Declaración Universal sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959 (aprobada por resolución A/RES/1386/XIV), cuyo fundamento se halla en la Declaración de Ginebra de los Derechos del Niño del 28 de febrero de 1924, de la Sociedad de las Naciones. A su vez, corresponde señalar que dichos derechos también habían sido ya prefigurados en los Pactos Internacionales de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y de Derechos Civiles y Políticos, como se puede constatar en el Preámbulo de la CDN.

⁵ Si bien la traducción oficial al español del instrumento es “Convención sobre los Derechos del Niño”, esta norma se refiere tanto a los niños como a las niñas, y en todo caso, ha sido un problema de la traducción pero no de contenido el no dar cuenta de la perspectiva de género que la CDN posee.

⁶ Aprobada por resolución A/RES/44/XXV, entró en vigencia para el Derecho Internacional el 2 de septiembre de 1990, de acuerdo con el procedimiento establecido en su artículo 49, esto es, luego de cumplido el requisito del depósito del vigésimo instrumento de ratificación.

⁷ Cf. Pinto, Mónica, Temas de derechos humanos, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1997.

⁸ Cf. García Méndez, Emilio, Infancia y adolescencia. De los derechos y de la justicia, 2ª ed., México, Fontamara, 2001. Asimismo, cf. Beloff, Mary, “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”, en Justicia y Derechos del Niño, núm. 1, Santiago de Chile, UNICEF Oficina de Área para Argentina, Chile y Uruguay/Ministerio de Justicia de Chile, 1999, pp. 9 y ss. Véase asimismo este artículo para la caracterización y diferenciación de estos dos modelos.

⁹ Con este principio se intenta dar por acabado el argumento de la protección “de las personas”, pero no de sus derechos, y

En ese sentido, es importante resaltar que la CDN se ha constituido como el instrumento internacional de protección de derechos humanos que define por primera vez, con carácter obligatorio para los Estados Partes, a niñas y niños como sujetos plenos de derecho, reconociéndoles una amplia gama de derechos, en los ámbitos civil, político, económico, social y cultural hasta los 18 años.¹⁰

Niños y niñas como sujetos activos de derecho¹¹

A nivel jurídico, tal vez el mayor significado que aporta la CDN es el reconocimiento de los niños y niñas como sujetos titulares de derechos propios, sujetos activos de derechos y con capacidad de ejercicio.

En este sentido, el hecho de reconocer que niños y niñas tienen derechos y garantías propios, permite quebrar esa relación natural de similitud entre los derechos e intereses de niños y adultos, ocultadora de los primeros en función de los segundos. Así, esta relación deja de ser "natural" y permite su construcción y reconstrucción en clave de ciudadanía y respeto de los derechos humanos de niñas y niños.

Es muy importante relacionar la noción de sujeto de derecho con la de ciudadanía y democracia. Se ha afirmado que:

en relación con la histórica exclusión, es posible mencionar que la titularidad de derechos humanos originarios es un presupuesto necesario pero no suficiente para que se extiendan a los niños y adolescentes el concepto y las reglas de la democracia. Esta cobertura requiere que ellos sean parte, como sujetos activos, de lo que se propone llamar "relación social o política, de autonomía, democracia y de autogobierno".¹²

Hay quienes sostienen que el concepto de sujeto de derecho necesariamente evoca el concepto jurídico (y no solo jurídico) de la autodeterminación.¹³

También se ha afirmado que la CDN propone la noción de la infancia como sujetos de derechos, y regula mecanismos de autonomía progresiva para su ejercicio pleno.¹⁴ Una

por ende "protección" discrecional a cargo del órgano encargado de ella, sea el Estado o la familia; y se da lugar a una nueva reconceptualización de la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, como protección jurídica de los derechos humanos, que no niega derechos y garantías sino que los promueve a partir de una nueva noción de ciudadanía para los más pequeños.

¹⁰ Cf. art. 1° de la CDN, "niño" se es hasta los 18 años. Más allá de esta denominación, en las legislaciones posteriores a la CDN de América Latina, se ha optado por clasificar a este mismo grupo poblacional de hasta 18 años en dos categorías: niños y niñas (de hasta 12, 13 o 14 años) y adolescentes (hasta los 18 años). En virtud de estas franjas de edad, en el presente trabajo se hablará indistintamente de "niños, niñas y adolescentes" haciendo referencia al art. 1° de la CDN.

¹¹ Cf. Baratta, Alessandro, "Infancia y democracia", en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps.), Infancia, ley y democracia en América Latina, 2ª ed., Santa Fe de Bogotá/Buenos Aires, Temis/Depalma, 1999.

¹² Ibid.

¹³ Cf. García Méndez, Emilio, "Niños y adolescentes como sujetos sociales de derechos y deberes", en Presente y futuro de los derechos humanos. Ensayos en honor a Fernando Volio Jiménez, San José de Costa Rica, IIDH, 1998, pp. 395 y ss.

¹⁴ Cf. Cillero Bruñol, Miguel, "Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios", en Derecho a tener derecho, Monografía, UNICEF/IIIN, 1998, tomo 4, pp. 31 y ss.

de las características fundamentales de la CDN es la construcción de una nueva concepción del niño y niña y sus relaciones con la familia, la sociedad y el Estado, la cual se basa en el reconocimiento expreso del niño y la niña como sujetos de derecho, en oposición a la idea predominante del niño definido a partir de su incapacidad jurídica. En ese sentido, se puede concebir la infancia como una época afirmativa de desarrollo efectivo y progresivo de la autonomía, personal, social y jurídica.¹⁵ Entonces, "surge la paradoja de que si bien el niño es portador de derechos y se le reconoce capacidad para ejercerlos por sí mismo, el propio ordenamiento jurídico [interno] no le adjudica una autonomía plena, debido a consideraciones de hecho –que tienen que ver con su madurez– y jurídicas, referidas a la construcción jurídica tradicional de las niñas y niños como personas dependientes de sujetos adultos, en particular, de los padres".¹⁶ En ese sentido, la CDN propone como solución que el ejercicio de los derechos del niño sea "progresivo en virtud de la evolución de sus facultades", criterio conocido como de "autonomía progresiva" (art.5° de la CDN), que sienta las bases para afirmar que es deber del Estado y de la familia promover y proteger el desarrollo del niño o la niña de modo que adquiera progresivamente autonomía en el ejercicio de sus derechos.¹⁷

En consecuencia, se puede afirmar que la CDN reconoce a los niños y niñas como sujetos activos de derechos, a partir de la noción de capacidad y desarrollo de su autonomía para el pleno ejercicio de sus derechos, en función de aportar elementos para la construcción de un Estado democrático de derecho y de una ciudadanía que los incluya.

El derecho de defensa puede considerarse el principal derecho a ser respetado en los ámbitos donde se tomen decisiones que afecten a los derechos o intereses del niño o niña, como forma de materializar la noción de sujetos activos de derechos, con intereses y opiniones propios que merecen protección legal, a la vez que como un útil instrumento jurídico que permita acortar la brecha entre la teoría y la realidad.

3. Derecho de defensa

El derecho de defensa¹⁸ es el apoyo supremo de una serie de exigencias que deben cumplir las leyes de procedimiento como presupuesto para considerar válido el juzgamiento de una persona por un órgano jurisdiccional (material o formal) y sus consecuencias.

¹⁵ Ibid. Asimismo el autor afirma "la CDN se separa de la tradición jurídica de menores basada en la incapacidad y reafirma el carácter de sujeto de derecho que se desprende de su carácter de persona humana, condición nunca negada por los instrumentos de derechos humanos, pero opacada durante años por la tradición proteccionista que inspiró las legislaciones especiales de menores".

¹⁶ Ibid.

¹⁷ Ibid.

¹⁸ Cf. Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal I. Fundamentos*, Buenos Aires, Editores del Puerto, 1999, pp. 540-541. Las cláusulas constitucionales del derecho continental referidas al derecho inviolable de los individuos de defenderse, cumplen la misma función que el "debido proceso legal" del derecho anglosajón.

Es importante señalar que, aunque esta garantía ha tenido mayor análisis doctrinario desde el ángulo del proceso penal, y así está plasmado en la mayoría de los instrumentos normativos, no se ha referido exclusivamente al poder penal del Estado.¹⁹ En realidad, se trata de una garantía frente al poder del Estado, y por lo tanto, como el resto de las garantías representa propiamente una limitación al poder estatal, cualquiera sea su materialización.²⁰ Esta amplia formulación del derecho de defensa intentará ser el marco de análisis del rol del defensor de niños y niñas en este contexto.

La doctrina ha señalado dos aspectos fundamentales del derecho de defensa: la defensa material o derecho a ser oído, y la defensa técnica o derecho a una asistencia jurídica especializada.

La defensa material abarca la facultad de ser oído, y en el ámbito penal, la de controlar la prueba de cargo que podrá utilizarse válidamente en la sentencia, la de probar los hechos que el imputado invoca para excluir o atenuar la reacción penal, la de valorar la prueba producida y exponer las razones fácticas y jurídicas, para obtener del tribunal una sentencia favorable según su posición, que excluya o atenúe la aplicación del poder penal estatal. El derecho a ser oído es la base esencial del derecho a defenderse, ya que reposa en la posibilidad de expresarse libremente sobre cada uno de los extremos de la imputación, y de agregar incluso todas las circunstancias de interés para evitar o aminorar la consecuencia jurídica posible o inhibir la persecución penal.²¹

La defensa técnica, obligatoria en todo proceso penal, complementa la defensa del imputado a través de los conocimientos técnicos necesarios para enfrentar la persecución penal.²² Esto es, la asistencia de un abogado especializado en el tema, y en igualdad de condiciones respecto de la acusación, características propias de un modelo acusatorio.²³ El defensor no es tan solo un asistente técnico del imputado, es un verdadero sujeto del procedimiento penal, cuya actividad responde siempre a un interés parcial: la defensa del imputado.²⁴ Para su eficacia, es necesario que la defensa esté dotada de la misma capacidad y de los mismos poderes que la acusación; y que se admita su papel contradictor en todo momento y grado de procedimiento y en relación con cualquier acto probatorio.

¹⁹ Específicamente para el derecho argentino. Cf. Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal...*, ob. cit., p. 541.

²⁰ *Ibid.*, p. 543. Asimismo, si el derecho de defensa merece estar garantizado en cualquier procedimiento, y no tan solo en el penal, tampoco el procedimiento penal se limita a la protección del imputado, sino que también alcanza a otras personas que pueden intervenir en él.

²¹ *Ibid.*, p. 316.

²² *Ibid.*, p. 547.

²³ Vélez Mariconde, Alfredo, *Derecho procesal penal*, 2ª ed, Buenos Aires, Lerner, 1969, t.II, p. 380: "Conceptuase como defensa técnica la asistencia jurídica que un jurista graduado brinda al imputado y su intervención, casi siempre autónoma, durante el procedimiento, procurando a favor del imputado. Ello sin desconocer el derecho esencial del imputado de elegir un jurista que lo asesore y defienda (facultad de elección) desde el primer momento del procedimiento seguido en su contra".

²⁴ Cf. Maier, Julio B. J., *Derecho procesal penal...*, ob. cit., pp. 583-584.

Es importante tener presente que la garantía de defensa es el eje del sistema acusatorio,²⁵ sistema que parte por separar funciones en sujetos procesales, y el principio que la rige es el *nulla probatio sine defensione*, en el sentido de que no es válida ninguna prueba sin que se hayan activado infructuosamente todas las posibles refutaciones y contrapruebas.²⁶ En ese sentido, conviene recordar que la defensa, que tendencialmente no tiene espacio en el proceso inquisitivo, es el más importante instrumento de impulso y control del método de prueba acusatorio, consistente precisamente en el contradictorio entre hipótesis de acusación y de defensa y las pruebas y contrapruebas correspondientes.²⁷ Fue precisamente con las reformas ilustradas cuando la defensa técnica, reducida durante siglos por la inquisición a un "arte baja de intrigas", asumió la forma moderna de la asistencia legal obligatoria: derecho del imputado y deber del Estado de garantizarla gratuitamente.²⁸

4. Fundamentación en la normativa internacional del derecho de defensa jurídica de niños, niñas y adolescentes

Al ratificar la CDN, los Estados se comprometieron a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en ella (art.4° de la CDN).

Específicamente respecto de la incorporación en la normativa local del derecho de defensa, junto con la consideración de los niños y niñas como sujetos activos de derechos, existe la obligación de los Estados de promover las reformas necesarias para ello, crear los mecanismos e instituciones que puedan dar efectividad a los derechos de la niñez y remover todos los obstáculos para su implementación, esto es, la derogación de normas e instituciones contrarias a la CDN.

En este contexto, las nuevas legislaciones que se adecuen a la CDN contienen expresamente los derechos y garantías fundamentales de los niños y niñas, y desarrollan la garantía de defensa. Básicamente, establecen la figura y función del defensor de niños, niñas y adolescentes, como sujeto procesal necesario que tiene como función *defender jurídicamente los derechos de niños, niñas y adolescentes* en todo tipo de procesos donde estén en juego sus derechos e intereses, teniendo en cuenta sus opiniones, tanto sea para la atención de casos individuales (penal, familiar, civil, etc.)

²⁵ Los sistemas anteriores a la CDN, basados en modelos inquisitivos, partían por desconocer la necesidad de un defensor jurídico de niños por: a) no concebirllos como sujetos de derechos y con derechos propios; b) confundir y mezclar las funciones de acusación, defensa y juzgamiento en un solo sujeto procesal, tal como sugiere el párrafo introductorio de este texto.

²⁶ Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta, 1997, pp. 613 y ss.

²⁷ Ibid.

²⁸ Ibid.

como para ámbitos generales,²⁹ sea ésta la figura del defensor público especializado garantizado en forma absoluta por el estado, o bien otros de diversa naturaleza con las mismas pautas.³⁰

Interpretación de la CDN

Con los conceptos anteriormente vertidos, es posible redefinir el alcance del derecho de defensa para niñas, niños y adolescentes a la luz de la normativa internacional al respecto.

A los fines de la interpretación de la CDN, en tanto instrumento de protección de los derechos de la infancia, ésta debe hacerse conforme el principio del "interés superior del niño", y en tanto instrumento de derechos humanos, por el *pro homine*. Mientras el primero implica la satisfacción integral de sus derechos, directriz política para la formulación de las políticas para la infancia³¹ y reafirma el principio de la no discriminación para su definición, el segundo "es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones [...] este principio es [...] estar siempre a favor del ser humano".³²

En este orden de ideas, y a los fines de poder interpretar la CDN, es preciso reconocerla como "el marco mínimo de reconocimiento y respeto a los derechos de la infancia en el que deben inscribirse las prácticas y las políticas de los países que la han ratificado",³³ y no como el único y definitivo instrumento jurídico de protección de los derechos de la niñez.

²⁹ También es posible que existan regulaciones para un defensor general de los derechos de la niñez (figura generalmente conocida como "ombudsman"), sea ésta una institución específica para este sector poblacional, o un área de una defensoría general para la niñez, encargada de temas más amplios, como derechos colectivos de la niñez, intereses difusos, incidencias en las legislaciones y políticas públicas, casos individuales.

Por rebasar el objeto del presente trabajo, este artículo solo tratará del defensor de niños, niñas y adolescentes en casos individuales.

³⁰ Con el fin de garantizar el principio de abogado de su elección, pero especializado, sea abogado privado, sea que ejerza la defensa pública a través de convenios con otras instituciones de defensa: consultorios jurídicos gratuitos de las facultades de derecho (trabajo social en las escuelas de derecho), asociaciones de abogados, etc. Todo esto a fin de ampliar y enriquecer el ejercicio de la defensa, pero de ningún modo socavar la obligación estatal de garantizar la defensa pública y especializada.

³¹ Cf. Cillero, Miguel, "El interés superior del niño", en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps.), Infancia, ley y democracia en América Latina, ob. cit., p. 84.

³² Cf. Pinto, Mónica, "El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos", en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos y por los tribunales locales, Buenos Aires, CELS/Editores del Puerto, 1997.

³³ Cf. Beloff, Mary, "La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno", en Abregú, Martín y Courtis, Christian (comps.), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos..., ob. cit., p. 624.

Normas internacionales no convencionales

El modelo de protección integral de los derechos de la niñez incluye también otros instrumentos internacionales que, sin tener la fuerza vinculante que tienen las Convenciones para los Estados Partes, representan la expresión de la voluntad de la comunidad internacional y, aun sin generar por sí solos responsabilidad internacional, son aplicables para la interpretación de los tratados y en el diseño de las políticas de los Estados, conforme la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados.³⁴

Por lo tanto, estos instrumentos internacionales,³⁵ que en algunos puntos son más específicos que la CDN y que adquieren fuerza obligatoria como expresión normativa de los valores de la comunidad internacional, son:

- a) las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores,³⁶ llamadas Reglas de Beijing;
- b) las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad,³⁷ y
- c) las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil, conocidas como Directrices de Riad.³⁸

Como quedó plasmado, la noción de los derechos de la niñez no está limitada solo a los instrumentos mencionados anteriormente, sino que se completa³⁹ con todas aquellas normas, tanto internas del Estado –por ejemplo, constitución política del país– como internacionales,⁴⁰ que tiendan a mejorar la situación jurídica de la infancia en cuanto al reconocimiento, el ejercicio efectivo y el goce de sus derechos.

³⁴ Este tratado entró en vigencia para la comunidad internacional el 27/1/1980, por lo tanto su incumplimiento genera responsabilidad internacional. Tanto México como la Argentina son parte de esta Convención. Cf. especialmente arts. 31 inc. 3.c) y 43 de dicha Convención. El primero referido a las normas internacionales para la interpretación de los tratados, y el segundo dirigido a las normas que llegan a ser obligatorias para los Estados en virtud del derecho consuetudinario –normas de jus cogens–. Conforme Moncayo-Vinuesa- Gutiérrez Posse, Derecho internacional público, tomo I, Buenos Aires, Zavalia, 1987, p. 128.

³⁵ Algunas nuevas leyes de la región, que responden a este modelo sobre protección de los derechos de los niños, han zanjado el problema acerca de la obligatoriedad interpretativa de estos instrumentos internacionales al incorporarlas como parte integrante de la ley. Cf. Pinto, Gimol y López Oliva, Mabel, Hacia una nueva justicia penal juvenil para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Buenos Aires, mimeo, 2000.

³⁶ Aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985, por resolución 40/33.

³⁷ Aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1990, por resolución 45/113.

³⁸ Aprobadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 14 de diciembre de 1990, por resolución 45/112, 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.

³⁹ Cf. art. 41 de la CDN y Beloff, Mary, "La aplicación directa de la Convención...", ob cit., p. 625.

⁴⁰ Por ejemplo, Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional sobre los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención Americana sobre Derechos Humanos, Convenio 169 de la OIT, etcétera.

Derecho de defensa y CDN

El derecho de defensa se encuentra contemplado en la CDN, en sus dos aspectos, defensa material y defensa técnica.

El primero se funda en el derecho del niño o la niña a ser oído (incluye su silencio como manifestación de su expresión) y el derecho a que sus opiniones sean tenidas en cuenta en todo procedimiento, judicial o administrativo, donde estén en juego sus derechos o intereses (art. 12 de la CDN). Lo fundamental de este aspecto es que debe ser concebido como un derecho del niño o niña y una garantía frente al poder del Estado, por lo que la interpretación de sus manifestaciones no puede adquirir cualquier forma, sino solo la que responda concretamente a un ejercicio defensivo de sus derechos.

El segundo aspecto de la defensa técnica se funda, básicamente, en la noción de "asistencia jurídica" de la CDN, más otros instrumentos internacionales que, por definición, deben completar los derechos del niño o la niña (art.41 de la CDN). Como se expuso, el derecho de defensa técnica debe estar garantizado por el Estado en forma gratuita, debe ser representado por un profesional del derecho especializado en la materia,⁴¹ y debe prever la facultad de elección; estas pautas no hacen otra cosa que responder al "interés superior del niño" (art.3º de la CDN).

Derecho de defensa jurídica y otras normas internacionales

La CDN se refiere expresamente a la defensa jurídica en dos ocasiones cuando regula el sistema de justicia penal para adolescentes, o sistema de responsabilidad penal, como es conocido en la región. Como se señaló, la CDN no es el único instrumento que debe utilizarse para garantizar este derecho, sino que es preciso completar con otros que definan de mejor forma el alcance del derecho.

Cuando la CDN establece el derecho del niño, niña o adolescente "a un asesor jurídico u otro tipo de asesor" en todo procedimiento por el que se lo acuse de la infracción de leyes penales (art.40.2.b.III de la CDN), esta noción amplia del asesor jurídico u otro tipo no garantiza en su cabalidad el derecho de defensa tal cual está regulado en los sistemas constitucionales de la región. Sin embargo, es preciso componer esta regulación con, por ejemplo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art.8.2.e) en cuanto dispone "que es un derecho irrenunciable el ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado", y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 14.3.d) en cuanto establece "el derecho de ser asistido por un defensor de su elección". Ambas normas dan cuenta de la figura del defensor técnico, abogado encargado de la defensa, con facultad de elección por el individuo, o proporcionado gratuitamente por el

⁴¹ Especializado en derechos de la infancia y en la materia que se trate.

Estado. También es de vital importancia toda normativa interna que reconozca esta obligación para el Estado.

La CDN también refiere que todo niño privado de su libertad tiene derecho "a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada" (art.37.d de la CDN), estableciendo claramente que el "otro tipo de asistencia" contribuye al cumplimiento de sus otros derechos, pero no es excluyente del derecho a la defensa jurídica. En este punto es necesario tener presente que cuando la CDN se refiere a la "privación de la libertad", esta consideración debe ser interpretada a la luz de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad No. 11.b, que establece "por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública" –norma que termina con los eufemismos propios del sistema de la "situación irregular"–. Así también, esta norma remite a diversos ámbitos, es decir, no solo a los formalmente penales, sino a cualquier ámbito del Estado que pueda privar o restringir la libertad ambulatoria de un niño o niña.

También las Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores No. 15.1 establecen el derecho de los niños y niñas a hacerse representar por un asesor jurídico durante todo el proceso, o a solicitar asistencia jurídica gratuita para los casos en que el Estado posea esta prestación.

Las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil No. 57 establecen que los gobiernos deberían proveer "servicios de defensa jurídica del niño".

