

Justicia y Derechos del Niño

número

9

unicef 

“JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO” Número 9

UNICEF

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

Comité editorial:

Mary Beloff / Andrea Benavente / Miguel Cillero / Nicolás Espejo / Francisco Estrada / Susana Falca / Gimol Pinto

Esta publicación está disponible en www.unicef.cl

Las informaciones contenidas en el presente documento pueden ser utilizadas total o parcialmente mientras se cite la fuente.

ISBN: 978-92-806-4182-0

Registro de Propiedad N° 164.701

Primera edición: 500 ejemplares

Santiago, Chile, agosto 2007

Diseño: Mónica Widoycovich

Impresión: Andros Impresores

PRESENTACIÓN	5
LA NIÑEZ COMO ARQUEOLOGÍA DEL FUTURO ALESSANDRO BARATTA	7
DEMOCRACIA Y DERECHOS DEL NIÑO ALESSANDRO BARATTA	17
INFANCIA, LEY Y DEMOCRACIA: UNA CUESTIÓN DE JUSTICIA EMILIO GARCÍA MÉNDEZ	27
LUCES Y SOMBRAS DE LA OPINIÓN CONSULTIVA 17 DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: “CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS HUMANOS DEL NIÑO” MARY BELOFF	49
EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO MIGUEL CILLERO BRUÑOL	125
A 100 AÑOS DE LA CREACIÓN DEL PRIMER TRIBUNAL DE MENORES Y 10 AÑOS DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: EL DESAFÍO PENDIENTE JULIO CORTÉS MORALES	143
LOS DERECHO DEL NIÑO Y LAS TEORÍAS DE LOS DERECHOS: INTRODUCCIÓN A UN DEBATE ISABEL FANLO CORTÉS	159
LOS NUEVOS SISTEMAS DE JUSTICIA JUVENIL EN AMÉRICA LATINA (1989-2006) MARY BELOFF	177
PRINCIPIO EDUCATIVO Y (RE)SOCIALIZACIÓN EN EL DERECHO PENAL JUVENIL JAIME COUSO	219
EL PERFIL DEL JUEZ EN EL NUEVO DERECHO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA	233

**LA RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES
Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO**

MIGUEL CILLERO BRUÑOL

243

PARTICIPACIÓN JUDICIAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES

RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE

251

PRESENTACIÓN

A 18 años de su aprobación, el impacto de la Convención sobre los Derechos del Niño depende, entre otras variables, de la capacidad de los operadores del Sistema de Justicia para incorporar a su razonamiento y prácticas judiciales los principios, directrices y derechos contenidos en este instrumento internacional. Como estamos convencidos de ello, el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) viene realizando hace una década, en conjunto con organismos académicos y del sistema de justicia, el Curso Internacional de Protección Jurisdiccional de los Derechos de los Niños para Jueces, Fiscales y Abogados Defensores.

Este curso ha contribuido significativamente para la reflexión, intercambio de experiencias y formación de los cerca de quinientos profesionales que en estos años han participado de este espacio académico de especialización. Sus destinatarios han sido jueces, fiscales y abogados defensores, tanto públicos como de organizaciones no gubernamentales.

Junto a la realización de esta formación profesional se ha editado la publicación Justicia y Derechos del Niño, que en sus ocho números anteriores ha gozado de una amplia distribución entre los operadores del sistema de justicia de infancia, adolescencia y familia, y que se ha convertido en una bibliografía que todos los actores que intervienen en el sistema debieran conocer.

Desde los primeros años hemos contado con el apoyo para este curso de importantes organismos públicos como Ministerios de Justicia, Tribunales Superiores de Justicia, Escuelas Judiciales, Ministerios Públicos y Defensorías de los diversos países.

En un comienzo, este encuentro académico se ofreció para profesionales de Argentina, Chile y Uruguay, aunque se sumaron algunos de otros países como Bolivia, Brasil, México y Paraguay. También hemos contado con participantes de Angola que han enriquecido la visión latinoamericana con la experiencia de otras latitudes. Progresivamente, más países se han ido integrando, de modo que este año 2007 el curso es coorganizado por las Oficinas de UNICEF de Argentina, Brasil, Chile, Colombia, Paraguay y Uruguay, contando desde siempre con el importante respaldo de la Oficina Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe.

El curso, que partió como una iniciativa modesta en sus pretensiones, ha logrado consolidarse y crecer gracias a la aceptación e impacto que ha tenido en sus participantes y el reconocimiento que le han otorgado los organismos públicos que lo han apoyado. En su oportunidad, fue evaluado positivamente por la Universidad de Chile y hoy cuenta con certificación académica otorgada por la Universidad Diego Portales de Chile.

El reconocimiento académico del curso ha permitido su profundización, por lo que desde hace dos años no sólo se realiza presencialmente, sino que ha integrado una etapa previa a distancia que permite favorecer la utilización del tiempo presencial y centrarse en el desarrollo de las destrezas dirigidas al conocimiento de los derechos de los niños y al razonamiento en sede judicial.

Para UNICEF, como organismo internacional de cooperación, promover esta iniciativa ha resultado una experiencia relevante que ha permitido que diferentes actores desprovistos de sus roles institucionales de jueces, abogados y fiscales, y de las particularidades de sus contextos nacionales, hayan podido reflexionar acerca de cómo perfeccionar sus prácticas profesionales cotidianas para favorecer la mejor protección de todos los derechos de los niños, niñas y adolescentes de nuestros países.

En cada curso se ha analizado jurisprudencia y legislación nacional e internacional, teniendo especial interés en las decisiones emitidas por el Sistema Interamericano. Asimismo, se ha reflexionado sobre experiencias exitosas de protección jurisdiccional de los derechos de los niños, de control de la ejecución de sanciones en la Justicia Penal y de defensa jurídica. Se han abordado temáticas tan amplias como la justificación de los derechos de los niños y su protección por el Derecho Internacional; el debido proceso y la Justicia Penal de Adolescentes; los Derechos Económicos, Sociales y Culturales de los niños; el Derecho de Familia y la violencia contra los niños, entre otras materias de interés.

Aprovechamos esta oportunidad para agradecer la colaboración desinteresada de todos los profesores y expositores que han hecho posible este curso, todos ellos destacados académicos y profesionales de los diferentes ámbitos del sistema de administración de justicia. Han expuesto rectores de Universidades, decanos, jueces de la Corte Interamericana y de Cortes Superiores de Justicia, parlamentarios especialistas en temas jurídicos, abogados de derechos humanos, altas autoridades de los Ministerios de Justicia, de la Defensa Penal Pública y de los Ministerios Públicos.

Los aportes de la mayor parte de ellos han quedado reflejados en diversos artículos publicados en las distintas versiones del libro Justicia y Derechos del Niño. La validez y actualidad de muchos de los artículos ya presentados nos ha impulsado a incluir en este número 9 –que coincide con el décimo aniversario del curso– una selección de los mismos, que han sido considerados de especial interés y utilidad por sus lectores.

Esperamos que esta nueva versión de Justicia y Derechos del Niño contribuya a desarrollar más adhesión hacia la protección de los derechos de la infancia y favorezca el desarrollo de prácticas y razonamientos judiciales que garanticen la plena aplicación de los principios, directrices y derechos contenidos en la Convención sobre los Derechos del Niño.

*Egidio Crotti
Representante de UNICEF para Chile
Agosto 2007*

LA NIÑEZ COMO ARQUEOLOGÍA DEL FUTURO¹

PROF. ALESSANDRO BARATTA

A lo largo de estos días he podido constatar la enorme importancia del proceso democrático para la realización de los derechos de los niños. Una política basada en la participación de la sociedad civil, no en la tecnocracia, y dirigida hacia la realización de la democracia constituye un elemento fundamental del proceso hacia el cumplimiento de las necesidades y los derechos de la niñez. Todo esto tiene una expresión emblemática en la frase del recientemente fallecido Director Ejecutivo del UNICEF, Sr. James P. Grant: “La democracia es buena para los niños”.

La democracia presupone un concepto de política que es opuesto al de tecnocracia. El concepto actualmente dominante de política se refiere a la administración de la estructura económica y social existente: la política como administración. En este caso, la dinámica política está subordinada a la estática de las relaciones de producción y de poder existentes, a través del uso del derecho y de la constitución formal en interés, sobre todo, de la conservación de la constitución material. En esta función administrativa y estática, los sujetos de la política son los políticos, no son los ciudadanos. Son ellos y no los ciudadanos los que ocupan la esfera pública, reuniendo en su persona la representación formal de los ciudadanos y de la sociedad civil y la material de la elite del poder legal o aun ilegal de la cual frecuentemente forman parte. Tal concepto de política evoca el concepto de tecnocracia. En efecto, se puede contraponer al concepto corriente de política como administración de las relaciones de propiedad y de poder en la sociedad, un concepto alternativo de política como proyecto de sociedad, tal como lo ha hecho en algunos de sus últimos trabajos Pietro Barcellona en Italia. En este concepto de política como proyecto no se enfatiza tanto la estructura económica y jurídica de la sociedad como *forma formata*, utilizando una expresión latina, sino la sociedad como *forma formans*, para retomar la metáfora de Castoriadis, un autor griego que trabaja en Francia y que insiste sobre este momento originario, creativo de la sociedad como *forma formans* y no como reproducción de

¹ Conferencias dictadas en el marco del Seminario Internacional “El derecho y los chicos. Balance y perspectivas de las reformas legislativas”, celebrado en la ciudad de Buenos Aires entre los días 21 y 24 de marzo de 1995 y que fue organizado por la Oficina de Cooperación de la Embajada de Italia, la Fundación Pibes Unidos y la Carrera de Especialización en Problemáticas Infanto-Juveniles del Centro de Estudios Avanzados de la Universidad de Buenos Aires.

El material del seminario que integran estas conferencias fue publicado con un título homónimo, con María del Carmen Bianchi como compiladora, en Buenos Aires en el mismo año.

lo existente. En ambos casos, la sociedad podría ser definida como el conjunto de los portadores de necesidades reales. Es conveniente aclarar que utilizo el término “reales” para hablar de necesidades dentro del contexto de una teoría histórico-dinámica de las necesidades que se podrían satisfacer en una sociedad, según el grado de desarrollo de la capacidad de producción material e ideal, necesidades que si no se cumplen, están revelando la injusticia de las relaciones sociales. Se trata en realidad de un caso claro de violencia estructural.

En la comunidad mundial, la organización de las relaciones sociales que reproduce la política como administradora del Planeta Tierra se caracteriza por la disonancia de las opciones productivas y distributivas con relación a las necesidades; por la destrucción de la riqueza producida, o incluso por la baja natural de la producción debida a asimetrías o injusticias en la distribución de los recursos materiales e intelectuales. El concepto tecnocrático de la política corresponde a la estrategia de conservación de estas relaciones sociales en el interior de las naciones y en la comunidad internacional. Por el contrario, en la concepción dinámica de la política como proyecto, las relaciones sociales y las estructuras económicas existentes siempre son sometidas a redefiniciones, revisiones; siempre son tomadas como contingentes, es decir, reales pero no necesarias. Asimismo, el derecho y la constitución formal también pueden ser objeto de un uso dirigido no solo a la conservación de la realidad social o de la constitución material, sino a la modificación de esta realidad, de la constitución material, obviamente dentro del límite del posible significado de las formulaciones normativas de nuestras constituciones, leyes y convenciones internacionales. Aplicar la legalidad nacional e internacional en este uso decididamente democrático de la política, sería la revolución social. La revolución social por una sociedad mejor está, hoy en día, paradójicamente confiada a la lucha por la legalidad. La conservación es, muy a menudo, subversiva de esta legalidad. En la concepción de la política como proyecto no resultan sólo los políticos los sujetos de la política, sino que todos los ciudadanos son considerados como sujetos políticos. Veremos después cómo y por qué esta ciudadanía tiene que extenderse a los niños.

La sociedad, el conjunto de los portadores de necesidades reales, son la *forma formans*. Este es el principio constituyente de una organización de las relaciones sociales adecuada al proyecto de satisfacción de una manera humana de concebir las necesidades. Por otra parte, la esfera pública es donde se ejercita la subjetividad política potencial de todos los ciudadanos a través de la constante apertura de nuevos espacios públicos. Me permito recordar en esta dirección una sencilla definición de democracia a la que ya otras veces he hecho mención. *Me refiero a la democracia entendida como la autoorganización de la respuesta pública a las necesidades reales por parte de sus portadores*. Vuelvo a insistir aquí en la importancia fundamental que tiene la aplicación de este concepto de democracia y de participación de la sociedad civil en la gestión de la cosa pública, para la afirmación, realización e implementación

de los derechos de los niños. De aquí se puede derivar un paso ulterior en la argumentación, y es el paso dado en un trabajo muy lúcido de Antonio Carlos Gomes da Costa cuando especula con la posibilidad de la niñez, no solamente como finalidad de un proceso político basado sobre el consenso, sino como base y alimento del propio consenso.

Quiero citar aquí otra frase de Antonio Carlos Gomes da Costa para ver cómo se pasa de la afirmación de que la democracia es buena para los niños a la de que los niños son buenos para la democracia, según la hermosa expresión especular de Emilio García Méndez. Antonio Carlos Gomes da Costa escribe: “La gravedad de la situación de la niñez en Latinoamérica acabó colaborando en la creación y desarrollo, a lo largo de los años ochenta, de un movimiento social amplio y profundo alrededor de la promoción de la defensa de sus derechos”. Un movimiento amplio, porque ha excedido el movimiento popular tradicional al involucrar sectores de las capas medias de la población e incluso algunos segmentos más conscientes y sensibles de las elites políticas y económicas. Es profundo por su capilaridad en la trama social, al alcanzar e involucrar a los grupos sociales más distantes de los centros del poder. Esta capacidad de los niños, no solamente de disfrutar del proceso democrático, sino de ser la ocasión, el alimento del mismo proceso democrático que se extiende también a todo el abanico de los derechos humanos y no apenas a los de los niños es un punto que merece la mayor atención.

Pero hay un discurso aún más profundo respecto de esta instrumentalidad de la ocasión del niño para alimentar el consenso y el proceso democrático sobre el cual quisiera detenerme luego. Toda la ética moderna y el planteamiento mismo de la democracia, como he tratado sencillamente de presentarlo, se basan sobre la concepción del sujeto como portador de necesidades: una ética de las necesidades. La concepción del pacto social, con el cual nace el Estado moderno, implica la aceptación de los portadores de las necesidades de, por un lado, poner fin a las violencias que imponen las formas inhumanas de satisfacción de dichas necesidades y, por otro, llevar a cabo una forma pacífica de satisfacerlas. La primera de estas es la necesidad de sobrevivir. En este sentido, piénsese en el planteamiento del pacto social, en la teoría de Hobbes, y podrá confirmarse que estamos asistiendo a lo largo de muchos decenios a un proceso de *develamiento*. *Develamiento* de una contradicción fundamental que afecta a la modernidad y al Estado moderno en su propia constitución. Me refiero a un discurso que va desde Nietzsche, pasando por Benjamin y Sartre, hasta Girard, Derrida y, en Italia, Eligio Resta. Estos autores indicaron una contradicción, un defecto congénito de la modernidad. Indicaron el tipo y grado de relación entre violencia y derecho. Esta contradicción consiste esencialmente en el ocultamiento de la violencia por parte del derecho y, al mismo tiempo, en la reacción mimética, reproductiva, que el derecho tiene en relación con la violencia. Piénsese en el derecho penal.

En el pensamiento de la modernidad, el derecho y el Estado estaban destinados al control y a la superación de la violencia. Sin embargo, en el derecho y el Estado la violencia sigue siendo inmanente y se reproduce. Es justamente el ocultamiento de la violencia el que, como dice Girard, produce el equívoco, la ambivalencia fundamental de la modernidad. Eligio Resta desarrolló en un reciente trabajo esta tesis recurriendo a la metáfora platónica del *pharmakon*, que en griego clásico significa, al mismo tiempo, remedio y veneno. Así, el Estado moderno y su derecho se legitimaron como un remedio contra la violencia, pero a su vez, este remedio permitió perpetuar el veneno, es decir, permitió mantener la violencia como el verdadero tejido conectivo de la sociedad sin conseguir ni neutralizarla ni, al menos, monopolizarla en la forma de la violencia legal, ya que la mayor violencia sigue siendo la ilegal. La teoría y el proyecto que estuvieron en la base de la fundación del Estado y del derecho moderno (derecho positivo) se basaron, como se sabe, sobre un principio universal de legitimación. Se trata de un principio sólidamente anclado en la concepción de la verdad y del sujeto humano propia de la modernidad. Este principio de legitimación son las necesidades humanas; esto es, las pulsiones para asegurar, extender y reproducir la existencia.

El instrumento de fundación del Estado y del derecho moderno fue el modelo del pacto social, entendido como experimento de la razón y no como un hecho histórico, es decir como un modelo racional para asegurar la realización de esas pulsiones, de esas necesidades. Realización imposible, supuestamente, en un estado de naturaleza, sin Estado y sin derecho positivo. Sin embargo, debemos reconocer que, tanto en el modelo como en la realización histórica, el contrato social fue bien distinto de su proyectado impacto universal, extendido a todos los sujetos humanos considerados como iguales en su ciudadanía potencial. Se trató más que nada de un *pactum ad excudendum*, de un pacto para excluir, de un pacto entre una minoría de iguales que excluyó de la ciudadanía a todos los que eran diferentes. Un pacto de propietarios, blancos, hombres y adultos para excluir y dominar a individuos pertenecientes a otras etnias, mujeres, pobres y, sobre todo, “niños”.

Historiadores del derecho, como Pietro Costa y otros, destacaron este carácter selectivo del pacto social y de la ciudadanía que de él surge, y que constituye una visión restringida de la ciudadanía. Es singular que, aún hoy, la representación tradicional en la escuela y en la academia de la teoría del contrato social olvide constantemente este carácter selectivo y marginalizador del proyecto político de la modernidad. Extraña especialmente este olvido en América Latina, donde durante siglos la ciudadanía fue el privilegio de los colonizadores y la subjetividad jurídica fue negada a los grupos étnicos originales por ser originarios, por ser supuestamente incapaces, como si fuesen “niños” o salvajes. Toda la teoría del derecho y del Estado moderno surge con esta distinción fundamental (pero implícita) entre, por un lado, los hombres adultos (el modelo fue el propietario, blanco y macho) y, por otro, los animales, las mujeres y los niños.

La violencia immanente en el derecho, y en el Estado de la modernidad, es constitutiva de la fundación del Estado y del derecho moderno; no se trata de errores de discurso debidos al arbitrio personal. La siguiente es una hipótesis que simplemente presento para su eventual discusión. Tal vez haya sido esa propia contradicción entre la universalidad potencial y la selectividad real de la ciudadanía, esa ambivalencia constante del derecho como *pharmakon*, la que poco a poco secó las mismas raíces del pensamiento de la modernidad. El incumplimiento de las promesas de la modernidad, que fueron tan altas en razón de la violencia immanente en el derecho, minó la confianza iluminista en la verdad, en la subjetividad humana, en el progreso, y produjo la crisis de la cual el llamado pensamiento posmoderno es hoy la expresión. Si la crisis es tan profunda, porque su causa fue congénita al surgimiento de la modernidad, tal vez para salir de ella debamos rever, revisar el propio lenguaje y el aparato conceptual con los cuales fueron fundados el Estado y el derecho modernos. Una propuesta que es como una provocación, provocación positiva, por supuesto.

En lugar de situarnos en la perspectiva de los actores partes del contrato, hablaremos de las víctimas, de los excluidos del contrato. En lugar del hombre como centro, dominador de la naturaleza y mito de la modernidad, hablaremos del policentrismo de la naturaleza y del respeto de la naturaleza por parte del hombre. En lugar del otro como extraño, hablaremos de nosotros como extranjeros a nosotros mismos. En lugar del contrato, hablaremos de la alianza.

Una palabra que solamente manejan los teólogos: la alianza. Pienso que quizás sería importante, y estoy comenzando a reflexionar sobre eso; ustedes están entre los primeros con que comparto esta nueva misión: la alianza. Quizás sería importante reconstruir en su dimensión mundana este concepto fundamental de la tradición judaico-cristiana, en nuestra búsqueda de un camino para salir de la crisis de la modernidad y llevar a cabo una refundación del Estado y del derecho que permita una nueva constitución. No se trata de reproducir fielmente el modelo de la alianza con Dios, que une a los hombres en un pueblo capaz de pecado y redención. Sí se trata de alimentar el proyecto, en primer lugar, de una alianza entre todas las víctimas, los excluidos del contrato y, más allá de esto, entre todos los hombres que quieren vivir en un mundo mejor. En segundo lugar, de una alianza de los hombres con la naturaleza. Parece que el camino lleva muy lejos de nuestro tema, mas, como ustedes verán, vamos muy rápidamente a entrar en el eje de los problemas que nos interesan. Estamos haciendo un poco de utopía y no podemos renunciar a la utopía, porque renunciar sería como decir que esta realidad es la mejor realidad posible, y no es así. El Estado que resultaría de la nueva fundación mantiene las conquistas y las potencialidades emancipatorias del Estado de derecho, pero va más allá del estado de los derechos. En el curso de las luchas por el Estado de derecho, que siempre fueron luchas desde abajo, se abrieron nuevos espacios para los derechos de las víctimas y de los excluidos, para otras etnias distintas de la blanca, para las mujeres, los niños,

los pobres y los marginados sociales. Entre tanto, el Estado de derecho solamente reconoció, de esta manera, la existencia de una ciudadanía distinta de la ciudadanía abstracta y formalmente igual para todos los “ciudadanos del Estado”. Se aceptó una autonomía limitada de todas estas nacionalidades distintas, de las cuales los individuos participan en su existencia concreta en cuanto miembros de una etnia, de un género, de una faja de edad, de una capa social, de una comunidad local, etcétera. Sin embargo, estas nacionalidades de las cuales se reconocieron derechos no son, paradójicamente, constitutivas del Estado moderno.

Estamos recién ahora en la prehistoria de un nuevo Estado cuyo modelo estoy tratando de dibujar en esta gran utopía. El proyecto de alianza impone que se dé un paso adelante, que se funde un Estado más rico, alimentado por todas las distintas ciudadanías de las cuales los individuos forman parte en virtud de las experiencias, los proyectos, las visiones del mundo con los que se expresan las diferentes nacionalidades: el Estado mestizo, un Estado que quiero llamar Estado de ciudadanía plural en el que no hay más extranjeros, víctimas y excluidos. Este Estado de la diversidad, este Estado mestizo también está construido por medio de operaciones intelectuales que van más allá del horizonte de los derechos de las diversas ciudadanías y que permite valorizar las expectativas correspondientes a cada una de ellas para una nueva manera de leer o administrar los conflictos. Tal vez, de este proyecto pueda surgir una nueva civilización superior a la civilización del derecho. Una civilización en que el potencial inmanente de violencia, es decir de represión de las necesidades, no permanece oculto sino que es revelado, articulado, para permitir, mediante esta revelación, la realización de formas no violentas de superación de la violencia. La alianza de las víctimas y de los excluidos, la alianza de todos los hombres y de los hombres con la naturaleza es un gran gesto pacífico con el cual la subjetividad humana procura apartarse de la catástrofe originada por la alianza secular del derecho con la violencia. Conviene tal vez aclarar que desde esta perspectiva no está en absoluto en discusión nuestra lucha para la afirmación de los derechos de todos los excluidos, las mujeres, las etnias, los pobres y, como en el caso de nuestro encuentro, los niños. Pero tenemos que ir más allá. En este sentido, la frase de Emilio García Méndez, “los niños son buenos para la democracia”, se llena del significado que va aún más allá de la interpretación de Antonio Carlos que he leído anteriormente. “Los niños son buenos para la democracia”.

Hasta ahora hemos presentados tres teorías. En primer lugar, la de la política como proyecto; en segundo lugar, la de la democracia como autoorganización de la respuesta pública a las necesidades por parte de sus portadores; en tercer lugar, la teoría del Estado mestizo, o sea de la ciudadanía plural. Con las primeras dos teorías, como hemos visto, se explica en todo su significado por qué la democracia es buena para los niños, es decir, la política como proyecto. La democracia, y no la política como administración del *statu quo* de la economía ni tampoco la tecnocracia, constituye,

como la experiencia de estos últimos años nos enseña, las condiciones en las que se puede dar vigencia en los distintos países y en la sociedad planetaria a los derechos de los niños. Con la tercera teoría, sin embargo, la teoría del Estado mestizo y de la ciudadanía plural, se explica en todo su significado la frase “los niños son buenos para la democracia”. Son buenos, podemos añadir, para la realización de la política como proyecto, o sea para un modelo democrático de política. Se trata de rescatar y asumir la niñez como ciudadanía. No soy yo quien ha inventado esta hermosa metáfora: los niños como una de las patrias que concurren a formar el Estado mestizo. La niñez como ciudadanía representa un momento propulsor y una fuente de verdad de los que se alimenta el proyecto de la alianza, la refundación del conjunto de las instituciones públicas según el modelo democrático que me he permitido presentar aquí. Así como es el caso de las otras patrias excluidas o simplemente toleradas en el pacto social, sobre el que se basa el Estado moderno, las mujeres, las minorías étnicas, minorías que a veces son mayoría cuantitativamente, y los pobres. El Estado mestizo es el Estado que se alimenta también, y sobre todo, de esta ciudad de los niños, una ciudad que es una enorme metrópolis que casi llega a ser tan grande como la mitad de la humanidad. No podemos perder la riqueza potencial contenida en este proceso de refundación del Estado: están en juego no sólo los derechos de los niños, está en juego la existencia de la propia humanidad.

A pesar de la riqueza potencial de su aporte a la constitución de un Estado de ciudadanía plural, los niños siguen siendo objeto y no sujetos del derecho y de la política. Sin embargo, el mensaje de la niñez como ciudadanía puede convertirse en el eje de una auténtica revolución cultural en la que, quizás, esté contenida la oportunidad para la transformación de la sociedad, para una sociedad más justa, más humana, más madura. No están solamente en juego los derechos de los niños. Mi tesis es que la sociedad de los adultos, del adulto blanco, propietario, macho, representa hoy, como lo representó antes, una forma de represión sistemática de las necesidades de los niños, de su capacidad y derecho a ser escuchados, que tiene la forma de la autodestrucción. Nuestra sociedad de los adultos blancos, machos y propietarios continúa autorreprimiéndose. O, dicho de otra forma, continúa autodestruyéndose. La arrogancia de nosotros, los adultos, que hasta ahora no hemos sabido crear una sociedad madura. Estamos en plena inmadurez histórica. La arrogancia con respecto a los niños es tan injustificable cuanto risible. Risible, si no fuera tan trágica en sus efectos nuestra pretensión de reducirlos a ser similares a nosotros. Es trágica, en efecto, nuestra incapacidad de respetarlos, de aprender de ellos, y es mucho lo que perdemos por no saber aprender de los niños.