Este complejo normativo da mayor sustentabilidad al derecho de defensa en el ámbito de intervención estatal en materia penal, o en ocasión de la privación de la libertad en cualquier ámbito. Si uno de los principios estructurantes de la CDN es la prohibición de injerencias ilícitas del Estado en la vida del niño y de su familia (art.16 de la CDN), así como el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuentas (art. 12 de la CDN), entonces, en caso de estar en juego sus derechos o intereses en algún proceso, este aspecto material de la defensa debe complementarse necesariamente con la garantía de defensa técnica especializada.

También es importante destacar las precisiones que aportan a este tema los Principios Básicos sobre la Función de los Abogados,⁴² tanto en su función de garantizar el rol de la defensa jurídica en procedimientos penales, como también respecto del derecho al acceso de toda la información existente. Estos Principios son reglas internacionales que, como se señaló *ut supra*, tienen carácter interpretativo según la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Básicamente, establecen lo siguiente:

⁴² Aprobados por el Octavo Congreso de las Naciones Unidas sobre Prevención del Delito y Tratamiento del Delincuente, celebrado en La Habana (Cuba) del 27 de agosto al 7 de septiembre de 1990.

Principio 1: *“Toda persona está facultada para recurrir a la asistencia de un abogado de su elección para que proteja y demuestre sus derechos y lo defienda en todas las fases del procedimiento penal”.*

Principio 6: *“Todas esas personas, cuando no dispongan de abogado, tendrán derecho, siempre que el interés de la justicia así lo demande, a que se les asignen abogados con la experiencia y competencia que requiera el tipo de delito de que se trate a fin de que les presten asistencia jurídica eficaz y gratuita, si carecen de medios suficientes para pagar sus servicios”.*

Principio 19: *“Ningún tribunal ni organismo administrativo ante el que se reconozca el derecho a ser asistido por un abogado se negará a reconocer el derecho de un abogado a presentarse ante él en nombre de su cliente, salvo que el abogado haya sido inhabilitado de conformidad con las leyes y prácticas nacionales y con estos principios”.*

Principio 21: *“Las autoridades competentes tienen la obligación de velar por que los abogados tengan acceso a la información, los archivos y documentos pertinentes que estén en su poder o bajo su control con antelación suficiente para que puedan prestar a sus clientes una asistencia jurídica eficaz. Este acceso se facilitará lo antes posible”.*

Es preciso tener presente que todos estos instrumentos, por su naturaleza de normas internacionales, solo son el piso básico de reconocimiento de derechos, y que deben interpretarse de la forma más amplia posible y completarse con todas las normas positivas locales que de mejor forma protejan estos derechos, sea tanto en las constituciones políticas de los países, como en los diversos ordenamientos normativos internos.

5. Estado de la situación normativa respecto de la infancia en el nivel nacional: la Argentina y México

Con el criterio anteriormente señalado, y a fin de comparar la situación normativa local con la internacional, se analizará someramente el estado de la situación normativa respecto de la infancia y adolescencia en el nivel nacional en la Argentina y en México, en general, y respecto del cumplimiento del derecho de defensa, en particular.

Ambos son países con sistemas de gobierno federal y con reformas legislativas parciales de adecuación a la CDN, aunque en procesos diversos.

a) Situación normativa en la República Argentina

En 1990 la Argentina ratificó la Convención y en 1994 la incorporó a la Constitución de la Nación (art. 75 inc. 22), con la máxima jerarquía existente en el ordenamiento jurídico interno. De este modo asumió, hace más de diez años, el compromiso de garantizar el respeto de los derechos de los niños, niñas y adolescentes, y de modificar las legisla-

ciones y prácticas que no se adecuen a ella, compromiso que aún está pendiente.

En efecto, siguen vigentes, a nivel nacional, la ley 22.278 sobre “Régimen Penal de la Minoridad” y la ley 10.903 de “Patronato de Menores”, legislaciones que responden en forma inequívoca al *modelo de la situación irregular*. En esta misma lógica, el Código Civil argentino define a las personas menores de 21 años como incapaces y establece la institución de la patria potestad como una relación de autoridad de los padres sobre los hijos y un deber de obediencia de estos últimos respecto de los primeros.

En relación con la defensa, el Código Civil establece la figura del “asesor de menores” (art.59) como parte necesaria en todo procedimiento judicial, sujeto procesal ambiguo que tiene entre sus funciones representar al “menor”, tener en cuenta los intereses del “menor” y de la sociedad y asesorar al tribunal. Posteriormente, esta figura fue sostenida en la Ley Nacional Orgánica de Ministerio Público 24.946 (arts. 54 a 57), en la que solo se modifica el nombre de “asesor” por el de “defensor de menores”, pero con las mismas funciones que las arriba enunciadas.

Si bien es cierto que cinco provincias argentinas y la ciudad de Buenos Aires han modificado su legislación en procura de adecuarla a la Convención, y en la Constitución de la Nación están incorporada la CDN y otros instrumentos de derechos humanos, así como garantizada la inviolabilidad de la defensa en juicio para todos los habitantes (art. 18 CN), no es menos verdadero que, en función de la organización federal del país, la vigencia de las leyes nacionales mencionadas y la persistencia de prácticas violatorias de derechos en la administración de justicia –ya que el poder judicial continúa ejerciendo funciones de protección correspondientes al poder administrador, a más de vulnerar derecho y garantías fundamentales de los niños y niñas– constituyen un obstáculo para el traslado de estos postulados teóricos a las prácticas diarias y, por lo tanto, para el efectivo respeto y goce de los derechos de la infancia, específicamente en menoscabo de la satisfacción de su derecho a la defensa jurídica.

b) Situación normativa en México⁴³

México ratificó en sede internacional la Convención sobre los Derechos del Niño en

⁴³ Para un análisis en profundidad sobre el tema, véase Pinto, Gimol, Recepción de la CDN en el sistema normativo mexicano. Diagnóstico jurídico y propuestas para su adecuación sustancial, *Serie Documentos de Trabajo*, núm.1, México, UNI - CEF, 2000.

⁴⁴ El art.133 de la Constitución Política del país textualmente reza: “Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los estados”.

Más allá de la jerarquía de la que gozan los tratados respecto de la Constitución Política, de lo que no cabe duda es de que los tratados internacionales suscritos con las formalidades previstas se incorporan directamente al derecho interno. Es respecto de su jerarquía que no hay acuerdo doctrinario.

1990. Conforme el sistema constitucional mexicano,⁴⁴ los tratados internacionales ratificados por la Nación se incorporan automáticamente al derecho interno del país, y junto con las leyes nacionales y la Constitución, son la “Ley Suprema de toda la Unión”, debiendo cumplirse en todas las entidades federativas del país a pesar de disposiciones estatales divergentes (art.133, CN). Es decir, a partir de este reconocimiento en la Constitución, la CDN comparte con estos instrumentos normativos la cúspide del sistema jurídico mexicano.⁴⁵

Al igual que la República Argentina, la Nación Mexicana posee un sistema federal de gobierno, aunque con características propias. El sistema federal de gobierno determina la distribución de competencias entre la Federación y los estados⁴⁶ a los fines de la sanción de las leyes. La sanción de leyes específicas de protección de los derechos de niñas y niños y su implementación corresponden, en principio, a los estados locales en ejercicio de su autonomía. Sin embargo, es en el ámbito nacional (en la Constitución Federal y en las leyes nacionales para toda la República) donde se sientan las bases para la regulación local de los derechos fundamentales y garantías de las niñas y los niños del país.

Entendiendo esto así, en 1999 se modificó el art.4° de la Constitución Política para incorporar un párrafo referido a la noción de niñas y niños como sujetos de derechos en la cúspide del sistema normativo mexicano, y reconocerles que son titulares del derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral.

En el año 2000, se sancionó la “Ley Nacional para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes”,⁴⁷ reglamentaria del art. 4° reformado y de alcance nacional para su aplicación en todo el territorio del país, a niñas, niños y adolescentes de hasta 18 años incumplidos.

En términos generales, puede decirse que la “Ley para la Protección de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes” es una propuesta normativa de adecuación a la CDN, que ha intentado plasmar los lineamientos fundamentales del modelo de la protección integral de los derechos, y ha continuado la reforma constitucional de 1999.

Sin embargo, por la organización federal del país, y por la tradición más restrictivista de la legislatura federal al momento de sancionar leyes generales, muchos de los as-

⁴⁵ Si bien no existen dudas de que la CDN comparte la cúspide del sistema normativo mexicano con la Constitución Federal y las leyes nacionales, no es pacífica la doctrina a los fines de establecer qué jerarquía le corresponde con relación a dichos instrumentos. Las posiciones van desde considerar a los tratados en igual jerarquía que la Constitución y las leyes federales, pasando por una posición intermedia de los tratados entre la Constitución superior y las leyes inferiores, hasta considerarlos equivalentes con las leyes pero inferiores a la Carta Magna. Estas posiciones se pueden confrontar en “Memoria del Coloquio Nacional La aplicación de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer y la Convención sobre los Derechos del Niño, en el proceso de impartición de justicia”, 6 de diciembre de 1999, México, SRE.

⁴⁶ Cf. arts. 73 y 71 de la Constitución Política.

⁴⁷ Publicada el 29/5/2000 en el Diario Oficial de la Federación (Tomo DLX núm.19).

pectos que implican cambios radicales en la forma de concebir y atender los derechos y necesidades de niñas, niños y adolescentes deberán ser regulados y tratados en los distintos ámbitos locales, a los efectos de poder superar los resabios que podrían quedar del modelo de la situación irregular. Es decir, aún restan las necesarias reformas legislativas e institucionales en los estados para poder cumplir efectivamente con la CDN en el país.

En especial, respecto del derecho de defensa, éste está garantizado en la Constitución Nacional (art.20 y cs. CN) y en la Ley Nacional (art.45), mas por el sistema federal de gobierno, estos principios no se traducen aún en las prácticas cotidianas, regidas en su mayoría por leyes contrarias a la CDN.

En efecto, en la mayoría de los Códigos Civiles de los estados rige la noción de incapacidad de las personas menores de edad, restringiéndoles ampliamente la capacidad de ejercicio de sus derechos, por lo que la defensa es un "derecho de los padres o del Estado" pero no un derecho que pueda ser ejercido por el niño o niña.

Con relación al ámbito de las infracciones penales atribuidas a niños y niñas, en casi todos los estados de la Federación las normas que regulan el "tratamiento de los menores infractores" están establecidas en instancias administrativas, dependientes de los poderes ejecutivos. Estos "Consejos de Menores", "Consejos Tutelares de Menores" o "Tribunales de Menores", en sus distintas acepciones, son órganos administrativos que ejercen materialmente funciones jurisdiccionales, pero sin separación de sus órganos procesales y sin cumplimiento de lo establecido en la Constitución, principalmente respecto de la facultad de restricción de derechos que corresponde solamente al poder judicial. Si bien algunas legislaciones de la década del noventa avanzaron en el reconocimiento de algunas garantías, se puede afirmar que en este contexto –sin separación de dependencias funcionales y roles procesales, y todo en el ámbito del poder ejecutivo–, el derecho de defensa raramente podrá ser ejercido de la forma descrita más arriba.

Situación particular de análisis: de la justicia a la administración (Argentina) y de la administración a la justicia (México)

Mientras que en la Argentina el Poder Judicial del Fuero de Menores se encarga de problemas típicos del poder ejecutivo, esto es de política social y asistencial, y no se aboca exclusivamente a conflictos jurídicos tal como lo propone la CDN, en México se da la paradoja inversa: el poder administrador se ocupa de un tema de naturaleza jurídica como es el juzgamiento de infracciones penales, y el poder judicial es ajeno a esta problemática.

Es de desear que ambos países, en los distintos procesos legislativos en que se hallen, logren definir competencias como lo señala la CDN, otorgándole al Poder Judicial las funciones propias jurisdiccionales, y que el poder administrador pueda hacerse car-

go eficazmente de las políticas sociales para toda la infancia y adolescencia de cada país, de forma que los derechos de la infancia puedan ser plenamente ejercidos.

6. Función de la defensa en este contexto normativo

Según el grado de adecuación de toda la normativa interna a la CDN, y de acuerdo con los criterios esbozados anteriormente, es posible encontrar distintas funciones en la figura del abogado/a defensor de niñas, niños y adolescentes. Básicamente, se pueden esquematizar de la siguiente forma:

a) Cuando ya existe una legislación que recoge los postulados de la CDN.

Sea una ley de protección integral de los derechos de la niñez o una ley específica reguladora de un solo ámbito –por ejemplo, de la administración de justicia penal para adolescentes–, todas estas normas deben recoger la figura del abogado defensor de niños, niñas y adolescentes y regular sus funciones. En este sentido, por ejemplo, todas las normas que regulen nuevas relaciones de niños y niñas con el sistema de administración de justicia, específicamente tienen contemplada, para los casos individuales, la figura del abogado defensor de niños, niñas y adolescentes, como sujeto procesal fundamental en un proceso de tipo acusatorio, que no confunde este rol con ningún otro.⁴⁸

Con esta regulación normativa que, básicamente, recoja la CDN y regule de forma más efectiva y eficaz los derechos de niñas, niños y adolescentes, la función del defensor –para casos individuales o defensor general–⁴⁹ será la de velar por la aplicación y el cumplimiento de los derechos de la niñez contenidos en la legislación, y supervisar el funcionamiento de las instituciones.

b) Cuando el derecho interno no ha recogido en sus normas sustancialmente ni en su totalidad los postulados de la CDN.

Cuando el derecho interno de un país no ha adecuado sustancialmente toda la legislación relativa a la infancia y a la adolescencia, ni sus instituciones y políticas a la CDN, que es solo el piso mínimo de reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos activos de derechos, entonces, el rol del abogado/a defensor/a debe asumir necesariamente una función crítica de la normativa que se aplica para los niños y niñas, rol fundamental para la construcción de ciudadanía para este sector de la población.

En el ejercicio de la defensa debe realizar una valoración crítica del derecho local nega-

⁴⁸ Tal es el caso de todas las legislaciones de América Latina que se han adecuado a la CDN, v.g., Brasil, Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Panamá, Perú, etcétera.

⁴⁹ Véase nota al pie 27.

dor de la condición de los niños y niñas como sujetos de derecho (contradecir y confrontar la normativa local con la internacional o constitucional para lograr la aplicación de la segunda, más protectora de los derechos de niños y niñas), solicitar la no aplicación (o derogación según el sistema normativo) de estas normas, y plantear la aplicación directa de la normativa que efectivamente recoge los derechos de la niñez y su condición de sujetos activos de derechos, esto es, en la Constitución Nacional del país, la CDN y otros instrumentos internacionales y nacionales de protección de los derechos humanos.

Éste es el caso de las legislaciones de los países que *ut supra* se analizaron. Mientras se producen las necesarias reformas legislativas e institucionales que den cuenta del compromiso internacional asumido por el Estado al ratificar la CDN, la figura del defensor de niños y niñas es fundamental para la discusión de las prácticas vigentes, a la vez que constructor en su ejercicio de nuevas formas de participación democráticas de la niñez y adolescencia.

7. Consideraciones finales

Siendo el derecho de defensa uno de los derechos fundamentales de todas las personas en un Estado democrático de derecho, no parece arriesgado afirmar que su falta de cumplimiento para un sector de la población, los más pequeños, anula las posibilidades de ejercicio real de sus derechos, y de su participación en los procesos de construcción de ciudadanía para la infancia y adolescencia.

Asimismo, la falta de revisión de las normas y prácticas que han construido estos modelos, y las correspondientes reformas legislativas e institucionales para su adecuación a la CDN, replantean la función del defensor de niños, niñas y adolescentes desde una postura necesariamente crítica.

En virtud de eso, y teniendo en cuenta la información aquí esbozada, es de desear que este nuevo rol planteado por la CDN, el defensor de niños, niñas y adolescentes, contribuya a la construcción de una sociedad más justa y democrática para todos.

CONTROL SOCIOPENAL EN SEDE CIVIL¹

MARÍA KARINA VALOBRA²

1. La medida de protección de personas y la protección integral

“-Su error se describe en los escritos que preceden a la ley [...]: ‘Han apostado un centinela ante la ley. Un hombre viene un día y pide permiso para entrar. Pero el centinela no puede dejarlo entrar. El hombre espera entrar más tarde...’

-Ya lo oí. ¡Todos lo oímos! El hombre muere de viejo esperando. Al final el centinela le le dice que la puerta se hizo para él.

*-El centinela dice que nadie podía entrar por la puerta, y ‘ahora la voy a cerrar’. Al -
gunos comentaristas dijeron que el hombre se acercó a la puerta por su propia vo -
luntad.”³*

La protección integral de derechos⁴ impone la tutela de los derechos de todos los niños, niñas y jóvenes entendidos como sujetos de derecho y no como objetos de protección/represión –idea afín al modelo anterior a la Convención sobre los Derechos del Niño⁵ conocido como el modelo de *la situación irregular*–.⁶

En el capítulo III del Libro primero, título IV, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación se encuentran reguladas las medidas cautelares existentes en el ordenamiento

¹ El presente artículo tiene como antecedente la ponencia homónima presentada con Nora Adriana Torres en el XI Congreso Latinoamericano y III Iberoamericano de Derecho Penal y Criminología, que tuvo lugar en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República, Montevideo, Uruguay, del 1 al 4 de septiembre de 1999. Luego se presentó un “Análisis crítico de la medida de protección de persona en la ley 12.607” en las Jornadas de Debate sobre la ley 12.607, organizadas por el Instituto de Derechos del Niño de La Plata, Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de La Plata y auspiciada por UNICEF, celebradas los días 1 y 2 de junio de 2001, en la Facultad de Derecho de la UNLP.

² Abogada egresada de la Universidad de Buenos Aires. Docente auxiliar de la Comisión “Derechos del Niño” del Consultorio Jurídico Gratuito de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

³ Extraído de la película *El proceso*, dirigida por Orson Welles y basada en la obra homónima de Franz Kafka.

⁴ Llamado también modelo de la protección integral de los derechos del niño, niñas y jóvenes, o doctrina de las Naciones Unidas para la protección de la infancia. Integrado por la Convención sobre los Derechos del Niño, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de la libertad y las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad). Éste es el marco legal en el que los países suscriptores deben inspirar sus legislaciones internas que regulen las relaciones de la población de menores de 18 años con el Estado, la comunidad y la familia.

⁵ En adelante CDN o la Convención.

⁶ Para un análisis sobre el significado y alcances de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño en el contexto latinoamericano, véase Beloff, Mary, “Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar”, en Justicia y Derechos del Niño, núm. 1, UNICEF, 1999.

civil y comercial argentino; en la última de las secciones del capítulo⁷ se contempla la protección de persona (art. 234 a 237 del digesto).⁸

La experiencia⁹ indica que la medida de protección de persona es comúnmente utilizada en sede civil en respuesta a problemas de la más diversa índole. En cuanto a su aplicación a niños, niñas y jóvenes, puede afirmarse que se destina en forma casi exclusiva a una categoría de niños y jóvenes a los que las legislaciones anteriores a la Convención denominaron *menores en riesgo o peligro moral o material*.¹⁰

Esta medida, según se verá, habilita el ejercicio arbitrario e ilegítimo de mecanismos de control social punitivo en sede civil y, además de no ser idónea para la protección de los derechos subjetivos, resulta lesiva de numerosos derechos constitucionalmente reconocidos. Su aplicación afecta a todo el elenco de garantías sustantivas y adjetivas derivadas de normas constitucionales e importa una intervención netamente inquisitiva por parte de una justicia que se caracterizó históricamente por el rol acotado de la injerencia oficiosa del juez.

Es justamente en el ámbito del derecho civil, estrictamente en una norma procesal civil, que se da lugar al despliegue incontrolado de diversos mecanismos estatales que confluyen en la protección de un niño, niña o joven y lo colocan en situación de *trato* - *miento* a partir de su condición de "en riesgo".

El derecho civil se revela como una legislación que debe ser sometida a una profunda crítica, pues la diversidad de modificaciones a las que está sujeto para alcanzar su adecuación a los postulados de la Convención requiere de un esfuerzo legislativo que priorice la resignificación de los contenidos de la patria potestad y de las normas referidas a los "incapaces",¹¹ como también los mecanismos para garantizar su asistencia técnica.

⁷ Sección 8ª.

⁸ La normativa procesal en la provincia de Buenos Aires era similar hasta la sanción de la ley 12.607 que, si bien modifica el instituto en cuanto a las causas de su procedencia, no resuelve la cuestión crítica que será analizada en este trabajo.

⁹ La necesidad de problematizar y abordar críticamente este instituto viene dictada, principalmente, de la experiencia obtenida en el marco del trabajo emprendido por los profesionales del Patrocinio Jurídico Gratuito de la Universidad de Buenos Aires, en la Comisión Derechos del Niño (Comisión 1305).

¹⁰ El art.21 de la ley 10.903 define qué entenderá la ley como abandono material o peligro moral: "la incitación de los padres tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral; la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuentación a sitios inmorales o de juego, o con ladrones o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido 18 años de edad vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fueren, en las calles o lugares públicos, o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres, guardadores o cuando sean ocupados en oficios o empleos perjudiciales a la moral o a la salud".

¹¹ Así es como son denominados por esta legislación los niños, niñas y jóvenes. El art.54 del Código Civil prevé: "Tienen incapacidad absoluta: 1º Las personas por nacer, 2º Los menores impúberes, 3º los dementes, 4º los sordo-mudos que no saben darse a entender por escrito". Art.55: "Los menores adultos solo tienen capacidad para los actos que las leyes les autorizan a otorgar". El Código Penal prevé otra causal de incapacidad en el artículo 12, en caso de condenados a más de tres años de prisión. Alfredo Orgaz explica los alcances de la incapacidad: "Falta la aptitud [...] absolutamente, en las personas que carecen también absolutamente de voluntad propia, sea que les falte la aptitud volitiva misma (menores impúberes y dementes, art.921), sea que les falte la expresión de la voluntad (sordomudos, ausentes. Estas personas son los incapaces absolutos (art.55)". Orgaz, A., "Persona y capacidad en derecho civil", en Boletín de la Facultad de Derecho de Córdoba, 1940-4-5, p. 253. Para una aproximación de los aspectos civiles modificados a partir de la Convención, véase UNICEF,

A partir del análisis de la letra de la ley, trascendemos la instancia de verificación empírica del uso que se hace de la norma y podemos elucidar si *en la norma* se encuentran latentes las condiciones para que se pongan en funcionamiento las arbitrariedades propias de un proceso sin garantías.