Vivimos, no hace falta decirlo, en un tiempo de paradojas y contradicciones. La crisis de la modernidad coincide con otra crisis (introduzco aquí un concepto de moda, que no me gusta ni me satisface: el concepto de gobernabilidad), la crisis de gobernabilidad de la ciudad de los adultos. En este contexto, los niños representan una suerte

de ciudad del sol que, a diferencia de la lejana utopía de Campanella, está tan cerca de nosotros que no logramos reconocerla. Su luz nos hace ciegos. ¿Cuáles son las ventajas de la ciudad de la niñez, cuáles oportunidades nos brinda para el proyecto político de refundación democrática?

Si los movimientos sociales apostaran no solamente al rescate de los derechos de los niños sino, y sobre todo, al rescate de su mensaje como idea guía para un proceso general de emancipación, las ventajas obvias para una nueva ciudad del hombre se derivarían de una prerrogativa fundamental de la niñez sobre la cual me voy a detener en esta conclusión.

La ventaja de los niños, con respecto a los adultos de hoy, se deriva directa e indirectamente de su mucho más profunda colocación en el tiempo, sobre todo en el tiempo cultural. Es la ventaja resultante de la mayor memoria histórica de los niños, de su mayor proyección en el futuro. *Los niños tienen más historia y más futuro que los adultos de hoy.* Tienen más memoria e imaginación que los adultos. A raíz del pragmatismo cínico de la razón instrumental, que reduce nuestra función a la reproducción de la estructura económico-política existente, nosotros, los adultos, no solamente hemos perdido el futuro, o sea la capacidad de la política como proyecto, sino que tampoco tenemos un pasado. La capacidad de anticipación del futuro implica la capacidad de vivir lo posible como real y lo real como contingente, o sea, como posible pero no necesario, algo que es así pero podría ser diferente. Esta capacidad de proyección, de crítica de la realidad, así como la memoria del pasado —o sea la presencia de nuestras raíces culturales en el imaginario colectivo—, están gravemente perjudicadas por la degradación de la comunidad social que producen la comercialización salvaje de los medios de comunicación y de información de masas y la funcionalidad al proyecto conservador. La comunicación de masas nos proyecta en una realidad virtual que solamente produce la ilusión de escapar de la realidad. Más efectivamente, la reproduce como necesidad, la legitima con el establecimiento del sentido común, que ocupa el lugar de la imaginación. Estamos perdiendo cada vez más el contacto con los mitos, los cuentos, los símbolos como fundamento de nuestra inserción en el tiempo histórico de nuestra identidad cultural. La cultura de masas ha abarcado también lo mítico, reduciéndolo a realidad virtual, secularizándolo y comercializándolo como cualquier otra mercancía. Cuando un mito se convierte en mercancía, pierde su función de mantenimiento de la continuidad del tiempo histórico. La cultura de masas nos reduce a un presente cortado de su raíz con el pasado y de su proyección con el futuro. Los niños, cuanto más pequeños son, tienen una edad mucho mayor que los adultos. Los adultos tenemos cuarenta, cincuenta, sesenta años, los niños tienen milenios porque a través de los cuentos, de los sueños de la imaginación continúan siendo portadores de los mitos, no como realidad virtual, sino como una verdad de nuestra identidad cultural.

Los adultos hemos reducido, hasta casi perderla, nuestra capacidad de alimentarnos a través de los sueños. Nuestra memoria histórica, sueños y realidad se han separado radicalmente a raíz del pragmatismo de la razón instrumental al que nos condena un proceso de alienación política y cultural. Un niño no distingue entre sueño y realidad. El imaginario es real, es real e imaginario para el niño. La ciudad de los niños está esencialmente proyectada en el futuro. Su principio constitutivo es *forma formans*, no *forma formata*. Las oportunidades de refundación democrática de nuestra sociedad están en gran medida en la capacidad de introducir en el proceso de refundación este principio constituyente de la niñez como ciudadanía. No se trata, sin embargo, de emancipar solamente a los niños. Se trata, sobre todo, de modificar esencialmente el pacto social, rescatando, nosotros los adultos, a través del respeto hacia los niños nuestra niñez reprimida, nuestra vinculación cortada con el tiempo de la cultura, nuestra memoria histórica, para poder ser más capaces de futuro. Para que el futuro, en lo posible, se convierta en más real que el presente, del que a veces dan ganas de escaparse como en la metáfora del ángel *novus* de Walter Benjamin. El eje de la política como proyecto, el acto originario constituyente de la democracia como organización de los portadores de necesidades reales es la grandiosa enseñanza del *utopismo* concreto de Ernest Bloch, el principio de la esperanza. El mensaje del rescate de la ciudadanía de la infancia es esencialmente el mensaje de la esperanza. Respetemos a los niños, démosles la prioridad absoluta en el proceso de refundación del Estado, del Estado mestizo, de la ciudadanía plural. Vale la pena hacer de esta prioridad el frente principal de la lucha para un mundo sin violencia, para la realización de una manera humana de satisfacer las necesidades de todos, para una sociedad justa, para la democracia. Realicemos la alianza con los niños. Los niños son buenos para la democracia.

DEMOCRACIA Y DERECHOS DEL NIÑO

PROF. ALESSANDRO BARATTA

La Convención sobre los Derechos del Niño es una etapa fundamental del camino de la humanidad hacia la proclamación y la realización de los derechos humanos. Cuando hablamos de derechos humanos usamos un concepto complejo integrado por dos elementos: hombre y derecho.

Estos elementos están vinculados entre sí mediante una relación de complementariedad pero también de contradicción. Complementariedad en el sentido de lo que pertenece al hombre en cuanto tal según el derecho, contradicción en el sentido de que el derecho no reconoce al hombre lo que le pertenece en cuanto tal.

Esta relación obedece al hecho de que en la historia de nuestra cultura, hombre y derecho son definidos desde un punto de vista ideal con una remisión recíproca. Es la realidad la que produce la idea y no viceversa. Si la historia de los derechos humanos hubiera sido solamente la historia de una idea, ella se hubiera dedicado a llenar de hojas impresas las bibliotecas antes que llenar de violencia y de sangre el camino de los pueblos como ha sucedido y sucede.

Cuando hablo de la realidad del hombre me refiero a las personas, a los grupos humanos y a los pueblos en su concreta existencia en el interior de determinadas relaciones sociales de producción. Considerado en una determinada fase del desarrollo de la sociedad, el hombre es un portador de necesidades reales. Desde este punto de vista histórico-social las necesidades reales son un concepto correspondiente a una visión dinámica del hombre y de sus capacidades.

Los derechos humanos son la proyección normativa, en términos de deber ser, de aquellas necesidades que son potencialidades de desarrollo de los individuos, de los grupos, de los pueblos. El contenido normativo de los derechos humanos entendido en esta concepción histórico-social, por tanto, excede cada vez a sus transcripciones en los términos del derecho nacional y de las convenciones internacionales, así como la idea de justicia sobrepasa siempre sus realizaciones en el derecho e indica el camino hacia la realización de la idea del hombre, o sea el principio de la dignidad humana.

Pero la historia de los pueblos y las sociedades se presenta como la historia de los continuos obstáculos que dicho camino encuentra, la historia de la continua violación de los derechos humanos, o sea del permanente intento por reprimir las necesidades

reales y las potencialidades existentes de las personas, de los grupos humanos, de los pueblos.

El derecho es una forma de regulación de lo que es, en la realidad social, contingente, es decir de lo que puede ser o no, dependiendo no de la naturaleza sino de las acciones y de las actitudes de las personas. Pero a su vez las acciones y las actitudes de las personas dependen de los grupos a los cuales pertenecen, del lenguaje y la cultura que utilicen y, en último término, de la estructura de las relaciones de poder y de propiedad entre grupos y naciones en lo que concierne a la forma de producción y de distribución de los recursos, en una determinada sociedad y en el mundo.

En las luchas para la definición de la implementación del derecho, el objetivo es siempre al mismo tiempo el comportamiento individual de ciudadanos o funcionarios y el mantenimiento o la transformación de la estructura ideológica y material de las relaciones sociales. Pero hay procesos de política del derecho en los cuales están en juego más directamente las variables individuales, y otros en los que lo están las variables estructurales.

En el segundo caso, estamos sobre todo en presencia de lo que en la tradición de la cultura occidental es vivido y reclamado como la afirmación del derecho justo, cuyos principios y reglas se imponen a la legislación y a la soberanía de los Estados. La afirmación de la existencia, al lado del derecho interno positivo de los Estados, de un derecho justo que abarca a todos los pueblos, *jus gentium*, forma parte de nuestro patrimonio cultural. La historia de la idea de justicia acompaña desde el origen del pensamiento occidental al concepto de derecho natural. Durante la larga tradición del derecho natural se establece la concepción de una necesidad jurídica que corresponde a una necesidad natural. Ahora bien, en su reciente desarrollo la concepción de la justicia de los derechos humanos se autonomiza de la concepción *jus* naturalista y encuentra una nueva fundamentación en el concepto de necesidad, concepto que difiere de la naturaleza ontológica y que más bien tiene que ver con una dimensión histórico-social.

En esta nueva concepción, esa justicia y los derechos humanos adquieren un contenido dinámico y evolutivo que requiere de una interpretación de las necesidades del hombre y de los grupos humanos como posibilidades. La definición del saber jurídico de la justicia de los derechos humanos ya no deriva de lo que es necesario por naturaleza o por la naturaleza del hombre, sino de las necesidades del hombre y de los grupos humanos que se pueden considerar como realizables en relación con el grado de desarrollo de las distintas sociedades o a nivel mundial.

En este sentido, necesidades reales no son solamente las necesidades básicas definibles desde el punto de vista de una estructura antropológica universal y permanente, sino aquellas potencialidades de existencia y desarrollo de la vida de los individuos,

de los grupos y de los pueblos, que crecen –como tales– también en dependencia de las satisfacciones de las necesidades que han sido posibles en una fase previa.

La tensión entre el ser y el deber ser es interpretada, entonces, como la tensión para superar las condiciones que produce en determinada fase de la historia de la sociedad lo que Galtung define como la discrepancia entre la situación potencial –positiva– y la situación actual –negativa– de la calidad de vida. Eso no está muy lejos de lo que Marx y Engels definían en *La ideología alemana* como la potencialidad de “una manera humana” de satisfacer las necesidades, manera bien conforme con el desarrollo del saber social y de las fuerzas productivas.

La afirmación de la justicia y de los derechos humanos en esta perspectiva histórico-social implica rescatar aquella potencialidad frente a su negación represiva, o sea frente a la imposición, siempre retomando las palabras de Marx y Engels, de una manera deshumanizante de satisfacción de necesidades, en la que las necesidades de los unos se cumplen a costa de las necesidades de los otros, las necesidades de un pueblo a costa de las necesidades de otro pueblo.

Cuando el proceso de producción del derecho y de articulación de los derechos humanos se lleva a cabo en el nivel internacional, puede producirse una discrepancia entre la situación jurídica interna y la situación jurídica internacional. El proceso de desarrollo de los derechos humanos en su proyección internacional ha conocido en América Latina, entre los años sesenta y setenta, momentos de fuerte contradicción entre las dos situaciones jurídicas, interna e internacional, en presencia de regímenes y legislaciones autoritarias en el área. Esto concierne también a etapas anteriores a la presente en el proceso de definición internacional de los derechos humanos de los niños.

A fines de los ochenta y en el presente, junto con el proceso de democratización, de pacificación en el área latinoamericana y con el logro que ha supuesto la Convención sobre los Derechos de los Niños de las Naciones Unidas de 1989, la distancia entre la situación jurídica nacional e internacional ha disminuido a raíz de la ratificación de la Convención por parte de la mayoría de los países del área y, también, de la elaboración de importantes proyectos legislativos que son propiamente el objeto de nuestro encuentro. Sin embargo, todavía existe en el derecho interno de varios países del área la contradicción entre la norma interna resultante de la ratificación de la Convención y las partes de la legislación y de la praxis administrativa interna no derogadas, incompatibles con la Convención misma y en muchos casos con la ley y la legislación de los mismos países. La Convención ha puesto entonces fuera de la legalidad internacional, pero también de la interna, a buena parte de la legislación, pero sobre todo a la praxis administrativa y judicial de los Estados ratificantes. Enorme era en América Latina la distancia entre la situación real y la situación ideal de la niñez dibujada por la Convención y también por las constituciones de los países y muchas nuevas leyes de menores.

No obstante, es posible y debemos considerar la tensión que respecto de los derechos de los menores existe entre la situación jurídica y la situación de hecho como un momento necesario y muy importante del proceso de transformación de la realidad social en América Latina. La firma de la Convención, el proceso de ratificación y de reforma legislativa representan una condición no suficiente pero sí importante y necesaria en la lucha por la transformación de la realidad de los derechos humanos de la niñez. Para apreciar el significado de esta afirmación, nos referimos a la dinámica particular y a la realidad de los tres componentes o las tres clases de actores implicados en el proceso: el aparato estatal, la sociedad civil, o sea el movimiento social, y el mundo jurídico oficial.

Emilio García Méndez ha realizado un dibujo muy eficaz, desde mi punto de vista, de los 90 años en los que se ha llevado a cabo el proceso de definición de los derechos humanos de la niñez desde el nacimiento del primer Tribunal de Menores en Illinois en 1899 hasta la Convención de 1989.

De acuerdo con otros autores él define este proceso “como una larga marcha que puede ser resumida con el pasaje de la consideración del menor como objeto de la compasión-represión, al niño y al adolescente como sujeto pleno de derechos”. En efecto, con el movimiento de los reformadores y el desarrollo de la autonomía de la justicia de menores, se afirmaba entre los dos siglos la idea de una serie de prerrogativas peculiares del menor que imponen privilegios y excepciones en su protección jurídica así como en el control de su desviación.

Los límites de esta fundamentación originaria del derecho de menores continuaron afectando a todo el proceso hasta los últimos años. Estos límites son sobre todo dos. Por un lado, la consideración del niño como objeto (de protección privilegiada y de control especial) y no como sujeto pleno de derechos. Por otro lado, la superposición del concepto de menor infractor al de menor en situación irregular, consecuencia de la todavía persistente teoría positivista de la peligrosidad social que se expresa en la llamada teoría de la situación irregular.

Consideremos la nueva protección de la niñez para ilustrar el avance representado en ese proceso por la Convención con respecto a la superación de aquellos dos límites. La Convención se ocupa, en diversas normas, del niño, o sea de las personas menores de 18 años como sujeto de derecho en sentido pleno y no solamente entonces como persona incapaz representada por los adultos a los que pertenecen la competencia y el deber de cuidarlos. Esto significa, con la sola limitación sustancial debida a las fases diferentes del desarrollo de su competencia expresiva y lingüística, que el niño es respetado como portador de una percepción autónoma de sus necesidades, percepción de su situación y de la situación alrededor de él; como portador de un pensamiento, una conciencia y una religión; como sujeto del cual dependen libremente la comunicación y la asociación con otros sujetos.

La Convención le otorga en efecto el derecho a expresar sus opiniones libremente en todos los asuntos que le afectan (art. 11); el derecho a ser escuchado por las autoridades judiciales y administrativas (art. 12); el derecho a la libertad de expresión, a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de todo tipo (art. 13); el derecho a la libertad de pensamiento, de conciencia y religión (art. 14), a la libertad de asociación, de reunión pacífica (art. 15); el derecho de acceso a la información (art. 16), de pertenecer a minorías étnicas, religiosas, lingüísticas o indígenas y de tener su propia vida cultural; el derecho a profesar y practicar su religión y servirse de su idioma (art. 30), a participar libremente en la vida cultural y artística en condiciones de igualdad (art. 31).

Afirma de manera muy amplia los derechos económicos y sociales del niño a la vida, al desarrollo, la educación y la formación profesional (art. 28, 29 y otros), en particular el derecho a la educación, a la práctica de los derechos humanos y de los mismos derechos del niño. Afirma el derecho a la salud, a la seguridad social, a la protección ante conflictos armados; los derechos del niño refugiado, del niño impedido, del niño abandonado, del semiabandonado y con familia uniparental, y el derecho a la recuperación e integración tras abuso, tortura y conflictos armados.

Con respecto al segundo límite histórico en el proceso de desarrollo de los derechos del menor, la Convención –anticipada en este punto por otros recientes documentos internacionales como son, en particular, las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores de 1984– asegura una serie de derechos al adolescente acusado o sentenciado por infracción a las leyes penales. El límite histórico principal –la confusión entre infracción de leyes penales por parte del menor y situación irregular, es decir, desventaja social, pobreza y abandono– que se había convertido y todavía se convierte en la criminalización de la pobreza y del abandono, se encuentra decididamente superado por la Convención.

El estatuto brasileño y otras leyes del área latinoamericana recogen de manera ejemplar en ese campo los principios de la Convención, asegurando la distinción sustancial y procesal entre medidas de prevención, como respuesta a la desventaja social del menor, y medidas socioeducativas, como respuesta a la infracción de normas penales, y admitiendo, aun en este caso, que el juez recurra a una de las medidas de prevención y no de las socioeducativas.

La Convención y las leyes más avanzadas en el área latinoamericana aseguran el respeto del principio de legalidad, de presunción de inocencia, así como de su protagonismo en el proceso donde se encuentre en posición de acusado, las garantías de sus derechos humanos, de su dignidad personal y de su reintegración social durante y después de la detención, que se toma como medida excepcional que debe ser absolutamente limitada.

La Convención de 1989 recoge en un conjunto orgánico y detallado principios y normas de protección de la niñez que, en los 90 años precedentes, se encontraban expresados en más de 80 documentos de derecho internacional que se ocuparon de la protección de la niñez de forma general o en ámbitos específicos. El único texto universal anterior a la Convención fue la Declaración de los Derechos del Niño, del 20 de noviembre de 1959, de la Asamblea de las Naciones Unidas. Sin embargo, esta era una declaración aceptada por los gobiernos que, no obstante, no tenía fuerza legal vinculante para los Estados como sí la tiene la Convención. Los principios fundamentales de la Declaración insertos en el preámbulo de la Convención eran: la protección especial del niño, la no discriminación y el derecho del niño al desarrollo físico y moral.

Después de la entrada en vigor de la Convención, el más importante documento internacional en relación con la protección de la niñez es la Declaración y el Plan de Acción adoptados por 72 jefes de Estado y gobierno reunidos el 29 y 30 de septiembre de 1990 en Nueva York, en la Cumbre Mundial en favor de la Infancia, con el objetivo de promocionar nuevas iniciativas a favor de la infancia en la comunidad internacional. El significado y la intención de la cumbre en la presente y trágica coyuntura mundial de la situación de la niñez (cada día mueren en el mundo miles y miles de niños por pobreza y enfermedades) pueden ser expresados con una formulación del Informe sobre el Estado Mundial de la Infancia redactado por el UNICEF para la Cumbre: “una renovación de los esfuerzos para proteger las vidas y el desarrollo de los niños y para poner fin a las manifestaciones más duras de la pobreza, sería la mejor inversión que la raza humana puede hacer para proveer su futura prosperidad económica, estabilidad política y desarrollo integral”.

Pero, ¿cuál puede ser el eje de una realización de esfuerzos eficaces para acercar la situación real al desarrollo normativo ideal alcanzado en la definición jurídica de los derechos humanos de la niñez en América Latina? Un trabajo muy bueno, sintético, escrito por Antonio Gomes da Costa, permite afirmar que las experiencias de los últimos años ilustran que ni los Estados, ni el mundo jurídico oficial tienen la capacidad y la voluntad política suficientes para realizar esfuerzos eficaces. Sin un fuerte movimiento social que tenga sus raíces en la sociedad civil no hay chance para una efectiva implementación de los principios y las normas de la Convención en la legislación, pero sobre todo en la praxis administrativa y judicial de los Estados.

Las experiencias de distintos países demuestran que el movimiento social puede convertirse en un movilizador de las mismas instituciones estatales, que puede contar con sus juristas así como animar la acción desde el mundo jurídico oficial. Las experiencias demuestran que la acción de los servicios públicos y de los juristas sólo es eficaz cuando logra acercarse a la gente y cuenta con una adecuada participación de la gente, de la sociedad civil.

La descentralización de los servicios estatales, la participación de las comunidades y la coordinación interinstitucional son principios de una práctica de implementación de los derechos de los niños en la necesaria experimentación, también a nivel local. Los cambios institucionales y legislativos, las transformaciones en las relaciones sociales y en la producción y la distribución de la riqueza a nivel nacional, pero sobre todo a nivel internacional, la participación de la sociedad civil y la realización del derecho al desarrollo de los pueblos son los principios de una acción que a nivel nacional y regional recoja, respalde y multiplique las experiencias locales exitosas y transfiera después su potencial hacia las relaciones internacionales.

Solamente si se siguen estos principios, creo, se podrá evitar que el trabajo social a nivel local y el trabajo jurídico y administrativo a nivel nacional se queden dentro de lo que Antonio Carlos Gomes da Costa llamó una vez un “gracioso artesanado”. Se trata entonces de evitar que se reproduzcan los patrones de una visión asistencial del trabajo social y de una concepción tecnocrática de la acción institucional, de modo que no quede lugar para reducir la fuerza vinculante de la Convención a un puro valor simbólico y la práctica de los derechos de los niños a una nueva ocasión de retórica oficial. Pienso que, desde este punto de vista, el reto de la implementación de los derechos de la niñez se inserta básicamente en el reto para la realización a nivel nacional y planetario de la democracia.

Voy a dar una definición sencilla, referida a la teoría de las necesidades que he expuesto al comienzo. La democracia es la autoorganización de la respuesta a sus necesidades por parte de sus portadores, y añado un adjetivo, de la respuesta pública, no privada. La democracia es la autoorganización de la respuesta pública a sus necesidades por parte de los portadores. Pienso que este reto nos impone una reflexión en tres niveles: nacional, local e internacional. No quiero detenerme en el nivel nacional porque nunca podré competir con la autoridad del profesor Bidart Campos. Pero sí pienso que son muy importantes las dimensiones locales, municipales, y la dimensión internacional de la vinculación entre el desarrollo de los derechos de la niñez y la democracia.

Simplemente trazaré algunas líneas. Dos frases emblemáticas guían estas modestas observaciones. La primera es una frase del director ejecutivo del UNICEF, James Grant, que dice: “La democracia es buena para los niños, y [...] a los progresos de la protección de los niños, siguen los progresos de la democracia”; la otra es una frase especular a la ahora citada, de Emilio García Méndez, que dice: “*los niños son buenos para la democracia*”, es decir que el progreso en la relación de sus derechos y el movimiento social que lleva a cabo esta realización son quizás el aprendizaje más importante para un proceso de realización de la sociedad democrática a nivel nacional e internacional.

Decía ocuparme de las dimensiones locales e internacionales. Me parece que también en este caso el Estatuto del Brasil ha dado un norte a la revisión de la praxis

dominante hasta ahora en América Latina, pero también en el mundo. Si observamos la estructura administrativa del derecho de menores en casi todos los países de América Latina, en donde todavía existe o existía la confusión entre abandono y transgresión, vemos también que ésta se encuentra acompañada de una centralización muy pronunciada de la organización del derecho de menores y de las instancias encargadas de aplicarlo y administrarlo. El Estatuto es profundamente innovador porque introduce la instancia de la municipalidad y la institución de los consejos tutelares integrados por personas que no son nombradas jerárquicamente por el poder central sino que emanan directamente de los electores a nivel municipal. Y también el Estatuto indica una idea importantísima en este desarrollo: la idea de la participación de la comunidad civil.

Al considerar el aspecto de la cuestión político-social del Estatuto, podemos decir que la experiencia brasileña es innovadora porque le da un espacio más amplio al movimiento social y a la participación de la sociedad civil. Citando una vez más a Antonio Gomes da Costa, digamos que si en el período precedente a la formación del Estatuto, éste era objeto de una lucha por llevar adelante un proyecto de ley, después de su promulgación, el Estatuto llega a ser objeto de una lucha para llevar adelante un proyecto de sociedad.

La Constitución del Brasil de 1988, anticipándose a la misma Convención y al Estatuto, estableció por primera vez en la historia de las constituciones el principio de absoluta prioridad de los intereses y los derechos humanos de los niños y de los adolescentes. Esto puede ser una expresión retórica, pero si tomamos en serio un artículo de una constitución, hay que darle un sentido normativo y de proyección política a nivel nacional e internacional. ¿Y cuál es este sentido? Significa que en ese país la lucha por una nueva sociedad tiene un norte: el de los derechos humanos de los niños y adolescentes que se declaran en la Constitución como el principal aspecto del proyecto de sociedad. Éste y no otro es el significado del artículo 227 de la Constitución. En el interior de la sociedad brasileña, el de los derechos de los niños y de los adolescentes se vuelve un frente estratégico de la lucha por la emancipación de toda la sociedad, no sólo de los niños, o por la vigencia de los derechos humanos en la sociedad brasileña en su conjunto. Este proyecto de sociedad encuentra el fundamento de su legitimación en la legalidad y, consecuentemente, la resistencia conservadora, todavía muy fuerte hoy en este país y en otros países de América Latina y del mundo, es en gran parte una resistencia contra la constitución y la ley, es subversión. Este proyecto de sociedad encuentra el fundamento en la legalidad, y la realización de los derechos humanos de los niños y de los adolescentes es el eje de un proyecto de sociedad. Para que sea posible la realización de estos derechos, es necesaria la lucha, y esta es la dimensión internacional a la cual quiero aludir: es necesario que la lucha no se localice sólo en un Estado, en particular, en el Brasil.

Coincido con María del Carmen Bianchi respecto de su planteo sobre los derechos económicos, sociales y culturales, y la necesidad de movilizar los recursos hacia los niños en nuestros países; plantea un problema, en parte, de redistribución de la riqueza, pero sobre todo implica por lo menos una discusión seria sobre la distribución de la riqueza a nivel internacional, ya que con la mejor distribución de la riqueza nacional en los países del Tercer Mundo no se logra realizar ni la Convención, ni las constituciones, ni las legislaciones nacionales. Esto se tiene que ver muy claramente como algo no abstracto, no retórico, también a la luz de la última conferencia de Copenhage. Las condiciones materiales para la realización los derechos humanos de los niños y de los adolescentes, proclamados y defendidos por el Estatuto, en la Convención, en las leyes más avanzadas, van más allá de los límites de un Estado. Las implicaciones en el modo de producir y no solo de distribuir la riqueza a nivel mundial hacen de esta lucha una lucha mundial.

Voy a concluir diciendo lo siguiente: cuando de una parte se habla de derechos, de la otra se habla de la situación de hecho, no pretendemos hacer una separación de tal modo que de una parte exista el derecho y de la otra, la sociedad. Esta separación es muy peligrosa, entendida la sociedad como el conjunto de las relaciones sociales existentes. Esto no es el otro con respecto a visiones normativas, articuladas por los textos legislativos, constitucionales y de las convenciones internacionales. La sociedad no es sólo el *statu quo* de las relaciones sociales existentes, la sociedad es el lugar de la tensión entre ser y deber ser, el lugar en el cual se realiza la lucha para acortar la distancia entre el *statu quo* y las normas, los principios, los derechos humanos. Dar a los derechos humanos una función propulsora en la transformación social, en el desarrollo humano, significa no sólo reconocer que el derecho no puede ser nunca más alto que la sociedad, como escribía Marx, sino también que la sociedad no puede ser más alta que su derecho. El derecho es también un proyecto de nuevas relaciones sociales internacionales y no solamente la transcripción jurídica de las existentes.

Si es verdad que los derechos humanos de la niñez representan el objetivo de la acción de transformación de la sociedad, la lucha por el cambio y por la aplicación de la ley en la fase actual de pacificación y de negociación de los conflictos en el área latinoamericana significa no sólo llevar adelante el proceso formal de las enunciaciones normativas, sino también construir instrumentos adecuados de transformación social. Así, de la primera proposición, "la democracia es buena para los niños", me he trasladado paulatinamente hacia la segunda proposición.

INFANCIA, LEY Y DEMOCRACIA: UNA CUESTIÓN DE JUSTICIA*

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ

“Mis propuestas de clarificación de lo que llamo la comprensión paradigmática de fondo del derecho y de la Constitución han de entenderse como una contribución polémica, que se dirige, sobre todo, contra el creciente escepticismo jurídico que parece difundirse entre mis colegas juristas y, más aún, contra ese realismo, a mi juicio falso, que subestima la eficacia social de las presuposiciones normativas de las prácticas jurídicas existentes”.

*Jürgen Habermas
“Facticidad y Validez”*

La Convención y el retorno de la democracia en América Latina

En noviembre de 1989, al cumplirse diez años de trabajos preparatorios, la Asamblea General de Naciones Unidas aprobó por unanimidad la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. A la fecha, todos los países del planeta, con dos únicas excepciones –Estados Unidos y Somalia¹– han ratificado esta Convención. La región de América Latina y el Caribe ha sido pionera en el proceso mundial de ratificaciones de este tratado internacional, omnicomprensivo de los derechos humanos de todos aquellos que aún no han alcanzado los dieciocho años. Más aún, todos los países de América Latina y el Caribe no sólo han ratificado la Convención, sino que además la han transformado en ley nacional mediante un trámite de aprobación parlamentaria. En América Latina, particularmente en el contexto de la tradición jurídica napoleónica

* Nota de los editores: texto publicado originalmente en el libro colectivo “Infancia, Ley y Democracia en América Latina”, García Méndez / Beloff, compiladores, editorial Temis – Ediciones Depalma, Santa Fe de Bogotá – Buenos Aires, 1998. A este libro deben entenderse hechas las alusiones del autor a lo largo de su artículo.

¹ El haber enfrentado este problema reiteradas veces este último tiempo en debates y discusiones, me sugiere aquí una nota explicadora. En el caso de Somalia, el motivo es obvio. Desde hace muchos años, la guerra civil ha hecho desaparecer todo vestigio del gobierno central y mucho más de Estado. Somalia se ha vuelto pura geografía y no logra constituirse como sujeto del derecho internacional. El caso de Estados Unidos, es mucho más complejo y requiere una explicación que, a mi juicio, remite a tres motivos de naturaleza diversa: a) el primero, se vincula con una tradición jurídica del derecho anglosajón –profundamente reforzada en oposición al bloque soviético en los años de la guerra fría– que privilegia los derechos y garantías individuales, es decir, el derecho como un instrumento eficaz para restringir el área de intervención del Estado en la vida de los individuos (Una tradición que se resiste a transformar en normas exigibles) aspectos vinculados al área de lo económico-social (salud, trabajo, vivienda, etc). En este sentido, no debe olvidarse que la CIDN es, también, un catálogo de derechos económicos y sociales; b) el segundo motivo se refiere a una imagen (falsa pero eficiente en conquistar credibilidad) que grupos conservadores, generalmente de matriz religiosa, han propagado, en el sentido de que la CIDN destruye completamente la autoridad de los padres sobre los hijos. Esta percepción es totalmente falsa. Sin embargo, lo que sí es verdad es que la CIDN reduce drásticamente las relaciones de discrecionalidad entre padres e hijos. En este sentido es precisamente que la CIDN reformula radicalmente las relaciones de los niños, no sólo con el Estado, sino también con los adultos; y c) el tercer motivo, de naturaleza eminentemente simbólica, no deja por ello de ser sumamente importante y se vincula estrechamente con los temas de la seguridad urbana y la delincuencia juvenil.

de derecho codificado, el proceso de transformación de la Convención en ley nacional ha generado una verdadera situación de esquizofrenia jurídica. Esquizofrenia jurídica referida a la vigencia simultánea de dos leyes, que regulando la misma materia resultan de naturaleza antagónica: por un lado, la Convención y por el otro, las viejas leyes de menores basadas en la doctrina de la situación irregular. La inercia político-cultural, sumada a algunos problemas de técnica jurídica procesal determinaron que, en el plano judicial, se continuara con la aplicación masiva y rutinaria de las viejas leyes de menores, al tiempo que la aplicación de la Convención se convertía en un hecho excepcional y fragmentario.

Si las cosas hubieran seguido su curso “natural”, es probable que la Convención hubiera permanecido, tal vez por muchos años, como un “simpático” instrumento del derecho internacional. Sin embargo, Brasil cambió el rumbo “natural” de la historia, desatando un proceso absolutamente inédito en la tradición socio-jurídica de la región: la producción democrático participativa del derecho, en este caso, de un nuevo derecho para la infancia. Un proceso –que dicho en palabras de Pietro Barcellona– permitió, “redescubrir que el carácter estructuralmente normativo del ser social es un recurso de poder, porque la capacidad de producir normas es una competencia social difusa y no solamente una prerrogativa de los parlamentos”². Este proceso, que ha sido en otra parte analizado en forma detallada por algunos de sus principales protagonistas³ merece aquí un breve resumen, sobre todo por su enorme impacto y repercusión fuera de las fronteras del Brasil.

No parece exagerado afirmar que el proceso de transformaciones jurídicas que desembocó en la aprobación del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil en 1990, constituye tal vez el motivo de mayor intercambio e integración que, en el campo social, Brasil ha tenido con el resto de América Latina, poniendo fin a una larga tradición de mutua ignorancia con el resto de la región.

Al descubrir, en forma empírica, la íntima conexión entre los problemas de la infancia y los problemas de la democracia y, en el marco del proceso popular de construcción de una nueva Constitución que indicaba con claridad el fin de un cuarto de siglo de autoritarismo militar, el embrionario movimiento de lucha por los derechos de la infancia se articuló en torno a la preparación de dos enmiendas populares a ser introducidas en la nueva Constitución (mecanismo previsto por la propia Convención Constituyente). El resultado fue la incorporación a la nueva Constitución Brasileña, aprobada finalmente en octubre de 1988, de dos artículos claves para todo el desarrollo de un nuevo tipo de política social para la infancia: la política social pública. El artículo 227, constituye una admirable síntesis de la futura Convención, que para la época circulaba

² Barcellona, Pietro, *Politica e passioni*, Bollati Boringhieri, Turin, 1997, pág. 61.

³ Además de la considerable cantidad de bibliografía en portugués, para los lectores de habla castellana se recomienda muy especialmente los trabajos de Edson Seda (1992) y Antonio Carlos Gomes Da Costa (1992).

en forma de anteproyecto entre los movimientos de lucha por los derechos de la infancia. El otro artículo decisivo fue el 204 (particularmente en su inciso II) el que, legitimando la articulación de esfuerzos coordinados entre gobierno y sociedad civil, colocaba las bases explícitamente jurídicas para la reformulación de una política pública, ya no más entendida como mero sinónimo de política gubernamental, sino como el resultado de una articulación entre gobierno y sociedad civil⁴.

Los procesos de reforma legislativa

Que una reivindicación por la mejora de las condiciones materiales de la infancia se expresara bajo la forma de una norma jurídica, nada menos que de rango constitucional, significaba una doble ruptura inédita en la región. En primer lugar, una ruptura con un “sentido jurídico común” que a la época en forma abierta y hoy en una forma solapada y vergonzante, se expresa en la trillada frase “en América Latina tenemos maravillosas legislaciones de menores que infelizmente no se aplican”. En segundo lugar, una ruptura con el acuerdo tácito de que la Constitución, muy en especial sus garantías individuales, invariablemente consagradas normativamente para **todos** los habitantes, no debían interferir en la práctica con las tareas de “compasión-represión” propias del (no) derecho y las políticas de menores. Aprobada finalmente la nueva Constitución, los artículos 204 y 227 pusieron de inmediato en evidencia el carácter flagrantemente inconstitucional de la legislación minorista vigente: el código de menores de 1979, dispositivo central en la política social del autoritarismo militar de las décadas pasadas.

Estos son, en forma muy breve y esquemática, los antecedentes del primer proceso de reforma legislativa en América Latina en el contexto de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

En realidad, puede decirse que en América Latina ha habido dos grandes etapas de reformas jurídicas en lo que se refiere al derecho de la infancia. Una primera etapa, de 1919 a 1939, que introduce la especificidad del derecho de menores y crea un nuevo tipo de institucionalidad: la justicia de menores⁵. Una segunda etapa, de la cual este libro precisamente pretende dar cuenta, que comienza en 1990 y continúa abierta y en evolución hasta nuestros días.

⁴ El art. 227 establece, “Es deber de la familia, de la sociedad y del estado asegurar al niño y al adolescente, con prioridad absoluta, el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, a la recreación, a la profesionalización, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria, además de colocarlos a salvo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión...”. Por su parte, el art. 204, establece: “Las acciones gubernamentales en el área de la asistencia social serán realizadas con recursos del presupuesto de seguridad social, previstos en el art. 195, además de otras fuentes, y organizadas en base a los siguientes principios. II. Participación de la población, por medio de organizaciones representativas, en la formulación de las políticas y en el control de las acciones en todos los niveles.

⁵ Para un análisis bastante exhaustivo de esta primera etapa, pero que sólo abarca cinco países de la región (Argentina, Colombia, Costa Rica, Uruguay y Venezuela) cfr. E. García Méndez-E. Carranza (1990). Para un análisis más global referido a toda América latina, cfr. E. García Méndez (1997a, pp. 45 y 55).

Cumplida la primera etapa del proceso de reformas, desde 1940 a 1990, los pocos cambios jurídicos ocurridos han sido invariablemente intrascendentes: variaciones sobre un mismo tema para decirlo en una forma un poco más elegante. El proceso de cambio jurídico y social que los movimientos de lucha por los derechos de la infancia concretan en Brasil en 1990, (pero que reconoce antecedentes inmediatos y directos por lo menos desde 1986), constituye un ejemplo extraordinario de conjunción de tres coordenadas fundamentales: infancia, ley y democracia. En este caso, la experiencia demuestra que los diversos problemas de la infancia sólo pueden ser reconstruídos en una clave distinta a la “compasión-represión” cuando se intersectan con el tema de la ley y el tema de la democracia.

Esto significa un rechazo rotundo a considerar los temas de la infancia desde cualquier perspectiva fragmentaria y sobre todo corporativista. La nueva relación infancia-ley, implica una profunda revaloración crítica del sentido y naturaleza del vínculo entre la condición jurídica y la condición material de la infancia.

Pero las transformaciones de la segunda etapa de reformas legislativas (de 1990 en adelante) no se refieren solamente a un cambio profundo y sustancial en los contenidos de la ley. Se trata además, de un cambio en los mecanismos de producción del derecho; de un nuevo derecho para todos los niños, no sólo para aquellos en “situación irregular”. A partir de la experiencia del Brasil, todo el resto de las reformas legislativas (con mayor o menor nivel de participación social y con una mejor o peor técnica jurídica), dejaron de ser esotéricas y clandestinas reuniones de “expertos” que trabajan en los sótanos de los Ministerios de Justicia, para convertirse en inmensos laboratorios político-sociales de producción jurídica democrática.

La década de los '80 para América Latina en general y su segunda mitad para Brasil en particular, coincide con la retirada, más o menos ordenada, más o menos caótica, de las dictaduras militares instauradas en la década del 70. En América Latina, el complejo, difícil y contradictorio retorno a la democracia coincide con el surgimiento y difusión de la Convención. Por primera vez, un instrumento con la forma de la ley capta seriamente la atención de los movimientos sociales, por otra parte, políticamente enfrentados, en general, a los gobiernos autoritarios. Sin embargo, la asimilación de este instrumento legal no fue fácil y no faltaron las críticas de distinto tipo. Desde aquellos que afirmaban que cualquier intento de juridificación de los derechos de la infancia significaba en la practica negar o, por lo menos, poner una camisa de fuerza a sus derechos naturales, hasta aquellos que veían en la Convención otra más o menos sutil intervención del imperialismo. En realidad, los motivos profundos por los que la Convención logra finalmente imponerse con tanta intensidad esperan un análisis más detallado. Es posible, sin embargo, que su comprensión y aceptación como instrumento específico de derechos humanos haya jugado un papel fundamental en su instalación socio-jurídica definitiva. También, es probable que haya sido decisiva la intuición de

algunos grupos de activistas sociales, en el sentido de que no es sólo la democracia la que garantiza la lucha por los derechos, sino que es también, y fundamentalmente la lucha por los derechos lo que garantiza la democracia⁶. Fue, precisamente, esta “intuición” la que jugó un papel determinante en la primera incorporación constitucional de la Convención. En el Brasil de fines de los 80, fueron juristas con sensibilidad educativa y, sobre todo, educadores con una altísima sensibilidad jurídica, los que instalaron un tipo, felizmente heterodoxo, de lucha por los derechos en el campo del derecho. Articulación esta última que abre las bases para la urgente y necesaria reformulación de las relaciones entre pedagogía⁷ y justicia, refundación que encuentra en el texto de Antonio Carlos Gomes da Costa –contenido en este libro– su mejor ejemplo, eximiéndome aquí de ulteriores reflexiones.

Derecho y realidad: el “aporte” del “sustancialismo”

Como era de esperar, “sustancialistas” de diverso tipo y nostálgicos defensores del (des) orden jurídico anterior, quedaron respectivamente marginados y enfrentados a este proceso. Si los nostálgicos defensores del viejo orden jurídico –cultores varios del cadáver insepulto de la doctrina de la situación irregular– no necesitan ser ulteriormente explicados, sí me parece que aquellos que aquí denomino “sustancialistas” merecen una más detallada explicación. Denomino aquí con el término “sustancialistas” a aquellos que, desde diversas posiciones político-ideológicas, subestiman las capacidades reales, positivas o negativas, del derecho. Son los mismos que otorgan un carácter automático e ineluctablemente condicionante a lo que ellos, arbitrariamente, definen como condiciones materiales determinantes. En la práctica, son aquellos que nos alertan sobre la inutilidad de cualquier reforma que no sea “profundamente estructural”. Son los portadores, conscientes o inconscientes, de la perspectiva que produce el efecto doblemente perverso de la pobreza. Una vez como productora de situaciones concretas de profundo malestar social y pérdida de la dignidad humana (en los pobres), y otra vez (en los no pobres) en su uso instrumental como burdo comodín que explica (y sugiere) las varias formas de la resignación. “Aquí no se pueden respetar los derechos humanos hasta que la pobreza no se erradique” es la frase hecha del simplismo, que mejor sintetiza la posición “sustancialista”.

Esta posición olvida que la historia crítica del desarrollo social enseña exactamente lo contrario: que son precisamente las formas de resolución pacífica y respetuosa de la dignidad humana de los conflictos sociales e individuales, las condiciones *sine qua non* (aunque no suficientes) para un desarrollo sustentable que permita una verdadera

⁶ Sobre este punto específico de la relación derecho-democracia, cfr. L. Ferrajoli (1989, especialmente p. 992).

⁷ El concepto de “pedagogía” está particularmente referido a una necesaria reformulación crítica que, en clave garantista, deberá realizar la educación y los educadores, sobre todo –aunque no exclusivamente– en situaciones vinculadas al conflicto de los adolescentes con la ley penal.

erradicación de la pobreza. Los varios ejemplos demuestran que ha sido una inversión masiva en educación (derecho habilitante para el ejercicio de otros derechos), lo que ha permitido el desarrollo y la erradicación real de la pobreza, y no lo contrario⁸, deberían, por lo menos, inducir a los “sustancialistas” a una profunda revisión de sus dogmas, por otra parte, tan inútiles cuanto perjudiciales.

El proceso actual de reformas legislativas pone en evidencia que es precisamente, en esa falta de comprensión de la naturaleza compleja de la relación derecho-realidad, donde radica un elemento fundamental para explicar la fragilidad de las instituciones y la democracia en América Latina. Es sobre la base de este razonamiento que, muy en especial en el campo de la infancia, la justicia resulta sustituida por la piedad y sobre todo por aquella bondad paternalista que tanto repugnaba a Kant⁹.

El enfoque “sustancialista” se caracteriza por sostener, objetivamente, una tosca versión materialista del derecho, heredera del marxismo más vulgar. Así, al derecho, dimensión abstracta e ideológica, se le opone la acción concreta sobre la realidad social. El derecho, en este caso, debe ser “reflejo fiel de la realidad”. Como Funes el memorioso, del maravilloso relato de Borges, cuyos recuerdos de un día eran tan minuciosos que duraban exactamente un día, el enfoque “sustancialista” exige que el derecho sea (para no ser abstracto e ideológico) un fiel reflejo de la realidad. Desde esa perspectiva, no es de extrañar que se perciba al derecho como algo en realidad superfluo. Para seguir con Borges, es la historia de aquel emperador chino que quería un mapa perfectamente fiel de su imperio. Miles de cartógrafos trabajaron durante años en la confección del mapa que acabó teniendo el mismo tamaño que el imperio y en consecuencia se transformo en completamente inútil¹⁰.

En lugar de ser un programa de acción futura, y un instrumento para conseguir lo que todavía no es, si el derecho debe reflejar la realidad, entonces sólo puede y debe existir cuando ya no es más necesario. El resultado de este razonamiento (incorrecto y falso), consiste en confirmar la subestimación de la función del derecho: otra profecía en la cual los “sustancialistas” trabajan incansablemente para su autorrealización. Así, un derecho a la educación que refleje la “realidad” debe concluir, por ejemplo, que la educación de calidad es un derecho de aquellos niños cuyos padres tienen un nivel de ingresos que permita dicho tipo de educación.

Ningún derecho “refleja mejor la realidad” que aquellos “derechos especiales” que parten, paradójicamente, del reconocimiento de la imposibilidad de universalizar en la práctica las políticas sociales básicas (salud y educación para todos).

⁸ Sobre este punto específico que explica cómo la inversión en educación, en los países hoy desarrollados, ha precedido y posibilitado el desarrollo económico, cfr. M. Weiner (1991), en especial pp. 109-151.

⁹ Sobre este punto que remite también a la discrepancia, gobierno de los hombres vs.. gobierno de la ley cfr. N. Bobbio (1995), especialmente pp. 182 y 183.

¹⁰ Sobre este punto, y muy especialmente sobre el uso de la metáfora de la cartografía, cfr. B. de Souza Santos (1991, pp. 55 y 213).

La conquista de beneficios sociales para los niños¹¹ trabajadores constituye el mejor de los ejemplos. Con la excusa y supuesta legitimidad de su protección, algunas personas o instituciones promueven la obtención de beneficios sociales para los niños trabajadores (seguro médico, por ejemplo). Esta posición constituye un triple y gravísimo error. En primer lugar, desde un punto de vista que podría denominarse inmediatista pragmático, porque normalmente los recursos que se canalizan a través de las políticas asistenciales se deducen o sustraen de las políticas sociales básicas. Más “beneficios” para los niños trabajadores significa (a corto o mediano plazo) menos recursos para los niños en las escuelas. En segundo lugar, porque la transferencia de beneficios sociales de las políticas universales a las asistenciales, implica un aumento geométrico de la discrecionalidad en el manejo de estas últimas, que es el mejor caldo de cultivo para aumentar, y sobre todo, para legitimar las mil variables de las peores prácticas del clientelismo político. En un proceso similar pero inverso al que transformó a los súbditos en ciudadanos, las protecciones “especiales”, cuando innecesarias como en este caso, tienden a transformar –involucionando– a los ciudadanos en clientes. En tercer lugar, estas “conquistas” van consolidando y confirmando una cultura de *apartheid* que percibe el trabajo infantil como una solución¹² y a los niños trabajadores como una realidad inmodificable, equiparable a una catástrofe natural.

De este pensamiento inconexo, pero que tiene la fuerza de la inercia de las cosas y el apoyo del “sentido común”, ha ido surgiendo un nuevo paradigma: es el paradigma de la ambigüedad¹³.

Frente a los paradigmas instalados y enfrentados de la situación irregular y la protección integral, el paradigma de la ambigüedad se presenta como una síntesis ecléctica, apropiada para esta época de “fin de las ideologías”. El paradigma de la ambigüedad se encuentra muy bien representado por aquellos que, rechazando de plano el paradigma de la situación irregular, no consiguen acompañar –tal vez por la disminución significativa de las prácticas discrecionales y paternalistas en el trato con los niños– las transformaciones reales y potenciales que se deducen de la aplicación consecuente del paradigma de la protección integral, que considera al niño y al adolescente un sujeto de derechos, y no menos, de responsabilidades. En este punto me parece importante arriesgar una explicación que permita entender mejor el por qué de la aparición (y difusión) del paradigma de la ambigüedad.

¹¹ Se utiliza aquí el término “niño” en el preciso sentido jurídico que le otorga el nuevo derecho de la infancia en América Latina para designar a los menores de 12 o 13 años. Por encima de este límite, las nuevas leyes los reconocen como adolescentes.

¹² En forma brillante, Antonio Carlos Gomes da Costa, señala que uno de los principales problemas del trabajo infantil radica justamente en no ser socialmente percibido como tal. Gomes da Costa, continúa afirmando que las sociedades están preparadas, en el mejor de los casos, para enfrentar problemas y no para enfrentar “soluciones”. Aunque suene paradójico, para enfrentar el tema del trabajo infantil todavía debemos realizar más esfuerzos, sobre todo en el plano político-cultural, para que la sociedad la perciba como un problema.

¹³ Sobre este punto, cfr el trabajo de Antonio Carlos Gomes da Costa (1998).

Si consideramos el carácter de revolución copernicana del cambio de paradigma de la situación irregular a la protección integral, sobre todo en el sentido de disminución radical de la discrecionalidad en la cultura y prácticas de la “protección” (recuérdese que la historia es muy clara en mostrar las peores atrocidades contra la infancia cometidas mucho más en nombre del amor y la protección, que en nombre explícito de la propia represión), es necesario admitir que el derecho (la Convención) ha jugado un papel decisivo en la objetivación de las relaciones de la infancia con los adultos y con el Estado¹⁴.

Esta objetivación (entendida como la tendencia opuesta a la discrecionalidad), que se expresa no sólo por un nuevo tipo de derecho, sino también por un nuevo tipo de institucionalidad, así como por novedosos mecanismos de cumplimiento y exigibilidad, transforma sustancialmente el sentido del trabajo de los especialistas “tradicionales”; desde los juristas hasta los pedagogos¹⁵, para abarcar toda la variada gama de estos operadores sociales. Estas transformaciones se refieren, especialmente, a la reducción de la capacidad omnímoda para diagnosticar discrecionalmente la existencia y características de la “disfunción” social o individual; y muy especialmente, el sentido y características de las medidas, sean éstas jurídicas, terapéuticas o sociales. Las metáforas de la medicina cada vez dan menos cuenta de la nueva situación. El paso de considerar a los adolescentes en conflicto con la ley penal, de una vaga categoría sociológica que comete hechos antisociales (situación irregular), a una precisa categoría jurídica que comete infracciones penales, típicas, antijurídicas y culpables (protección integral), constituye un ejemplo bien representativo de esta situación¹⁶.

El nuevo derecho de la infancia reduce drásticamente los niveles de discrecionalidad, no sólo jurídica sino también pedagógica. En este contexto es que se produce el rechazo abierto o solapado de los viejos especialistas al nuevo derecho y su adhesión más o menos espontánea y objetiva al paradigma de la ambigüedad (es obvio, que el concepto de viejo y nuevo se refiere aquí a una categoría político-cultural y no a una categoría cronológica).

Derecho y Pedagogía: de la discrecionalidad a la justicia

Conviene recordar que en la historia de la “protección de los menores”, los eufemismos de la bondad no conocen límites. Bernardo, la figura más relevante en el campo de la “protección” de los “menores de la calle y abandonados” en la Inglaterra de fines de siglo XIX, lo expresa con una claridad que no precisa de mayores comentarios. La práctica de arrancar (es el único verbo que da cuenta literalmente de las verdaderas

¹⁴ *Sobre el nuevo derecho de la infancia y, particularmente la CIDN, entendido como una reformulación radical de las relaciones entre los niños y los adultos, y, los niños y el estado, cfr, el excelente trabajo de Miguel Cillero sobre “El Interés Superior del Niño”, contenido en este libro.*

¹⁵ *Me refiero aquí al educador, entendido éste en su sentido más amplio.*

¹⁶ *Cfr. García Méndez, Emilio, 1997a, pp. 209-227.*

metodologías de “protección”) a niños de sus familias “inadecuadas” y otorgarles mejores condiciones de vida, emigrando masivamente al Canadá, eran denominadas con el término de “secuestro filantrópico”¹⁷. Con estos precedentes, no caben dudas de que el paradigma de la situación irregular fue indiscutiblemente hegemónico durante siete décadas en América Latina (1919-1990).

A los escépticos, respecto de las capacidades del derecho para influir sobre la política social, debe recordárseles que las leyes de menores otorgaron a los jueces (de menores), la capacidad real de diseñar —y parcialmente ejecutar— las políticas para la infancia pobre durante todo el período de vigencia plena de la doctrina de la situación irregular.

La prueba del carácter hegemónico durante por lo menos setenta años del paradigma de la situación irregular, resulta del hecho de que las discusiones y enfrentamientos entre los intérpretes de la ley (jueces) y los aplicadores de sus consecuencias (psicólogos, asistentes sociales, pedagógos, etc.), se daba invariablemente en los moldes y en el estrecho ámbito del paradigma hegemónico. El viejo derecho y la vieja pedagogía constituían, apenas, variaciones temáticas (y complementarias) de la cultura de la discrecionalidad¹⁸.