2. El texto legal

El texto legal refiere que:

podrá decretarse la guarda: 1) de mujer menor de edad que intentase contraer matrimonio, entrar en comunidad religiosa o ejercer determinada actividad contra la voluntad de sus padres o tutores;¹² 2) de menores que sean maltratados por sus padres, tutores, curadores o guardadores, o inducidos por ellos a actos ilícitos o deshonestos o expuestos a graves riesgos físicos o morales; 3º) de menores o incapaces abandonados o sin representantes legales o cuando éstos estuvieren impedidos de ejercer sus funciones; 4º) de los incapaces que estén en pleito con sus representantes legales, en el que se controvierta la patria potestad, tutela o curatela, o sus efectos.¹³

El art.235 del Código Procesal indica que el juez dará intervención al asesor de menores e incapaces y que “cuando exista urgencia o circunstancias graves se resolverá provisionalmente sin más trámite”. En lo que hace al procedimiento, el art. 236 dicta que en los casos de los inc.2, 3 y 4 del art.234 –transcripto– la petición podrá ser deducida por cualquier persona, y formulada verbalmente ante el asesor de menores e incapaces, en cuyo caso se labrará el acta con las menciones pertinentes, la que será remitida al juzgado que corresponda.

Finalmente, el art. 237 refiere medidas complementarias sobre los alimentos y pertenencias de la persona en favor de la cual se ordene la medida que proceda a partir de la protección de persona, aunque fácil es deducir que se trata de medidas que importen la exclusión del hogar del *favorecido*.

Las cuestiones en las que centraremos la crítica a este instituto son las siguientes.

1º) En la potestad otorgada al juez para resolver la guarda de un niño, niña o adolescente mediante una medida cautelar¹⁴ (lo que será abordado en el punto 3).

Construyendo pequeñas democracias. Los alcances de la Convención de las Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño como instrumento para el respeto de los derechos civiles del niño en la familia, 1999.

¹² En este inciso de la norma es fácil emparentar su creación con la noción de que la mujer, por el hecho de serlo, se trata de un sujeto inferior al varón. La mujer tiene una incapacidad específica y agravada, respecto del varón incapaz por razones de edad.

¹³ Art.234 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación.

¹⁴ La discusión en torno a si se trata de una medida autosatisfactiva o no, no modifica esencialmente el asunto en relación con la ausencia de las garantías del proceso. Sin perjuicio de ello, no es menor el hecho de que se encuentre legislado bajo el título de medidas cautelares, ni tampoco es posible no cuestionar las implicancias de este tipo de medidas cuando ellas se pretenden efectivizar respecto de personas y no de cosas, uso difundido y propio de este tipo de medidas.

2º) La imprevisión de procedimiento alguno que caracteriza el instituto, lo que produce la existencia de un "proceso" al margen del debido proceso (punto 4).

3º) Los derechos que pueden conculcarse mediante las medidas a las que la protección de persona faculta al juez a adoptar. Estas medidas van desde la separación de los niños, niñas y jóvenes de uno de sus progenitores, hasta su internamiento (punto 5).

4º) La consideración de una persona (niño, niña o joven) como objeto de protección y no como sujeto de derechos que subyace a la denominación de la medida (protección de persona) y a la omisión de mayores consideraciones sobre el modo de efectivizarse las garantías en el proceso (punto 6).

5º) El grado de indefinición de las causales para su procedencia, lo que vulnera el principio de legalidad (punto 7).

3. La potestad otorgada al juez para resolver la guarda mediante una medida cautelar

La medida de protección de persona es, sin duda, un remanente del sistema anterior a la Convención. Las facultades que se le otorgan al juez mediante una medida cautelar exceden el campo propio del arbitrio inevitable de su función jurisdiccional.

Mientras que los sistemas garantistas tienden a eliminar y controlar los espacios de poder asignados al juez o los constriñen mediante controles, la protección de persona habilita al juez a resolver *sin más trámite y en caso de urgencia*, la medida *que considera adecuada*. Ésta podrá comprender la guarda de la persona de quien se pretende la protección, lo cual involucra la posibilidad de privarlo de su medio familiar y comunitario y de su libertad. Esto sin dar ocasión de oír a las partes involucradas en el proceso.

Nada limita la actividad del juez, ningún criterio objetivo que conduzca su decisión, ninguna taxatividad en su intervención o contralor de su actividad –como el que puede ejercer la asistencia letrada autónoma del niño, niña o joven involucrado–. Se actúa en la *esfera parajudicial* propia del modelo de la *situación irregular* que asigna al juez funciones de *buen padre de familia*, más que de juzgador de conflictos jurídicos.¹⁵

La protección integral de derechos requiere de un juez en función jurisdiccional, "*extingue así, la vieja figura del juez de menores como mero instrumento de control de la pobreza, con sus decisiones carentes de fundamentos y procedimientos regidos por la inobservancia de las garantías constitucionales y procesales*".¹⁶

¹⁵ Costa Saraiva, J. Batista, "El perfil del juez en el nuevo derecho de la infancia y la adolescencia", en Justicia y Derechos del Niño, núm. 2, Buenos Aires, UNICEF, 2000, p. 44.

¹⁶ Ibid., p. 45.

Es de destacar que no se prevé ninguna actividad tendiente a la verificación de los hechos denunciados, así como se prevé amplitud en cuanto a las personas habilitadas a efectuar la denuncia.¹⁷ El expediente, en lugar de versar sobre la verificación de la hipótesis de vulneración de derechos para su restablecimiento, concluye en una contienda entre los poderes propios del juez –en el ejercicio de un derogado Patronato– y la patria potestad de los padres, que de hecho es suspendida al aplicarse la medida restrictiva, si bien existen mecanismos específicos para medidas de esa índole.

El juez protege al niño y en esa protección ningún significado tienen sus derechos desde el momento que está eximido de discurrir de un modo objetivo si la medida que dispone se ajusta a derecho. Sus resoluciones suelen asemejarse a alegatos de defensa de valores propios o de un modelo de familia o a un reproche a los padres frente a su incapacidad de llevar a cabo sus objetivos. En la contienda ingresan toda suerte de profesionales, especialistas de diversas disciplinas,¹⁸ se interpone todo tipo de instancias que mediatizan entre el juez y la familia, conformándose una multiplicidad de justicias menores. A decir de Donzelot *“el patriarcado familiar solo es destruido al precio de un patriarcado del Estado”*.¹⁹

En pos de esta sustitución es válido todo tipo de intromisiones: en las prácticas sexuales de los padres referidas en los informes socioambientales o psicológicos, referencias a sus condiciones de vida, sus vínculos, sus prácticas de higiene, decisiones laborales, su ocio. Esto importa un avance descontrolado del Estado a los ámbitos de la vida privada,²⁰ cuyo principal insumo son todos estos “datos sensibles” y cuya protección es de raigambre constitucional por su alto potencial discriminatorio.

4. Las medidas cautelares: la falta de previsión de procedimiento y la vulneración al debido proceso

La protección de persona es un instituto del Código Procesal Civil y Comercial, la encontramos legislada en su parte general, bajo el libro 1°, título IV, capítulo 3° –es decir, medidas cautelares–, sección octava. Entre la primera y la séptima sección y bajo ese mismo capítulo, se regulan conjuntamente los embargos preventivos y ejecutivos, se-

¹⁷ Un dato para tener en consideración sobre la base de la experiencia recogida en el Patronato Jurídico de la Universidad de Buenos Aires es que generalmente el pedido de protección de persona es iniciado por los hospitales, en los casos en que las personas acuden allí con niños, niñas o jóvenes por su imposibilidad de brindarles algún sustento o techo: otra causal común de ingreso se da por medio de la escuela, ante situaciones de presunta violencia familiar, la cual, la más de las veces, no es acreditada durante el trámite posterior de la protección de persona. Es decir que se actúa directamente dando por sentada la hipótesis de la denuncia y no se investigan las circunstancias que, generalmente, configuran en hipótesis típicas del Código Penal.

¹⁸ Estos especialistas van desde los asistentes sociales hasta los psicólogos o psiquiatras que operan tanto respecto de la presunta víctima como respecto de su entorno familiar.

¹⁹ Donzelot, Jacques, *La policía de las familias*, Madrid, Alianza, 1991, p. 106.

²⁰ Idem.

cuestros, intervención judicial e inhibición de bienes. Comparte además una jerga con este tipo de medidas, en cuanto a sus modalidades de ejecución.

En la medida de protección de persona es usual hacer efectivo el internamiento de un niño, una niña o un joven mediante un *mandamiento de secuestro de menor* para protegerlo. Para efectivizar este mandamiento es posible facultar al oficial de justicia a hacer uso de la fuerza pública, violentar cerraduras y efectuar todo tipo de diligencias tendientes a *secuestrar al menor* del domicilio de donde se lo pretende alejar.

Una medida cautelar sirve para garantizar el buen fin de otro proceso definitivo. La pretensión precautoria es un derecho autónomo que puede ser ejercido independientemente, antes o después de la acción principal. Le son aplicables las condiciones generales para el ejercicio y la admisión de las acciones, esto es, calidad, derecho e interés. Su carácter accesorio –por tratarse de un medio y no un fin– torna necesario un análisis de su utilidad, pues ello concierne a la razonabilidad de su extensión, intensidad y subsistencia.

La utilidad de una medida cautelar se define más que en el interés de los individuos, en el interés de la administración de justicia. De allí que este tipo de decisiones se dirijan *más que a defender los derechos subjetivos, a garantizar la eficacia, y, por así decirlo, la seriedad de la función jurisdiccional.*²¹

La discusión en torno a si esta medida resulta cautelar, como se sostiene aquí, o si es autosatisfactiva, no profundiza sobre su falta de adecuación para discernir derechos en el marco de la Convención, ni su flagrante vulneración a garantías procesales y sustantivas.²²

Amén de ello, bastará con efectuar algunas salvedades. Si se considera que la protección de persona es una medida autosatisfactiva, debemos agregar a estas vulneraciones reseñadas el carácter definitivo de las resoluciones que se tomen en el marco de un proceso de sus características, lo cual torna aún más vulnerante el dispositivo.

La protección de persona –responda a una u otra caracterización– es un *remedio* que se distingue por su inmediatez de respuesta (ante la mera denuncia) y la autonomía de su objeto procesal. No obstante, mediante ella se disciernen derechos de raigambre constitucional con expresas disposiciones para que sean válidas las modificaciones que, respecto de ellos, puedan producirse en el marco de un proceso judicial.

Se podrá oponer a este desarrollo la circunstancia, por cierto fundada, de que existen casos (aunque no sean ni exclusivos ni mayoritarios) que requieren una intervención urgente por parte del órgano jurisdiccional. Especialmente casos en donde se conside-

²¹ Estas consideraciones sobre las medidas cautelares se las debo al Dr. Javier Leandro Maffucci Moore, titular del Juzgado de Garantías núm.2, del Departamento Judicial de Lomas de Zamora, comunicación personal.

²² Este tipo de discusiones tuvo lugar en el marco de las Jornadas de Debate sobre la ley 12.607.

ra que peligra la vida del niño, niña o joven si se lo mantiene en su medio familiar o comunitario. Volveremos sobre este punto más adelante.

Es de destacar que esta medida excepcional se ha conformado en regla en la práctica judicial²³ frente a conflictos que no responden a un criterio fijo, excepto por el hecho de que, en la mayoría de las ocasiones, se trata de personas con derechos económicos, sociales y culturales vulnerados.

Una medida cautelar no es un proceso desentendido de una cuestión de fondo que se pretende preservar –para ello la cautela– para no tornar luego ilusoria la pretensión principal. Es accesoria a un proceso principal en el marco del cual se discierne la cuestión de fondo. La protección de persona deviene en una medida autónoma pese a que, como se explicó, no está regulada como tal y carece de sustento normativo en las normas sustantivas.

Resulta forzado incorporar a la protección de persona dentro de las medidas autosatisfactivas, principalmente por su falta de previsión legal expresa bajo esa modalidad, y menos aún cuando se advierte precisamente lo contrario, a partir de su ubicación normativa en el digesto procesal. A su vez, las causales que habilitan la intervención dan cuenta de la necesidad de discernir siempre una cuestión de fondo que no puede quedar indeterminada hasta que el niño, la niña o el joven cumpla la mayoría de edad.

Observamos que en la medida de protección de persona, el juez en concurrencia con el Ministerio Público interviene sobre la persona del niño al disponer discrecionalmente de él. Esta medida produce, en la práctica, los efectos de un proceso independiente, ilimitado en el tiempo, decidido *inaudita parte* –es decir que el juez se funda en los hechos que afirma y acredita el peticionario en forma unilateral–, con efectos inmediatos en el ejercicio de los derechos de los niños, niñas o jóvenes involucrados. Discierne *de facto* cuestiones sobre las cuales la Convención ha tomado extremas precauciones para que sean discernidas en el marco de un debido proceso, como son: la privación de la libertad, la suspensión de la patria potestad, la cuestión crucial del derecho a la convivencia familiar y comunitaria, la forma subsidiaria en que debe intervenir el Estado en la familia.

Los elementales principios de legalidad y razonabilidad que deben signar todos los procesos por mandato constitucional²⁴ requieren, para su preservación, la elaboración de técnicas en el plano teórico, vinculantes en el plano normativo y con efectividad en el plano práctico, orientadas a hacer efectivas las garantías sustantivas y adjetivas;²⁵ por sus características, ninguna de esas *técnicas* está prevista en este dispositivo.

²³ Principalmente en la Ciudad de Buenos Aires.

²⁴ Arts. 18 y 19 de la Constitución, a lo que se le suma el encontrarnos bajo una forma de gobierno republicana.

²⁵ Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, Madrid, Trotta, 1997, p. 33.

5. Derechos que puede conculcar la protección de persona: diferentes supuestos de procedencia y la necesidad de que esos derechos sean discernidos en el marco del debido proceso

El dispositivo procesal que es la puerta de ingreso de niños, niñas y jóvenes a intervenciones propiamente punitivas, en tanto involucra la posibilidad de intervenir en sus vidas coactivamente, será leído a partir de dos conceptos claves de la CDN: protección integral e interés superior del niño.

No faltarán protecciones de personas que aludan al interés superior del niño para encontrar algún sustento constitucional que subsane el bache que importa el uso de un instituto procesal carente de todo contexto sustancial en las normas constitucionales. El interés superior del niño²⁶ encuentra su significado en la protección integral de sus derechos. Esta protección debe dirigirse siempre a hacer efectivo su interés superior. Se conforma entre estos conceptos una relación inescindible.

Esta relación quedará garantizada en la medida en que existan acciones eficaces con el objeto de proteger sus derechos. El art. 3 de la Convención es categórico, el interés superior del niño debe tenerse en cuenta en todo el proceso de la ley, desde su formulación hasta su aplicación y modo de ejecución. El interés superior del niño de ningún modo puede ser utilizado para legitimar determinaciones por fuera del derecho.

El principio debe entenderse de manera que, en el caso concreto, se procure el restablecimiento de los derechos en forma íntegra. Para el caso que esto sea imposible, deberá prevalecer la resolución que privilegie unos por sobre otros de acuerdo con la cantidad y jerarquía de los derechos involucrados. Sujeto siempre a los preceptos de legalidad y razonabilidad e independientemente de cualquier condición personal relativa al niño, niña o joven o sus padres, según lo establece el art. 2 de la Convención.²⁷

En el marco del proceso, esto *"parece crear una especie de carga probatoria sobre los que intentan no centrar la cuestión en el niño, con el fin de demostrar que, en ciertas circunstancias, no existen otras alternativas aceptables"*.²⁸

Existe pues una prelación en cuanto a las variables a considerarse a la hora de la resolución: primero deberá privilegiarse la opción que posibilite el restablecimiento de todos los derechos; luego, quien alegue que en el caso concreto esto no es posible, y que el

²⁶ Art. 3 de la CDN. En cuanto al alcance y contenido del interés superior del niño en el marco de la protección integral, véase Cillero Bruñol, Miguel, "El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño", en García Mendez, Emilio y Beloff, Mary (comps.), 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), Santa Fe de Bogotá, Temis, 1998, pp. 69-103. También es abordado en Alston, Philip y Gilmour-Walsh, Bridget, El interés superior del niño. Hacia una síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales, Buenos Aires, UNICEF, 1997.

²⁷ Alston P. y Gilmour-Walsh, B, ob. cit.

²⁸ Ibid., p. 23.

interés superior del niño se cumplirá mediante una resolución que vede o limite el ejercicio de algún derecho, tendrá la carga de probarlo en el marco de un debido proceso.

En el nivel de la administración de justicia, la garantía de la relación interés superior/protección integral de derechos se traduce en recursos judiciales que permitan restablecer aquellos derechos de los que eventualmente el niño se vio privado.

En el nivel de la legislación, el principio opera como rector para evaluar las medidas relativas a niños que no estén incluidas expresamente en la Convención, como es el caso de la protección de personas. Ningún interés superior se concreta mediante un procedimiento carente de las garantías que la Convención reconoce a todos los niños.

En la protección integral de derechos,

la obligación del Estado se traduce en tres obligaciones fundamentales:

1) respetar el derecho del niño y su familia a la intimidad, libertad y autonomía de sus relaciones, protegiéndolos contra toda injerencia estatal ilegal y arbitraria;

2) complementaria con la anterior, prestar asistencia y apoyo necesario a los padres o personas responsables del niño para el desempeño de sus funciones adoptando las medidas necesarias para ayudar a los padres en el cumplimiento de sus responsabilidades y (solo)

3) subsidiariamente, intervenir en la vida familiar cuando la familia se torna incapaz de cumplir su rol de garante de los derechos del niño. Para ello, en caso de amenaza o vulneración de los derechos de los niños, los Poderes Públicos deberán ofertar Servicios Especiales de apoyo, atención y protección a la infancia y la familia.²⁹

Incluso esta última intervención, debe efectuarse en el marco de un proceder garantista.

5.1. Los derechos y garantías que involucra el inciso primero

Resultan ineludibles las objeciones que suscita el inciso primero en razón de su carácter eminentemente discriminatorio respecto de la mujer;³⁰ en efecto, si una mujer me-

²⁹ Juste Picón, Maríán, Justicia y Derechos del Niño, núm.2, Serie Justicia y Derechos del Niño, Santiago de Chile, agosto de 1996, pp. 6-7, citado en Pinto, L.Gimol, Análisis descriptivo de la regulación normativa de los mecanismos de protección de los derechos del niño en la legislación comparada - Legislaciones de Canadá, Nueva Zelanda, Reino Unido, España y Brasil, mimeo.

³⁰ El carácter discriminatorio es doblemente discriminatorio para el caso de la niña o la joven. A la norma relativa a la discriminación por la edad se le suma una discriminación específica en razón del sexo. Esta discriminación consiste en la prevención específica de control social coactivo respecto de conductas en tanto y en cuanto sean realizadas por mujeres. Esto, además de vulnerar pactos con raigambre constitucional como la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, vulnera el art.75 inc.23 del que se deducen las obligaciones del Estado de promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato respecto de personas que históricamente han sido vulnerables a la discriminación y al desmedro de sus derechos por parte del mismo Estado. Sobre el tema, véase Bidart Campos, Germán J., "Familia y derechos humanos", en Kemelmajer de Carlucci, Aida (coord.), El derecho de familia y los nuevos paradigmas, s.d., s.l., pp. 29-44.

nor de edad intentase contraer matrimonio, entrar a una comunidad religiosa o ejercer determinada actividad contra la voluntad de sus padres o tutores, el objeto procesal está emparentado con las cuestiones relativas al art.264 quater del Código Civil, que supone la autorización de parte de ambos padres para que los hijos sujetos a su patria potestad realicen los actos expresamente taxativos en la norma. Para estos casos la ley prevé modos específicos de suplir la voluntad de los padres cuando se requiere su expreso consentimiento.

Por tratarse de actos propios de la patria potestad, cualquier medida que la limite deberá emprenderse de acuerdo con los procesos establecidos especialmente para su procedencia. Además, si se admite el acceso a la justicia por parte de ambos padres cuando se presenta un desacuerdo sobre aspectos relativos al consentimiento expreso requerido en esos actos de la vida de sus hijos, cuánto más se deberá otorgar a éstos el acceso a la jurisdicción para peticionar cuando perciban que en su entorno familiar se suscitan conflictos que obstaculizan su plan de vida y las obligaciones de sus padres.³¹

Esta afirmación se deduce de la idea de familia que trae aparejada la Convención y, especialmente, de su art. 5, en tanto impone a los Estados Partes el respeto de las responsabilidades, derechos y deberes de los padres, o miembros de la familia ampliada o la comunidad o personas encargadas legalmente del niño de impartirle, en consonancia con la evolución de sus facultades, dirección y orientación apropiadas para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la Convención.

Frente a esta hipótesis el juez deberá evaluar cuáles son los derechos del niño, niña o joven en cuestión que se encuentran involucrados: libertad de culto, libertad de asociación, derecho a desarrollar su vida privada sin injerencias arbitrarias, su derecho a asumir una vida responsable en una sociedad libre (entre otros, arts. 13, 14 y 15 de la CDN).

La función jurisdiccional que se le requiere al juez consiste en la de evaluar –según los derechos involucrados y la prueba que deba producir a quien alegue que el ejercicio de esos derechos impide, vulnera u obstaculiza otros derechos que en cantidad o calidad sean de mayor jerarquía– cuál es el interés superior del niño, niña o joven en ese caso concreto. Su resolución de ningún modo será fundada si omite la expresa previsión de oír al niño, niña o joven cuyos derechos estén en juego (art.12 de la CDN).

Es decir, el discernimiento de las cuestiones que trae aparejadas este inciso requiere de un proceso contradictorio, con un amplio margen para la prueba, en tanto proceso cognoscitivo, en donde el juez es consciente del rol fundamental que la Convención asigna a los padres al otorgarles derechos que “no son universales o inamovibles: [si-no que son] limitados y existen solo en tanto son necesarios para promover los dere-

³¹ El artículo 9 Inc.2 refiere expresamente que en cualquier procedimiento en que se discierna la separación del niño de sus padres, la cual solo puede ser necesaria en casos particulares, por ejemplo cuando el niño sea maltratado o descuidado por éstos, se ofrecerá “a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y dar a conocer sus opiniones” (la cursiva es nuestra).

chos³² de sus hijos e hijas. "A medida que los niños son capaces de satisfacer sus necesidades o de ejercitar sus derechos por sí mismos, disminuyen los derechos paternos."³³

Por su parte, advertimos la inconstitucionalidad de la previsión que faculta a la intervención familiar cuando los niños, niñas o jóvenes se proponen ejercer determinada actividad contra la voluntad de sus padres o tutores. La vaguedad de la fórmula *determinada actividad*, no especifica en lo más mínimo los supuestos que alcanza. Los niños, niñas y jóvenes también se encuentran amparados por el principio constitucional contenido en el art. 19 de la norma fundamental, según el cual nadie está obligado a hacer lo que la ley no manda ni privado de lo que ella no prohíbe.