Lo que sucede es que si, por una parte, resulta obvio y evidente que el nuevo derecho exige una profunda renovación en las filas de los operadores jurídicos (jueces, fiscales, defensores), no resulta tan clara la extensión y profundidad de la renovación, necesaria en el campo de los operadores sociales (pedagógos, asistentes sociales, psicólogos, etc). En este sentido, este libro (mucho más que este artículo) debe ser entendido también como una invitación a la refundación de un diálogo, articulado y respetuoso, entre los operadores sociales y los juristas. El “pacto de caballeros” entre la corporación médica y la jurídica que en la década de los 20 y 30 concluyó con una institucionalidad híbrida y ecléctica —la justicia de menores— está absolutamente agotado. Una justicia con las apariencias objetivas y abstractas de la ley, pero, con los contenidos y el funcionamiento real de la discrecionalidad médica, se encuentra en proceso de extinción. Pero como en la hermosa metáfora de Gramsci para describir a la crisis, también aquí lo viejo no ha terminado de morir y lo nuevo no ha terminado de nacer. Sin embargo, me permito aquí una (única) indicación referida a la dirección que implica la nueva relación entre el derecho y la pedagogía. Históricamente, y amparado en el concepto de interdisciplinariedad, la “vieja pedagogía” ha permeado cada milímetro del (no) derecho de menores. Psicólogos, psiquiatras y asistentes sociales, entre otros, han transitado y transitan con naturalidad en las instancias de la vieja (y nueva) justicia para la infancia. Tal vez ha llegado la hora de que operadores de la defensa técnica (abogados públicos o particulares) comiencen a transitar con la misma naturalidad

¹⁷ Cunningham, Hugh, *Storia dell'infanzia, XVI-XX Secolo, IL Mulino Bologna, 1997, p. 183.*

¹⁸ Cfr. E. García Méndez, 1997b, pp. 27-32.

en los espacios de tratamiento y rehabilitación. Para una pedagogía de las garantías (que es la única forma que puede asumir la pedagogía en el contexto del nuevo derecho de la infancia), la pertinencia jurídica del sujeto de una medida socio-educativa constituye el primer requisito para considerar, solo posteriormente, la bondad o maldad intrínseca de la medida pedagógica.

En la refundación de las relaciones entre el derecho y la pedagogía caben a la perfección las palabras de Antonio Machado en el período inmediatamente posterior a la Guerra Civil Española: “tenemos que inventar hasta la verdad”.

Derecho y autoritarismo

El proceso de reformas legislativas que comienza a mediados de la década de los 80 en el Brasil, y se extiende hasta nuestros días a todos los países de América Latina, debe ser también entendido como un inmenso laboratorio para la democracia y para el derecho.

En la Europa de los años 80, muy particularmente en Italia y en menor medida en Francia, surge un movimiento de uso alternativo del derecho que proyectó en América Latina una cierta influencia en el plano intelectual y académico, aunque no en el plano de lo político. El ambiente político en el que nace y se desarrolla el movimiento del uso alternativo del derecho (en Europa) podría en forma esquemática sintetizarse como sigue. En un contexto de bloqueo de la situación política caracterizado por la inmovilidad del porcentaje electoral de los partidos progresistas, de una creciente producción intelectual crítica en el campo del derecho y de la profesionalización democrática de los operadores de la justicia (concursos públicos y carrera judicial), surge la propuesta de utilizar en una clave distinta a la tradicional, el derecho existente. La falta de una mayor base de sustentación política y la incapacidad o imposibilidad de políticas de alianzas, determinaron la inexistencia de condiciones para la transformación legislativa. Se trataba, en otras palabras, de usar, con un contenido progresista y transformador, la discrecionalidad propia de la función judicial. Es el intento de utilización crítica de un derecho –muchas veces–, razonablemente, democrático o el rechazo a las interpretaciones regresivas de las normas jurídicas procesales, impuestas y legitimadas por las varias caras de la emergencia (mafia, terrorismo, etc.).

Sin embargo, y probablemente como consecuencia no deseada, la utilización crítica del derecho por parte de sus operadores (los jueces) condujo a reforzar los niveles de discrecionalidad judicial. Resulta por lo menos paradójico que Pietro Barcellona, uno de los inspiradores del movimiento del uso alternativo del derecho hace veinte años, se exprese en los siguientes términos en un escrito muy reciente: “la universidad ha elaborado teorías legitimadoras de un inadmisibles poder de los jueces. Basta pensar

en la cada vez más frecuente afirmación sobre la función creativa del juez y en el énfasis sobre un derecho viviente como alternativa a la primacía de un legislador confuso y contradictorio”¹⁹.

Muy distinta es la situación en el contexto latinoamericano. En la América Latina de los 80, no sólo carecíamos de un derecho “razonablemente democrático”, sino que contábamos con un derecho explícitamente autoritario y antidemocrático. Esta situación era, particularmente, evidente en las áreas del (no) derecho constitucional y del derecho penal. El derecho de menores, basado en la doctrina de la situación irregular, no constituye, por supuesto, un sub-producto de las dictaduras militares de los '70, pero se adaptó maravillosamente a su proyecto “social”. La discrecionalidad omnímoda del derecho de menores legitimada en la bondad protectora de sectores débiles y sobre todo incapaces, constituyó una fuente preciosa de inspiración para el derecho penal y constitucional del autoritarismo. Es por eso que si hoy el proyecto de construcción de ciudadanía de la infancia descansa en la constitucionalización de su derecho, el proyecto regresivo del autoritarismo, de los 70 y los 80, de convertir a ciudadanos en súbditos, descansaba en la “menorización” de todo el derecho, muy especialmente el penal y el constitucional.

De las múltiples consecuencias negativas, producto de los autoritarismos de los años '70 y '80, una de ellas se refiere a su impacto negativo sobre la ya frágil cultura del derecho en América Latina. Sin lugar a dudas, el autoritarismo y sus secuelas exacerbaron todas las tendencias negativas que, sobre todo en el plano de las relaciones derecho-realidad, derecho-democracia y derecho-ciudadanía, imperaron e imperan desde la colonia hasta nuestros días.

Aún con el objetivo de destruir la democracia y la condición de ciudadanía, los gobiernos autoritarios no subestimaron las capacidades técnicas del derecho como instrumento eficiente de dominación²⁰.

El derecho de menores, particularmente en su carácter de eficiente instrumento de control social, especialmente a través de su conocida “vocación” para la criminalización de la pobreza, convivió cómodamente con toda la política del autoritarismo y no sólo con su política social. La discrecionalidad omnímoda del derecho de menores, donde la legalidad consistía en la mera legitimación de lo “que crea más conveniente” el responsable de su aplicación, constituyó una fuente preciosa de inspiración para el derecho penal y constitucional del autoritarismo.

El uso proficuo del derecho por parte de los gobiernos autoritarios confirmó a los “sustancialistas”, en el momento de retorno a la democracia, la necesidad de relativizar

¹⁹ Barcellona, Pietro, 1997, p. 40.

²⁰ Para un análisis más detallado sobre las funciones específicas del derecho en el contexto de los autoritarismos de los 70 y los 80, cfr. entre otros, E. Garzón Valdés (1993), E. García Méndez (1987) N. Lechner (1977).

las capacidades transformadoras del derecho y, sobre todo, relativizar la calidad del vínculo entre derecho y democracia. La necesidad de que el derecho sólo refleje la realidad parece ser la reacción de los que niegan por meramente ideológico un derecho distinto a la realidad; en otras palabras, de los que explícitamente niegan las posibilidades del derecho como instrumento pedagógico y propuesta democrática de transformación social.

Infancia y Democracia

El nuevo derecho de la infancia-adolescencia en América Latina constituye en los hechos (y valga el juego de palabras, en el derecho) una desmentida rotunda a las profecías del realismo “sustancialista”. Desde el Estatuto de Brasil de 1990, hasta la nueva ley de infancia de Nicaragua aprobada en el parlamento en marzo de 1998, todas las leyes gestadas por los movimientos de lucha por los derechos de la infancia han sido profundamente negadoras de la realidad. Si se hubiera realizado el “*check reality*” pregonado por el “realismo sustancialista”, las recurrentes políticas de ajuste estructural y las erráticas políticas de seguridad producto de la alarma social por la delincuencia juvenil, hubieran determinado que todas estas leyes fueran no tanto (y sólo) inútiles sino además imposibles. En este libro se encuentran, también para desmentir al “realismo sustancialista”, las leyes, proyectos y anteproyectos “imposibles” de dieciséis países que se atrevieron a construir normas jurídicas que no reflejan la realidad sino que son mucho mejor que la realidad misma (se excluye de esta afirmación al Código de Menores de Colombia, y por eso el número de países se reduce a dieciseis). Leyes que, si bien nadie piensa como instrumentos mágicos, ni mucho menos suficientes para cualquier cambio profundo en las condiciones materiales de la infancia, han servido para ser entendidos como condición *sine qua non* de la mejora de la situación de niños y adolescentes y sobre todo de la calidad de nuestra vida democrática. Proyectos de ley que acabaron siendo, en la feliz expresión de Antonio Carlos Gomes da Costa, verdaderos proyectos de sociedad. Tal vez sea conveniente recordar aquí que, en este continente de paradojas, los que menos hacen son precisamente los hombres “prácticos y pragmáticos”, y no hacen nada porque emplean todo su tiempo en explicarnos “científicamente” el carácter ineluctable de lo existente; porque lo que es, es lo único que puede ser y lo que no es, lisa y llanamente no puede ser. Tal como lo afirma Alessandro Baratta, en este desprecio de la utopía, entendida particularmente en su dimensión de lo que “todavía no es”, se encuentra la explicación de una parte no poco importante de los problemas de nuestra democracia. De los niños –continúa afirmando Baratta– que no han perdido esta capacidad, porque todavía su mundo de vida, no ha sido colonizado por la razón cínica; tenemos, sin exageraciones ni demagogias, muchísimo que aprender²¹.

²¹ Cfr. El artículo de Alessandro Baratta sobre “Infancia y Democracia”.

El movimiento del nuevo derecho de la infancia no sólo espera un balance crítico (que ojalá sea externo a su lógica, a su cultura y a su funcionamiento), sino además una profunda reflexión relativa a sus potenciales consecuencias y a su carácter contaminante positivo (y si fuera el caso negativo) sobre el resto del derecho.

Derecho y realidad: el “aporte” del masoquismo institucional

Si en algún lugar el pensamiento regresivo tuvo (y en buena parte tiene todavía) un carácter hegemónico es en el campo del derecho. Hace ya algunos años (cuando imperaban en América Latina gobiernos abiertamente autoritarios), me ocupé específicamente del tema sosteniendo que la hegemonía jurídica constituía (también) para los grupos dominantes, una forma de recuperar el desgaste, consecuencia de las relaciones abiertas de dominación que se ejercían en el plano de lo político²². Pero si la afirmación anterior explica en parte las causas de la hegemonía jurídica, dice en cambio muy poco acerca de su contenido y manifestaciones concretas.

En pocas áreas de la vida social la hegemonía jurídica regresiva se ha manifestado con más fuerza (y eficacia) que en el área de la “política social para los más necesitados”. Más aún, no me parece exagerado reiterar que desde 1919, las leyes de menores han conducido, ideológica y materialmente, la política para los niños pobres en América Latina. Aunque resulta paradójico, la hegemonía jurídica del pensamiento regresivo se manifiesta (también) en la subestimación que del derecho y lo jurídico hacen sectores que políticamente se autoperceben como progresistas y –sin duda alguna– como modernizadores. Esta perspectiva, pero sobre todo este problema en América Latina, remite a la muy poco explorada con seriedad y detenimiento, relación entre derecho y realidad. Es así que la cultura garantista y democrática encuentra un obstáculo político-cultural considerable en algunas manifestaciones –recurrentes– del pensamiento “sustancialista” propio del paradigma de la ambigüedad.

La formulación de políticas, o lo que es peor, de propuestas legislativas en función de las deficiencias, de las omisiones, de las violaciones, en definitiva, de lo que no es, en vez de en función de lo que debería ser, ha tenido y tiene consecuencias negativas gravísimas sobre la cultura de los derechos y sobre la propia democracia (*mutatis mutandi* algo bastante similar puede decirse de las leyes y políticas que sólo se refieren a los excesos intolerables). Las leyes “protectoras” del niño trabajador constituyen, como ya se ha mencionado, un buen ejemplo de un error elevado al rango de política jurídica y social. De hecho, las leyes “protectoras” tienden objetivamente a legitimar, consolidar y, sin duda, también a reproducir en forma ampliada las violaciones y omisiones que la propia ley protectora pretende paliar.

²² E. García Méndez, 1987, pp. 231-242.

Relativizar también normativamente, una violación a los derechos consagrados en una norma jurídica de rango superior (ejemplo, la Convención o la propia Constitución), implica objetivamente renunciar al derecho como un instrumento eficaz que señale el camino para reducir y eliminar injusticias flagrantes y desigualdades intolerables. En este contexto, flexibilizar en forma “realista” la legislación para “proteger” al niño trabajador, por ejemplo, no se diferenciaría política o conceptualmente en nada, de suavizar las normas que castigan la violencia policial, utilizando el argumento de su alta frecuencia.

De modo similar que la relación derecho-pedagogía, también la percepción social de la relación derecho-realidad en América Latina exige un análisis crítico renovado.

La percepción social dominante respecto de la relación derecho-realidad es, sobre todo, la historia de sombrías profecías que –generalmente– se autorrealizan. La percepción “popular” proporciona algunos ejemplos que merecen una atención mucho más seria que la dispensada hasta ahora. Del “se acata pero no se cumple” al “para los amigos todo, para los enemigos la ley” (frase esta última que se atribuye a Getulio Vargas, pero que en realidad podría ser de tantos otros), existe una maciza continuidad negativa que, curiosamente, casi nunca se pone de manifiesto en los análisis que explican los problemas y fragilidad de nuestras democracias. Al análisis de las funciones específicas del derecho como mecanismo coactivo de integración social en el contexto de los gobiernos autoritarios²³ no le ha seguido, hasta ahora, un análisis similar en condiciones democráticas.

El pensamiento “sustancialista” ha contribuido a consolidar la visión de una relación perversa entre derecho y realidad. La percepción dominante de la relación entre condiciones materiales y condiciones jurídicas de la infancia, ofrece un ejemplo que merece una mención más explícita y profunda.

La experiencia de los procesos de reforma legislativa de estos últimos años (cuya historia y análisis crítico está contenido por primera vez en forma completa en esta publicación) demuestra que mientras en un país conviven condiciones materiales de la infancia graves y preocupantes (desnutrición, mortalidad infantil, detenciones ilegales y arbitrarias, etc.) con condiciones jurídicas similares, es decir, con leyes viejas y desprestigiadas (negadora del derecho, carentes de garantías o incluso técnicamente vergonzosas), la “opinión pública” (que como se sabe, muchas veces es la menos pública de las opiniones), tiende a ignorar la, en este caso, correspondencia entre derecho y realidad. Sin embargo, apenas un país donde las condiciones materiales de la infancia son graves aprueba una ley democrática en su proceso de producción y garantista en su contenido, comienza un proceso brutal de exigencias de naturaleza casi milagrosas a la nueva ley.

²³ Cfr. *Entre otros* (N. Lechner, 1977, E. Garzon Valdés 1993).

El hecho de que la nueva ley proponga condiciones materiales mucho mejores que las existentes es suficiente para su condena como utópica. Pero utópica, no en el sentido positivo de E. Bloch, quien entiende la utopía como “lo que todavía no es”, sino utópica en el sentido de despreciablemente imposible. Utopía negativa que se refiere –generalmente– a la impracticabilidad de la ley por la ausencia (total) de recursos de todo tipo, especialmente financieros. Como si las asignaciones presupuestarias, por otra parte casi siempre “sensibles” al clientelismo electoral, fueran inmunes a cualquier tipo de presión social.

En este contexto, hay un “sentido común latinoamericano” que se aproxima mucho a lo que –con una cierta ironía, aunque no mucha– podría denominarse masoquismo institucional. La reacción inmediata frente a una buena ley se expresa, muchas veces, en la frase “esta ley es demasiado buena para nosotros, esa es una ley para Suiza o para Suecia”.

Una visión como esta comete –como mínimo– un doble error. En primer lugar, subestima tanto el potencial carácter pedagógico de la ley, cuanto su condición de instrumento decisivo en la construcción de ciudadanía, sobre todo cuando es utilizado como herramienta técnico-política de cambio. En segundo lugar, este “realismo” antiutopista da por descontado el carácter inmodificable que ha asumido el capitalismo salvaje del ajuste estructural: desmonte de la política social y control férreo de las consecuencias del darwinismo social instaurado. Esta percepción no sólo es incorrecta. Desde cualquier perspectiva consecuente con la consolidación plena de una verdadera democracia, además es falsa. La subestimación del papel estratégico del derecho en un proceso positivo de cambio social no es principalmente consecuencia de la fragilidad de la democracia y sus instituciones. Es la fragilidad de la democracia y sus instituciones que son el resultado de la subestimación de las capacidades del derecho como forma democráticamente privilegiada de asegurar la justicia y la paz social. Por ello no me parece exagerado afirmar que, si no detenemos en el plano político, jurídico y cultural, los avances “realistas” del “sustancialismo”, corremos el riesgo de regresar a la situación imperante antes de la Revolución Francesa, cuando el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales dependía –explícitamente– de las condiciones materiales²⁴. Es decir, a una situación (ideal para los “sustancialistas”), en la que el derecho reflejaba fielmente la realidad.

Globalización, infancia y derechos humanos

La década de los '90, ha sido una década de cambios muy profundos en todos los ámbitos imaginables. El proceso de globalización ha modificado radicalmente el compromiso histórico entre Estado y mercado²⁵; más precisamente, se ha roto la inserción

²⁴ Sobre este punto en especial, cfr. S. Rodota (1997), especialmente pp. 130-131.

²⁵ Pietro Barcellona, 1997, p. 49.

en el mercado de trabajo como fundamento de la ciudadanía, base esta última del funcionamiento de la democracia moderna²⁶.

Pero si por un lado el fundamento de la ciudadanía no está más primordialmente referido a un cada vez mas volátil mercado de trabajo, en el ámbito de la democracia su fundamento –sobre todo luego del descrédito con el que las democracias “populares” marcaron a cualquier proyecto de soberanía popular– se ha ido desplazando cada vez con mas fuerza al plano de los derechos fundamentales del hombre²⁷.

La comprensión de los efectos reales de la globalización, sobre todo en el plano social, exige el abandono de cualquier forma de aproximación maniquea al problema. Además, si las bases de la ciudadanía y la democracia se encuentran en un proceso profundo de reformulación, la categoría infancia está lejos de ser una variable independiente o pasiva respecto de dichas transformaciones. La Convención no es sólo una carta magna de los derechos humanos de la infancia-adolescencia; es además, la base jurídica concreta para refundar un concepto de ciudadanía mas acorde con los tiempos.

Si por un lado, la “mano invisible del mercado” se encargó de destruir la “certeza” del trabajo como fundamento de la ciudadanía, por el otro, “la mano visible del derecho”, se está encargando de destruir la otra “certeza” que equiparaba y restringía el concepto de ciudadanía al mero ejercicio de algunos derechos políticos. Baste por ahora este ejemplo para mostrar el carácter profundamente contradictorio de las tendencias que emergen del proceso de globalización.

En el extraordinario artículo contenido en este libro, Alessandro Baratta explica cómo la Convención constituye al mismo tiempo causa y efecto de una nueva refundación del pacto social. Si, como es sabido, el pacto social de la modernidad se basó, muy particularmente, en la exclusión de los no ciudadanos (no propietarios, extranjeros, mujeres y niños), con cada crisis y ruptura de dicho pacto original, la presión social y el derecho jugaron un papel fundamental en la ampliación de sus bases de sustentación. Me parece importante recordar aquí que el “derecho” que ha jugado un papel fundamental en los movimientos de refundación del pacto, no ha sido sólo el derecho constitucional, sino también el civil y el de “menores”, término este último con el que en realidad todavía se denomina a los diversos estatutos de incapacidad de la infancia.

Del mismo modo que para la mujer²⁸, también la incapacidad política de la infancia está precedida por una incapacidad civil, la que a su vez se basa y legitima en una larga serie de incapacidades “naturales”, que el derecho de menores sólo se tomó el trabajo de “reconocer” y otorgar estatus “científico”.

²⁶ U. Beck (1997), pp. 21-25.

²⁷ Este es el planteo realizado por A. Touraine (1992), citado por S. Rodota (1997), p. 7.

²⁸ Para un análisis detallado sobre este problema pero en relación a la mujer cfr. el excelente libro de G. Zincone (1992).

Pero si el derecho autoritario cumplió un papel fundamental en la legitimación de las técnicas de exclusión, es necesario conocer ese derecho un poco más, no sólo en su contenido sino también en su forma. Si el contenido del derecho autoritario se deja reconocer por cualquiera en forma clara y explícita, no sucede lo mismo con su forma.

La forma autoritaria del derecho remite a su casuismo concreto, que en el caso del derecho de menores se refiere a la protección específica de personas pertenecientes a determinadas categorías (niños abusados sexualmente, maltratados, de la calle, trabajadores, privados de libertad, etc)²⁹. Por el contrario, la forma emancipatoria y constructora de ciudadanía para todos hace referencia al carácter abstracto y general de la ley.

Norberto Bobbio expresa en forma meridianamente clara esta “sutil” diferencia entre forma y contenido cuando afirma:

“Que la función igualadora de la ley dependa de su naturaleza de norma general que tiene por destinatarios no sólo un individuo sino una clase de individuos que puede ser constituida de la totalidad de los miembros del grupo social, está fuera de discusión. Justamente a causa de su generalidad una ley, cualquiera que esta sea, y por lo tanto independientemente de su contenido, no consiente, al menos en el ámbito de la categoría de sujetos a los cuales se dirige, ni el privilegio, es decir las disposiciones a favor de una sola persona, ni la discriminación, es decir las disposiciones en contra de una sola persona. Que luego existan leyes igualitarias y leyes inigualitarias es otro problema: un problema relativo no a la forma de la ley, sino a su contenido”³⁰.

Si el derecho de menores cumplió un papel (regresivo) fundamental, entre otras cosas por legitimar las excepciones a las garantías que el derecho constitucional ofrece a todos los seres humanos, un nuevo tipo de derecho constitucional inspirado en la Convención abre las puertas para una nueva reformulación del pacto social, con todos los niños y adolescentes como sujetos activos del nuevo pacto. Valga como ejemplo técnico jurídico el histórico artículo aprobado hace muy pocos meses –marzo de 1998– por la Convención Constituyente del Ecuador, consagrado en la nueva Constitución Nacional. Desvinculando el concepto de ciudadanía de la estrecha comprensión que lo reduce a un mero sinónimo de derecho al sufragio, el artículo 13 de la Constitución Política del Ecuador establece:

“Son ciudadanos todos los ecuatorianos y como tales gozan de los derechos establecidos en esta Constitución, que se ejercerá en los casos y con los requisitos que determine la ley”.

Estoy convencido de que la importancia de esta nueva refundación del concepto de ciudadanía difícilmente pueda ser subestimada.

²⁹ Ver la tendencia a juridificar categorías como estas, en el libro segundo del Código de la Familia y el Menor de Panamá.

³⁰ Cfr. Norberto Bobbio, 1995, pp. 176-177.

De su sentido original, revolucionario en relación al viejo orden feudal que sólo reconocía súbditos, pero excluyente de toda categoría distinta del macho, blanco, propietario y no extranjero, el contenido real del concepto de ciudadanía puede ser entendido también como un termómetro de la democracia. Tal como acertadamente lo sugiere Luigi Ferrajoli³¹, la idea y práctica de los derechos humanos constituye sin duda el instrumento más eficiente para cerrar progresivamente la brecha que separa a los derechos de (todos) los hombres de los derechos de (algunos) ciudadanos. Precisamente por ello, no es ocioso –ni mucho menos “ideológico”– entender la Convención y toda la serie de leyes y proyectos que en este libro se analizan, como instrumentos específicos de derechos humanos de todos los niños y los adolescentes. En este caso, la tarea de reconstrucción de la dignidad humana es doble. No se trata sólo de cerrar la brecha entre “hombres” y ciudadanos; se trata además de cerrar la brecha –para comenzar jurídica– entre niños y “menores”. En este sentido y sin ninguna exageración, este segundo proceso de reformas legislativas debe ser entendido (también) como la Revolución Francesa que con doscientos años de atraso llega a todos los niños y adolescentes.

Memoria del futuro: la infancia una cuestión de justicia

Durante siete décadas (1919-1990), las leyes de menores fueron mucho más que una epidermis ideológica y mero símbolo de un proceso de criminalización de la pobreza. Las leyes de menores fueron un instrumento determinante en el diseño y ejecución de la política social para la infancia pobre. Las leyes de menores fueron un instrumento (legal) determinante para legitimar la alimentación coactiva de las políticas asistenciales. La policía –en cumplimiento de las leyes de menores y simultáneamente en flagrante violación de los derechos y garantías individuales consagradas en todas las Constituciones de la región– se convirtió de hecho en el proveedor mayoritario y habitual de la clientela de las llamadas instituciones de “protección” o de “bienestar”.

Hasta la aparición del Estatuto del Niño y el Adolescente de Brasil en 1990, la “legalidad minorista” y las políticas asistencialistas caminaron en la misma dirección. Es sólo a partir de 1990, que la ley y el asistencialismo tomaron caminos opuestos. También por este motivo es que las nuevas leyes de la infancia no reflejan simplemente la realidad, sino que son mucho mejor que ella.

En los últimos años asistimos en América Latina a una disminución considerable en la calidad y cantidad de las políticas sociales básicas (salud y educación), que incluso ciertos formalismos no logran disimular. Para dar sólo un ejemplo, el acceso prácticamente “universal” a la educación primaria se ha obtenido a través de dos “variables de ajuste” que, por otra parte, a mediano plazo sólo han contribuido a agravar ulteriormente la situación: la reducción de las horas de clase y el salario

³¹ Cfr. Ferrajoli, Luigi, 1994, pp. 263-292.

de los maestros. A la disminución de las políticas sociales básicas le ha seguido un aumento de las llamadas políticas asistenciales o compensatorias, fenómeno que en forma equivocada algunos (yo mismo entre ellos) han atribuido apresuradamente a la mera disminución del volumen del gasto social. Pero si por un lado asistimos a esta tendencia preocupante y negativa desde el punto de vista de construcción de ciudadanía, por el otro, el nuevo derecho para la infancia ha tendido invariablemente (para decirlo en forma esquemática y resumida) a la separación neta entre problemas sociales y problemas específicamente vinculados a la violación de la ley penal. De un (no) derecho de la compasión-represión, se ha avanzado hacia un derecho de las garantías.

Es precisamente en este último punto donde se intersecta el tema de la infancia, no sólo con el tema de la ley, sino muy especialmente con el tema mayor de la democracia.

Lo que sucede es que el deterioro y disminución de la calidad y cantidad de las políticas sociales básicas no se deja explicar por meros motivos económicos. Mas allá de las dificultades crecientes para la determinación del volumen real del gasto social, la tendencia señalada anteriormente se verifica incluso en la –paradójica– situación de aumento del gasto social. “El gasto social se ha vuelto sumamente sensible a los ciclos electorales” se afirma elegantemente en un excelente artículo sobre el tema³². Es que el aumento de la cobertura de las políticas asistenciales y la disminución de las políticas sociales básicas parece explicarse con una lógica mucho más política que económica. También aquí el concepto de discrecionalidad resulta central para entender este fenómeno. Mientras las políticas sociales básicas tienden a ser percibidas como una obligación del Estado de las cuales los ciudadanos, en cuanto tales, se sienten acreedores de un derecho, las políticas asistenciales resultan mucho más percibidas como prerrogativas de un gobierno (cuando no de un partido) frente a las cuales el ciudadano se transforma en cliente y el servicio en dádiva.

Posiblemente resulta más claro ahora entender que cualquier reducción de los ámbitos de la discrecionalidad resulta directamente proporcional al aumento de los espacios reales de la democracia. La historia y la experiencia confirman que no existe un solo ejemplo consistente que demuestre que la discrecionalidad (predominio de cualquier tipo de condición subjetiva) haya efectivamente funcionado (tal como debería ser, si nos atenemos a su discurso declarado) en beneficio de los sectores más débiles o vulnerables. En conclusión, la focalización, que es la forma “técnicamente natural” que asumen las políticas asistenciales, cuando no resulta estrictamente necesaria, se convierte no sólo en parte de los problemas que aquejan a la política social sino, lo que es aun mucho peor, en un serio problema para el propio desarrollo democrático.

³² Cfr. Bustelo, E-Minujin, A., 1997.

Sólo si tomamos en consideración los siglos transcurridos en la historia de la “protección” de la infancia, no resulta difícil darse cuenta de que el proceso de construcción de su ciudadanía apenas está comenzando con ejemplos que sería un grave error subestimar, como el de la reciente Constitución ecuatoriana. El enfoque esquizofrénico de la compasión-represión perdura todavía hoy en muchas cabezas y en algunas pocas leyes; de lo que no cabe duda en cambio es de que el presente y el futuro de la infancia ya son una cuestión de justicia.

Bibliografía

- Baratta Alessandro (1995), “La niñez como arqueología del futuro”. En *El Derecho y los Chicos*. Ed. Espacio, Buenos Aires.
- Barcellona Pietro (1997), *Politica e Passioni*. Ed. Bollati Boringhieri, Turin.
- Beck Ulrich (1997), “Kinder der Freiheit : Wider das Lamento ueber den Werteverfall”. En *Kinder der Freiheit*, edición a cargo de Ulrich Beck. Ed. Suhrkamp, Frankfurt am Main.
- Bobbio Norberto (1995), *Il futuro della democrazia*. Ed. Einaudi, Turin.
- Bustelo Eduardo- Minujin Alberto (1997), *La política social esquivada*. Oficina Regional de UNICEF para América Latina y el Caribe, Santa Fe de Bogotá.
- Cunningham Hugh (1997), *Storia dell'Infanzia*. Ed. Il Mulino, Bolonia.
- Ferrajoli Luigi (1989), “Diritto e Ragione. Teoría del garantismo penale”. Ed. Laterza, Bari.
- Ferrajoli Luigi (1994), “Dai diritti del cittadino ai diritti della persona”. En *Cittadinanza*, edición a cargo de Danilo Zolo, Ed. Laterza, Bari.
- García Méndez Emilio (1987), *Autoritarismo y Control Social*. Ed. Hammurabi, Buenos Aires.
- García Méndez Emilio-Carranza Elías (1990), *Infancia, adolescencia y control social en América Latina*. Ed. Depalma, Buenos Aires.
- García Méndez Emilio-Carranza Elías (1992), *Del Revés al Derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina*. Ed. Galerna, Buenos Aires.
- García Méndez Emilio (1997a), *Derecho de la Infancia Adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral*. Ed. Forum Pacis, Ibagué (2^{da} edición).
- García Méndez Emilio (1997b) “Ciudadanía da Crianca: A Revolução Francesa com 200 años de atraso”. En *Inscrita*. Revista del Consejo Federal del Serviço Social, Rio de Janeiro, Brasil.

- Garzón Valdés Ernesto (1993), "Las funciones del derecho en América Latina". En *Derecho, Ética y Política*, recopilación de artículos de Ernesto Garzón Valdés. Ed. Centro de Estudios Constitucionales, Madrid.
- Gomes da Costa Antonio (1992), "Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano-adolescente". En *Del Revés al Derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina*, E. García Méndez-E. Carranza, Organizadores. Ed. Galerna, Buenos Aires.
- Rodota Stefano (1997), *Libertà e Diritti in Italia, dall'unità ai giorni nostri*. Ed. Donzelli, Roma.
- Seda Edson (1992), "Evolución del derecho brasileño del niño y del adolescente". En *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina*, E. García Méndez-E. Carranza, Organizadores. Ed. Galerna, Buenos Aires.
- de Souza Santos Boaventura (1991), "Una cartografía simbólica de las representaciones sociales: prolegómenos a una concepción posmoderna del derecho". En *Estado, Derecho y Luchas Sociales*, de B. De Sousa Santos. Ed. Ilsa, Bogotá.
- Weiner Myron (1991), *The Child and the State in India*, Princeton. Ed. Princeton University Press.
- Zincone Giovanna (1992), *Da Sudditi a Cittadini*. Ed. Il Mulino, Bolonia.

LUCES Y SOMBRAS DE LA OPINIÓN CONSULTIVA 17 DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: "CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS HUMANOS DEL NIÑO"

MARY BELOFF*

"Terzian consideraba, por el contrario, que no había otra alternativa a la abolición del T. M. Este organismo, en espera de su desaparición, tenía una única posibilidad de reconvertir sus funciones: traducir en sentencias y provisiones de denuncia la inconstitucionalidad de la mayor parte de las instituciones de menores, por representar un obstáculo y un límite a la libertad y a la igualdad de muchos ciudadanos, y un impedimento concreto al desarrollo de su personalidad y de su efectiva participación social".

*Gaetano De Leo, La justicia de menores***

“¿Qué es la libertad para aquellos que no pueden usarla? Sin las condiciones adecuadas para el uso de la libertad, ¿cuál es el valor de ésta? Lo primero es lo primero. (...) A mí me parece que lo que preocupa a la conciencia de los liberales occidentales no es que crean que la libertad que buscan los hombres sea diferente en función de las condiciones sociales y económicas que éstos tengan, sino que la minoría que la tiene la haya conseguido explotando a la gran mayoría que no la tiene o, por lo menos, despreocupándose de ella. Creen, con razón, que si la libertad individual es un último fin del ser humano, nadie puede privar a nadie de ella, y mucho menos aún deben disfrutarla a expensas de otros. Igualdad de libertad, no tratar a los demás como yo no quisiera que ellos me trataran a mí, resarcimiento de mi deuda a los únicos que han hecho posible mi libertad, mi prosperidad y mi cultura; justicia en su sentido más simple y más universal: éstos son los fundamentos de la moral liberal. La libertad no es el único fin del hombre. (...) yo puedo decir que si otros han de estar privados de ella (...) entonces no la quiero para mí (...). Pero con una confusión de términos no se gana nada. Yo estoy dispuesto a sacrificar parte de mi libertad, o toda ella, para evitar

* Abogada, profesora de la Universidad de Buenos Aires.

* Agradezco a mis colegas de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, María Laura Clérico y Julieta Di Corletto, su atenta lectura del texto original y sus lúcidas observaciones. Se ha optado por transcribir gran parte de la OC 17 ya que no será publicada conjuntamente con este análisis.

** Recuerda De Leo las Actas de la Convención de Abano de 1975, en la que la voz de Hrayr Terzian fue de las más críticas frente a aquellas que reclamaban una apertura y modernización de la justicia tutelar. En italiano en el original *La giustizia dei minori*, Ed. Einaudi, Torino, 1981; en castellano, traducción de Carlos González Zorrilla, Ed. Teide, Barcelona, 1985, p. 85. Por T. M. debe entenderse Tribunal de Menores.

que brille la desigualdad o que se extienda la miseria. Yo puedo hacer esto de buena gana y libremente, pero téngase en cuenta que al hacerlo es libertad lo que estoy cediendo, en aras de la justicia, la igualdad, o el amor a mis semejantes. Debo sentirme culpable, y con razón, si en determinadas circunstancias no estoy dispuesto a hacer este sacrificio. Pero un sacrificio no es ningún aumento de aquello que se sacrifica (es decir, la libertad), por muy grande que sea su necesidad moral o su compensación. Cada cosa es lo que es: la libertad es libertad, y no igualdad, honradez, justicia, cultura, felicidad humana o conciencia tranquila. Si mi libertad, o la de mi clase o nación, depende de la miseria de un gran número de otros seres humanos, el sistema que promueve esto es injusto e inmoral. Pero si yo reduzco o pierdo mi libertad con el fin de aminorar la vergüenza de tal desigualdad, y con ello no aumento materialmente la libertad individual de otros, se produce de manera absoluta una pérdida de libertad. Puede que ésta se compense con que se gane justicia, felicidad o paz, pero esa pérdida queda, y es una confusión de valores decir que, aunque vaya por la borda mi libertad individual ‘liberal’ aumenta otra clase de libertad: la libertad ‘social’ o ‘económica’”.

*Isaiah Berlin, Cuatro ensayos sobre la libertad****

*** *En Berlin, Isaiah, Four essays on liberty, Oxford University Press, 1969; en español Cuatro ensayos sobre la libertad, Ed. Alianza, Madrid, 1988, pp. 194-195.*

I. Introducción

El 28 de agosto de 2002 la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹ emitió –en ejercicio de su función consultiva prevista por el art. 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos–², a pedido de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³, la Opinión Consultiva 17⁴ a la que denominó “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”⁵.

La importancia de esta opinión consultiva es evidente: por primera vez, en ejercicio de su función consultiva, la Corte reconoció al niño como sujeto de derecho. En palabras del voto concurrente del juez Cançado Trindade:

“Es éste, a mi juicio, el *leitmotiv* que permea toda la presente Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no titubea en afirmar que todos los seres humanos independientemente de su condición existencial, son sujetos de derechos inalienables, que le son

¹ En adelante la Corte.

² En adelante la Convención Americana, la CADH o Pacto de San José.

³ En adelante la Comisión.

⁴ En adelante OC 17.

⁵ Me parece importante recordar algunas circunstancias personales vinculadas con la historia de esta opinión consultiva.

En 1999 recibí la visita de un abogado especialista de la Comisión, Osvaldo Kreimer, por derivación de la Prof. Dra. Mónica Pinto. Él estaba interesado en conversar acerca del perfil que se podía dar a la Relatoría de la Niñez de la Comisión, creada poco tiempo antes, en octubre de 1998, durante el período 100 de sesiones. En esos primeros meses se había acordado que la Relatoría se dedicara a temas vinculados con la “especialización y profesionalización de la Justicia de Menores” y con la “explotación de los niños en sus distintas formas” (cf. Informe final del primer Comisionado Relator Helio Bicudo). Al tomar conocimiento de los objetivos trazados para la Relatoría, le manifesté mi inquietud dado que, a mi juicio, tales incumbencias correspondían prioritariamente en el ámbito regional al Instituto Interamericano del Niño; no obstante le señalé que el sistema interamericano podía –y debía– coadyuvar en la tarea de proteger los derechos de la infancia en la región desde sus funciones específicas y no superponiéndose con otras agencias del sistema regional o universal. En particular, le indiqué que me parecía importante que el sistema interamericano colaborara en la difícil tarea de impugnar la validez de las normas tutelares desde el punto de vista constitucional y de los estándares más modernos de derechos humanos, ya que los tribunales nacionales no lo hacían (ver, en este sentido, Beloff, Mary; La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno, en Abregú, M. y Courtis, C. (comps.), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales, 1ª reimp., Ed. Del Puerto/Cels, Buenos Aires, 2004, pp. 623 y siguientes (incluido en una versión reducida como Capítulo II de este libro).

En cierto sentido, la irrupción de la infancia en el ámbito regional era la culminación de un proceso que se había gestado un tiempo atrás. Usar el sistema interamericano de protección de derechos humanos para la protección y promoción de los derechos humanos de la infancia en la región requería reunir a personas que hasta entonces no habían trabajado conjuntamente: la gente del “mundo de la infancia” con la del “mundo de los derechos humanos”. Requería también, fundamentalmente, entender la protección a la infancia como protección de derechos humanos.

Esa reunión ocurrió en 1998, en oportunidad de un seminario organizado por la Universidad de Notre Dame, en el que participaron, a los fines que aquí interesan, Emilio García Méndez, Juan Méndez, Ariel Dulitzky y la suscripta. Allí comenzó una conversación que culminó en la organización en 1999 del I Curso Interamericano sobre Derechos de la Niñez y Derechos Humanos, que fue posible gracias al apoyo de UNICEF y tuvo lugar en el Instituto Interamericano de Derechos Humanos.

De modo que, sentadas ya las bases de un trabajo en común entre quienes tradicionalmente habían encarado sus prácticas por separado, me pareció que una buena idea para la flamante Relatoría sería explorar, a través de sus funciones específicas, de qué modo podía sumarse al extraordinario proceso de reformas legales e institucionales que se había dado en la región a partir de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño por todos los países latinoamericanos.

En esa línea se desarrolló la conversación de la que hablaba al comienzo y así surgió la idea de utilizar la función consultiva de la Corte para que se pronunciara sobre un tema clave en esta materia, cual es el de los límites a la obligación de protección del Estado hacia los niños.

Esta idea tomó vida propia y se formalizó finalmente en el pedido de la Comisión a la Corte, muy problemático por cierto, como se verá más adelante.

Finalmente, tuve el honor de representar a la Comisión en la audiencia del 21 de junio de 2002.

En qué medida mi involucramiento personal en el proceso de producción de la Opinión Consultiva 17 puede influir el análisis que sigue queda librado al lector. He hecho el mejor intento para que la influencia sea nula, pero evidentemente llega a punto en el que eso ya no depende de ningún esfuerzo consciente. No obstante, el lector ya está advertido.

inherentes (párr. 41), y en subrayar el imperativo de atender a las necesidades del niño ‘como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección’ (párr. 28)”⁶.

La OC 17 es la segunda señal que la Corte Interamericana emite en el sentido de reunir al mundo de los derechos humanos con el mundo de la infancia. La primera había sido su decisión en el caso “Villagrán Morales”, antecedente directo de la opinión que aquí se analiza⁷.

En oportunidad de comentar la sentencia de fondo en el caso “Villagrán Morales” sostuve que quedaba pendiente conocer qué entendía la Corte por “medidas especiales de protección” y cómo ella interpretaba las leyes anteriores a la Convención sobre Derechos del Niño⁸ que preveían “medidas especiales de protección” restrictivas o violatorias de muchos de los derechos reconocidos por ese mismo tratado a los niños. Tal como señalé allí, la lucha por los derechos de los niños en el plano del derecho necesitaba de la reforma legal pero también de sentencias, tanto en el plano nacional cuanto internacional, que reconocieran la protección a la infancia como un problema jurídico, diferente de los problemas relacionados con las reacciones frente a los delitos cometidos por niños⁹.

En lo que sigue intentaré demostrar que, pese a su valor evidente, la OC 17 no logró avanzar de manera significativa en la definición de las características jurídicas de la protección a la infancia en nuestra región. Para ello, en primer lugar, analizaré el pedido inicial de la Comisión, que como intentaré dejar claro fue, por lo menos, impreciso, confuso e incompleto; en segundo lugar ingresaré al análisis de la OC 17 por la puerta trasera, esto es, por el voto en disidencia que, en mi opinión, correctamente resolvió el tema desde el punto de vista técnico-jurídico aunque no desde el punto de vista político-institucional, el voto del juez Jackman. En tercer lugar, abordaré la opinión principal en la OC 17. En cuarto lugar analizaré el voto más sofisticado, que revela mejor y mayor conocimiento de las cuestiones implicadas explícita e implícitamente en este pedido de opinión consultiva, pero que lamentablemente –a pesar de su fina percepción de lo que estaba en juego–, se quedó a mitad de camino. Me refiero al voto del juez García Ramírez. En quinto lugar, me dedicaré a analizar el voto del juez Cançado. Finalmente, haré referencia a las conclusiones compartidas por todos los votantes menos por el juez Jackman, quien se pronunció en contra de la admisión del pedido de la Comisión.

⁶ Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 40.

⁷ La Corte Interamericana dictó tres sentencias en este caso. El 11 de septiembre de 1997 dictó la sentencia sobre las excepciones preliminares, el 19 de noviembre de 1999 resolvió sobre el fondo del asunto y el 26 de mayo de 2001 dictó sentencia sobre las reparaciones.

⁸ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en la ciudad de Nueva York el 20 de noviembre de 1989, en adelante la CDN.

⁹ Ver sobre este caso Beloff, Mary, 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”), en “¿Más derecho?”, Ed. Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2000-I, pp. 395 y siguientes, incluido con modificaciones como Capítulo III de este libro.

En síntesis, intentaré demostrar que la Corte Interamericana perdió una nueva oportunidad de fijar con precisión cuáles son los límites que el Estado debe observar cuando, en ejercicio del artículo 19 de la Convención Americana, aplica “medidas de protección” a un niño.

II. El comienzo de los problemas: el confuso pedido de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (o acerca de cómo formular mejores preguntas)

El 30 de marzo de 2001 la Comisión pidió a la Corte que emitiera una opinión consultiva, con un doble objetivo; por un lado, le solicitó que interpretara los artículos 8¹⁰ y 25¹¹ de la Convención Americana, “con el propósito de determinar si las medidas especiales establecidas en el artículo 19 de la misma Convención constituyen ‘límites al arbitrio o a la discrecionalidad de los Estados’ en relación a niños...”; y por el otro, le solicitó la *formulación de criterios generales válidos sobre la materia* dentro del marco de la Convención Americana (destacado agregado)¹².

¹⁰ Artículo 8. Garantías Judiciales

1. Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.
2. Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad. Durante el proceso, toda persona tiene derecho, en plena igualdad, a las siguientes garantías mínimas:
 - a. derecho del inculcado de ser asistido gratuitamente por el traductor o intérprete, si no comprende o no habla el idioma del juzgado o tribunal;
 - b. comunicación previa y detallada al inculcado de la acusación formulada;
 - c. concesión al inculcado del tiempo y de los medios adecuados para la preparación de su defensa;
 - d. derecho del inculcado de defenderse personalmente o de ser asistido por un defensor de su elección y de comunicarse libre y privadamente con su defensor;
 - e. derecho irrenunciable de ser asistido por un defensor proporcionado por el Estado, remunerado o no según la legislación interna, si el inculcado no se defendiere por sí mismo ni nombrare defensor dentro del plazo establecido por la ley;
 - f. derecho de la defensa de interrogar a los testigos presentes en el tribunal y de obtener la comparecencia, como testigos o peritos, de otras personas que puedan arrojar luz sobre los hechos;
 - g. derecho a no ser obligado a declarar contra sí mismo ni a declararse culpable, y
 - h. derecho de recurrir del fallo ante juez o tribunal superior.
3. La confesión del inculcado solamente es válida si es hecha sin coacción de ninguna naturaleza.
4. El inculcado absuelto por una sentencia firme no podrá ser sometido a nuevo juicio por los mismos hechos.
5. El proceso penal debe ser público, salvo en lo que sea necesario para preservar los intereses de la justicia”.

¹¹ Artículo 25. Protección Judicial

1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados partes se comprometen:
 - a. a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
 - b. a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
 - c. a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso”.

¹² Esta formulación presenta varios problemas, como correctamente señaló el juez Jackman en su voto disidente, que serán analizados más adelante.

En principio la Comisión acertó en su planteo del problema en cuanto sostuvo que:

“[e]n distintas legislaciones y prácticas de los países americanos, la vigencia de los derechos y garantías reconocidos en los artículos 8 y 25 por la Convención Americana no es plena respecto a los niños como sujetos y actores en jurisdicción penal, civil y administrativa, por asumirse que la obligación de protección por el Estado para suplir la falta de plenitud de juicio de los menores, puede hacer pasar a segundo plano dichas garantías. Eso implica que los derechos de los menores de edad a las garantías judiciales y a la protección judicial pueden ser menoscabados o restringidos. Por ende también otros derechos reconocidos cuya vigencia depende de la efectividad de las garantías judiciales como los derechos a la integridad personal, a la libertad personal, a la protección de la honra y la dignidad, y a la protección de la familia”¹³.

Si bien la redacción es algo oscura, creo que es posible interpretar lo que la Comisión intentó plantear. La Comisión sostuvo acertadamente que las leyes y prácticas de los países de la región violan o restringen los derechos de los niños contenidos en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, debido a la primacía de la función de “protección estatal” (interpreto protección en clave tutelar¹⁴) por sobre estos derechos¹⁵. La Comisión afirmó además que “la obligación de protección por el Estado” tiene lugar “para suplir la falta de plenitud de juicio de los menores”. Parece desprenderse de esta aserción que a juicio de la Comisión el fundamento para el ejercicio de las facultades tutelares estatales es exclusivamente la incapacidad de las personas menores de edad; pero esto no es así, o lo es sólo en parte e indirectamente. No es la incapacidad en sí la que autoriza la intervención estatal ilimitada; en la lógica tutelar es la falta o inidoneidad de los representantes legales del incapaz la que pone en marcha el dispositivo tutelar.

¹³ Cf. OC 17/2002, párr. 2.

¹⁴ En este comentario utilizo la expresión “tutelar” para referirme al sistema de protección a los menores implementado a partir de la ley 10.903 de Argentina, la Ley de Patronato de Menores –primera en su tipo en América Latina–, hasta la incorporación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño a los sistemas jurídicos regionales, en 1990-1991. La palabra tutelar tiene muchos significados pero curiosamente la primera acepción del Diccionario de la Real Academia Española es, como sustantivo, la autoridad que, en defecto de la paterna o materna se confiere para “curar” de la persona y los bienes de aquel que por menoría de edad, o por otra causa, no tiene completa capacidad civil. En otras acepciones el mismo Diccionario da como ejemplo: “juez tutelar”. De modo que la palabra está originalmente vinculada con la protección de incapaces. El uso extensivo, como sinónimo de protección, no es su primer significado.

¹⁵ Adviértase cómo este problema fue planteado de manera muchísimo más clara en el caso más famoso de toda la historia de la justicia de menores, *In re “Gault”* (387 U.S. 1; 87 S. Ct. 1428): “... These results were to be achieved, without coming to conceptual and constitutional grief, by insisting that the proceedings were not adversary, but that the state was proceeding as *parens patriae*. The Latin phrase proved to be a great help to those who sought to rationalize the exclusion of juveniles from the constitutional scheme; but its meaning is murky and its historic credentials are of dubious relevance. The phrase was taken from chancery practice, where, however, it was used to describe the power of the state to act in *loco parentis* for the purpose of protecting the property interests and the person of the child. But there is no trace of the doctrine in the history of criminal jurisprudence. At common law, children under seven were considered incapable of possessing criminal intent. Beyond that age, they were subjected to arrest, trial, and in theory to punishment like adult offenders. In these old days, the state was not deemed to have authority to accord them fewer procedural rights than adults.

The right of the state, as *parens patriae*, to deny to the child procedural rights available to his elders was elaborated by the assertion that a child, unlike an adult, has a right ‘not to liberty but to custody’. He can be made to attend to his parents, to go to school, etc. If his parents default in effectively performing their custodial functions—that is, if the child is ‘delinquent’—the state may intervene. In doing so, it does not deprive the child of any rights, because he has none. It merely provides the ‘custody’ to which the child is entitled. On this basis, proceedings involving juveniles were described as ‘civil’ not ‘criminal’ and therefore not subject to the requirements which restrict the state when it seeks to deprive a person of his liberty.

Se trata de un problema entre los diferentes representantes legales del incapaz (padres, tutores, curadores), no de la incapacidad del menor en sí.

En resumen, es posible interpretar que la Comisión entendió que el Estado pretende suplir la incapacidad de las personas menores de edad mediante la adopción de medidas de protección, sin reconocerles los derechos y garantías básicamente judiciales consagrados en la Convención Americana. Es una simplificación inadecuada del problema aunque comprensible como una primera aproximación al tema.

Para ayudar a la Corte en su tarea, la Comisión manifestó que existen ciertas “premisas interpretativas” que las autoridades estatales aplicarían al momento de dictar medidas especiales de protección, premisas que tenderían al debilitamiento de las garantías judiciales de los niños. Estas premisas (“medidas” sostiene la Corte que afirma la Comisión, y así comienzan las confusiones) son las siguientes:

- a. Los menores son incapaces de juicio pleno sobre sus actos y por consiguiente su participación por sí o a través de sus representantes se reduce o anula tanto en lo civil como en lo penal.
- b. Esa carencia de juicio y personería es presumida por el funcionario judicial o administrativo, que, al tomar decisiones que entiende basadas en lo que considera los ‘mejores intereses del niño’, deja en segundo plano esas garantías.
- c. Las condiciones del entorno familiar del niño (situación económica y de integración familiar, falta de recursos materiales de la familia, situación educacional, etc.) pasan a ser factores centrales de decisión respecto al tratamiento cuando un niño o adolescente es puesto bajo la jurisdicción penal o administrativa para decidir su

Accordingly, the highest motives and most enlightened impulses led to a peculiar system for juveniles, unknown to our law in any comparable context. The constitutional and theoretical basis for this peculiar system is –to say the least– debatable. And in practice (...) the results have not been entirely satisfactory. Juvenile Court history has again demonstrated that unbridled discretion, however benevolently motivated, is frequently a poor substitute for principle and procedure”.

[“... Estos resultados debían ser alcanzados, sin fracasar desde el punto de vista constitucional y conceptual, mediante la insistencia en que los procedimientos no eran adversariales sino que el Estado actuaba como parens patriae. La frase en latín resultó de gran ayuda para aquellos que buscaban racionalizar la exclusión de los jóvenes del esquema constitucional; pero su significado es tenebroso y sus credenciales históricas son de relevancia dudosa. La frase fue tomada de la práctica de las antiguas cortes de equidad inglesas [Nota de la autora: tribunal que administraba justicia conforme las formas y los principios de la equidad por oposición a las rígidas prescripciones del common law] donde, sin embargo, era usada para describir el poder del Estado para actuar en lugar de los padres con el fin de proteger los intereses de propiedad y la persona del niño. Pero no hay huella de la doctrina en la historia de la jurisprudencia criminal. En el common law, los niños menores de siete años eran considerados incapaces de poseer intención criminal. Más allá de esa edad, ellos eran sometidos a arresto, juicio y en teoría a castigo al igual que los delincuentes adultos. En aquellos viejos tiempos no se consideraba que el Estado tuviera autoridad para acordarles menos derechos procesales que a los adultos.