De modo que las objeciones paternas no pueden dirigirse a *cualquier actividad*, sino solo a aquellas en donde se vean comprometidos otros derechos del niño, niña o joven reconocidos en la Convención y que los adultos a cargo estén obligados a preservar.

Esto debe traducirse en la obligación de ceñir la judicialización de conflictos intrafamiliares a los casos que estrictamente la ley prevé y no a cuestiones que la actividad judicial no solo no está facultada a conocer, sino para las cuales su intervención resulta inadecuada.³⁴

5.2. Los derechos y garantías que involucra el inciso segundo

La previsión del inciso segundo involucra los casos de *menores que sean maltratados por sus padres, tutores, curadores o guardadores, o inducidos por ellos a actos ilícitos o deshonestos o expuestos a graves riesgos físicos o morales*.

Tal vez sea éste uno de los puntos en que más se legitiman las intervenciones arbitrarias, pues al pretexto de la protección se le agrega el de la urgencia del caso. No cabe duda de que, en ocasiones, la intervención que se requiere es inmediata y la urgencia no siempre comulga con la efectivización de las garantías. Aun así, éstas ceden en pos de asegurar la integridad física de las personas que se encuentren en la situación de vulneración de ese derecho, máxime cuando estos derechos son vulnerados en el ámbito familiar.

Aun así, debe discernirse la multiplicidad de situaciones que pueden importar que un niño, niña o joven vea comprometida su integridad física o psíquica. Como consideración preliminar, debe estar probada mínimamente la hipótesis de la acusación. Para ello es insoslayable oír al niño, niña o joven.

³² UNICEF, *Construyendo pequeñas democracias...*, ob. cit., pp. 16-17.

³³ Ibid., p. 17.

³⁴ Entre otros, quedan fuera de la intervención judicial los casos en que los padres recurren a la justicia solicitando auxilio para educar a sus hijos, por cuestiones de inconductas o discrepancias en torno de su educación.

Comprobado ese extremo, encontramos que quien atente contra la vida de su hijo o hija está comprendido en algún supuesto previsto por el Código Penal. En ese caso, será en esa sede donde deberán ser peticionadas la investigación de su comisión y la toma de medidas cautelares de exclusión del hogar y prohibición de acceder o aproximarse al mismo a quien resulte agente de violencia, así como las demás medidas posibles del amplio elenco que ofrece el proceso penal, incluso cuando le fuera concedida la excarcelación al imputado, que serán las idóneas para resolver la posible permanencia del agresor o agresora en el domicilio del damnificado.

Con la misma urgencia³⁵ con que se retira al niño, niña o joven de su domicilio puede actuarse para excluir al agresor o agresora de la casa, sin vulnerar el derecho del damnificado a su convivencia familiar y comunitaria, su domicilio y demás derechos que compromete la circunstancia de ser quien debe abandonar el hogar y no la persona que vulnera sus derechos.

No obstante, el objeto principal de la medida cautelar no se agota en la exclusión sino que ella simplemente intenta remover las consecuencias de un delito de carácter permanente y los efectos negativos que puede producir una intervención tardía respecto del bien jurídico que se pretende proteger por medio del tipo penal. Es decir, se deberá confirmar la hipótesis de la acusación mediante prueba fáctica en cuanto a su existencia y la persona contra la cual va dirigida.

No será posible entonces que, si en el amplio margen probatorio que supone un proceso penal no se establece la existencia del hecho o que el imputado resultó ser su autor, puedan mantenerse medidas cautelares con efectos ultra activos. La hipótesis de violencia bien pudo servir, *prima facie*, para la procedencia de la cautelar, pero si a la luz de las pruebas de la instrucción o del amplio debate que supone el plenario no se comprobó o bien se determinó la hipótesis contraria, no puede permanecer incólume la medida accesoria.³⁶

En caso de que sean ambos padres quienes supuestamente ejerzan violencia física o psíquica contra sus hijos o hijas, y no se trate de una hipótesis prevista en el Código Penal, son inexcusables las siguientes premisas: el niño, niña o joven debe ser oído directamente por el juez, en el marco de una audiencia inmediata en la que se le aseguren

³⁵ El art.3 de la Convención está dirigido a todos los tribunales donde se disciernen cuestiones que se relacionan con los derechos de los niños. De este artículo se deduce el principio pro niño, que debe orientar toda la actividad donde se disciernen sus derechos de modo que a la urgencia propia de estas medidas, debe sumarse la circunstancia de que mediante las mismas se pretenden preservar derechos de los niños.

³⁶ Es de destacar que es costumbre que en los casos de sobreseimiento del supuesto autor del ilícito, se mantenga la medida de protección de persona respecto de la supuesta víctima. Esto es una flagrante contradicción dentro de la actividad jurisdiccional que resulta intolerable. Si el motivo de la protección de persona es la aparente comisión de un delito del cual el niño, la niña o joven resultan supuestas víctimas, la falta de comprobación del hecho debería redundar en el levantamiento de la medida por falta de comprobación de la hipótesis que la hizo procedente, pues tanto en la causa penal seguida al supuesto autor del hecho como en la medida cautelar de protección de persona existe una coincidencia en cuanto al objeto principal que debe comprobarse.

todas las garantías propias de su carácter de damnificado o damnificada. Solo quien se ve afectado por la conducta ilegítima puede dar cuenta del alcance y contenido de esa conducta. De acuerdo con el art.9 de la CDN, deberá también darse intervención a sus padres.

Deben discernirse las situaciones de violencia que involucran directamente al niño, niña o joven de aquellas que se suscitan entre los padres. Es común que la violencia entre los padres redunde en algún tipo de medida de internación respecto de los hijos. Si bien es cierto que en tales casos se encuentran expuestos a violencia psicológica, no lo es menos que el niño, niña o joven tiene derecho a preservar los vínculos con ambos padres. De nuevo su opinión es absolutamente relevante a la hora de las definiciones.

Para el caso extremo y último recurso en que sea menester que el niño, niña o joven abandone su hogar, deberán establecerse prelación en cuanto al lugar en el que deberá permanecer, así como también la posibilidad de que el damnificado permanezca con personas allegadas, para lo cual se debe dar un alcance extensivo al concepto de familia ampliada que trae consigo la Convención. En tal caso deberá ser considerada la preferencia del niño, niña o joven en la elección del sitio, como también su consentimiento asistido.

Deben existir también, en el ámbito de la órbita de las políticas públicas, espacios donde los niños, niñas y jóvenes puedan acudir voluntariamente y solicitar abrigo en la inmediatez de la situación que los daña. El carácter voluntario de la asistencia se encuentra en todo momento en cabeza del asistido, quien podrá en todo momento desistir de la misma.

El traslado de su hogar no puede redundar en una privación de la libertad, entendida como su alojamiento en un establecimiento público o privado del cual no pueda salir por su propia voluntad. A su vez, siempre que sea su decisión, debe tenderse a mantener los vínculos con sus padres o bien fortalecerlos.

El amplio elenco de posibilidades sugiere la duda sobre los casos en que se daría la hipótesis de máxima, donde sea absolutamente necesario que el niño, niña o joven abandone su hogar y sea alojado en un establecimiento público o privado. Esto, según el abanico de situaciones desplegado hasta aquí –que solo pretende ser enunciativo–, supone que: 1) se comprobó la situación de violencia y que esta situación hace peligrar la integridad del niño, niña o joven; 2) no proceden medidas respecto del agente de la violencia o ambos padres son agentes de violencia; 3) la violencia no configura un delito penal o no hace procedente medidas respecto de sus agentes, y 4) no existen otras formas que razonablemente procuren la integridad del niño, niña o joven, como ser inexistencia de personas allegadas a los damnificados con quienes puedan permanecer hasta tanto se discierna la hipótesis de violencia y se establezca una medida estable respecto de su futuro.

Es de destacar que esta última posibilidad involucra la obligación del Estado de procurar, en caso de ser necesario, condiciones para que los miembros de la familia extensa puedan responsabilizarse del rol que les atribuye la Convención. En efecto, deberá disponerse de mecanismos eficaces y rápidos para remover los obstáculos de índole económica o de otro tipo a fin de que el niño, niña o joven permanezca en su medio familiar y comunitario.

La pauta de la actuación jurisdiccional se centra en que para restablecer un derecho vulnerado es absurdo –además de arbitrario– que la solución no solo no restablezca el derecho, sino que además emplee modalidades mediante las cuales son restringidos más derechos, aun en afán de restablecerlos. Esto supone una actividad reglada y racional donde cada decisión sea discurrida y evaluada bajo las reglas de la lógica y del proceso de que se trate, de modo que puedan ser apelados sus fundamentos por quien resulte ser la asistencia técnica durante el proceso.³⁷

Por último, son de resaltar las categorías a las que alude este inciso: *deshonestos y riesgos morales* resultan de una vaguedad propia de los sistemas de justicia tutelar y, en consecuencia, vulneran el principio de estricta legalidad, tal como lo desarrollaremos en el punto 7.

5.3. Los derechos y garantías que involucra el inciso tercero

Este inciso faculta al juez para intervenir respecto *de menores o incapaces abandonados o sin representantes legales o cuando éstos estuvieren impedidos de ejercer sus funciones*.

Cabe a este inciso las mismas apreciaciones que al anterior en cuanto a qué se entiende por *menor abandonado*, cuáles son las medidas dispuestas por el Estado a fin de evitar el supuesto abandono.³⁸

En el marco de la Convención son primordiales las políticas públicas destinadas a la infancia, con lo cual si fuera cumplido este principio de la doctrina de la protección integral, se vería reducido el universo de casos denominados de *abandono*.

En todo caso, en el marco de la integralidad en la efectivización de los derechos que supone la Convención, ante la vulneración de un derecho del niño, niña o joven, será el mundo adulto, las instituciones y los servicios que deben restablecer ese derecho, los que se encuentran *en situación irregular*.³⁹ El promotor del abandono resulta ser el

³⁷ Si bien no es materia de este trabajo, cabe aclarar que la asistencia técnica no se suple con la intervención promiscua del asesor de menores o defensor de menores, sino que importa una actividad propiamente defensora, conforme lo indica el art. 18 de la Constitución de la Nación.

³⁸ No es un dato que requiera mayor respaldo estadístico la circunstancia de que los niños, niñas o jóvenes que son usualmente considerados abandonados, lo son a causa de la imposibilidad de los padres de sustentar sus necesidades básicas por causas económicas.

³⁹ Beloff, Mary, "Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular...", *ob. cit.*, p. 21.

propio Estado en tanto no generó las condiciones necesarias para que la familia –que se tornó impotente para el cuidado y desarrollo del niño, niña o joven– se vea fortalecida mediante políticas especiales tendientes a procurar la permanencia del niño en el núcleo familiar.

Esta labor importa la descentralización de las políticas públicas a fin de detectar y restablecer las necesidades, allí donde se producen. La causal de *abandono* es una causal que no se remonta a la responsabilidad de quien debió evitarla, sino que se recorta en quien no estaba en condiciones de evitarla y hace sentir sus efectos respecto de quien debía ser el beneficiario de un derecho.

Aun así, existirán niños, niñas o jóvenes que carezcan absolutamente de personas que puedan hacerse cargo de ellos y que se vean privados irremediablemente de su medio familiar, por lo cual, llegado el caso, pueden requerir algún tipo de intervención judicial cuando sea menester llevar adelante acciones que modifiquen su estado o filiación, modalidades previstas expresamente en las normas sustantivas del ordenamiento civil, con específicas reglas del procedimiento –adopción, guarda, tutela–.⁴⁰

No se vislumbra, de nuevo, la necesidad de disponer de una protección de persona como una medida independiente al objeto principal; no se justifica el judicializar por fuera de los institutos que expresamente la legislación de fondo prevé para la situación de estos niños, niñas y jóvenes.

Tampoco queda claro en virtud de qué principio deberían avasallarse las garantías del niño, niña o joven de ser asistido por una asistencia técnica, o de ser oído, o de producir prueba tendiente a determinar la resolución más adecuada a la situación, apelar los fundamentos del juzgador y demás normas consistentes con tratarse de un proceso de partes, donde la opinión del niño, niña o joven debe ser tomada como consideración primordial.

A la par de esta idea, todo alejamiento de la opinión del niño, niña o joven sobre su futuro, deberá fundarse no solo en la conveniencia en cuanto a la calidad y cantidad de derechos de la resolución que propone el juzgador, sino que también deberá revelar de qué manera la resolución expresada por el niño, niña o joven vulneraría una mayor cantidad de derechos. Para ello, se debe partir de la base de que el derecho a que sus opiniones sean tomadas en consideración en el marco del proceso donde se disciernen sus derechos ya se encuentra vulnerado por la circunstancia de alejarse de su opinión.

En síntesis, se vislumbra también aquí que el caso que prevé este inciso no faculta a tomar medidas por fuera de un proceso principal que será el que defina la situación del sujeto a quien se pretende proteger.

⁴⁰ No es materia de este trabajo analizar la constitucionalidad de ciertas normas contenidas en estos institutos, lo cierto es que prevén un proceso específico y son modalidades admitidas por la Convención (art.20) bajo las condiciones comunes de toda actividad jurisdiccional de ser preservadas las garantías propias del debido proceso.

5.4. Los derechos y las garantías que involucra el inciso cuarto

El inciso cuarto encierra una tremenda paradoja: se aplicará una protección de persona a *los incapaces que estén en pleito con sus representantes legales, en el que se controvierta la patria potestad, tutela o curatela, o sus efectos*.⁴¹

La paradoja consiste en que existe una acción principal cuyo objeto versa sobre una controversia sobre la patria potestad. En el marco de este proceso principal se faculta, mediante este inciso, una disposición cautelar que suspende la patria potestad de hecho. Existe identidad entre el objeto de la cautelar y el de la acción principal, no obstante la primera no se adoptó en el marco de amplitud probatoria y debido proceso que supone la segunda.

El efecto de esta suspensión hace que al coartarse la patria potestad, el niño, niña o joven beneficiario de ésta, ya se ve impedido de gozar de sus beneficios durante la tramitación del proceso mediante la aplicación de este inciso. Por un lado, el debido proceso enfatiza que el modo de suspender la patria potestad debe estar sujeto a ciertos recaudos que mediante la protección de persona no son contemplados. Una de las cuestiones centrales para evaluar también este punto, es que la patria potestad es un derecho de los niños, niñas y jóvenes, entonces deberá evaluarse en una cautelar de esta naturaleza qué otros derechos de mayor jerarquía se preservarían mediante esta suspensión y si ellos no pueden ser preservados sin suspender la patria potestad de los padres. De nuevo aparece aquí la cuestión de la fundamentación de la medida.

Ocurre que esta causal es superflua, porque si la medida cautelar supone la urgencia, los casos en que sea urgente separar al niño, niña o joven de su medio familiar coincidirán con los casos previstos por los incisos segundo y tercero (maltrato por parte de los padres o inducción a cometer ilícitos, o bien, los padres están privados de ejercer sus funciones).

Pero si lo que se intenta determinar es precisamente si la patria potestad se suspenderá o se perderá, y esto requiere de elementos convictivos propios de una actividad pro-

⁴¹ Las causales que se prevén de suspensión y privación de la patria potestad son: Art. 307 CC. "El padre o madre quedan privados de la patria potestad: 1° Por ser condenados como autor, coautor, instigador o cómplice de un delito doloso contra la persona o los bienes de alguno de sus hijos, o como coautor, instigador o cómplice de un delito cometido por el hijo; 2° Por el abandono que hiciere de alguno de sus hijos, para el que los haya abandonado, aun cuando quede bajo guarda o sea recogido por otro progenitor o un tercero; 3° Por poner en peligro la seguridad, la salud física o psíquica o la moralidad del hijo, mediante malos tratamientos, ejemplos perniciosos, inconducta notoria o delincuencia". Art. 309 C.C.: "El ejercicio de la autoridad de los padres queda suspendido mientras dure la ausencia de los padres judicialmente declarada [...] También queda suspendido en caso de interdicción de alguno de los padres o de inhabilitación según el art. 152 bis, inc. 1 y 2, hasta que sea rehabilitado y en los supuestos establecidos en el art. 12 del Código Penal. Podrá suspenderse el ejercicio de la autoridad en caso de que los hijos sean entregados por sus padres a un establecimiento de protección de menores. La suspensión será resuelta con audiencia de los padres, de acuerdo con las circunstancias del caso". Cabe aclarar, en este último artículo, que un criterio más acorde a la Convención sería establecer si la causal de interdicción del padre afecta al vínculo entre el padre interdicto y el hijo, más que establecer una presunción de derecho que no se condice con el tipo de derechos que se encuentran involucrados y con las graves consecuencias de que tal declaración afecte, además, la patria potestad, entendida como un derecho del niño, la niña y los jóvenes.

batoria amplia en razón de la importancia de los derechos que están en juego, sería una burla a las expresas previsiones legales suspender mediante una medida cautelar sus efectos, *de hecho* durante la tramitación del proceso.

No dista la solución aquí de lo indicado con relación a las demás causales. Luego, si no existen los *riesgos* previstos en las normas anteriores, no se advierte la procedencia de la separación del niño, niña o joven de sus padres, cuando aún no media una sentencia firme que así lo autorice.

6. La consideración subyacente del niño, niña o joven como objeto de protección y no como sujeto de derechos

Coincidente con el nombre del instituto es la idea que subyace al mismo. Se protegen *personas* y no *derechos de personas*. Se considera a los niños, niñas y jóvenes objetos de protección y no sujetos de derecho.

Si en los procesos legislativos debe prevalecer también el interés superior del niño, esto es, la protección integral de sus derechos: de qué manera puede traducirse en términos jurídicos la protección de una persona sino mediante la implementación de mecanismos de restablecimiento de derechos.

Si decodificamos la protección en estos términos, primero debemos evaluar qué derecho se encuentra vulnerado y luego, provocar acciones tendientes a su restablecimiento.

La falta de un rito que regule la medida redundante en un procedimiento que se *constituye* y se *define* en la práctica. La falta de un límite a la injerencia estatal, da lugar a una intervención desmedida de cuanta disciplina se considere llamada a intervenir en el proceso. Dos principios constitucionales fundamentales se ponen en jaque: la legalidad y la razonabilidad, propias de las actividades del Estado.

El trámite de la supuesta protección significa más derechos vulnerados de los que se pretenden restablecer. Éste es un ejemplo claro de distorsión sustancial entre lo que se propone un dispositivo legal (mediante sus enunciados teóricos) y cómo se lo propone, porque se lo hace sin atender a las más elementales reglas del derecho. No es de cualquier modo que puede proteger la administración de justicia a una persona, aun en casos de *urgencia*.

La medida de protección de persona que se presenta como alternativa al conflicto, lejos de ser un derecho del niño, niña o joven, es una imposición. Es en esta negación de sus garantías que subyace su condición de objeto de intervención y de tutela desde el momento en que habilitar las instancias para su ejercicio importa reconocer su subjetividad, intereses y proyectos de vida.

Sometido a una medida cautelar de características similares a un embargo preventivo, legislado bajo el mismo título en el Código, niños, niñas y jóvenes son *secuestrados* mediante mandamientos. Tales modalidades son la clara expresión de que la persona no es considerada sujeto de derechos. Una medida que disponga su internamiento y lo separe de su medio familiar debe ser sometida a las precauciones insoslayables que conlleva la dignidad de la persona humana y el ejercicio de sus derechos.

"Definidos por lo que no hacen, no saben o no pueden, los niños son declarados 'incapaces' y convertidos en objeto de obligada protección y tutela: un niño tutelado no tiene ningún derecho a opinar, está sometido a una falta de entidad jurídica."⁴²

7. La indefinición de las causales de procedencia y el principio de legalidad

"-En su arresto veo algo abstracto.

-Tan abstracto que no puedo considerar que es aplicable a mí."⁴³

La lectura del texto legal pone de manifiesto las categorías vagas, ambiguas y de difícil aprehensión desde la perspectiva del derecho que delinear el instituto.⁴⁴ Nos referimos al uso de los giros: *ejercer determinada actividad contra la voluntad de sus padres, actos deshonestos o graves riesgos morales, menores abandonados*, o casos de *urgencia*. Estas categorías atentan seriamente contra el principio de legalidad.

La legitimación del poder punitivo se fundamenta en el pacto social.⁴⁵ Y de esta hipótesis contractual deriva el principio de legalidad: la voluntad del príncipe se expresará en una ley

clara e inequívoca para que los particulares sean siempre conscientes de la esfera de su propia autonomía y libertad; el juez no podrá nunca transformarse en legislador, por lo tanto la interpretación de la ley deberá ser rigurosamente circunscrita y disciplinada: la ley penal podrá decidir solo para el presente y el futuro, nunca para el pasado, a fin de que en el posible conocimiento de la voluntad del príncipe, se tenga certeza de las consecuencias de las propias acciones y relaciones."⁴⁶

No hay duda ya acerca de que el internamiento es privación de la libertad, de manera que la protección de persona habilita al juez a intervenir en forma punitiva en la vida de

⁴² Carrera, Jorge, "Cuando el saber comanda", El Niño. Revista del Instituto del Campo Freudiano, núm.5, Centro Interdisciplinar de Estudios del Niño (CIEN), Paidós, 1998.

⁴³ Diálogo extraído de la película El proceso, de Orson Welles, basada en la obra homónima de Franz Kafka.

⁴⁴ Características del sistema previo a la Convención. Véase Beloff, Mar y, "Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular...", ob. cit., p. 14.

⁴⁵ Pavarini, Massimo, Control y dominación. Teorías criminológicas burguesas y proyecto hegemónico, Madrid, Siglo XXI, 1993.

⁴⁶ Idem.

los niños, niñas y jóvenes sobre la base de unas categorías difusas que habilitan a una intervención en ámbitos de la familia vedados al poder estatal. Bajo el pretexto de la protección de su persona se vulneran sus derechos.

Se vulnera el debido proceso, pues en sus pocos artículos no refiere nada sobre el procedimiento que debe implementarse en los casos llamados de urgencia, ni qué se entiende por tales.