El derecho del Estado, como parens patriae, para negar al niño derechos procesales disponibles para sus mayores fue elaborado a partir de la afirmación de que un niño, a diferencia de un adulto, tiene el derecho ‘no a la libertad sino a la custodia’. Él puede ser obligado a regresar con sus padres, a ir a la escuela, etc. Si sus padres fallan en ejecutar efectivamente sus funciones custodiales –esto es, si el niño es ‘delincuente’– el Estado puede intervenir. Al hacerlo, no priva al niño de ningún derecho porque él no los tiene. Simplemente provee la ‘custodia’ a la que el niño tiene derecho. Sobre esta base, los procedimientos vinculados con jóvenes fueron caracterizados como ‘civiles’ y no ‘criminales’, y por lo tanto no sometidos a los requerimientos que restringen al Estado cuando procura privar a una persona de su libertad.

De este modo, los motivos más elevados y los impulsos más iluminados condujeron a un peculiar sistema para jóvenes, desconocido para nuestro derecho en cualquier otro contexto comparable. La base constitucional y teórica para este sistema peculiar es –por decir lo mínimo– discutible. Y en la práctica (...) los resultados no han sido enteramente satisfactorios. La historia de la Corte Juvenil ha nuevamente demostrado que la discrecionalidad desenfrenada, por más benevolentemente motivada que esté, es con frecuencia un pobre sustituto de los principios y del procedimiento” [traducción propia].

responsabilidad y su situación en relación con una presunta infracción, o para la determinación de medidas que afectan derechos como el derecho a la familia, a la residencia o a la libertad.

- d. La consideración de que el menor está en situación irregular (abandono, deserción educativa, falta de recursos de su familia, etc.) puede usarse para intentar justificar la aplicación de medidas normalmente reservadas como sanción para figuras delictivas aplicables sólo bajo debido proceso”.

Estas “premisas interpretativas” describen con relativa precisión el funcionamiento de los dispositivos administrativos y judiciales latinoamericanos para la “minoridad”; *pero la formulación de la Comisión refleja el mismo problema que trata de describir: confunde los aspectos vinculados con la imputación de un delito a un niño, con los problemas vinculados con su protección.* Es verdad que en las leyes tutelares y en la práctica ambos niveles se confunden, ya que el delito es, según esta concepción, un “síntoma” de la “situación irregular” o de “riesgo” en la que se encuentra el menor de edad¹⁶; pero a los efectos del planteo del problema a resolver, hubiera sido importante que, desde el principio, la Comisión explicara que la reacción estatal frente al delito y frente a violaciones de derechos de un niño son asuntos diferentes, que merecen abordajes diferentes y en los que los derechos y garantías operan de manera diferente.

De aquí en más esta confusión, propia del razonamiento tutelar, no va a ser aclarada y va a constituirse, si no en el *leitmotiv*, en una característica fundamental de la OC 17, ya que la Corte nunca precisó lo que le fue presentado de manera equívoca. Hubiera sido un mérito relevante de esta opinión consultiva que la Corte no reprodujera los confusos planteos contenidos en el requerimiento de la Comisión; sin embargo –como se tratará de demostrar– ello no sucedió.

La Comisión, por último, pidió a la Corte que se pronunciara específicamente “sobre la compatibilidad” de algunas “medidas especiales” (de protección entendemos, ya que el sentido de la consulta es en relación con el art. 19 de la Convención Americana) adoptadas por algunos Estados respecto de los menores de edad, con los artículos 8 y 25 de la Convención Americana, a saber:

- a) la separación de jóvenes de sus padres y/o familia por considerarse, al arbitrio del órgano decisor y sin debido proceso legal, que sus familias no poseen condiciones para su educación y mantenimiento;
- b) la supresión de la libertad a través de la internación de menores en establecimientos de guarda o custodia, por considerárselos abandonados o proclives a caer en situaciones de riesgo o ilegalidad; causales que no configuran figuras delictivas sino condiciones personales o circunstanciales del menor[;]

¹⁶ Cf. De Leo, *La giustizia dei minori*, cit.; Platt, Anthony, *The Child Savers, The invention of delinquency*, 1ª ed., *The University of Chicago Press, Chicago, 1969*, trad. al castellano de la 2ª ed., *Los salvadores del niño. La invención de la delincuencia*, Ed. Siglo XXI, México, 1982, entre otros.

- c) la aceptación en sede penal de confesiones de menores obtenidas sin las debidas garantías;
- d) la tramitación de juicios o procedimientos administrativos en los que se determinan derechos fundamentales del menor, sin la garantía de defensa del menor[; y]
- e) [l]a determinación en procedimientos administrativos y judiciales de derechos y libertades sin la garantía al derecho de ser oído personalmente y la no consideración de la opinión y preferencias del menor en esa determinación”¹⁷.

Con una rápida lectura se advierte que, en realidad, “medida especial” o “medida de protección” sólo es la descrita en el inciso b, esto es, la internación o internamiento del niño en establecimientos de guarda o custodia¹⁸.

A esta altura es importante señalar que resulta incomprensible que la Comisión no haya incluido en su pedido el art. 7¹⁹ de la Convención Americana (que retoma en detalle la CDN en su art. 37²⁰), cuando un tema emblemático entre las violaciones a los derechos humanos de los niños en la región es el uso *indiscriminado* e *ilegal* de la privación de la libertad. El encierro de niños es *indiscriminado* porque se aplica por

¹⁷ Cf. OC 17/2002, párr. 4.

¹⁸ Me refiero obviamente a una “medida de protección” dentro de la lógica tutelar. Desde un enfoque de derechos no puede admitirse como regla que se proteja a un niño privándolo de su libertad; pero esto es parte de lo que hubiera sido deseable que la Corte dijera claramente y no dijo.

¹⁹ Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.

2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.

3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.

4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.

5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.

6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.

7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios”.

²⁰ 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 sea 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 sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda;

c) Todo niño privado de libertad sea 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 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 otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción” (destacado agregado).

igual a niños que se encuentran en supuestos fácticos completamente diferentes que se extienden desde víctimas a autores de delitos, desde adictos hasta niños sin familia, etc. Es *ilegal* porque, aun cuando leyes formalmente vigentes lo autoricen bajo los eufemísticos títulos de internamiento, depósito o custodia, el uso generalizado de la privación de libertad para “proteger” niños es contrario a las prescripciones de las constituciones nacionales y los tratados de derechos humanos que rigen la materia, todos los cuales autorizan el uso de privación de libertad para niños sólo cuando se trata de adolescentes declarados responsables de la comisión de delitos graves. Estas conclusiones requieren también entender al castigo o pena en sentido material y no formal, superando lo que la criminología ha llamado “el fraude de etiquetas”; y, además, requiere que se utilice la definición de privación de libertad contenida en la Regla 11.b de las Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los Menores privados de Libertad 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”.

Por qué la Comisión no incluyó el artículo 7 junto con los artículos 8 y el 25 como límites al Estado al aplicar medidas de protección es incomprensible. En particular, llama la atención esta omisión en un pedido concentrado más en los aspectos materiales de las violaciones a los derechos de los niños en la región –entre las cuales el encierro de niños ocupa un lugar tristemente célebre–, que en los problemas específicamente normativos. Una explicación para la omisión pudo haber sido que como teóricamente no es posible proteger a un niño privándolo de su libertad, no hacía falta pronunciarse sobre ello; pero la realidad de la región revela que por décadas la “medida de protección” por excelencia ha sido la privación de la libertad²¹. De ser ésta la razón de la omisión –que dudo–, la Comisión debió al menos dar alguna explicación al respecto. En este caso el planteo del problema adolece no sólo de falta de precisión sino que es, además, incompleto.

Otros artículos de la CADH podrían también haber sido utilizados en el pedido de la Comisión, como límites a la aplicación de medidas de protección por parte del Estado. Tal el caso del artículo 9²² referido al principio de legalidad. En realidad, como se verá

²¹ “El daño social y humano provocado por estas normas e instituciones ‘administrativas’ y ‘reeducativas’ es probablemente incalculable: millares de muchachos y muchachas han sido privados de libertad durante generaciones por un delito inexistente, definido arbitrariamente mediante un procedimiento público basado en la ‘irregularidad de la conducta y del carácter’; han sido encerrados en centros reeducativos públicos o privados, religiosos o laicos, pequeños o grandes, sometidos a diversas formas de privación y violencia durante períodos indeterminados, en espera de la curación de aquella enfermedad inexistente e inventada que es la inadaptación social. Sistemáticamente, la curación no se producía y la inadaptación se convertía en peligrosidad social o en delincuencia y legitimaba el paso de las medidas reeducativas a las medidas de seguridad o penales”. Cf. De Leo, La justicia de menores, cit., p. 49.

²² Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad.

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello”.

más adelante, este tema fue materia de pronunciamiento de la Corte aunque la consulta original lo omitió, lo que evidencia aún más, por un lado, el error de la Comisión y, por el otro, la voluntad de la Corte de tratar todo lo que le parecía se relacionaba con el tema, sin atenerse estrictamente al pedido original.

Todos los demás incisos reunidos en el párrafo 4 de la OC 17 se relacionan con el problema de la protección a la infancia, pero no son supuestos de “medidas de protección”.

El inciso a) aborda la separación del niño de su familia por razón de falta o carencia de recursos, en principio materiales; en palabras de la Comisión, porque las familias “no poseen condiciones para su educación y mantenimiento”. Este supuesto como se verá más adelante plantea dos problemas, uno sustantivo y otro procedimental: 1) la separación del niño de su familia por razones de pobreza; y 2) que esto ocurra en violación a las reglas del debido proceso.

Esta narrativa de la Comisión oculta uno de los problemas, ya que se concentra sobre el aspecto adjetivo (violación al debido proceso) sin indagar si, aun con observancia de las reglas del debido proceso, es posible separar a un niño de su familia por razones de pobreza como medida de protección emanada del art. 19 de la CADH en función de la CDN y otros tratados relevantes. Este tema será no obstante abordado más adelante por la Corte con prescindencia de la forma en la que la Comisión planteó el problema.

Por otro lado, el supuesto del inciso a) es el antecedente del b): se separa al niño de su núcleo familiar y se lo institucionaliza.

Además, como será característico del pedido en esta parte, las preguntas contienen la respuesta. ¿Violaría el debido proceso (art. 8 de la CADH) la separación de un niño de su familia sin observarse las reglas del debido proceso? En otras palabras, se solicita a la Corte que se expida respecto de si esta situación es compatible con los artículos que regulan el debido proceso legal y se dice en la consulta (en todos los incisos menos en el b) que esas medidas importan una violación al debido proceso legal.

El inciso b) es más claro en cuanto explicita la violación al principio de legalidad material y a otros principios derivados, pero desde allí en adelante las preguntas-ejemplos se alejan del tema central²³.

El inciso c), referido a la aceptación de “confesiones” en sede penal sin las debidas garantías, está completamente fuera de lugar. Las declaraciones de los niños, y en particular su contenido, no son “medidas de protección” objeto de la consulta. La palabra “confesión” en un contexto jurídico-penal se refiere al contenido de la declaración de un imputado en el marco de un proceso. Ni siquiera es un acto procesal desde el punto de vista técnico. Ciertamente este inciso sí relata una circunstancia violatoria

²³ Vale la pena recordar otra vez que no se mencionó al artículo 9 (CADH) en la consulta aunque se incluyeron supuestos de hecho que pueden ser encuadrados en ese artículo.

del derecho de defensa de los niños, que ocurre lamentablemente en forma recurrente en la región; pero no se trata de una medida de protección sino de un acto procesal nulo. Sólo se explica su inclusión, una vez más, por la confusión entre la materia penal y la de protección que caracteriza al pedido.

El inciso d) adolece del mismo problema. Si en los procedimientos administrativos (*proceedings* sostendría la doctrina tutelar estadounidense pre “Gault”²⁴, no *process*) se adjudican derechos sin garantizar al niño realmente su derecho de defensa, se está en presencia de un procedimiento nulo, susceptible de revisión judicial; pero una vez más la Comisión no describió una “medida de protección” o “medida especial”.

Finalmente, el inciso e) es un desarrollo del anterior, ya que es doctrina indiscutida que el derecho del niño a ser oído, como el de cualquier persona, integra el derecho de defensa en su sentido material²⁵; de modo que si no se lo escucha, se viola, además del art. 12 de la CDN, el derecho de defensa, que es de lo que trata, aunque limitado al procedimiento administrativo, el inciso anterior. En consecuencia, tampoco este inciso plantea un supuesto de medida de protección.

En definitiva, el pedido que la Comisión realizó a la Corte fue incompleto, confuso y genérico. Sólo la preeminencia de la cuestión de la infancia en la agenda actual del sistema interamericano y la voluntad de la Corte de pronunciarse sobre el tema explica que haya sido admitido. De todos modos, ese equívoco inicial no pudo ser en adelante aclarado y, como se verá, a pesar de sus obvias virtudes, el producto final adolece de los mismos defectos: imprecisión, vaguedad, incompletud y confusión.

III. La opinión consultiva

III. 1. La disidencia del juez Jackman y el problema de la admisibilidad formal del pedido

Me resulta algo extraño comenzar a explicar la OC 17 desde la única disidencia; pero lo hago así porque considero que el voto del juez Jackman es (desde el punto de vista formal) el correcto, en relación con el pedido de la Comisión.

No se me malinterprete. No estoy diciendo que era innecesario que la Corte se pronunciara sobre los límites estatales traducidos en las garantías de los artículos 8 y 25 de la Convención Americana (y como indiqué también de los arts. 7 y 9 omitidos en la consulta), al aplicar medidas de protección a las que los niños por su condición de tales tienen derecho según el art. 19 de la misma Convención. Lo que quiero señalar en

²⁴ In re “Gault”, 387 U.S. 1; 87 S.Ct. 1428, ya citado supra nota 15.

²⁵ Sobre el derecho de defensa en general ver Maier, Julio B. J., Derecho procesal penal, t. I, Fundamentos, 2ª ed., Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1996, pp. 539 y siguientes.

este análisis es que tal como fue realizado el planteo por la Comisión, la solución dada por el juez Jackman era razonable, si no se asumía la necesidad de emitir la OC con independencia de los problemas del pedido de la Comisión, desde la perspectiva de dar mayor relevancia jurídico-política al tema en la región, tal como decidió hacerlo la mayoría de la Corte en la OC 17 y también en el caso “Villagrán Morales”, que –como señalé en otra oportunidad– no era estrictamente un caso de niños pero fue construido como tal y permitió que la Corte se pronunciara acerca del art. 19 de la Convención Americana y sobre la CDN por primera vez en su historia²⁶.

El juez Jackman consideró que el pedido de la Comisión no reunía los criterios de admisibilidad establecidos en el art. 64 de la Convención Americana, tal como ha sido consistentemente interpretado por la Corte desde su primera opinión consultiva.

En efecto, estimó que lo que la Comisión denomina el “objetivo” de la OC que solicita a la Corte es

“... in my view, vague almost to the point of meaninglessness, a vagueness that is fatally compounded by the ‘requirement’ that the Court should express ‘general and valid guidelines’”.

[“... en mi opinión, vago al punto de carecer de sentido, una vaguedad que está fatalmente agravada por el ‘pedido’ de que la Corte debería expresar ‘lineamientos generales y válidos’”] (traducción propia).

El juez Jackman recordó que, sistemáticamente, en su análisis del “amplio alcance” de su función consultiva, la Corte ha insistido en que el propósito fundamental de esa función es brindar un servicio a los Estados miembros y a los órganos del sistema interamericano para asistirlos en el manejo de tratados de derechos humanos sin que tengan que someterse a las formalidades y al sistema de sanciones del proceso contencioso.

Afirmó también que no se debe olvidar que, en el ejercicio de su misión de arrojar luz respecto del sentido, objeto y propósito de las normas internacionales de derechos humanos, así como de aconsejar y asistir a los Estados miembros y órganos para que cumplan de manera completa y efectiva con las obligaciones emanadas de ellas,

“... the Court is a judicial institution of the inter-American system (OC-1/82: para 19) (my emphasis). As such, the Court should resist invitations to indulge in ‘purely academic speculation, without a foreseeable application to concrete situations justifying the need for an advisory opinion’ (cf. OC-9/87, para 16)”.

[“...la Corte es una institución judicial del sistema interamericano (...). Como tal, la Corte debería resistir invitaciones a desarrollar ‘especulaciones puramente

²⁶ Cf. Beloff, *Los derechos del niño*, cit. supra nota 9.

académicas' sin una aplicación previsible a situaciones concretas que justifiquen la necesidad de una opinión consultiva"] (traducción propia).

De modo que, para él, la solicitud de “lineamientos válidos y generales” que cubran una serie de hipótesis que no revelen, ni urgencia pública ni complejidad jurídica, es precisamente eso, una invitación a desarrollar una “especulación puramente académica” del tipo que, a su juicio con certeza, “debilitaría el sistema establecido por la Convención y distorsionaría la jurisdicción contenciosa de la Corte” (“*would weaken the system established by the Convention and would distort the advisory jurisdiction of the Court*”—cf. OC-1/82, par. 25—).

En síntesis, el voto en disidencia del juez Jackman es el único que advierte, aunque sea desde una perspectiva formal, un error fundamental del pedido de la Comisión. Obviamente, al rechazar el pedido de OC por razones de forma, el juez Jackman, si bien no lo hizo explícito, no entró en consideraciones sobre el fondo del asunto.

III. 2. La decisión principal y los fundamentos mayoritarios²⁷

III. 2. A. Los aspectos formales

De manera algo desordenada, la mayoría de la Corte (a diferencia del juez Jackman), entendió que el pedido de la Comisión satisfacía lo que en la doctrina local se llamarían requisitos mínimos de admisibilidad, y en lenguaje de la Corte se denominan “requerimientos reglamentarios correspondientes”. Luego de sorteado ese obstáculo, ingresó a un tema más sustantivo, y unos párrafos más adelante regresó al tema de la admisibilidad formal.

Es evidente pues que la mayoría de la Corte optó por pronunciarse sobre el tema de fondo, en atención a su relevancia, sin ahondar en cuestiones formales (tal como mencioné más arriba cuando intenté demostrar que el pedido inicial era confuso, impreciso, vago en los términos del juez Jackman) y sin advertir la existencia de los mismos problemas de vaguedad e imprecisión en el planteo de fondo.

Para evaluar si la emisión de la consulta podría “conducir a alterar o debilitar, en perjuicio del ser humano, el régimen previsto por la Convención”²⁸, la Corte utilizó varios parámetros, que resumo de la siguiente manera:

²⁷ No comentaré las diferentes presentaciones que aparecen recogidas en el texto final de la OC. Es del caso no obstante señalar que, por lo menos tal como aparecen ahí y fueron recogidas por la Corte, estas presentaciones reflejan en mayor o menor medida, las mismas confusiones que caracterizan el pedido inicial de la comisión, al punto de que algunas formulan declaraciones en contra de la disminución de la edad penal de los niños, otras describen los problemas sociales graves que sufren los niños en América Latina, otras explican las garantías y derechos en general, otras desarrollan la doctrina sobre el tema en general, otras en materia penal, etc., un verdadero “cambalache” que da cuenta del estado de la discusión sobre estos temas en nuestra región.

²⁸ El juez Jackman cita en esta parte de su voto la opinión consultiva *El Derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, OC 16/99, párr. 43; y “*Otros tratados*” objeto de la función consultiva de la Corte (art. 64, CADH), opinión segunda.

- a) El problema del *adelanto de opinión* ante la eventual existencia de un futuro caso contencioso: la Corte señaló que “la existencia de una controversia sobre la interpretación de una disposición no constituye, *per se*, un impedimento para el ejercicio de la función consultiva”²⁹.
- b) El problema de la distinción entre *derecho* y *no hechos*. Sobre este problema la Corte afirmó: “En el ejercicio de su función consultiva, la Corte no está llamada a resolver cuestiones de hecho, sino a desentrañar el sentido, propósito y razón de las normas internacionales sobre derechos humanos”³⁰.
- c) El problema del *amplio* alcance de la función consultiva. Aquí sostuvo: “La Corte considera que el señalamiento de algunos ejemplos sirve al propósito de referirse a un contexto particular e ilustrar las distintas interpretaciones que pueden existir sobre la cuestión jurídica objeto de la presente Opinión Consultiva de que se trate, sin que por esto implique que el Tribunal esté emitiendo un pronunciamiento jurídico sobre la situación planteada en dichos ejemplos. Además, estos últimos permiten a esta Corte señalar que su Opinión Consultiva no constituye una mera especulación académica y que el interés en la misma se justifica por el beneficio que pueda traer a la protección internacional de los derechos humanos. La Corte al abordar el tema actúa en su condición de tribunal de derechos humanos, guiada por los instrumentos internacionales que gobiernan su competencia consultiva y procede al análisis estrictamente jurídico de las cuestiones planteadas ante ella”³¹.

En cuanto al análisis de admisibilidad, la Corte reiteró argumentos presentes en otras opiniones consultivas sin referirse específicamente al pedido sometido en esta oportunidad a su decisión.

Es importante preguntarse en este punto cuál es la concepción de la interpretación judicial que asume la Corte en esta opinión consultiva. Ella no hace explícitos criterios hermenéuticos pero es evidente que adscribe, por lo menos en la OC 17, a un modo de interpretación literal de las normas que no repara, ni en la multiplicidad posible de interpretaciones que presenta cualquier narrativa, incluida la jurídica y en particular la referida al derecho internacional de los derechos humanos, ni en la ambigüedad y vaguedad de algunos conceptos clave en el tema sometido a su análisis –como interés superior del niño, por ejemplo–. Ciertamente, este aspecto era todo menos una obviedad cuando precisamente el sentido principal de la función consultiva de la Corte es la *interpretación* de las normas del sistema interamericano³².

Los criterios que utilizó para evaluar la admisibilidad (arriba enumerados) son razonables pero no fueron aplicados a la consulta concreta en cuestión; más aún, de haber

²⁹ OC 17/2002, párr. 32, con nota que remite a lo resuelto en la OC 12/91 del 6/12/91, párr. 28.

³⁰ OC 17/2002, párr. 33, con nota que remite a la OC 16 párr. 47, y a la OC 14/94 de 9 de diciembre de 1994, párr. 23.

³¹ Cf. OC 17/2002, párr. 35.

³² Debo a María Laura Clérico el haber advertido este problema.

sido aplicados, el resultado habría sido aquel al que arribó el juez Jackman. Insisto una vez más en que no estoy sosteniendo que la Corte debió descartar el pedido; pudo haber señalado los problemas de estructura lógica, de argumentación y sustantivos que caracterizan al equívoco pedido de la Comisión, haberlos desestimado y haber ingresado a tratar el tema con comprensión clara de qué era lo que se le estaba preguntando en concreto, por su trascendencia. Como se verá más adelante, la Corte evitó tomar el toro por las astas y evadió una vez más el núcleo duro del problema, aun con plena conciencia de los “efectos jurídicos innegables” que tiene una opinión consultiva en términos generales y no sólo para el que pide la opinión³³.

III. 2. B. Los aspectos sustantivos

a) *¿Puede la Corte Interamericana interpretar, por vía consultiva, tratados internacionales distintos de la Convención Americana, cuyas normas contribuyan a fijar el sentido y el alcance de las disposiciones de este tratado? El alcance de la interpretación de la Corte en su función consultiva*

La respuesta es afirmativa. Sostuvo la Corte: “Si esta Corte recurrió a la Convención sobre los Derechos del Niño para establecer lo que debe entenderse por niño en el marco de un caso contencioso, con mayor razón puede acudir a dicha Convención y a otros instrumentos internacionales sobre esta materia cuando se trata de ejercer su función consultiva, que versa sobre ‘la interpretación, no sólo de la Convención, sino de ‘otros tratados concernientes a la protección de los derechos humanos en los Estados americanos’”³⁴.

Llama la atención que la Corte comience el análisis con este punto no incluido en el pedido original que se limitaba a solicitar la interpretación de la Convención Americana. En el párrafo 20 se aclara no obstante que “La Comisión solicitó una interpretación jurídica de ciertos preceptos de la Convención Americana, y posteriormente amplió su planteamiento y requirió la interpretación de otros tratados, principalmente la Convención sobre los Derechos del Niño, en cuanto estos últimos podían contribuir a fijar el alcance de la Convención Americana”.

Luego de repasar sus propios antecedentes sobre el tema, concluyó:

a) que podía abordar la interpretación de un tratado siempre que esté directamente implicada la protección de los derechos humanos en un Estado miembro del sistema interamericano, aunque dicho instrumento no provenga del mismo sistema regional de protección³⁵, y

³³ Cf. C 17/2002, párr. 33 *in fine*.

³⁴ Cf. OC 17/2002, párr. 30. La nota final es de la OC *Restricciones a la Pena de Muerte* (arts. 4.2 y 4.4, CADH), párr. 34.

³⁵ La Corte cita aquí su precedente en *El derecho a la Información sobre la Asistencia Consular en el Marco de las Garantías del Debido Proceso Legal*, OC 16/99 del 1 de octubre de 1999.

b) que no existía “ninguna razón para excluir, previa y abstractamente, que pueda solicitarse de la Corte, y ésta emitir, una consulta sobre un tratado aplicable a un Estado americano en materia concerniente a la protección de los derechos humanos, por el solo hecho de que sean también partes de dicho tratado, Estados que no pertenecen al sistema interamericano, o de que no haya sido adoptado dentro del marco o bajo los auspicios de éste”³⁶.

La Corte ya se había referido a la CDN en el caso “Villagrán Morales y otros”³⁷, cuando tuvo que aplicar el artículo 1 de ese tratado para definir “niño”. En esa oportunidad sostuvo que existía un “muy comprensivo *corpus iuris* de derecho internacional de protección de los derechos de los niños” (del cual formaban parte la CDN y la Convención Americana), que debía ser utilizado como fuente de derecho por ella para establecer “el contenido y los alcances” de las obligaciones estatales a través del artículo 19 de la Convención Americana, en particular al precisar las “medidas de protección” a las que ese artículo se refiere.