En forma especial, la defensa en juicio al no prever un abogado del niño, ni la ocasión en que éste debe ser oído, ni vistas o traslados y todas aquellas medidas tendientes a ejercer un control del proceso.

Tampoco se respeta el juicio previo para disponer de una medida de internamiento que priva de la libertad o el principio de punición por el acto propio.

Se vulnera la privacidad y la dignidad, pues en el marco de esta medida pueden disponerse todo tipo de intervenciones de asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras y equipos técnicos en forma coactiva.

Se vulnera la igualdad ante la ley, pues las causales por las que se dispone la intervención coactiva del Estado responden a características personales del niño, niña o jóvenes y su familia. No existe en el derecho de mayores (excepto los casos de incapacidad que prevé la misma norma) medidas cautelares de esta naturaleza sin respetar todos los principios garantistas que ordena la constitución y la normativa internacional.

Se vulnera la identidad, pues muchas veces se priva al niño de su medio familiar y comunitario sin atender a otras alternativas, tal como lo ordena la Convención.

Se vulnera la libertad ambulatoria, dado que el internamiento es privación de la libertad.

Si bien la suspensión de la patria potestad debe ser discernida de acuerdo con las previsiones del Código Civil, mediante esta medida se da cauce a serias restricciones a la misma, que a la luz de la Convención solo puede comprenderse como una garantía del niño a la efectivización de sus derechos en su ámbito familiar, y ya no como derecho de los padres sobre su persona y bienes –como lo indica el Código Civil–. Por otro lado, las medidas cautelares suponen una mínima acreditación de verosimilitud de los hechos y el derecho, que ésta no comparte. Las actuaciones son reservadas, y al ser las medidas decretadas *inaudita parte*, es corriente que los padres y sus letrados no tengan acceso al expediente ni se los escuche.

En la protección de persona, cuatro artículos sin previsión alguna de procedimiento son la puerta de ingreso de muchos niños al *no derecho*. Esto se ve facilitado por facultades de inaudita discrecionalidad posibilitadas por el instituto que, de persistir, conforma la válvula de escape que da continuidad a la doctrina de la *situación irregular*, por más espíritu de cambio que traigan las nuevas legislaciones.

La Convención reconoce a los niños derechos de igualdad, participación y autonomía. En este sentido pueden impugnar todo procedimiento judicial que vulnere sus derechos, importa el pleno acceso a la jurisdicción y a los procedimientos sumarísimos como el hábeas corpus, el amparo y el hábeas data.

No es posible distorsionar sus objetivos mediante interpretaciones contrarias a la ley. En la medida en que estos procedimientos sufren importantísimas restricciones legislativas y jurisprudenciales que degradan su función tuitiva de derechos fundamentales, y en especial cuando no son admitidos para atacar los actos emanados por el Poder Judicial, no cumplen con la importantísima función que la Constitución les asigna.

Si un derecho es vulnerado por la acción u omisión estatal, allí tenemos la poderosa herramienta que nos da el amparo de derechos para su restablecimiento; si un derecho es vulnerado por acción u omisión de los padres por cuestiones económicas o sociales, allí debe existir una política pública que fortalezca a la familia y haga efectivo el derecho del niño a desarrollarse en su entorno familiar y comunitario; si esta omisión u acción a los padres constituye un delito, allí está el derecho penal para hacer efectivos sus mecanismos de coerción respecto de ellos.

Durante su tramitación, la familia ampliada apoyada por políticas concretas podrá ser el marco en el que el niño, la niña o los jóvenes continúen su desarrollo, siempre que previamente se haya comprobado que los padres no podían hacerlo, ni aun mediante el apoyo de las políticas adecuadas.

De otro modo, visto desde el proceso, desaparece la cuestión litigiosa convirtiéndose en asunto de los especialistas, se desmaterializa la cuestión judicial, y esto no permite la intervención desde lo jurídico. Las personas a las que se destina la pretendida asistencia, lejos de resolver sus conflictos, encuentran en ella un lugar donde reafirmarlos, que se opone a los "objetivos declarados" de la propia institución asistencial. En los casos más afortunados, descubren la dinámica del procedimiento y simplemente, mienten. Dicen lo que suponen que los operadores quieren oír. Este proceder, en el marco de un proceso, sienta las bases de una jurisdicción "que reposa [...] en los especialistas de lo invisible",⁴⁷ como acusaba Foucault, en *Vigilar y castigar* a los sistemas más inquisitivos.

La Convención es derecho vigente hoy, y amén de los conflictos para implementar algunos de sus institutos, no es posible alegar falta de ley interna para eludir el procedimiento garantista que impone en todas las esferas del Estado, aún asistenciales.

8. Reflexión final

En la protección de persona, los derechos se vulneran mediante lo que la ley dice, pero también mediante lo que la ley no dice. Si no nos proponemos cambiar la ley ade-

⁴⁷ Foucault, Michel, *Vigilar y castigar. El nacimiento de la prisión, México, Siglo XXI, 1980.*

cuándola a la conciencia jurídica adquirida en torno a los derechos humanos, nos enfrentamos a esta cuestión tan relevante con una ley alienada por cien años de *situación irregular*, lo que constituyó un modo específico de construir la verdad.

*"Una sociedad justa no es una sociedad que adoptó leyes justas para siempre. Una sociedad justa es una sociedad donde la cuestión de la justicia permanece constantemente abierta, o sea, donde existe la posibilidad siempre efectiva de interrogación sobre la ley y sobre el fundamento de la ley."*⁴⁸

He aquí nuestros interrogantes sobre el fundamento de la protección de persona.

⁴⁸ Catoradiis, Cornelius, "Socialismo o barbarie. El contenido del socialismo", No hay Derecho, año III, núm. 7, 1992, p. 5.

SOBRE EL EJERCICIO DE LA DEFENSA DE MENORES INFRACTORES

RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE¹

Nos parece que esta revista es el lugar adecuado para efectuar algunas reflexiones sobre un tema que debe integrar el bagaje instrumental con el que la Facultad de Derecho prepara a sus egresados para el ejercicio profesional, lo que en los hechos no sucede.

Lamentablemente todo lo que tiene que ver con el ejercicio de los derechos del niño se estudia en materias separadas, impidiendo de esa manera una visión de conjunto a los estudiantes, visión de conjunto que podría darse en Técnica Forense toda vez que es allí donde los profesionales reciben los elementos instrumentales necesarios para desarrollar su actuación en los múltiples roles que puede cumplir un abogado dentro del proceso: juez, fiscal o parte, en este caso defensor.

Con esa finalidad, analizaremos en un enfoque teórico práctico algunos aspectos de la actuación del defensor en materia de menores infractores.

Del marco normativo

El Código del Niño requiere la presencia del defensor en el caso de investigarse la comisión de un acto considerado delito por la ley penal presuntamente cometido por una persona menor de 18 años de edad.

El marco de la actuación del defensor en la materia está dado esencialmente, en cuanto al principio de inviolabilidad de la defensa, en: el artículo 16 de la Constitución, los artículos 37 literal d) y 40 numeral 3) de la Convención sobre los Derechos del Niño, Ley 16.137, y las Reglas 7 y 7.1, 15 y 15.1 de las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores o Reglas de Beijing.

En materia de Derecho Internacional de los Derechos Humanos debe destacarse el artículo 14, numeral 3 literales b) y d) y 4) del Pacto de Derechos Civiles y Políticos, Ley 13.751 del 11 de julio de 1969, y la Convención Interamericana de Derechos Humanos, artículo 8 numeral 2 literales c), d), e) y f).

¹ El Dr. Ricardo C. Pérez Manrique es Ministro del Tribunal de Apelaciones de Familia de Segundo Turno, Montevideo, Uruguay.

En el plano legislativo el procedimiento en materia de menores infractores está previsto en el artículo 25 de la Ley 16.707, llamada de Seguridad Ciudadana, que sustituyó el artículo 114 del Código del Niño.

Igualmente son de aplicación las normas del Código del Proceso Penal sobre el Defensor, especialmente las que tienen que ver con el carácter de su actuación y sus atribuciones, así como las normas en materia de garantías previstas en dicho Código.

Del objetivo del ejercicio del derecho de defensa

Me parece que éste es un aspecto crucial, directamente vinculado con el ejercicio de los roles procesales en el proceso de menores. El tema ha sido desarrollado en un trabajo del Dr. Marabotto al que por razones de brevedad nos remitimos.²

Hemos señalado que el proceso de menores "es un claro proceso de partes, donde cada una de ellas cumple un rol procesal perfectamente definido: el juez como un tercero imparcial que decide un conflicto jurídico; el Ministerio Público en representación de la sociedad cumpliendo sus funciones de acusador público, y el menor y la defensa, en un papel netamente jurídico, siendo su objetivo esencial controlar a las otras partes en el proceso, para la plena aplicación de los derechos y garantías del defendido".³

En algún momento y como resabio de la denominada doctrina de la situación irregular se planteó que el objetivo de la defensa era el bienestar del menor, y entonces el defensor se planteaba dilemas tales como qué era lo mejor para el menor, más allá de su concreta responsabilidad en los hechos presuntamente cometidos o no. De este modo se franqueaban los límites de la denominada defensa material –por ejemplo, planteándose el interrogante ¿qué es mejor para este adolescente, estar internado o en la calle?–, y se alejaba de la defensa técnica.

La doctrina de la protección integral que considera al niño un sujeto de derecho en desarrollo, y en tal carácter portador de acuerdo con su evolución de los derechos y deberes de todo ciudadano –Convención sobre los Derechos del Niño–, coloca el rol del defensor en su verdadero lugar: el derecho de defensa tiene por objeto primordial el respeto de los derechos humanos del niño o del adolescente.⁴

En el marco de un proceso de partes, contradictorio, el defensor es parte formal que debe propugnar por demostrar la inocencia de su defendido o en su caso morigerar la responsabilidad, a efectos de que la sanción o medida sea la adecuada y menos aflicta de sus derechos.

² "El proceso de menores. Roles del juez, fiscal y defensor. Visión constitucional y legal", LJU Revista Jurídica, pp. 197-203.

³ Cairoli-Pérez Manrique, Reflexiones sobre la Ley de Seguridad Ciudadana, Editorial Universidad, pp. 39.

⁴ Armijo, Gilbert, Manual de Derecho Procesal Penal Juvenil, San José de Costa Rica, 1998, p. 271.

De las particularidades

El proceso de menores tiene por objetivo determinar si existe o no mérito para declarar a una persona menor de edad como autora de un acto descrito como delito por la ley penal y, en su caso, aplicar una medida o sanción de tipo educativo.⁵

Tal proceso no puede ser otro que el debido proceso legal establecido por la Constitución, como así lo ha declarado la Suprema Corte de Justicia.⁶

Este proceso está determinado por las características especiales del sujeto a que está referido y por ello requiere de especialización, que debería alcanzar a la defensa, como de hecho lo ha reconocido la Suprema Corte de Justicia al crear dentro la Defensoría de Oficio de Menores, separándola de la de Familia. Es la solución que rige en España, según Ley Orgánica 5/2000.

Desde el punto de vista jurídico se requieren conocimientos específicos, que como se vio lamentablemente no se reciben en Facultad; se requiere asimismo una especial ductilidad para el trato y para poder entenderse con los jóvenes a quienes se defiende; es necesario tener en cuenta la presencia decisiva y permanente del núcleo familiar, etcétera.

Hemos señalado las siguientes características de este proceso de menores:

- 1) es un procedimiento que deriva en la limitación de derechos constitucionales, por ello debe partir de un carácter efectivamente garantista;
- 2) tiene como objetivos esenciales asegurar el interés superior del niño en cuanto sujeto de derecho y su bienestar. A este sujeto vulnerable, que eventualmente ha incurrido en una conducta infractora, es a quien debemos atender en forma preferente; por eso hemos afirmado que es la más humana de todas las ramas del Derecho, en cuanto el sujeto determina permanentemente los contenidos jurídicos;
- 3) debe ser rápido y ágil, porque los tiempos psicológicos y vitales de una persona menor de 18 años son mucho más estrechos y acuciantes que los de una persona mayor. En otros términos, el proceso no debe ser largo porque la personalidad del sujeto a que se refiere varía rápidamente en el tiempo;
- 4) siempre se estará ante una responsabilidad por acto y por reprochabilidad de conductas, pero todo el andamiaje procesal está destinado a la atención de su sujeto vulnerable y en desarrollo para asegurar su educación e inserción social;

⁵ Al respecto se ha afirmado en solución que no compartimos totalmente: "El proceso de menores resulta conformado según una estructura contradictoria, con la especialidad principal de que la totalidad de los sujetos intervinientes deben tomar en cuenta el interés superior del menor, y en tal sentido, el objetivo de aquél se dirige no a imponer sanciones, sino a procurar la readaptación del menor a la vida social, propendiendo al desarrollo de un tratamiento terapéutico con intención de obtener, en definitiva, una solución de profilaxis a las fallas o delitos que pudiere cometer". TAF 2°, Sentencia 87/99, RUDP 4/00, c.1100, p. 739.

⁶ Sentencia 400/97.

- 5) debe guiarse por un principio de mínima aflicción, arbitrándose institutos como la remisión, la suspensión del proceso y el principio de oportunidad que habiliten una ágil desjudicialización del conflicto una vez logrados los fines educativos.

Estos principios condicionan a todos los que participan en el proceso: las partes, los equipos técnicos y el soporte administrativo tanto dentro de la propia sede judicial como en las áreas policiales y de aplicación de medidas.⁷

Del ejercicio del derecho de defensa propiamente dicho

El defensor cumple una función fundamental de relacionamiento entre la actividad procesal y la familia del menor involucrado, toda vez que lo primero que deberá efectuar es un contacto con el adolescente y con su núcleo familiar.

En cuanto al adolescente, el defensor deberá llevar adelante la difícil tarea de comunicarse y de hacerse entender por el mismo. Si esta tarea fracasa, el proceso deviene en kafkiano e inútil. El propio involucrado no conoce de qué se trata, no está por tanto en condiciones de entender lo que sucede y participará, ausente de sus contenidos, de un puro formalismo sin contenido alguno para él.

Señalamos que no es tarea única del defensor, pero sí es tarea compartida con los técnicos y con la propia sede; por lo tanto, es uno de los aspectos en que la especialización debe actuar de forma decisiva.

En cuanto a la actuación del principio jurídico del interés superior del niño debe ponerse en sus verdaderos términos: no es un objetivo en sí mismo, sino que es un criterio de interpretación de la normativa, debiéndose actuar en cada caso en particular. En un reciente voto en el Tribunal de Apelaciones de Familia que integro he afirmado: "Justamente, he sostenido reiteradamente que el interés superior del niño es un criterio de interpretación, que obliga al intérprete a poner en consideración en primer término de qué manera afecta al menor la aplicación que se pretende hacer de la norma y en función de su interés superior o prioritario adoptar aquella alternativa que menos afecte sus derechos cuando no existe motivo fundado alguno para adoptar otra interpretación más aflictiva de sus derechos".

He leído algunas interpretaciones que pretenden sostener una paridad en los roles procesales, como consecuencia de la actuación en función del interés superior del niño, regla imperativa para todos los adultos que tienen vinculación con los niños –art.3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño–, pues los roles no cambian por un criterio de interpretación de la ley que es común, constituyendo la especialidad de la materia,

⁷ *Cairó-Pérez Manrique*, Reflexiones sobre la Ley de Seguridad Ciudadana, *ob. cit.*, pp. 47-48.

y que muchas veces es el motivo a resolver en la contienda. En una palabra, entre diferentes aplicaciones de tal criterio de interpretación, es el juez quien debe decidir de qué manera este interés es mejor contemplado.

Directamente vinculado con esto y en el área en que observo mayores dudas conceptuales y actuaciones erróneas, la práctica enseña que muchas veces no se advierte claramente la diferencia entre derecho de acto y de autor, aspecto que es esencial al ejercicio de la defensa.

Solamente se puede responsabilizar a alguien por las consecuencias de su conducta en virtud del principio de la doble imputación: a) objetiva, tal hecho fue cometido por X, existe una relación de causa a efecto entre su accionar y el resultado y tal conducta activa u omisiva encarta en un tipo delictivo considerado delito por la ley penal; b) subjetiva, el acto se debe a un accionar querido por el autor en los términos del artículo 18 del Código.

Las condiciones personales del adolescente jamás justificarán la imposición de ninguna medida, si no están acreditadas ambas imputaciones.

Ni la falta de familia continente, ni el consumo de sustancias adictivas, ni ningún otro motivo atinente a la persona del adolescente pueden ser invocadas en aras del interés superior para justificar la adopción de medidas socioeducativas si no hay delito o la plena prueba de él.

Lo contrario es admitir un derecho penal de autor, que repugna al Estado de Derecho y al Derecho Penal Liberal.

Los defensores deben ser especialmente cuidadosos en este aspecto, donde deben llevar adelante su defensa en un plano técnico sin abdicar de principios que son esenciales para salvaguardar los derechos humanos y en definitiva para justificar su propia razón de ser dentro del proceso.

El aspecto distintivo que finalmente debe ser destacado es la aplicación permanente del principio de la mínima aflicción y de la privación de libertad como última ratio.

Siempre debe preferirse la medida o respuesta que menos afecte a los derechos de los adolescentes involucrados en el proceso y en tal sentido la privación de libertad es la última ratio. "La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cargo de conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda" (Convención, art. 37 literal b), y art. 40.4; Reglas de Beijing, 13.1 y 2 y 17.1 b) y c).

Es ineludible este postulado para la defensa, directamente vinculado con la regla de proporcionalidad entre el acto y la medida, no pudiendo incidir las características personales para arbitrar soluciones más gravosas para los derechos de los adolescentes.

Nuestra propuesta es que la protección integral exige que el factor vulnerabilidad o, de otra forma, la situación personal del joven o de la joven sometida a este proceso especial no puede incidir sino de manera moderadora y limitativa de la responsabilidad.

Dar trascendencia decisiva a los aspectos vulnerables para agravar la responsabilidad sería regresar a la situación irregular en que lo único importante era justamente la vulnerabilidad, prescindiendo del hecho, y lo más grave de todo es que sería una solución reforzadora de la incriminación a los más débiles por partida doble: se criminaliza por el hecho y se criminaliza por ser vulnerable, lo que es violatorio de los principios generales ya vistos.⁸

Concluyendo este capítulo, no debe perderse de vista la incidencia que tienen en este proceso los equipos técnicos.

En penal, son los psiquiatras forenses respecto de la capacidad para determinarse y los médicos en cuanto a las características de los hechos incriminados sobre las personas –lesiones, violaciones, muertes, etc.– los profesionales que tienen una actuación más generalizada.

En materia de menores, aparecen otros técnicos, esencialmente los técnicos del comportamiento humano y del relacionamiento social –asistentes sociales, psicólogos– quienes juegan un rol preponderante. Con el tiempo debe ser incorporada la parte pedagógica que es esencial atento a la finalidad del procedimiento y a la esencial trascendencia de la formación e inserción educativa para los jóvenes.

Los juzgados de menores cuentan respectivamente con un equipo técnico de asesoramiento directo, integrado por un psicólogo y dos asistentes sociales, encargados de asistir y asesorar al juez en estos aspectos y cuya consulta es esencial en forma urgente y previa a la adopción de la decisión sobre un asunto.

Serán técnicos de esas especialidades quienes informarán al juez en el caso de privaciones de libertad, previo al egreso o a la licencia o mediante la supervisión de otras medidas, con los cuales el defensor que tiene la obligación de visitar los lugares de internación tendrá que relacionarse para evaluar los pasos que dará dentro del proceso para obtener la libertad o en su caso la licencia de su defendido.

Justamente el INAME, que por ley tiene a su cargo la aplicación de las medidas a los menores infractores,⁹ es también otro protagonista que aparece más nítidamente que la Dirección de Cárceles en el Proceso Penal, con incidencia al punto de elevar pedi-

⁸ Véase del autor, "Importancia del hecho y de la participación en la determinación de las medidas y sanciones", Revista Interdisciplinaria sobre Temas de Justicia Juvenil, No. 1, p. 119, Montevideo, 2000.

⁹ "Ejecutar las medidas de seguridad que disponga la justicia competente a efectos de lograr la rehabilitación y educación de los menores infractores" (Ley No. 15.977 de 14 de septiembre de 1988 de Creación del Instituto Nacional del Menores, atribución de cometidos art.2°).

dos de licencia o de cese de medidas, a veces en forma directa, lo que parece prima facie inadecuado.

Atribuciones y proceso

El artículo 79 del Código del Proceso Penal establece: *"El Defensor tiene todas las atribuciones que le permitan el control de las pretensiones y de las decisiones judiciales atinentes a su defendido, en interés de éste y de la ley".*

Analizaremos a continuación algunas características del ejercicio de la defensa en materia de menores que nos parecen interesantes.

Designación

De acuerdo con el art.78 del CPP, *"El Defensor será designado por el imputado al tiempo de la declaración ratificatoria ante el Juez".*

En el caso en que el menor sometido a proceso se encuentre bajo patria potestad o tutela, dada la intervención que tienen los representantes legales del menor ya en la audiencia indagatoria –art.114.1 CGP– serán éstos quienes designarán de querer hacerlo al defensor. De lo contrario, actuará el defensor de oficio que por turno corresponda.

Si hubiere diferencias entre los responsables y el menor, se provocaría al parecer una incidencia que debería ser resuelta por el juez, actuando los principios generales en la materia –art.114.2, segundo inciso del Código del Niño–.

Indagatoria

Debe señalarse que no obstante que en la práctica por exceso de trabajo se actúa de otra manera, el legislador diseñó una audiencia indagatoria en presencia del menor, de las partes y de los testigos en su caso, así como de los representantes legales.

Como elemento radicalmente diferencial del proceso penal de adultos se establece: *"En esta audiencia el Ministerio Público y el Defensor podrán solicitar la ampliación de aquellas diligencias, tendientes al esclarecimiento de los hechos y a la protección de los derechos, rigiendo en esta materia lo establecido en el artículo 16 de la Constitución de la República".*

Esto quiere decir que, obviamente con el único límite de los plazos establecidos por la Constitución, es posible ofrecer prueba en oportunidad de la indagatoria, a la que entiendo que el juez debe hacer lugar de acuerdo con las normas generales, siempre que su diligenciamiento no implique violación de los plazos.