De modo que, tratándose de un grupo de la mayor relevancia e interés para la comunidad internacional, relevancia e interés que se ven reflejados en la cantidad de instrumentos internacionales directa o indirectamente referidos a ellos (que la Corte repasa), una interpretación “dinámica” no podría soslayar el enorme cuerpo normativo referido a los derechos de los niños. La Corte advierte correctamente que en tiempos de la redacción y aprobación del art. 19 de la Convención Americana la concepción de protección estatal al niño era diferente a la actual, lo que requeriría ciertas “actualizaciones” interpretativas, para las que la Corte utilizará otras normas regionales o universales aplicables al tema³⁸.

Es interesante destacar el lugar de preeminencia que la Corte otorga a la CDN, al valorar el número de ratificaciones como ejemplo de la existencia de una *opinio iuris communis* favorable a los principios e instituciones contenidos en ella. La Corte no avanza, no obstante, en el sentido de advertir los aspectos problemáticos de la CDN, como se verá más adelante, y que explican en mi opinión su generalizada y acrítica aceptación³⁹.

De manera que es posible extraer una primera regla en la OC 17: la Corte Interamericana está facultada, en ejercicio de su función consultiva, a interpretar tratados universales –en este caso la CDN– para dar contenido a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³⁶ La Corte cita aquí su precedente en “Otros Tratados” Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64, CADH), párr. 48. Además, véanse párrs. 14, 31, 37, 40 y 41, conforme nota 15 de la OC 17.

³⁷ “Caso Villagrán Morales y otros”, sentencia del 19 de noviembre de 1999. Serie C, N° 63, párr. 188.

³⁸ “28. Por lo que toca al citado artículo 19 de la Convención Americana vale destacar que cuando éste fue elaborado existía la preocupación por asegurar al niño la debida protección, mediante mecanismos estatales orientados al efecto. Hoy día debe darse una interpretación dinámica de este precepto que responda a las nuevas circunstancias sobre las que debe proyectarse y atender a las necesidades del niño como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección”. Cf. OC 17, párr. 28.

³⁹ Cf. Beloff, Mary, Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular, Capítulo I de este libro.

b) *¿Qué se entiende por “niño” en la OC 17/2002? Los problemas de la edad y de la capacidad.*

La Corte en este tema repasó las diferentes definiciones contenidas en los instrumentos internacionales para referirse al destinatario de esta opinión consultiva, la persona menor de edad, como “niño” o “menor”.

La Convención Americana, en rigor, refleja también un uso indistinto de estas categorías. En efecto, el art. 19 es titulado “derechos del niño” y no “derechos del menor”. Esto introduce un punto interesante ya que al tiempo de redactarse este artículo de la Convención Americana difícilmente se hablara de “derechos del niño”, porque la idea del niño como sujeto pleno de derecho prácticamente no existía; pero tampoco se podía plantear el título como “derechos del menor”, ya que por menor se entendía al incapaz, tradicionalmente definido desde sus carencias y objeto de la protección estatal, cuyos derechos no eran considerados autónomamente en tanto no era considerado sujeto de derecho. Esto es interesante también ya que al incluir la palabra “menor” en el artículo, la Convención Americana la introduce como adjetivo, para calificar la condición del niño (“que su condición de menor” requiere), no con contenido sustantivo, como lo han hecho tradicionalmente las legislaciones tutelares de la región⁴⁰. Finalmente, otro punto importante a destacar en relación con las denominaciones del sujeto en cuestión en el ámbito regional es que los cuatro tratados vinculados específicamente con la infancia en el sistema interamericano⁴¹ siempre se refieren a menores, aun cuando traten de edades diferentes, y aun cuando algunos de estos tratados fueron escritos con posterioridad a la aprobación y ratificación de la CDN por los países de la región.

Advertida de estas dificultades, la Corte asumió con acierto la definición de niño de la CDN, que es una definición normativa (niño es todo ser humano menor de dieciocho años); y no ingresó, con buen criterio, en el análisis de las diferentes denominaciones del sujeto destinatario de la consulta según las diferentes perspectivas, lo que la hubiera conducido a un análisis socio-histórico impropio de su función de órgano jurisdiccional.

Luego abordó el único punto en el que sí es clara la OC 17. Se trata de la cuestión del niño como sujeto de derechos, extremo que no era objeto de la consulta pero que es su presupuesto. Si se considera que el Estado, al aplicar medidas de protección a los niños, debe respetar ciertos derechos humanos fundamentales, es porque se supone al protegido titular de estos derechos humanos fundamentales, es decir, se lo supone

⁴⁰ Cf. *Beloff, Mary*, Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular, *Capítulo I de este libro*.

⁴¹ *La Convención Interamericana sobre Tráfico Internacional de Menores, aprobada el 18 de marzo de 1994; la Convención Interamericana sobre Conflictos de Leyes en Materia de Adopción de Menores, aprobada el 24 de mayo de 1984; la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores, aprobada el 15 de julio de 1989; y la Convención Interamericana sobre Obligaciones Alimentarias, aprobada en la misma fecha.*

sujeto de derecho. A este tema se refiere el juez Cañado en su voto concurrente como el *leitmotiv* de la decisión:

“La mayoría de edad conlleva la posibilidad de ejercicio pleno de los derechos, también conocida como capacidad de actuar. Esto significa que la persona puede ejercitar en forma personal y directa sus derechos subjetivos, así como asumir plenamente obligaciones jurídicas y realizar otros actos de naturaleza personal o patrimonial. No todos poseen esta capacidad: carecen de ésta, en gran medida, los niños. Los incapaces se hallan sujetos a la autoridad parental, o en su defecto, a la tutela o representación. Pero todos son sujetos de derechos, titulares de derechos inalienables e inherentes a la persona humana”⁴².

La segunda regla que es posible extraer de la OC 17 puede formularse de la siguiente manera: el niño es sujeto de derecho, de modo que la protección especial de la que es titular conforme la Convención Americana integra el conjunto de los derechos humanos del niño junto con los límites que el Estado debe observar al implementar efectivamente esa protección.

c) ¿Cómo opera el principio de igualdad con minorías o grupos específicos, en este caso los niños? Los niños y el principio de no discriminación.

En este punto, tampoco objeto de la consulta, la Corte recordó su posición en asuntos anteriores en el sentido de que

“al examinar las implicaciones del trato diferenciado que algunas normas pueden dar a sus destinatarios, la Corte ha establecido que ‘no toda distinción de trato puede considerarse ofensiva, por sí misma, de la dignidad humana’. (...) Existen ciertas desigualdades de hecho que pueden traducirse, legítimamente, en desigualdades de tratamiento jurídico, sin que esto contraríe la justicia. Más aún, tales distinciones pueden ser un instrumento para la protección de quienes deban ser protegidos, considerando la situación de mayor o menor debilidad o desvalimiento en que se encuentran”⁴³.

También, que

“no habrá, pues, discriminación si una distinción de tratamiento está orientada legítimamente, es decir, si no conduce a situaciones contrarias a la justicia, a la razón o a la naturaleza de las cosas. De ahí que no pueda afirmarse que exista discriminación en toda diferencia de tratamiento del Estado frente al individuo, siempre que esa distinción parta de supuestos de hecho sustancialmente diferentes y que expresen de modo proporcionado una fundamentada conexión entre esas diferencias y los objetivos de la norma, los cuales no pueden apartarse de la justicia o de la razón, vale decir, no pueden

⁴² OC 17/2002, párr. 41.

⁴³ OC 17/2002, párr. 46.

perseguir fines arbitrarios, caprichosos, despóticos o que de alguna manera repugnen a la esencial unidad y dignidad de la naturaleza humana”⁴⁴.

Específicamente reseñó su posición en la *Propuesta de Modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la Naturalización*, cuando estableció que

“no existe ‘discriminación por razón de edad o condición social en los casos en que la ley limita el ejercicio de la capacidad civil a quienes, por ser menores o no gozar de salud mental, no están en condiciones de ejercerla sin riesgo de su propio patrimonio”⁴⁵.

Luego de repasar la posición del Comité de Derechos Humanos en la materia, agregó la Corte:

“La protección de los niños en los instrumentos internacionales tiene como objetivo último el desarrollo armonioso de la personalidad de aquéllos y el disfrute de los derechos que les han sido reconocidos. Corresponde al Estado precisar las medidas que adoptará para alentar ese desarrollo en su propio ámbito de competencia y apoyar a la familia en la función que ésta naturalmente tiene a su cargo para brindar protección a los niños que forman parte de ella”⁴⁶.

Y (este punto es fundamental):

“Tal como se señalara en las discusiones de la Convención sobre los Derechos del Niño, (...) *los niños poseen los derechos que corresponden a todos los seres humanos –menores y adultos– y tienen además derechos especiales derivados de su condición, a los que corresponden deberes específicos de la familia, la sociedad y el Estado*”⁴⁷ (destacado agregado).

Probablemente éste sea uno de los puntos más sólidos de la OC 17, ya que no habilita, por lo menos no abierta y directamente, una interpretación legitimadora de la cultura tutelar:

“Se puede concluir, que en razón de las condiciones en las que se encuentran los niños, el trato diferente que se otorga a los mayores y a los menores de edad no es *per se* discriminatorio, en el sentido proscrito por la Convención. Por el contrario, sirve al propósito de permitir el cabal ejercicio de los derechos reconocidos al niño. Se entiende que, en virtud de los artículos 1.1 y 24 de la Convención, los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razonable y no tengan como objeto único, en definitiva, el ejercicio de los derechos establecidos en aquella”⁴⁸.

⁴⁴ OC 17/2002, párr. 47.

⁴⁵ OC 17/2002, párr. 48.

⁴⁶ OC 17/2002, párr. 53.

⁴⁷ OC 17/2002, párr. 54.

⁴⁸ OC 17/2002, párr. 55.

De modo que, de acuerdo con mi interpretación de esta conclusión de la Corte, puede encontrarse aquí una tercera regla: *las leyes que establecen un trato diferente para los niños en relación con el principio general que regula la misma situación para los adultos, sólo satisfarían el principio de no discriminación si y sólo si esas previsiones especiales permiten una mayor satisfacción de derechos de los niños vis à vis la que permitiría el principio general o universal.* De lo contrario, esas disposiciones “especiales” violarían el principio de igualdad y de no discriminación. Por cierto, las leyes tutelares vigentes en algunos países de América Latina, elaboradas sobre la base de la preeminencia del principio de “especialidad”⁴⁹, constituyen ejemplos de disposiciones “especiales” violatorias de los principios de igualdad y no discriminación antes aludidos.

d) *¿Qué se entiende por interés superior del niño? El agujero negro de la Convención del Niño y de la OC 17.*

Continuando con el ejercicio de pronunciarse sobre temas que no habían sido objeto de la consulta, la Corte ensayó una fundamentación del interés superior del niño de la siguiente manera:

“Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño”⁵⁰.

Y luego de repasar las diferentes regulaciones del principio en diferentes instrumentos internacionales, concluyó que interés superior del niño se relacionaba con la necesidad de valorar tanto el pedido de medidas especiales cuanto las características particulares de la situación en la que se halla el niño (¿?).

La Corte soslayó la larga discusión en torno de esta problemática categoría –históricamente utilizada como un cheque en blanco que permitía el ejercicio de las facultades discrecionales de los jueces y funcionarios tutelares–, no la definió, no intentó

⁴⁹ *Todo el derecho tutelar de menores se autoproclamó autónomo de otras ramas jurídicas. De esta manera se puso a salvo del escrutinio académico, con el pretexto de que en su interior no regían los principios que sí regían en otros ámbitos del derecho; y de modo que sólo los iniciados en esta disciplina conocían cuáles eran los principios rectores y de interpretación de la especialidad. Se puso a salvo también del escrutinio burocrático, porque aun operando objetivamente dentro de la justicia penal –como lo ha hecho la justicia de menores en gran parte de los sistemas latinoamericanos– siempre actuó al margen de ella, aisladamente. Sobre la “autonomía” del derecho de menores, ver una de las obras fundamentales dentro de la disciplina de Rafael Sajón, Derecho de menores, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, Capítulos X y XI. Este autor afirma: “Cuando hablamos de la autonomía del Derecho de Menores, como de cualquier otra rama del Derecho [él divide al derecho público en constitucional, administrativo, penal, internacional público y eclesiástico; y al privado en civil, comercial, del trabajo y rural, agregando que existen “modernas ramas especializadas” como seguridad social, minería, hidrocarburos, propiedad intelectual o derecho espacial, y que el derecho procesal es público o privado en función del procedimiento de que se trate y está por fuera de estas clasificaciones], se encierran bajo un mismo matiz diferentes aspectos. Puede hablarse de autonomía con distintos significados: principalmente, de autonomía legislativa, didáctica y jurídica. En el estudio del Derecho de Menores podemos encontrar esta triple autonomía. Posee autonomía legislativa, porque se trata de un conjunto de disposiciones que son susceptibles de integrar un cuerpo orgánico, con independencia formal, llamado Código de Menores o Estatuto de Menores. Posee también autonomía didáctica, porque dicho cuerpo de normas puede ser motivo de una enseñanza particular (...). Posee autonomía jurídica –la más importante–, porque todo su conjunto de normas se encuentra regido por principios generales que le son propios; esto es, que constituye un cuerpo autónomo de principios, con espíritu y directivas propias, un Derecho que tiene en sí mismo sus reglas y sus excepciones y que, como sistema orgánico, admite la analogía” (pp. 264-265).*

⁵⁰ OC 17/2002, párr. 56.

interpretarla en el marco de las normas que estaba analizando, ni resolvió los problemas ya clásicos que existen en torno del “interés superior del niño”, precisamente en una decisión dirigida a clarificar la condición jurídica de la infancia en nuestra región. Resulta incomprensible que la Corte haya mencionado siquiera tangencialmente este complejo concepto sin pronunciarse claramente sobre él, cuando tampoco había sido tema sometido a su consideración.

En conclusión, en este punto fundamental la Corte no fijó regla alguna.

e) ¿Cuáles son los deberes de la familia, de la sociedad y del Estado? Las obligaciones del mundo adulto frente a los sujetos titulares de los derechos.

La Corte ensayó en este punto una curiosa subdivisión: “familia como núcleo central de protección”, “separación excepcional del niño de su familia”, “instituciones y personal”, “condiciones de vida y educación del niño”, y “obligaciones positivas de protección”.

Es del caso recordar que las obligaciones de la familia, de la comunidad y del Estado en relación con los niños tienen estatus diferente desde la perspectiva del derecho internacional de los derechos humanos. Sea que se trate de obligaciones de hacer o de no hacer dirigidas a garantizar los derechos de los niños y las niñas, la exigibilidad y responsabilidad del Estado son diferentes que las de la familia. La Corte omitió avanzar en el análisis de este aspecto.

Hubiera sido interesante que la Corte organizara este capítulo desde el título, esto es, desde cada uno de los grupos de adultos que tienen el deber de garantizar derechos a los niños; pero la Corte desarrolló una clasificación y una argumentación por demás confusas, que analizaré en lo que sigue.

e. 1. Familia como núcleo central de protección

La Corte comenzó su análisis en este apartado con la transcripción de algunas normas internacionales aplicables al punto; pero al proponer una síntesis, cayó en la trampa –autoimpuesta– del interés superior del niño:

“En aras de la tutela efectiva del niño, toda decisión estatal, social o familiar que involucre alguna limitación al ejercicio de cualquier derecho, debe tomar en cuenta el interés superior del niño y ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia”⁵¹.

En otras palabras, al no haber resuelto el problema del “interés superior del niño” (recuérdese que no estaba obligada a hacerlo, sólo debía hacerlo si le era útil a los fines de la opinión que iba a emitir), tampoco resolvió el problema de cómo se limitan

⁵¹ OC 17/2002, párr. 65.

los derechos (núcleo duro de este pedido de OC) al supeditar ese límite al “interés superior del niño”.

Téngase presente que se está analizando el tema de “la familia como núcleo central de protección”; pero la Corte se refiere a “toda decisión estatal, social o familiar”, o sea, todos los actores del mundo adulto, a los que además les “aplica” el límite del “interés superior del niño”, sin haberlo definido. Tampoco ayuda el final del párrafo en tanto establece que toda decisión (del mundo adulto) debe “ajustarse rigurosamente a las disposiciones que rigen esta materia”, cuando se sabe que en América Latina los problemas están precisamente en las legislaciones tutelares vigentes. Además, que existen ámbitos en los que las “disposiciones que rigen la materia” no aplicarían, cuales son los ámbitos de la vida privada y, en cierto grado, el de la vida comunitaria.

No agrega mucho más el apartado:

“En principio, la familia debe proporcionar la mejor protección de los niños contra el abuso, el descuido y la explotación. Y el Estado se halla obligado no sólo a disponer y ejecutar directamente medidas de protección de los niños, sino también a favorecer, de la manera más amplia, el desarrollo y la fortaleza del núcleo familiar”⁵².

Finalmente, sólo precisa que desde la perspectiva de la Corte, tal como lo ha señalado ella misma en otros casos, “‘familiares’ debe entenderse en sentido amplio, que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano”⁵³.

De manera que aquí tampoco establece regla alguna y simplemente resalta el carácter del sujeto obligado prioritariamente.

e. 2. Separación excepcional del niño de su familia

En la misma línea, afirmó la Corte:

“El niño tiene derecho a vivir con su familia, llamada a satisfacer sus necesidades materiales, afectivas y psicológicas. El derecho de toda persona a recibir protección contra injerencias arbitrarias o ilegales en su familia, forma parte, implícitamente, del derecho a la protección de la familia y del niño, y además está expresamente reconocido (...) Estas disposiciones poseen especial relevancia cuando se analiza la separación del niño de su familia”⁵⁴.

Recordó a la Corte Europea cuando ésta señala que

“el contenido esencial de este precepto es la protección del individuo frente a la acción arbitraria de las autoridades públicas. Una de las interferencias más graves es la que tiene por resultado la división de una familia”.

⁵² OC 17/2002, párr. 66.

⁵³ OC 17/2002, párr. 70.

⁵⁴ OC 17/2002, párr. 71.

Afirmó también, con los problemas que ello implica, que cualquier decisión relativa a la separación del niño de su familia debe estar justificada, otra vez, por el interés del niño. Se advierte no obstante el amplísimo poder de las autoridades para resolver lo que mejor convenga al cuidado del niño y cómo este poder amplísimo se refleja en los límites de los padres al contacto con sus hijos:

“Algunas de estas medidas constituyen un peligro para las relaciones familiares. Debe existir un balance justo entre los intereses del individuo y los de la comunidad, así como entre los del menor y sus padres. La autoridad que se reconoce a la familia no implica que ésta pueda ejercer un control arbitrario sobre el niño, que pudiera acarrear daño para la salud y el desarrollo del menor”⁵⁵.

La Corte recordó también los trabajos preparatorios de la CDN en cuanto “ponderaron la necesidad de que las separaciones (...) [del niño] con respecto a su núcleo familiar fueran debidamente justificadas y tuvieran preferentemente duración temporal, y que el niño fuese devuelto a sus padres tan pronto lo permitieran las circunstancias. En el mismo sentido se pronuncian las Reglas de Beijing (17, 18 y 46)”⁵⁶.

Hasta acá la línea argumental parece precisa. No obstante, al momento de fijar el estándar (en éste que era un aspecto medular de la consulta que, aunque de manera confusa, había sido sometida a su consideración), la Corte se quedó corta. Sostuvo en lo que es posible considerar la cuarta regla:

“La carencia de recursos materiales no puede ser el único fundamento para una decisión judicial o administrativa que suponga la separación del niño con respecto a su familia, y la consecuente privación de otros derechos consagrados en la Convención”.

En este punto fundamental la Corte soslaya circunstancias trascendentes a la hora de fijar el estándar. En efecto, en los últimos diez años, a partir de la ratificación de la CDN y de su incorporación al derecho interno en todos los países de la región, se produjeron sustanciales reformas legales e institucionales orientadas a dejar atrás la cultura tutelar⁵⁷. Probablemente uno de los puntos que marca la ruptura con la tradición anterior esté constituido por un artículo por primera vez incluido en el Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil⁵⁸ con el número 23, que consagró la prohibición de separar a un niño de su familia por razones de pobreza:

“La falta o carencia de recursos materiales no constituye motivo suficiente para la pérdida o suspensión de la patria potestad.

⁵⁵ OC 17/2002, párr. 82.

⁵⁶ OC 17/2002, párr. 75.

⁵⁷ Sobre el proceso de incorporación de la CDN al derecho interno de los países latinoamericanos, ver 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)*, Ed. Temis/Depalma, Bogotá, 1998, hay 2ª ed. aumentada y actualizada, Ed. Temis/Depalma, Bogotá, 1999, y 3ª ed. en prensa, 2004.

⁵⁸ Ley 8.069 de julio de 1990.

Párrafo único. Si no existe otro motivo que por sí sólo autorice el dictado de la medida, el niño o el adolescente será mantenido en su familia de origen, la cual deberá obligatoriamente ser incluida en programas oficiales de auxilio”.

Este artículo fue luego incorporado por todas las nuevas leyes de protección a la infancia latinoamericanas⁵⁹ (no sólo nacionales sino también estatales como en el caso de Argentina⁶⁰). Fue también motivo de importantes pugnas en países donde la declaración de estado de abandono era la herramienta “legal” que permitía prácticas aberrantes vinculadas con la adopción de niños y niñas⁶¹. De modo que existe ya en la región un estándar en el sentido de que no es posible separar a un niño por razones de falta o carencia de recursos materiales de sus padres. Sin embargo, la Corte no retomó y profundizó este estándar sino que lo debilitó al sostener que la pobreza no puede ser el “único” fundamento para la separación del niño de su familia. La Corte debió haber establecido, luego del análisis de las normas que llevó a cabo, y en atención a las modernas legislaciones latinoamericanas, que la pobreza no puede ser nunca (ni único ni acompañando otros) motivo para separar a un niño de su familia. Este es por cierto un tema fundamental, en el que la Corte debilitó el estándar regional.

La falta de definiciones contundentes en este tema se observa también en la conclusión, que establece pautas vagas, reiterativas de lo establecido por los instrumentos internacionales, sin avanzar una coma más:

“En conclusión, el niño debe permanecer en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes, en función del interés superior de aquél, para optar por separarlo de su familia. En todo caso, la separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal”⁶².

e. 3. Instituciones y personal

Este es otro tema que no era materia de la consulta y que aparece dentro de la curiosa sistemática de esta opinión consultiva. Es lamentable además que la Corte haya tratado el tema de las condiciones materiales de las instituciones para los niños sin haber

⁵⁹ Art. 4 de la Ley de Adopciones N° 1.136, de Paraguay, aprobada el 22 de octubre de 1997, y art. 8 del Código de la Niñez y la Adolescencia del mismo país, aprobado por ley 1.680 el 8 de setiembre de 2000; art. 29 del Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia, ley aprobada el 26 de octubre de 1999; art. 12 del Proyecto de Código de la Niñez y la Adolescencia de Uruguay, con media sanción de la Cámara de Diputados el 18 de diciembre de 2001; art. 21 de la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia de Guatemala, aprobada por Decreto 27-2003 el 4 de junio de 2003; art. 21 del Código de la Niñez y Adolescencia de Ecuador, aprobado por ley N° 100, Registro Oficial 737, del 3 de enero de 2003; art. 59 del Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes de la República Dominicana, aprobado el 22 de julio de 2003; art. 22 del Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua, aprobado por ley 287 del 24 de marzo de 1998, entre otros.

⁶⁰ Art. 26 de la ley 114 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, aprobada el 3 de diciembre de 1998; el art. 8 de la ley 2.302 de Neuquén aprobada el 7 de diciembre de 1999; el art. 26 de la ley 4.347 de Chubut aprobada el 7 de noviembre de 2000; el art. 10 de la ley 6.354 de Mendoza, aprobada el 22 de noviembre de 1995; y el art. 14 de la ley 521 de Tierra del Fuego, aprobada el 28 de noviembre de 2000.

⁶¹ En este sentido, los casos de Paraguay y de Guatemala. En Guatemala es claro cómo nunca logró ponerse en vigencia el Código de la Niñez y la Juventud aprobado por unanimidad en 1996 debido a la manera en la que regulaba este tema, prohibiendo la separación del niño de su familia por razones de pobreza, lo que colisionaba con oscuros intereses en el país.

⁶² OC 17/2002, párr. 77.

fijado un estándar preciso en relación con las condiciones jurídicas que habilitan el alojamiento de los niños en estas instituciones.

También aquí, en lugar de establecer un lineamiento preciso y fijar una regla, la Corte volvió a recurrir al “interés superior del niño”, en un párrafo desafortunado. La vinculación directa y prioritaria entre protección del niño y su familia e instituciones con instalaciones suficientes es, por lo menos, preocupante:

“78. La eficaz y oportuna protección de los intereses del niño y la familia debe brindarse con la intervención de instituciones debidamente calificadas para ello, que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas. En fin, no basta con que se trate de organismos jurisdiccionales o administrativos; es preciso que éstos cuenten con todos los elementos necesarios para salvaguardar el interés superior del niño”.

Lo más grave, no obstante, es la conclusión del apartado que presupone una posición relativa y subordinada del sistema de garantías frente a las condiciones materiales en las que ese sistema de garantías debe desarrollarse:

“No basta con disponer protecciones y garantías judiciales si los operadores del proceso carecen de capacitación suficiente sobre lo que supone el interés superior del niño y, consecuentemente, sobre la protección efectiva de sus derechos”⁶³.

e. 4. Condiciones de vida y educación del niño

En esta sección se advierte también la particular sistemática de la decisión. La Corte clasificó supuestos de rangos conceptuales no equivalentes, que no tratan de contenidos exclusivos y excluyentes, confundió temas e ingresó en otros que no eran materia de la consulta (aunque se relacionen con ésta, indirectamente), sin arrojar luz sobre estos aspectos y dejando incólume (para perplejidad de los lectores) la indefinición inicial.

En este apartado la Corte retomó la posición que sostuvo en el caso “Villagrán Morales”, al señalar que “el artículo 4 de la Convención Americana, no sólo comporta las prohibiciones que en ese precepto se establecen, sino la obligación de proveer de medidas necesarias para que la vida revista condiciones dignas”; aunque no se entiende bien la remisión al artículo de la CDN referido a los niños con necesidades especiales, cuando el sentido de una vida digna de ser vivida evidentemente se extiende a muchos otros aspectos de la vida de todos los niños latinoamericanos y no sólo de aquellos con necesidades especiales.

La Corte consideró que dentro de las medidas especiales de protección para los niños previstas por el artículo 19 de la Convención Americana, se destaca el derecho a la

⁶³ OC 17/2002, párr. 79.

educación, “que favorece la posibilidad de gozar de una vida digna y contribuye a prevenir situaciones desfavorables para el menor y la propia sociedad”.