Cuando la ley refiere a prueba de protección de los derechos, atiende a las especiales características de este proceso, en que datos de la personalidad de la persona indagada cobran un rol protagónico a la hora de determinar si se aplicarán o no medidas y, en su caso, a los efectos de seleccionar la medida en cuestión. Se trata de un aspecto al que la defensa debe prestar especial atención por el grado de laxitud que tiene el juez para seleccionarla.

Por otra parte esta audiencia supone el contacto previo y concomitante a la audiencia del defensor con su defendido, generándose un proceso de presencia activa y permanente, de diálogo fluido hacia el esclarecimiento de los hechos y la protección de los derechos como afirma la ley.

Si estamos en una audiencia, culminada la indagatoria, los autos deben pasar al Ministerio Público para que solicite lo que entienda conveniente: archivo, continuación de actuaciones o iniciación de procedimiento, pero es imprescindible en salvaguarda de los principios generales que la defensa pueda ser oída sobre las alegaciones del Ministerio Público.

Esto se hace en algunas sedes y en otras no, pero sería conveniente que se utilizara la vía recursiva pertinente cuando se alterara de tal forma el derecho de igualdad entre las partes.

En resumen, durante la indagatoria el defensor puede ofrecer prueba, exigir su diligenciamiento y evacuar la vista del dictamen fiscal previo al dictado del auto de disposición.

Además debe exigir el libre acceso a su defendido antes, durante y después de la audiencia indagatoria. Lamentablemente sigue pendiente establecer la preceptividad del contacto a partir de la detención y en la propia sede policial, lo que sí previó especialmente el proyecto de Código de la Niñez y Adolescencia.

Pese a que no está dicho expresamente, la ausencia del defensor una vez designado, provoca la nulidad de las actuaciones, salvo ratificación expresa en su presencia.

Auto de disposición; art. 114.1 inciso 4° del Código del Niño

Es la sentencia interlocutoria por la cual el juez decide enjuiciar a una persona menor de 18 años, como presunto autor de conductas previstas en la ley penal como delito o falta.¹⁰

El defensor puede apelar el auto de disposición en salvaguarda del derecho de su defendido.

¹⁰ *Cairol-Pérez Manrique*, Reflexiones sobre la Ley de Seguridad Ciudadana, *ob. cit.*, p. 43.

Manifiesto y ampliación

El defensor debe estar presente en todas las actuaciones procesales y a su vez debe ofrecer prueba, que será generalmente de descargo o sobre la situación personal del o la joven sometida a proceso, actividad que en materia de menores es bastante escasa a juzgar por los datos estadísticos.

Sentencia

También puede apelar la sentencia, así como en su caso interponer recurso de casación contra la Sentencia de Segunda Instancia.

Casación

Como aspecto a destacar, rigiéndose el recurso de casación por las normas del Código General del Proceso –artículo 114.7 del Código del Niño–, en un caso en que se decretó la absolución de un menor, anunciado el recurso de casación por el Ministerio Público, el Tribunal no hizo lugar al cese de la medida de privación de libertad ante reiterados pedidos de la defensa, invocándose el art.275.2 del CGP.

Recibidos los autos y actuando de oficio, la Corte afirmó: “Que en autos es de aplicación el régimen recursivo del Código General del Proceso –art. 114.7 del Código del Niño en la redacción dada por la Ley No. 16.707, por tanto conforme a lo establecido por el art. 275 de dicho Código ‘la interposición del recurso no impedirá que la sentencia se cumpla’ siendo en consecuencia de principio la ejecutoriedad de tal sentencia, con mayor razón en el caso de autos en que se encuentra en juego el principio de libertad, siendo también aplicable por analogía lo establecido en el artículo 273 inciso final del Código del Proceso Penal. Por lo expuesto la Suprema Corte de Justicia resuelve: hacer efectivo el cese de medida dispuesta, con citación fiscal, oficiándose oportunamente”.¹¹

La Corte en consecuencia aplicó una norma propia del proceso penal, favor libertatis, decretando de oficio y con noticia la libertad del joven.

Ejecución

Debe recordarse que las normas sobre ejecución no están contenidas en el artículo 114 nuevo del Código del Niño con la excepción que se dirá, sino en la Acordada No. 7.308 del 8 de noviembre de 1996, comunicada por Circular de la Suprema Corte de Justicia No. 85/96.

¹¹ Interlocutoria 56/97 del 14 de febrero de 1997.

Es importante para la defensa el principio contenido en el artículo 4°) literal A) de dicha Acordada: *"Se deberá decretar el cese de la medida toda vez que resulte acreditado en autos que ésta ha cumplido su finalidad socioeducativa"*.

Rectamente interpretado, este principio general al Derecho en la materia establece que la medida se sustenta y justifica en la finalidad socioeducativa, pues de lo contrario sería un puro retribucionismo, de dudosa aplicabilidad aun en materia de Derecho Penal de adultos y absolutamente exiliado en materia de menores.

Menores internados fuera de la jurisdicción

Sabido es que la medida de privación de libertad en nuestro país solamente se aplica en establecimientos que dependen del INTERJ (Instituto Técnico de Rehabilitación Juvenil) del INAME, que están ubicados en Suárez, Departamento de Canelones (Colonia Berro), y algunos en Montevideo (Puertas y Cimarrones). Otras veces, por distintas razones, las medidas denominadas en medio abierto o de semilibertad se cumplen en establecimientos ubicados en lugares ajenos a la jurisdicción del juez que decretó la medida.

Para estos casos el Código del Niño establece: "El juez del lugar de internación tendrá competencia para sustituir, modificar o decretar el cese de la medida de oficio o a petición de parte".

Correlativamente, el artículo 6° de la Acordada 7.308 determina que, en esos casos, "el juez del lugar de internación, bajo su más seria responsabilidad, deberá comunicar toda variación que ordene en el régimen de cumplimiento de las medidas, al juez en cuya sede se decretaron las mismas, dentro de las 72 horas de ordenadas".

La solución legal se fundamenta en que el juez del lugar del cumplimiento es el que está más cerca y en contacto con el adolescente, como para conocer y resolver sobre la medida.

Alguien ha sostenido que se está ante una suerte de competencia acumulativa respecto de las medidas y de las licencias, generando lo que podríamos llamar sin dudas una esquizofrenia jurídica: serían competentes según esta disposición los jueces que decretaron la medida y los del lugar de cumplimiento, indistintamente para decretar el cese, la sustitución o la modificación de la medida, además de conceder las licencias respectivas.

Tal postura es insostenible: 1) en nuestro derecho la competencia acumulativa es de excepción y está en consecuencia establecida a título expreso; 2) por definición competencia acumulativa quiere decir que uno u otro juez es competente, pero una vez asumida competencia ese juez excluye al otro, actuándose el rol saneador mediante la interposición de la excepción de litispendencia; 3) conspira contra la seguridad jurídica: un juez puede conceder o denegar lo que el otro a su vez deniega o concede y no hay forma de resolver el conflicto.

En consecuencia y desde el punto de vista del ejercicio de la defensa, en el caso habrá un mismo defensor que actúe ante ambas sedes –la que decretó la medida y la del lugar de cumplimiento–, o de lo contrario actuarán dos defensores: uno que patrocinará en el principal y otro que actuará exclusivamente sobre la ejecución de la medida, sea cautelar o aplicada por la sentencia definitiva.

Obviamente el juez de la causa es el único que puede decretar el cese de la medida en caso de absolución o de declaración de compurgatoria, porque son decisiones que hacen al fondo del proceso.

Licencias

En los casos de privación de libertad, antes de lograr el cese de la medida, se conceden licencias, equivalentes a las salidas transitorias en materia penal, con la finalidad de que el joven o la joven estreche lazos familiares y avance en el proceso de reinserción social, que es el único fin que justifica la medida como vimos.

Muchas veces las licencias, frente a la ansiedad de estos jóvenes, ingresan mediante notas del propio establecimiento y son tramitadas con una vista fiscal, solicitándose a vez audiencias al respecto.

Los defensores tienen que ser celosos custodios de sus facultades en este aspecto, ejerciendo y exigiendo la actuación de su función de representación también en este tema.

A manera de epílogo

No nos cansamos de señalar las extremas exigencias para el intérprete nacional que debe actuar en esta materia con un marco normativo disperso, construyendo una solución para el caso concreto, dado que lo único especial y con una solución marcada por la urgencia y con varias carencias es el procedimiento previsto en el artículo 114 del Código del Niño en la redacción dada por el art.25 de la Ley de Seguridad Ciudadana No. 16.707.

Tomando tanto los aspectos de fondo como procesales, los jueces, los fiscales y esencialmente los señores defensores deben efectuar un gran esfuerzo, que requiere un fino y dúctil sentido jurídico para actuar en la materia.

En materia de adultos, es obligación del defensor seguir la voluntad de su defendido, principio que entendemos en líneas generales de aplicación también en la materia, atento el carácter de sujeto de derecho del adolescente sometido a proceso.

Recordando a Antonio Carlos Gomes Da Costa, prestigioso pedagogo brasileño: “La afirmación del niño y adolescente como ‘personas en condición peculiar de desarrollo’ no puede ser definida apenas a partir de que el niño no sabe, no tiene condiciones y

no es capaz. Cada fase de desarrollo debe ser reconocida como revestida de singularidad y de completud relativa, o sea, el niño y el adolescente no son seres inacabados, en camino de una plenitud a ser consumada en la edad adulta, en cuanto portadora de responsabilidades, personales, cívicas y productivas plenas. Cada etapa es, a su manera, un período de plenitud que debe ser comprendida y acatada por el mundo adulto, o sea, por la familia, por la sociedad y por el estado".¹²

No obstante, a siete años del dictado de la Acordada No. 7.236 el 29 de julio de 1994, tomada en su mayor parte por el artículo 25 citado, cabe concluir que hay un antes y un después en la materia.

No debiendo olvidar que a la defensa corresponde movilizar los medios impugnativos para que los Tribunales Superiores unifiquen la jurisprudencia, así como plantear sus alegaciones de manera de que se cumplan estrictamente los derechos humanos y sus garantías para los niños y adolescentes a los cuales, por fin, les debe llegar el Estado de Derecho con todo su vigor.

¹² Estatuto da Criança e do Adolescente comentado. Comentários jurídicos y sociais, *Brasil, Malheiros Editores, 1992, p. 39.*

LEGALIDAD Y CRISIS EN LA ARGENTINA ACTUAL

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ¹

Introducción a un texto sin niños

El breve texto que a continuación se presenta no está explícitamente vinculado con el tema de la infancia. Sin embargo, me animo a defender su pertinencia en una publicación sobre los derechos de la infancia.

“Crisis y legalidad en la Argentina” se ocupa de la extendida y hegemónica tendencia hacia el *irrespeto* por la legalidad y sobre la valoración positiva de la discrecionalidad. En otras palabras, lo único –eventualmente– condenable en un uso subjetivista y casuista del derecho y las instituciones podría ser su contenido y no su mero ejercicio.

A pesar de que estoy convencido de que este problema aparece exacerbado en la Argentina, lo afirmado aquí para la Argentina puede extenderse, *mutatis mutandi*, a cualquier otro país de la región.

En el derecho de menores, el subjetivismo discrecional no resulta de un uso distorsionado de la norma, por el contrario, en el derecho de menores la discrecionalidad resulta normativamente institucionalizada.

Tengo la esperanza de que el texto que aquí presentamos permita entender mejor las resistencias –progresistas y conservadoras– a instaurar y hacer funcionar los mecanismos básicos del estado de derecho para todos los niños, niñas y adolescentes.

Legalidad y crisis

Sin consenso sobre sus orígenes y mucho menos sobre sus remedios, vivimos una situación de crisis sin precedentes. De hecho, un número considerable de escenarios futuros –que en ningún caso descuentan enormes traumas y turbulencias–, desde los más sombríos (disolución social y pérdida absoluta de capacidad autónoma de decisión) hasta los más optimistas (refundación radical de la política y la economía) son igualmente factibles.

Por otra parte, las dificultades semánticas para darle un nombre adecuado a las fuerzas político-sociales protagonistas de los principales conflictos que hoy atraviesan al Estado y la sociedad constituyen un dato adicional que es necesario inscribir en la cuen-

¹ Profesor de Criminología, Universidad de Buenos Aires.

ta de la profundidad de la crisis. Hoy, menos que nunca, las denominaciones tradicionales de izquierda y derecha o de conservadores y progresistas pueden dar real cuenta del sentido y dimensión de los conflictos. Bajo el magma ideológico presente, la participación activa o pasiva en las innumerables formas de la corrupción y la defensa predominante de algún tipo de interés corporativo reúnen, por un lado, a un conjunto de fuerzas e intereses a los que, por el otro, se opone una difusa y amorfa propuesta de honestidad y transparencia en el manejo de la cosa pública que, objetivamente, se acompaña de un énfasis por el interés general y por tomarse en serio la democracia.

Me propongo aquí, en forma muy breve y esquemática, analizar un poco más de cerca el contenido de estas discrepancias en los campos de la política y de la economía.

Comencemos por el campo de la política. Aquí, a la idea tecnocrática de la política concebida como una esfera de competencia exclusiva de los "especialistas" (los políticos profesionales) e instrumento destinado en forma privilegiada, tanto a maximizar el beneficio personal cuanto a mitigar los efectos de una acción negadora de los discursos electorales, se le enfrenta, cada vez con mayor claridad, una concepción democrática de la política en la que todos son sujetos partícipes y para la cual la coherencia entre discurso y acción constituye el componente central de una nueva ética ciudadana.

En el campo de lo económico –en términos muy generales– a la idea de una economía absolutamente dependiente y parasitaria con predominio del capital especulativo, parece oponerse, cada vez con mayor fuerza, la idea de construir una economía inteligentemente articulada al proceso de globalización con predominio de los intereses que representan al capital productivo.

Muy distinta es la situación en el campo de la ley. La existencia de dos ideas y sentidos contrapuestos en la política y la economía no se verifica en el ámbito de la ley. Mi impresión es que una maciza falta de respeto por la legalidad está todavía homogéneamente distribuida entre las diversas fuerzas políticas y sociales que se disputan el rumbo presente y futuro del país.

En "un país al margen de la ley",² existe una asombrosa continuidad entre el "se acata pero no se cumple" de nuestros primeros adelantados y el "para los amigos todo, para los enemigos la ley", posición públicamente asumida por nuestros caudillos populistas y aplaudida en secreto por nuestros liberales-antiliberales. Para completar, los abolicionismos varios de muchos progresistas solo confirman esta tendencia general.

En este contexto, no parece exagerado afirmar que entre la idea hegemónica acerca de las ventajas del uso discrecional de la ley y las miserias y tragedias de nuestra democracia existen innumerables puntos de contacto. En efecto, todavía hoy constituye un sentido común dominante pensar que lo realmente condenable en el uso discrecional

² La expresión "Un país al margen de la ley" alude al libro de Carlos Nino de título homónimo.

de la ley se encuentra –eventualmente– en su contenido concreto y no en el principio de su mero ejercicio.

Es posible también que la incapacidad histórica, desde nuestros inicios como nación independiente, para producir un orden realmente estable y duradero (democrático o autoritario) tenga mucho que ver con esta particular relación con la legalidad. Parece entonces que ha llegado la hora de confrontarnos y hacer las cuentas con esta transversalidad político-ideológica de irrespeto consecuente por la legalidad.

Debería ser obvio, pero no lo es, que el desprecio por la legalidad –democrática constitucional– no tiene las mismas consecuencias según sea el proyecto político-social del que se trate. Mientras la discrecionalidad jurídica como instrumento de un decisionismo oportunista resulta funcional a una idea tecnocrática de la política y depredatoria de la economía, la misma discrecionalidad resulta suicida para una idea coherentemente democrática de la política y la economía. Ya otros³ han apuntado la paradoja contenida en el hecho de que sean precisamente las fuerzas consecuentes con la transformación democrática de la política y la economía aquellas que deban constituirse, con absoluta firmeza, en garantes de un funcionamiento transparente y sensato, no solo de la democracia sino también del propio mercado.

La experiencia demuestra que los fundamentalistas del mercado no solo son enemigos de la democracia, sino también destructores del mercado. Pero la paradoja arriba señalada es solo aparente si se entiende que la ley es el único poder de los sin poder y que –como Luigi Ferrajoli no se cansa de recordarnos– nunca hay ausencia de ley, ya que la aparente ausencia de ley confirma invariablemente la vigencia de la ley del más fuerte.

Sin respeto riguroso por la legalidad, ningún proyecto democrático tiene futuro y mucho menos presente. No en vano Jürgen Habermas, filósofo alemán defensor implacable de los derechos humanos, ha acuñado el extraordinario concepto de “patriotismo de la Constitución” (*Verfassungs Patriotismus*) como estrategia central de rechazo a las múltiples expresiones del autoritarismo.

En su libro *La era de los derechos*, Norberto Bobbio afirma que en la era de los derechos humanos –en grandísima medida normativamente reconocidos hoy en el plano nacional e internacional– el desafío central para la construcción de un orden democrático se ubica mucho más en la necesidad de desarrollar estrategias concretas para su aplicación que en el debate abstracto sobre su naturaleza y justificación.

Me parece importante concluir insistiendo en que el respeto riguroso por la legalidad y el rechazo consecuente del uso discrecional de la ley, si bien no constituyen una condición suficiente, resultan una condición imprescindible e ineludible para el desarrollo de un Estado y una sociedad verdaderamente democráticos.

³ Cfr. Paolo Flores D'Arcais, *L'individuo libertario*, Turín, Einaudi, 2000.

SECCIÓN SEGUNDA

ENCUESTA: LA VOZ DE LOS ADOLESCENTES

¿POR QUÉ LA VOZ DE LOS ADOLESCENTES EN TEMAS DE SEGURIDAD CIUDADANA?

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ

La encuesta que a continuación se presenta recoge las opiniones y percepciones de adolescentes escolarizados de 14 a 18 años incompletos de tres ciudades capitales del Cono Sur (Buenos Aires, Montevideo y Santiago de Chile), sobre temas vinculados con la violencia (urbana) y la seguridad ciudadana. ¿Por qué este enfoque particular?

En primer lugar, porque el tema de la seguridad ciudadana se ha convertido, junto con el tema del desempleo, en la principal fuente de preocupación social en todos los países de América Latina.

En segundo lugar, porque los medios de comunicación –ante la falta de información cuantitativa confiable– tienden a asociar en forma casi automática la inseguridad urbana con los jóvenes.

En tercer lugar, porque si en una concepción tecnocrática de la política, los sujetos de ésta son solo los políticos profesionales, en una concepción democrática de la política, los sujetos de la política son todos, incluidos los niños, las niñas y los y las adolescentes. El derecho a formarse una opinión y a expresarla libremente (artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño) constituye un extraordinario soporte normativo nacional e internacional de esta condición imprescindible para el ejercicio de la democracia.

En cuarto lugar, porque hay que desmontar y desmitificar las manipulaciones a que ha sido sometido el tema de “la participación de la infancia”. Más allá de la eventual falta de rigurosidad técnica y metodológica, la “participación de la infancia” ha privilegiado, curiosamente, la “voz” de determinadas categorías de niños. Independientemente de la validez conceptual o no de agrupar a los niños por categorías (en realidad los niños agrupados en “categorías” como trabajadores, de la calle u otras, son simplemente niños privados de sus derechos), preguntar la opinión a categorías específicas produce, en general, sesgos de opinión que invalidan o tergiversan el sentido de una encuesta. Por el contrario, la encuesta que aquí se presenta pretende recoger la voz del adolescente común, voz que en la respuestas de tipo abierto permite comprobar que la adolescencia se presenta tan heterogénea y compleja como la categoría de los adultos.

La voz de los adolescentes constituye todo lo contrario de un punto de llegada. *La voz de los adolescentes* constituye nada más –y también nada menos– que una modesta contribución al debate y una solución democrática de los problemas sociales de la región.

LA VOZ DE LOS ADOLESCENTES

*Percepciones sobre seguridad y violencia en Buenos Aires,
Montevideo y Santiago de Chile*

Antecedentes

Durante los últimos años, en América Latina sin excepción, la mayoría de las encuestas de opinión registran el tema de la inseguridad urbana como uno de los asuntos de mayor preocupación de todos los segmentos de la ciudadanía, solo comparable en importancia al tema del desempleo.

Frente a la falta de información cuantitativa confiable que las escasas y fragmentarias estadísticas policiales y judiciales ofrecen, los medios de comunicación tienden a vincular la inseguridad urbana con diversas manifestaciones de violencia juvenil.

Los relevamientos de opinión sobre seguridad ciudadana y temas conexos no han considerado los juicios y percepciones de los y las adolescentes. Una excepción es el estudio "La voz de los niños, niñas y adolescentes de América Latina y el Caribe", Encuesta regional realizada por el Unicef en 1999.

La investigación que aquí presentamos busca aportar una visión nueva, incorporando como eje central la percepción de los y las adolescentes sobre la seguridad ciudadana, para así contribuir a la generación de un debate más objetivo sobre el tema. La opinión de los adolescentes debiera constituir también un elemento para el diseño e implementación de políticas públicas de seguridad ciudadana que favorezcan la paz social y el respeto riguroso de los derechos de todos; sin excepción.

La encuesta se aplicó a adolescentes escolarizados de enseñanza media, entre 14 y 17 años y 11 meses, representativos de todos los sectores sociales, de las ciudades de Buenos Aires, Montevideo y Santiago de Chile, a fin de favorecer potenciales comparaciones.

Se optó por privilegiar a los y las adolescentes escolarizados/as porque constituyen el grupo más representativo del universo de estudio, a pesar del alto nivel de deserción escolar en la enseñanza media. En las tres ciudades, los adolescentes que asisten a centros de educación media representan más del 80% del universo total.

Con esta opción se pretende evitar los riesgos más frecuentes de algunos estudios de corte etnográfico y cualitativo, que tienden a identificar la opinión de "todos" los adolescentes con la de aquellos seleccionados por su contacto con las agencias de control social (policía, centros de privación de libertad, entre otros).

Al considerar este grupo de adolescentes, hemos querido reafirmar nuestra intención de descubrir, con la mayor heterogeneidad posible, la percepción del adolescente normal promedio o común.

Resulta importante hacer explícito que este estudio se funda en la existencia de un marco normativo común y universal de derechos del adolescente, constituido principalmente por la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos Humanos y la Convención Americana de Derechos Humanos.

Este marco normativo permite el carácter comparativo del estudio y favorece la determinación de parámetros objetivos para analizar sus resultados.

Objetivos del estudio

Objetivo general

Conocer las percepciones de los adolescentes sobre temas relativos a la seguridad ciudadana en el marco de los derechos fundamentales.

Obtener insumos para fomentar la discusión y la formulación de propuestas para el diseño de políticas sobre seguridad ciudadana que tomen en cuenta las percepciones y propuestas de los y las adolescentes de los tres países del Cono Sur.

Metodología

Tipo de estudio

- Cuantitativo-descriptivo.

Grupo objetivo

- Adolescentes.
- De sexo masculino y femenino.
- Con edades entre 14 años y 17 años y 11 meses.
- Estudiantes de enseñanza media.
- Residentes en la zona urbana de las ciudades capitales de la Argentina, Chile y el Uruguay.

Técnica

- Encuesta autoadministrada con asistencia de encuestadores.
- Con base en un único cuestionario (con preguntas abiertas y cerradas).
- Aplicado en el establecimiento educacional.

Diseño muestral

- Muestreo probabilístico bietápico.
- Estratificado según administración y tipo de enseñanza.
- Tamaño muestral de 800 casos en cada país, con un error estadístico máximo de +/- 3,3% a nivel de la muestra total.

Realización de la encuesta

- El trabajo de terreno se realizó durante mayo y junio de 2001.
- El procesamiento de la información y el análisis de los resultados fue realizado por la empresa Time Research Latinoamericana, que también coordinó el estudio.

Institutos de investigación

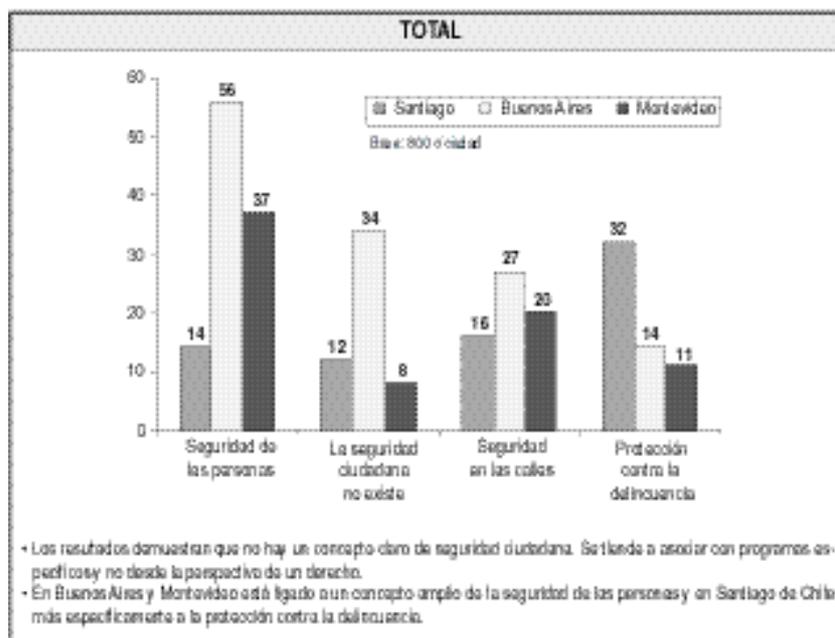
Los institutos a cargo de la investigación en cada país fueron:

País	Agencia
Argentina	Catterberg y Asociados
Uruguay	Cifra
Chile	Time Research Chile
Coordinación Regional del Proyecto: Time Research Chile	

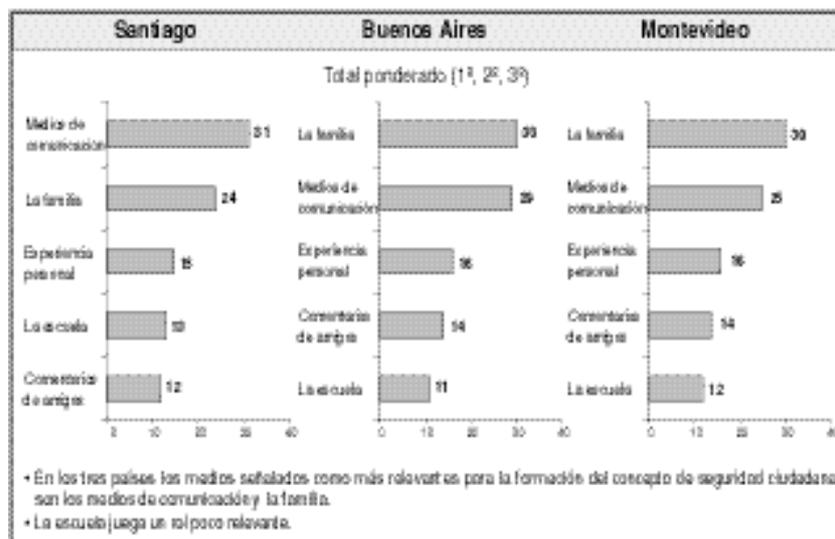
RESULTADOS

Los adolescentes y la seguridad ciudadana

¿Qué se entiende por seguridad ciudadana?

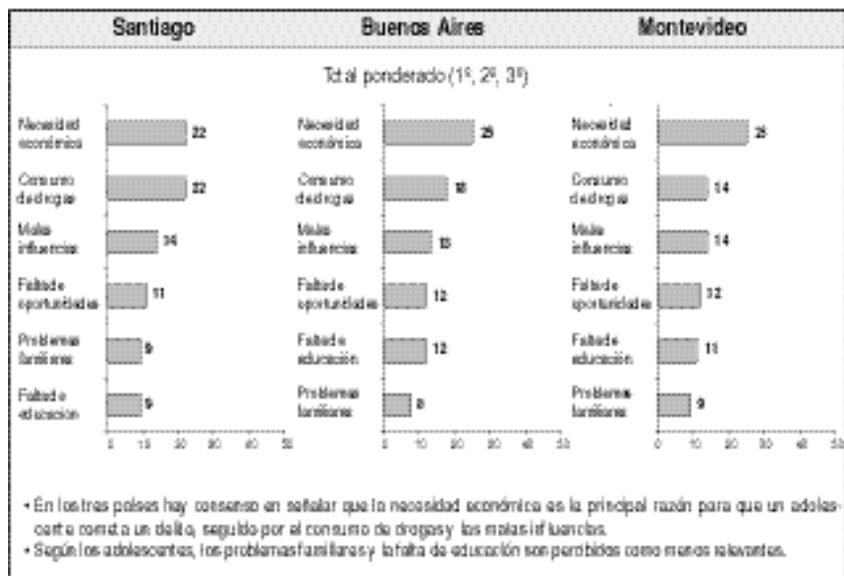


La idea que tienes de seguridad ciudadana te la has formado por...

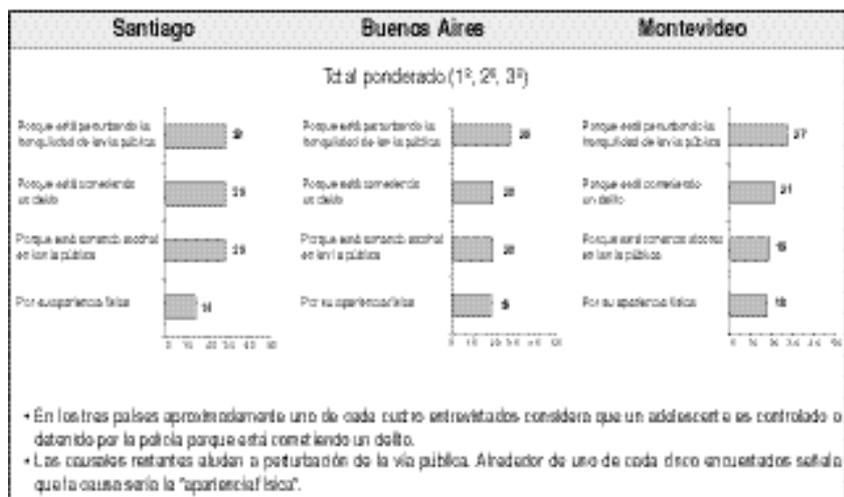


Opinión de los adolescentes sobre las medidas de control

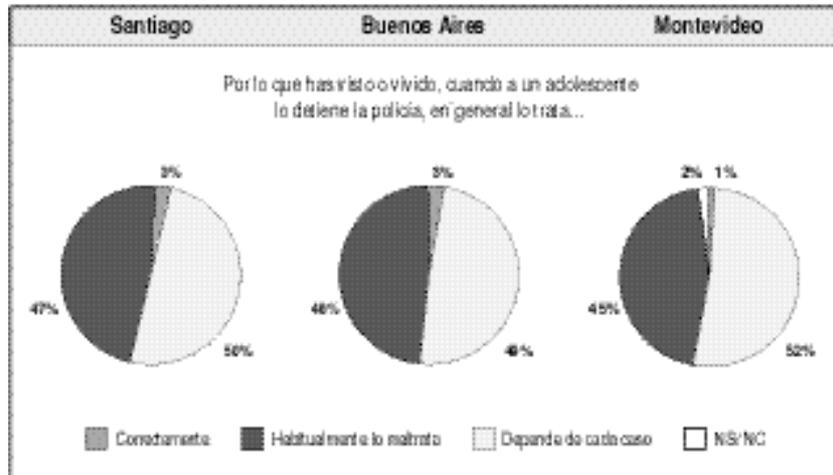
Razones por las cuales se cree que un adolescente comete un delito



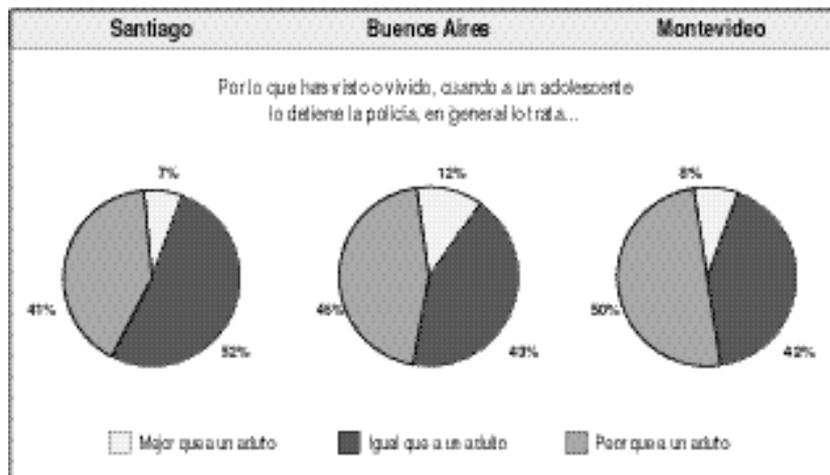
Causas por las que la policía controla o detiene a un adolescente



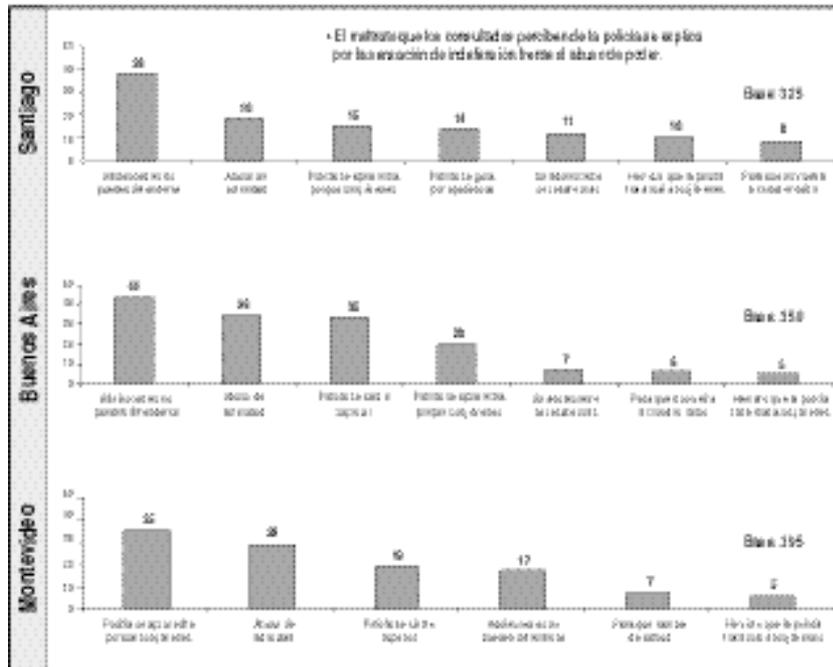
Trato que la policía aplica cuando detiene a un adolescente



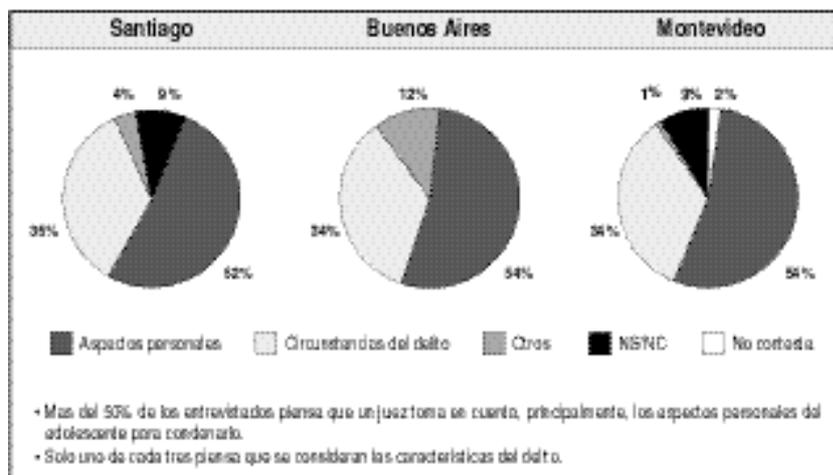
Trato de la policía a los adolescentes en relación con los adultos



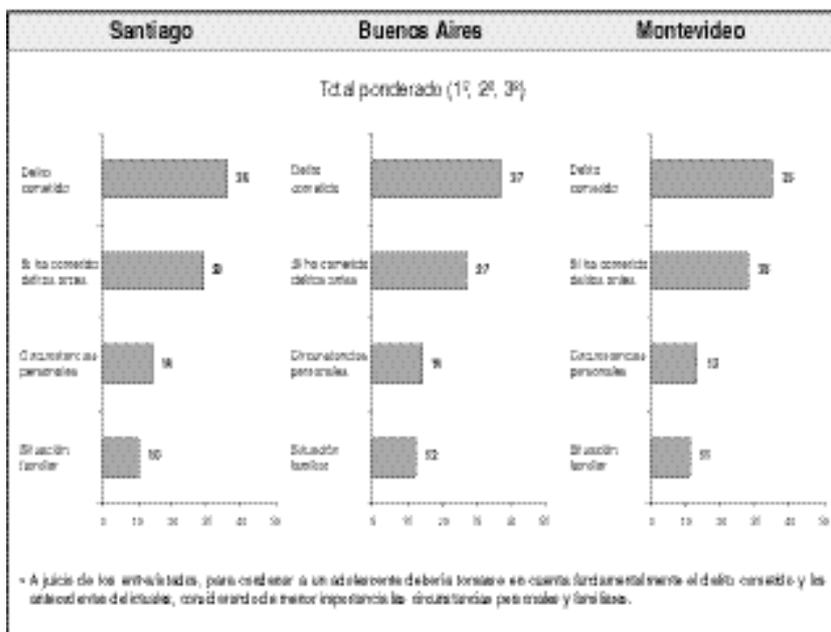
Razones para que la policía trate al adolescente peor que a un adulto



Los adolescentes creen que un juez condena a un adolescente por...



Los adolescentes piensan que un juez para condenar a un adolescente debería tomar en cuenta...



Los medios de comunicación y los adolescentes

Imagen que transmiten los medios de comunicación sobre los adolescentes (Buenos Aires)

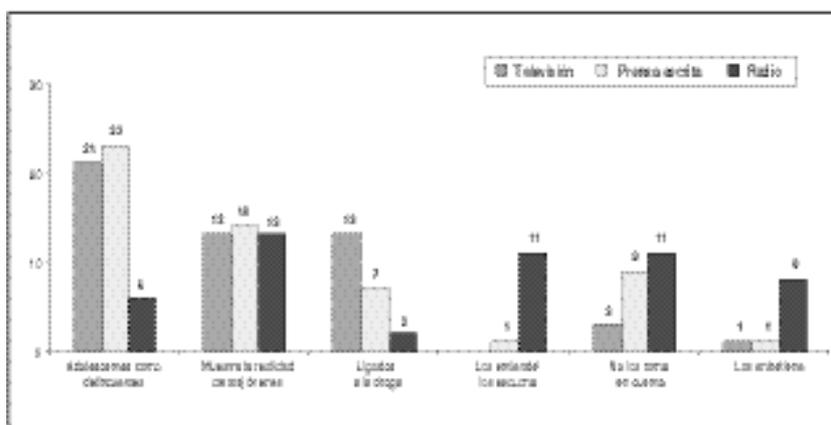


Imagen que transmiten los medios de comunicación sobre los adolescentes (Santiago)

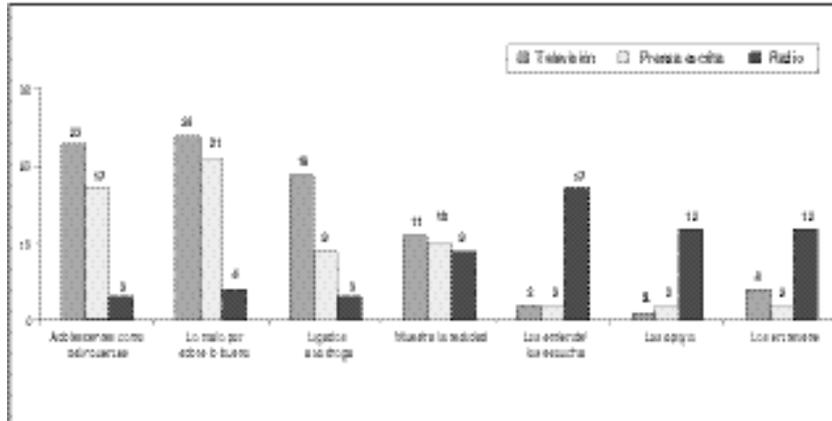


Imagen que transmiten los medios de comunicación sobre los adolescentes (Montevideo)

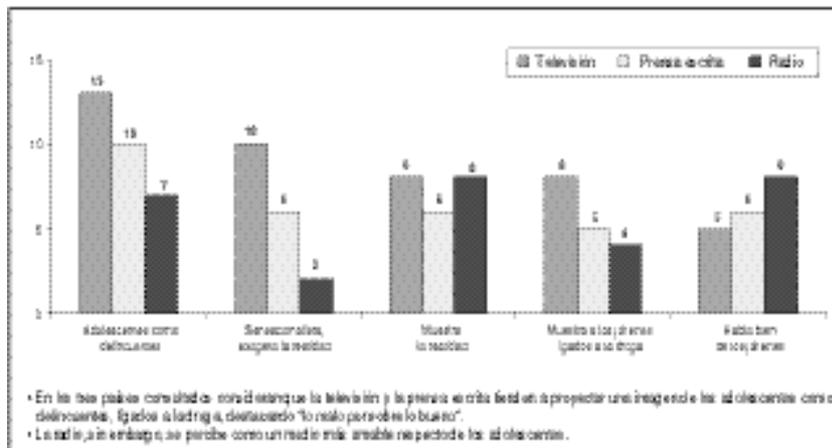


Imagen que transmiten los medios de comunicación acerca de la delincuencia juvenil

Imagen que transmiten los medios acerca de la delincuencia juvenil (Buenos Aires)

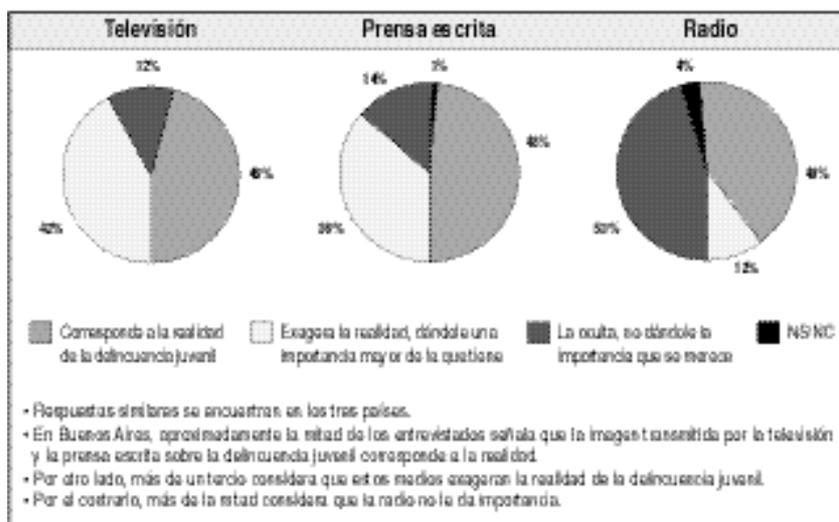


Imagen que transmiten los medios acerca de la delincuencia juvenil (Santiago)

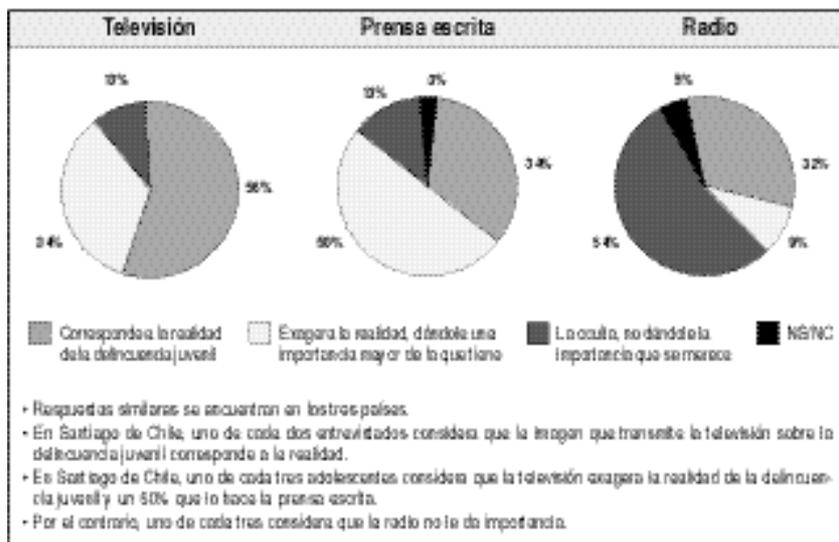
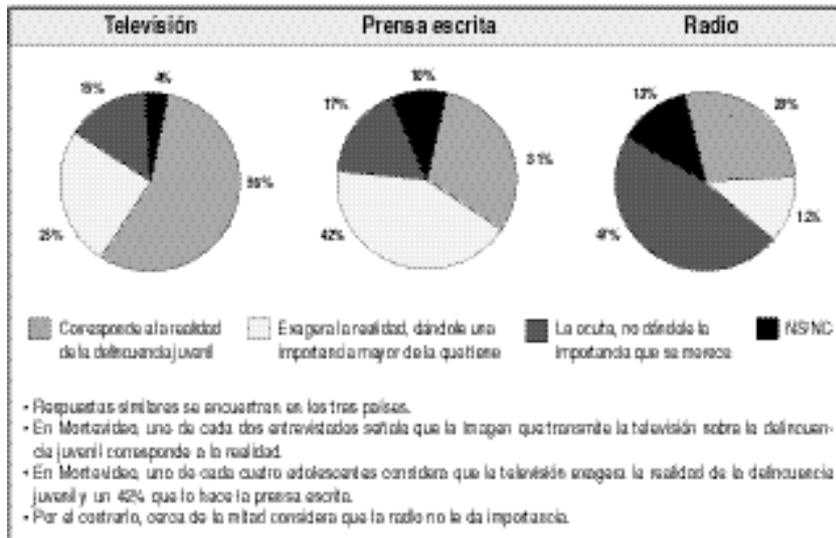
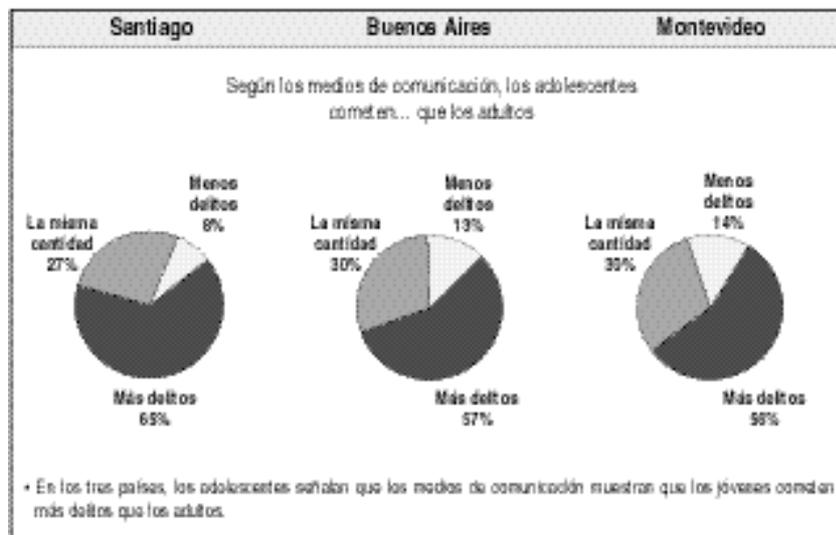


Imagen que transmiten los medios acerca de la delincuencia juvenil (Montevideo)

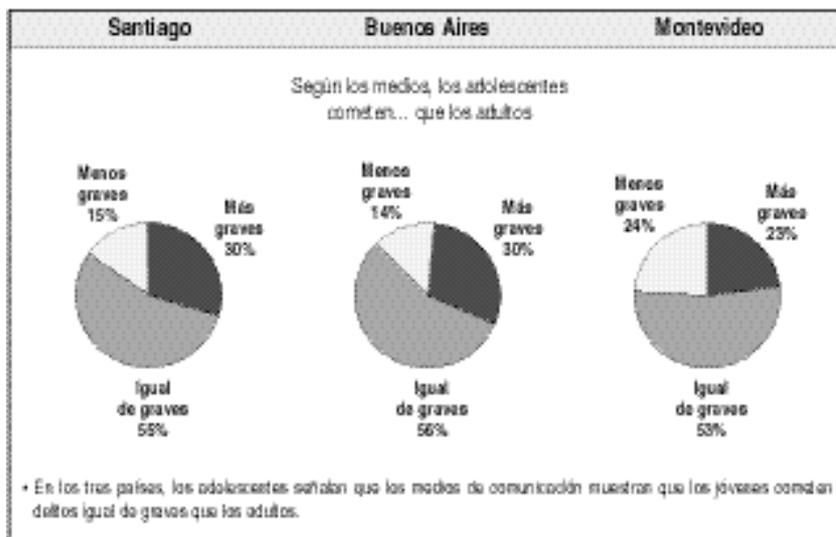


Mensaje de los medios sobre la cantidad y gravedad de delitos y sobre la edad en que se cometen

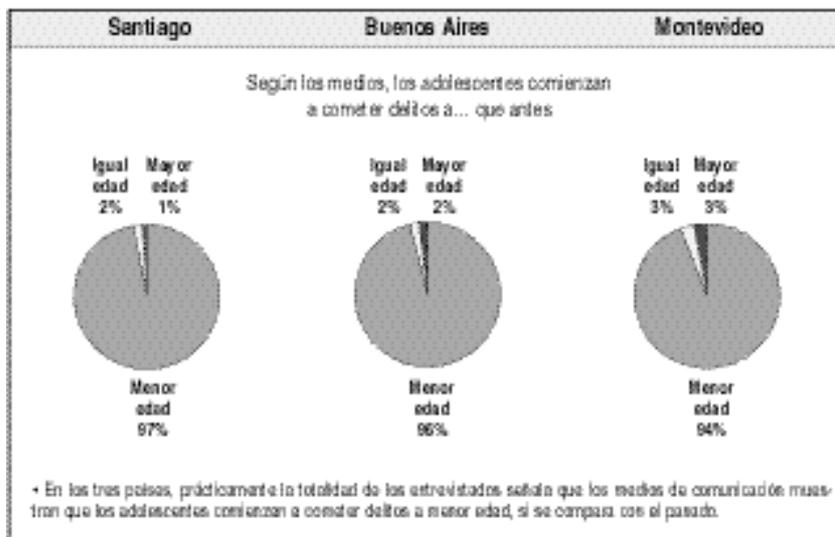
El mensaje de los medios sobre la cantidad de delitos de los adolescentes comparados con los de los adultos



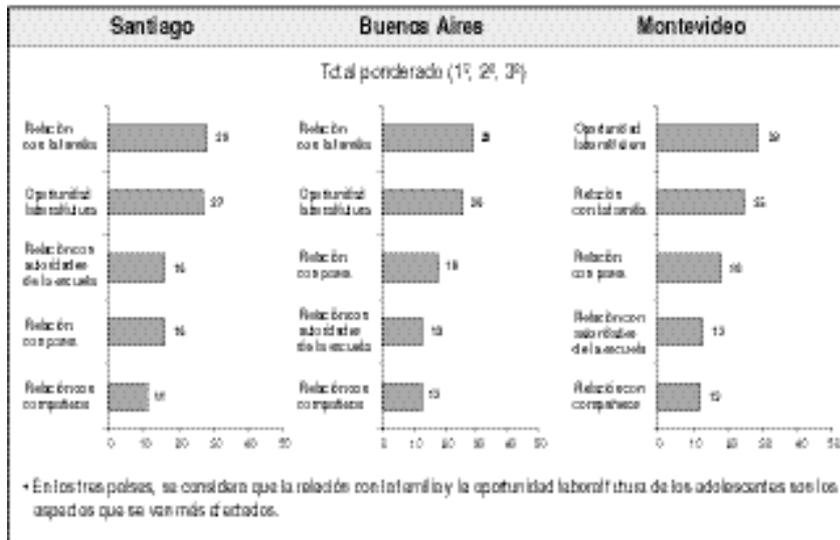
El mensaje de los medios sobre la gravedad de delitos de los adolescentes comparados con los de los adultos



El mensaje de los medios sobre la edad de los adolescentes que cometen delitos en relación con el pasado



Quando un adolescente es identificado por los medios como delincuente se afecta...



Temas de interés entre los adolescentes

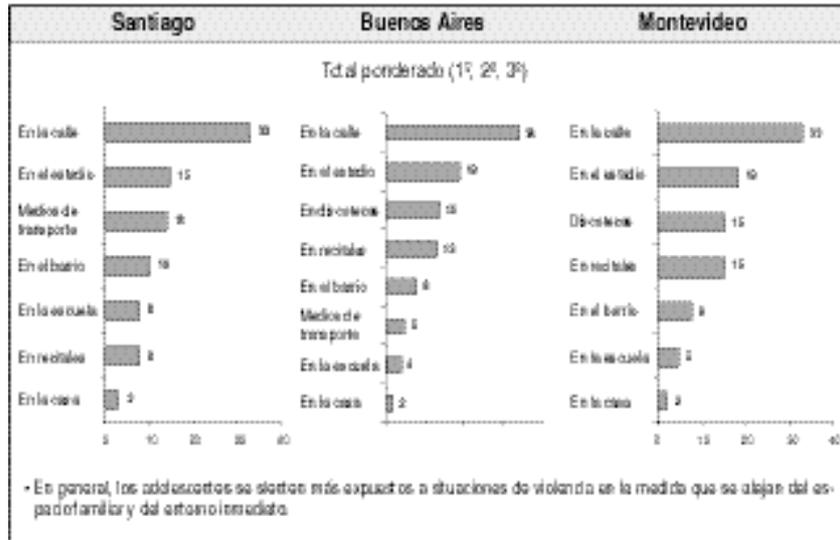
Temas tratados más frecuentemente con los amigos

	Santiago (%)	Buenos Aires (%)	Montevideo (%)
Música	89	81	88
Televisión	68	78	77
Sexo	67	67	68
Pareja	69	58	67
Escuela/estudios	61	57	70
Deportes	49	64	72
Familia	51	47	53
Drogas	43	31	42
Delincuencia	32	32	35
Alcohol	42	38	—
Política	19	14	18
Bases:	800	800	800

• Los temas de conversación de los adolescentes son relativamente homogéneos en los tres países.
 • Las diferencias más importantes se presentan en el interior de cada país en el nivel de género y el nivel socioeconómico.

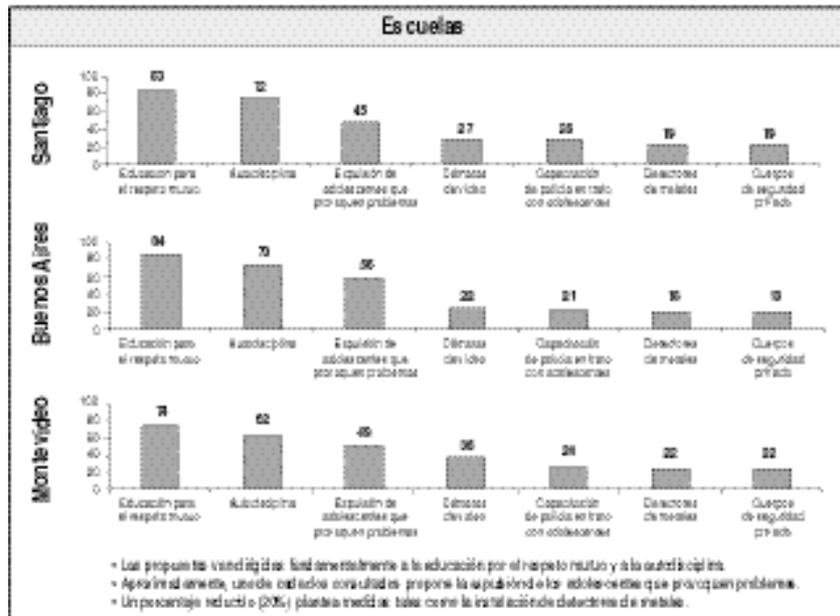
Percepción de lugares inseguros

Lugares en que se sienten más expuestos a situaciones de violencia física/psicológica

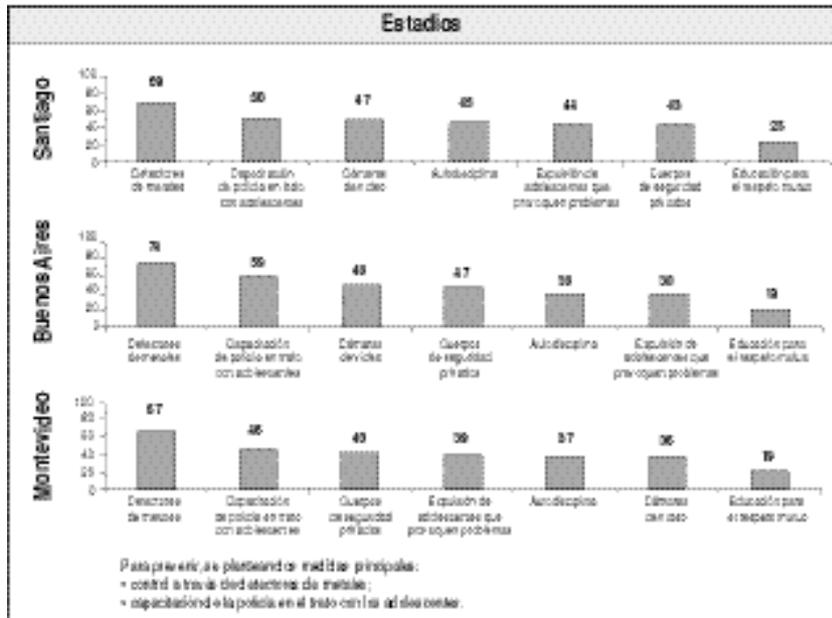


Propuestas de los adolescentes para prevenir delitos

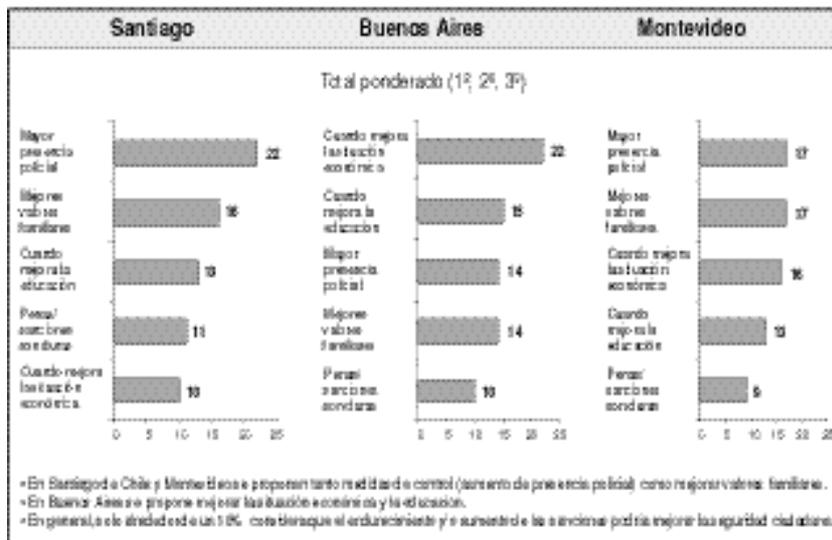
Acciones para prevenir delitos en...



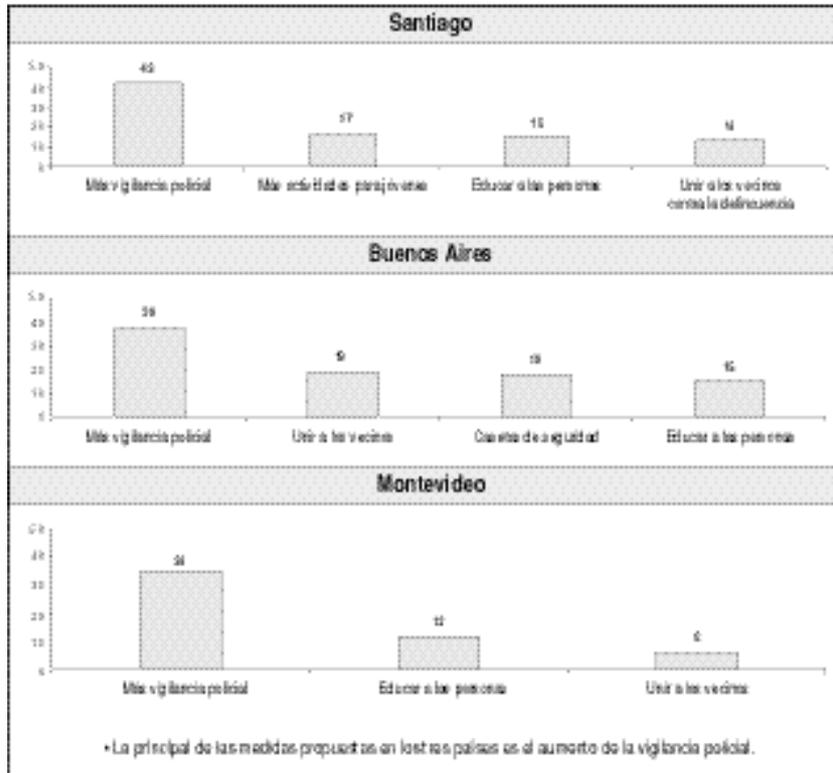
Acciones para prevenir delitos en...



Medidas que pueden garantizar una mejor seguridad ciudadana



Medidas propuestas para mejorar la seguridad en el barrio de residencia



Conclusiones generales

De una primera reflexión sobre los resultados del estudio se pueden desprender las siguientes conclusiones generales.

- Para los y las adolescentes el tema de la delincuencia no parece constituir un punto significativo en sus conversaciones cotidianas. El concepto de seguridad ciudadana se tiende a asociar con programas específicos y no desde la perspectiva de un derecho.
- Se observa una considerable heterogeneidad en las respuestas, lo que se manifiesta claramente en la fragmentación porcentual de aquellas preguntas con un alto número de elecciones posibles.
- A partir de lo anterior, es posible proponer como hipótesis que la categoría adolescente es menos homogénea de lo que mayoritariamente parecen sugerir algunos estudios y los medios de comunicación social.
- Para explicar la heterogeneidad de las percepciones de los y las adolescentes, ni el sector social (considerado por el tipo de establecimiento educativo) ni el sexo constituyen una variable significativa.
- En los resultados comparados por países, se observa una importante similitud en las tendencias. Sin embargo, la excepción la constituye la percepción del significado del concepto de seguridad ciudadana por parte de los adolescentes santiaguinos, quienes mayoritariamente lo identifican con *control del delito*. Esta excepción puede explicarse por la existencia en Santiago de Chile de persistentes campañas e información en los medios de comunicación social en este sentido.
- La percepción de los y las adolescentes sobre la seguridad ciudadana se encuentra influida por los medios de comunicación, particularmente por la televisión. Esta última transmite en general una imagen negativa de los adolescentes en relación con el tema de la seguridad ciudadana.
- Los y las adolescentes tienen una opinión formada acerca de cómo funciona la policía y la justicia en relación con ellos y acerca de cómo deberían funcionar.
- La mayoría de los entrevistados comparte la opinión de que cuando se detiene a un adolescente es porque está cometiendo un delito o haciendo algo no permitido (tomar alcohol o perturbar el orden público). Sin embargo, la apariencia física es señalada en las tres capitales como la cuarta causa de detención o control de la policía.
- La necesidad económica aparece en las tres ciudades como la primera motivación que lleva a un adolescente a cometer un delito, seguida por el consumo de drogas y las malas influencias. Los problemas familiares son considerados poco relevantes como causa para delinquir.

- Más del 50% de los entrevistados en las tres capitales considera que los jueces se guían por los aspectos personales del adolescente para condenarlo. Solo uno de cada tres piensa que el juez toma en cuenta las características del delito cometido.
- La mayoría de los entrevistados considera que para condenar a un adolescente, el juez debería tomar en cuenta fundamentalmente el delito cometido y los antecedentes delictuales.
- El tema de la seguridad ciudadana no ocupa un lugar de importancia en las conversaciones de los y las adolescentes con sus amigos y amigas. La música, el sexo, la escuela y el deporte son los que más interés suscitan. Sin embargo, al preguntarles sus propuestas para prevenir los delitos, tienen una gran cantidad de iniciativas al respecto.

Aportes para el debate

- *Los adolescentes como sujetos de derecho y responsabilidades.* Reconocer la capacidad y el potencial de los y las adolescentes para abordar todos los asuntos que les competen, en su calidad de ciudadanos, es una condición imprescindible para que se asuman como sujetos de derechos y responsabilidades. Esto constituye un ingrediente fundamental para la consolidación y profundización de la democracia en la región.
- *Formación policial.* Reforzar los programas orientados a mejorar la actuación policial en general e incluir la formación para el trato adecuado en situaciones que involucran a adolescentes contribuirá decisivamente a elevar la legitimidad de la fuerza pública y a mejorar sus relaciones con la comunidad y los adolescentes.
- *Debido proceso.* La adecuación legislativa a las normas nacionales (constitucionales) e internacionales en los tres países, a fin de garantizar en todos los casos el debido proceso a los y las adolescentes infractores de la ley penal, constituirá un elemento fundamental para la administración eficiente, democrática y transparente del problema de la delincuencia juvenil.
- *Educación y participación.* Estimular la participación de los y las adolescentes en todos los ámbitos que les incumben, y en particular en el sistema educativo, resulta prioritario para fomentar el desarrollo del potencial de la adolescencia.
- *Medios de comunicación.* La influencia que tienen los medios de comunicación en la adolescencia implica una enorme responsabilidad en los formadores de opinión. Sin la cooperación de los medios de comunicación es casi imposible construir una imagen correcta de la adolescencia. A su vez, la objetividad en la información sobre la delincuencia juvenil constituye un elemento central para la creación de un clima propicio para la convivencia pacífica y armónica entre todos los sectores.

- *Mejoramiento estadístico.* Para alcanzar un adecuado manejo de la problemática de la seguridad ciudadana, es necesario mejorar los registros estadísticos sobre actuaciones policiales y judiciales respecto de los actos delictivos, de manera tal que se disponga de datos objetivos que permitan establecer con claridad las responsabilidades de adultos y adolescentes en la violación de las leyes penales.
- *El Unicef,* en el marco de su mandato y atendiendo a los preceptos de la Convención sobre los Derechos del Niño, reitera su voluntad de continuar cooperando con los Gobiernos y con la ciudadanía de la Argentina, Chile y el Uruguay, mediante asesoría técnica, intercambios y apoyo de iniciativas, orientados a facilitar el ejercicio de los derechos de la adolescencia y su adecuada articulación con los derechos de toda la ciudadanía.