Ello resulta extraño, porque la medida de protección debe ser aquella actividad estatal dirigida a garantizar el derecho, pero no es el derecho en sí. Por ejemplo, si el Estado toma conocimiento de que un niño o niña no va a la escuela, a fin de garantizar el derecho a la educación de este niño o niña, debe adoptar una medida de protección cuyo contenido será la matriculación de ese niño o niña en la escuela, una beca para que asista a la escuela en lugar de trabajar, apoyo familiar orientado al mismo fin, etc. El derecho no es la medida de protección; la medida existe para garantizar el derecho.

La Corte concluyó que la educación y el cuidado de la salud de los niños –tema que no trató aquí (¿?)– “suponen diversas medidas de protección y constituyen los pilares fundamentales para garantizar el disfrute de una vida digna por parte de los niños, que en virtud de su inmadurez y vulnerabilidad se hallan a menudo desprovistos de los medios adecuados para la defensa eficaz de sus derechos”⁶⁴.

Aun dentro de la confusión entre derechos y medidas, cómo el Estado debe garantizar los derechos, mediante qué medidas y dentro de qué límites, lo que constituía por cierto el objeto de la consulta, no fue abordado por la Corte. Probablemente estas omisiones se expliquen también por el tipo de “interpretación” que practicó la Corte en esta oportunidad, limitada a la transcripción de artículos, precedentes e informes pero no al desarrollo de argumentos.

e. 5. Obligaciones positivas de protección

Este tendría que haber sido el apartado más relevante de la OC, ya que la pregunta original se orientaba a dar contenido a las “medidas especiales de protección” a las que se refiere el art. 19 de la Convención Americana, que son las obligaciones positivas del Estado hacia los niños. En este sentido, la Corte no avanza mucho. Reitera su posición en el sentido de que el Estado está obligado a respetar los derechos y libertades reconocidos en la Convención Americana y a organizar el poder público para garantizar a las personas bajo su jurisdicción el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos.

“... Según las normas del derecho de la responsabilidad internacional del Estado aplicables en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, la acción u omisión de cualquier autoridad pública, de cualquiera de los poderes del Estado, constituye un hecho imputable al Estado que compromete su responsabilidad en los términos previstos en la Convención Americana. Dicha obligación general impone a los Estados Partes el deber de garantizar el ejercicio y el disfrute de los derechos de los individuos en relación con el poder del Estado, y también en relación con actuaciones de terceros

⁶⁴ OC 17/2002, párr. 86.

particulares. En este sentido, y para efectos de esta Opinión, los Estados Partes en la Convención Americana tienen el deber, bajo los artículos 19 (Derechos del Niño) y 17 (Protección a la Familia), en combinación con el artículo 1.1 de la misma, de tomar todas las medidas positivas que aseguren protección a los niños contra malos tratos, sea en sus relaciones con las autoridades públicas, sea en las relaciones interindividuales o con entes no estatales”⁶⁵.

Por qué la Corte, al desarrollar el tema de las obligaciones positivas del Estado para garantizar derechos a los niños, se concentra en la protección contra malos tratos por parte de particulares o de autoridades públicas y reduce el alcance del art. 19 de la Convención Americana a este punto es inexplicable. Tal vez sea un indicador de que la Corte no pudo sustraerse de la cultura dominante en la región –que denominé cultura tutelar– para analizar las medidas de protección. Superar esa concepción le hubiera permitido salir de una concepción fragmentaria de la protección, orientada a “casos emblemáticos” como el abuso, la delincuencia o el maltrato, para advertir y formular claramente que gran parte del contenido de estas medidas especiales, en el marco de la CDN y una concepción de protección integral de los derechos del niño, debería llenarse con la obligación del Estado de desarrollar políticas públicas *universales* en favor de *toda* la infancia. Pero es evidente que la consecuencia de la formulación de un estándar tan claro en relación con derechos económicos, sociales y culturales habría trascendido el tema de la infancia y convertido a la OC 17 en un *boomerang* tanto para la Comisión como para la Corte⁶⁶. Probablemente esta razón explique, en parte, las indefiniciones señaladas en relación con este punto.

“88. En igual sentido, se desprende de las normas contenidas en la Convención sobre los Derechos del Niño que los derechos de los niños requieren no sólo que el Estado se abstenga de interferir indebidamente en las relaciones privadas o familiares del niño, sino también que, según las circunstancias, adopte providencias positivas para asegurar el ejercicio y disfrute pleno de los derechos. Esto requiere la adopción de medidas, entre otras, de carácter económico, social y cultural. (...) Efectivamente, es sobre todo a través de la educación que gradualmente se supera la vulnerabilidad de los niños. Asimismo, el Estado, como responsable del bien común, debe, en igual sentido, resguardar el rol preponderante de la familia en la protección del niño; y prestar asistencia del poder público a la familia, mediante la adopción de medidas que promuevan la unidad familiar”.

En la misma línea, la Corte reitera argumentos del Comité de Derechos del Niño y de la Corte Europea de Derechos Humanos, y se concentra nuevamente en el derecho a la educación y en la protección a la familia, tema que ya había sido tratado en otro apartado.

⁶⁵ OC 17/2002, párr. 87.

⁶⁶ Otra vez María Laura Clérico leyó mejor que yo misma la versión original de este comentario y me permitió formular más claramente esta hipótesis.

Y concluye: “el Estado tiene el deber de adoptar todas las medidas positivas para asegurar la plena vigencia de los derechos del niño”⁶⁷.

Lamentablemente, otra vez, el alcance, el contenido y los límites de esas “medidas positivas” no fueron desarrollados por los jueces de la Corte. De todos modos se debe destacar esta conclusión como un avance ya que la Corte reconoció que un derecho del niño puede violarse tanto por acción cuanto por omisión si es que los sujetos obligados no cumplen con sus obligaciones de abstención o de prestación positiva, según el caso.

f) *¿Cómo tienen que ser los procedimientos judiciales o administrativos en los que participan niños?*

Este capítulo es probablemente el más confuso de toda la OC 17 debido a que la Corte ingresó en el tratamiento de los problemas vinculados con la justicia juvenil sin advertir que éste no era el objeto de la consulta. Recuérdese que la Comisión solicitó a la Corte que se expidiera sobre el alcance de las *medidas de protección* a las que los niños tienen derecho según el art. 19 de la Convención Americana; pero que, al dar ejemplos de supuestos de hecho para orientar la consulta, incluyó situaciones relacionadas con la comisión de delitos por parte de menores de edad.

La Corte sólo podría haberse pronunciado sobre temas vinculados con la justicia juvenil en sentido estricto⁶⁸, esto es, con los arreglos institucionales vinculados con la imputación de un delito a un niño, en tanto considerara que la justicia especializada integra el *plus* de protección que tanto el sistema universal como el regional reconocen a los niños como sujetos plenos de derecho⁶⁹, en una interpretación muy extensa de la noción de “medida de protección”. Esta salida tendría no obstante el riesgo de confundir una vez más “protección” con “sanción”, pero podría haberse ensayado para ingresar al tema. La Corte, sin embargo, no explicó los motivos por los que ingresó al tema de la delincuencia juvenil cuando el pedido de la Comisión versaba específicamente sobre las medidas especiales de protección previstas por el artículo 19.

Formulada esa observación general, la decisión transcribe derechos y garantías con cierto detalle pero sin mayor argumentación, en diferentes capítulos, como se verá seguidamente.

f. 1. Debido proceso y garantías⁷⁰

La Corte analiza las interrelaciones que presentan derechos y libertades, las garantías que los hacen posibles y el Estado de Derecho, para ingresar luego al tema específico de los niños, reiterando consideraciones ya formuladas en esta OC:

⁶⁷ OC 17/2002, párr. 91.

⁶⁸ *Sobre justicia juvenil en sentido estricto, ver Beloff, Mary*, Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia juvenil latinoamericanos, en *García Méndez, Emilio (comp.)*, Adolescentes y responsabilidad penal, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2001, pp. 29-70.

⁶⁹ *Sobre el plus de protección ver Beloff, Mary*, Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular, *Capítulo I de este libro*.

⁷⁰ *En este apartado, como intentaré demostrar, no es comprensible la clasificación que ensayó la Corte.*

“93. Entre estos valores fundamentales figura la salvaguarda de los niños, tanto por su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la familia, de la sociedad y con respecto al Estado”.

La Corte llega al punto central de la consulta:

“95. Las garantías consagradas en los artículos 8 y 25 de la Convención se reconocen a todas las personas por igual, y deben correlacionarse con los derechos específicos que estatuye, además, el artículo 19, en forma que se reflejen en cualesquiera procesos administrativos o judiciales en los que se discuta algún derecho de un niño”.

¿Pero cómo? A partir de aquí, el tibio estándar que parecía establecido por la Corte en el sentido de que los niños tienen los mismos derechos que los adultos más derechos específicos⁷¹, comienza a debilitarse.

En primer lugar, por el señalamiento de que las condiciones en las que un niño participa en un proceso no son, evidentemente, similares a las de un adulto. La Corte debió haber en este punto recordado la propia regla fijada al comienzo referida al principio de no discriminación, cuya inclusión en esta OC habría adquirido así más sentido: “Se entiende que, en virtud de los artículos 1.1 y 24 de la Convención, los Estados no pueden establecer diferenciaciones que carezcan de una justificación objetiva y razonable y no tengan como objeto único, en definitiva, el ejercicio de los derechos establecidos en aquella”. Si la hubiera recordado y aplicado a este punto, la conclusión habría sido más precisa. Esto parece indicar cierta deficiencia en la lógica interna de la decisión que se comenta. La Corte debió haber desarrollado aquí –que era la oportunidad en la que podía bajar la regla general al caso concreto–, qué supuestos constituirían “justificaciones objetivas y razonables”.

¿Qué consecuencia desprende la Corte de la constatación de hecho de que los niños son diferentes que los adultos?: “... es indispensable reconocer y respetar las diferencias de trato que corresponden a diferencias de situación, entre quienes participan en un procedimiento”.

Ese reconocimiento de las diferencias, que debe expresarse en diferencia de trato para resolver situaciones de desigualdad de quienes comparecen ante los tribunales, implica la adopción de “medidas de compensación que contribuyan a reducir o eliminar los obstáculos o deficiencias que impidan o reduzcan la defensa eficaz de los propios intereses. Si no existieran esos medios de compensación, ampliamente reconocidos en diversas vertientes del procedimiento, difícilmente se podría decir que quienes se encuentran en condiciones de desventaja disfrutan de un verdadero acceso a la justicia

⁷¹ Cf. OC 17, párr. 54.

y se benefician de un debido proceso legal en condiciones de igualdad con quienes no afrontan esas desventajas”⁷².

La Corte concluyó que

“si bien los derechos procesales y sus correlativas garantías son aplicables a todas las personas, en el caso de los niños el ejercicio de aquéllos supone, por las condiciones especiales en las que se encuentran los menores, la adopción de ciertas medidas específicas con el propósito de que gocen efectivamente de dichos derechos y garantías”⁷³.

Pero la Corte no indicó cuáles serían esas “medidas específicas”, que otra vez parecen referirse a las “medidas especiales de protección” del artículo 19 de la Convención Americana y cuyo contenido, alcances y límites eran el objeto central de esta consulta.

f. 2. Participación del niño (para que la voz de los niños sea oída y tenida en cuenta o acerca de cómo subir el volumen)

En este punto la Corte abordó uno de los supuestos planteados por la Comisión, a través del artículo 12 de la CDN. Llama la atención que la Corte no haya advertido (o habiéndolos advertido, haya ignorado) los problemas de interpretación que plantea el artículo 12, que han sido objeto de diversos estudios⁷⁴; y que haya presentado este artículo como un estándar preciso en la materia.

Más grave aún resulta la circunstancia de que la hermenéutica que ensaya la Corte es una hermenéutica que en algún otro lugar he llamado “hacia atrás”⁷⁵, una hermenéutica retardataria y no emancipadora de la infancia. La Corte afirmó:

“101. Este Tribunal considera oportuno formular algunas precisiones con respecto a esta cuestión. Como anteriormente se dijo, el grupo definido como niños involucra a todas las personas menores de 18 años (*supra* 42). Evidentemente, hay gran variedad en el grado de desarrollo físico e intelectual, en la experiencia y en la información que poseen quienes se hallan comprendidos en aquel concepto. La capacidad de decisión de un niño de 3 años no es igual a la de un adolescente de 16 años. Por ello debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos, con el fin de lograr la protección efectiva de su interés superior, objetivo último de la normativa del Derecho Internacional de los Derechos Humanos en este dominio”.

De modo que la Corte, en lugar de desarrollar una interpretación para un artículo abierto a diferentes lecturas, que potenciara el derecho, lo debilita. Por un lado se afirma

⁷² OC 17/2002, párr. 97, que cita el párrafo 119 de la OC 16.

⁷³ OC 17/2002, párr. 98.

⁷⁴ Véase en tal sentido el magistral análisis de Alessandro Baratta en *Infancia y democracia*, en García Méndez y Beloff, *Infancia, ley y democracia*, t. I, cit., pp. 31-58.

⁷⁵ Véase la conferencia dictada el 8 de mayo de 2003 en la ciudad de Montevideo a propósito de la OC 17. Incluido en el *Capítulo V de este libro*.

que “Debe matizarse razonablemente el alcance de la participación del niño en los procedimientos”, pero, ¿cómo? ¿Qué es razonable para limitar la participación en un proceso, parte esencial del derecho de defensa material, además del derecho a ser oído y a que las opiniones sean tenidas en cuenta? Por otro lado se sostiene que este “matiz” debe tener lugar para lograr la protección del interés superior del niño, categoría que –como quedó establecido–, no fue definida por la OC 17, y que aparece ahora como el ¡“objetivo último de la normativa del derecho internacional de los derechos humanos en la materia”! Nada más y nada menos. ¡Limitar el objetivo final del derecho internacional de los derechos humanos de la infancia a una categoría problemática, ambigua y antigua! Finalmente, el interés superior del niño es otra vez el fin y el límite:

“102. En definitiva, el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso del menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso”.

La Corte, continuando con sus razonamientos ambiguos y circulares, aquí tampoco avanzó sobre ninguno de los problemas que se discuten en la región referidos a este tema: la cuestión de los representantes legales, del derecho de defensa material, de la defensa técnica, de las tecnologías necesarias para que la voz de los más pequeños sea oída y comprendida por los decisores, lo que a su vez se relaciona con los equipos interdisciplinarios, ni tampoco, por último, sobre la profunda dimensión que tiene este derecho desde el punto de vista del Estado democrático de derecho⁷⁶.

f. 3. Proceso administrativo

Tal vez en este punto sea posible afirmar que la Corte avanza algo en el establecimiento de un estándar, que no es sino reiteración de los estándares contenidos en las normas internacionales que rigen la materia, con las salvedades realizadas anteriormente en relación con la separación del niño de su familia y con una nueva confusión entre niños necesitados de protección con niños que, al margen de que necesiten o no protección, se ponen en contacto con el órgano estatal por la comisión de un delito:

⁷⁶ Es del caso recordar al respecto la interpretación del art. 12 de la CDN que trata del derecho del niño a ser oído, a expresar su opinión libremente, a que sus opiniones sean tenidas en cuenta y a participar en todos los procesos que los afecten, realizada por Alessandro Baratta, mencionada en la nota 74:

“... concierne a la conexión funcional de los derechos establecidos en el artículo 12 con la estructura democrática de la sociedad y del Estado y con la posición del niño en esta estructura. No hay ninguna relación explícita de estos derechos con el funcionamiento del sistema democrático. Por el contrario, como se ha observado, la importancia de las opiniones del niño está estrictamente limitada a las situaciones y a los procedimientos que afectan sus intereses. No se extiende a los intereses generales, y las opiniones del niño que pudieran relacionarse con intereses generales no son relevantes. (...) Si la consideramos en el tenor literal del preámbulo y de los artículos específicos, pero de manera fragmentaria, se debería concluir que la Convención protege los derechos del niño, también aquellos derechos que podrían tener una función decisiva para su participación en el proceso democrático en la sociedad y en el Estado, como son aquellos previstos en el artículo 12, no como los derechos de un ciudadano que participa en las relaciones de autonomía y de auto-gobierno, sino que como aquellos de un ciudadano a medias, o mejor de un ciudadano potencial o futuro. Al niño mientras tanto, le estaría garantizado el desarrollo libre, disfrutando de los derechos civiles y de los derechos económicos, sociales, culturales (con las limitaciones y los contrapesos antes indicados), bajo las reglas y el gobierno de los adultos. Pero sólo cuando se hubiere convertido, como ellos, en un ciudadano, podrá disfrutar finalmente de los derechos de participación política”. Cf. Baratta, *Infancia y democracia*, cit., pp. 49-50.

“Proceso administrativo

103. Las medidas de protección que se adopten en sede administrativa, deben ajustarse estrictamente a la ley, y apuntar a que el niño continúe vinculado con su núcleo familiar, si esto es posible y razonable (*supra* 71); en el caso de que resulte necesario una separación, que ésta sea por el menor tiempo posible (*supra* 77); que quienes intervengan en los procesos decisorios sean personas con la competencia personal y profesional necesaria para identificar las medidas aconsejables en función del niño (*supra* 78 y 79); *que las medidas adoptadas tengan el objetivo de reeducar y resocializar al menor*, cuando ello sea pertinente; y que sólo excepcionalmente se haga uso de medidas privativas de libertad. Todo ello permite el desarrollo adecuado del debido proceso, reduce y limita adecuadamente la discrecionalidad de éste, conforme a criterios de pertinencia y racionalidad” (destacado agregado).

Resumidamente, la Corte estableció, en relación con las medidas de protección en sede administrativa:

- a) que se ajusten a la ley (principio de legalidad);
- b) que fortalezcan los vínculos familiares, si es posible y razonable;
- c) que en caso de separación del niño de su familia, ésta sea por el menor tiempo posible;
- d) que el personal que toma estas decisiones sea idóneo.

Luego ingresó inexplicablemente en el terreno de lo penal juvenil, cuando estaba desarrollando el tema de las medidas de protección, sin indicar o advertir que estaba ingresando en este tema, y estableció:

- e) que las medidas adoptadas tengan el objetivo de reeducar y resocializar al menor –esto sólo se explica si se trata de infractores a la ley penal, pero tampoco es posible que esta responsabilidad se adjudique en sede administrativa⁷⁷, y más adelante la OC 17 lo afirma expresamente⁷⁸, por lo que no se comprende su inclusión en este punto–; y
- f) que sólo excepcionalmente se recurra a medidas privativas de la libertad –aquí también imagino que la Corte se está refiriendo a infractores de la ley penal, ya que no me explico cómo puede compatibilizar la privación de la libertad con una medida de protección para no infractores–; de todos modos el punto merecía un análisis más detallado y, sobre todo, más preciso y claro.

Que de los puntos consignados desde *a* hasta *f* se desprenda que los supuestos en cada uno de ellos contenidos permiten un adecuado desarrollo del debido proceso es

⁷⁷ Evidentemente las soluciones alternativas o de justicia restaurativa, fuera del ámbito de la justicia juvenil, pueden ocurrir en sede administrativa, pero aquí se está hablando de “medidas de protección”. El párrafo es ciertamente muy confuso y no sé si logro darle alguna inteligibilidad.

⁷⁸ Cf. OC 17, párr. 80.

incorrecto. Tal vez sólo el primer punto, con algo de argumentación adicional, podría vincularse con el debido proceso legal, pero ninguno de los puntos siguientes.

A qué se refiere la Corte por “éste” en la frase final “reduce y limita adecuadamente la discrecionalidad de éste” es otro misterio. Si se está refiriendo al debido proceso, lo que se impondría desde el punto de vista de la construcción del párrafo, no tiene sentido. El debido proceso no tiene discrecionalidad ni debe ser “limitado” o “reducido adecuadamente”, sino todo lo contrario. Si se está refiriendo a la discrecionalidad característica de los procedimientos tutelares, las medidas que enumera no garantizan su eliminación dado que (como señalé) no se refieren al debido proceso ni las limitan de manera clara.

f. 4. Procesos judiciales. Imputabilidad, delincuencia y estado de riesgo

Probablemente en este punto es donde con mayor claridad yerra la OC 17. Si bien es cierto que los conceptos de imputabilidad, delincuencia y estado de riesgo han estado tradicionalmente confundidos, ésta era, por su novedad en la forma (y luego de más de tres décadas de esfuerzos teóricos y políticos por clarificar los conceptos), la oportunidad para comenzar a distinguir y a precisar los temas y sus límites. Además, de antiguo se han confundido procesos judiciales con administrativos (*proceedings* para el ámbito estadounidense), de modo que no se entiende en absoluto la sistemática de la decisión: trata de temas penales cuando se refiere a procedimientos administrativos (de protección) y trata de temas de protección cuando se refiere a los temas penales, omitiendo cualquier referencia que permita dar inteligibilidad a la decisión.

Por otro lado, el tema de la respuesta estatal a los menores de edad imputados de delito era perfectamente evitable si lo que se estaba haciendo era indagar los límites del Estado al aplicar las medidas de protección a las que son titulares los niños por su condición conforme el artículo 19 de la Convención Americana. Los temas de la edad penal, de la delincuencia juvenil, de las situaciones de vulnerabilidad de los niños, no fueron objeto de la consulta sino, si se quiere, indirectamente y debido a la confusión de la Comisión al presentar los ejemplos o casos hipotéticos. Finalmente, como intentaré demostrar, la Corte se explaya de manera innecesaria en consideraciones teóricas y se equivoca en alguna de sus afirmaciones normativas sobre el particular.

Luego de dar una definición clásica de imputabilidad y sin entrar en consideraciones respecto de los problemas que este tema plantea en relación con los menores de edad, la Corte afirmó:

“107. La Convención sobre los Derechos del Niño no alude explícitamente a las medidas represivas para este tipo de situaciones, salvo el artículo 40.3 inciso a)⁷⁹,

⁷⁹ El art. 40.3.a establece que: “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales (...).”

que obliga a los Estados Partes a tener una edad mínima en la cual se presume que el niño no puede infringir la legislación penal o criminal”.

Esto no es así y me parece grave que la Corte lo afirme tan categóricamente.

No sólo la CDN contiene lo que he llamado en otra oportunidad, las “bases para desarrollar un sistema penal juvenil”⁸⁰, y en general en todas las normas que la Corte cita se puede leer, con mínimo esfuerzo, un programa político criminal y estándares mínimos para regular la respuesta estatal a la delincuencia juvenil, sino que específicamente la CDN tiene un artículo que se refiere, en palabras textuales de la Corte, a las “medidas represivas para este tipo de situaciones”. Se trata, de hecho, de un inciso del mismo artículo que la Corte cita en relación con la edad penal y más adelante en relación con las formas alternativas de solución de conflictos penales:

“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 tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad.

2. Con este 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 a 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 o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;
 - iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a

⁸⁰ Cf. *Beloff*, Algunas confusiones, *citado supra* nota 68.

la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y, a menos que se considere que ello fuere contrario al interés superior del niño, teniendo en cuenta en particular su edad o situación y a sus padres o representantes legales;

- 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 y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;
- v) Si se considere que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;
- vi) Que el niño contará con la 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.

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular:

- a) El establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales;
- b) Siempre que sea apropiado y deseable, la adopción de medidas para tratar a esos niños sin recurrir a procedimientos judiciales, en el entendimiento de que se respetarán plenamente los derechos humanos y las garantías legales.

4. 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” (destacado agregado).

De modo que, además de tratar un tema que no debió haber tratado conforme el objeto de la consulta, lo trató erróneamente.

Luego la Corte explicó que estaba justificado que el Estado actúe cuando adultos o menores de cierta edad realizan hechos previstos como punibles por las leyes penales y exigió, para esa actuación,

“que la conducta que motiva la intervención estatal sea penalmente típica. Así, se asegura el imperio de la legalidad en este delicado campo de las relaciones entre la persona

y el Estado. Esta Corte ha señalado que el principio de legalidad penal ‘implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindarla de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales’. Esta garantía, contemplada en el artículo 9 de la Convención Americana, debe ser otorgada a los niños”.

Se trató aquí de reiterar el principio de legalidad material o sustantivo, recogido por todos los tratados e instrumentos internacionales de aplicación en la materia⁸¹, incluida la Convención Americana omitida en la consulta, comenzando por el art. 40.2.a, CDN, más arriba transcrito.

Luego la Corte continuó desarrollando el art. 40 de la CDN al exigir justicia especializada en el párrafo 109 de la OC 17 para los niños infractores de la ley penal:

“Consecuentemente, los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad”.

Ello se contradice con lo afirmado, tal vez al pasar, en el párrafo 103 ya comentado, que parecería permitir que cuestiones de naturaleza penal se ventilen ante un órgano administrativo.

Por otro lado, es preciso reconocer un párrafo claro de la OC 17, que recoge treinta años de doctrina y normas internacionales:

“110. Es inadmisibles que se incluya en esta hipótesis la situación de los menores que no han incurrido en conducta penalmente típica, pero se encuentran en situación de riesgo o peligro, por desvalimiento, abandono, miseria o enfermedad, y menos aún la de aquellos otros que simplemente observan un comportamiento diferente del que caracteriza a la mayoría, se apartan de las patrones de conducta generalmente aceptados, presentan conflictos de adaptación al medio familiar, escolar o social, en general, o se marginan de los usos y valores de la sociedad de la que forman parte. *El concepto de delincuencia infantil o juvenil sólo puede aplicarse a quienes se hallan en el primer supuesto mencionado, esto es, a los que incurren en conductas típicas, no así a quienes se encuentran en los otros supuestos*” (destacado agregado).

Los tres párrafos finales de este capítulo son nuevamente ejemplo de la confusión de esta OC 17. Tratado ya el tema penal juvenil, vuelve a ingresar al área de la protección, cuando se encuentra desarrollando un capítulo sobre justicia juvenil:

⁸¹ Art. 40 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño; Directrices 5 y 56 de las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil; artículo 15 del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos; artículo 9 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, etcétera.

“112. Finalmente, conviene señalar que hay niños expuestos a graves riesgos o daños que no pueden valerse por sí mismos, resolver los problemas que les aquejan o encauzar adecuadamente su propia vida, sea porque carecen absolutamente de un medio familiar favorable, que apoye su desarrollo, sea porque presentan insuficiencias educativas, alteraciones de la salud o *desviaciones de comportamiento* [*sic*, destacado agregado] que requieren la intervención oportuna (*supra* 88 y 91) y esmerada de instituciones debidamente dotadas y personal competente para resolver estos problemas o mitigar sus consecuencias”.

Ensayo sí algunos límites a esta intervención (más allá de los problemas relacionados con la categoría de interés superior del niño, ya mencionados), intervención que entiendo “protectora” si bien la Corte no lo afirma explícitamente, porque no puede deducirse que está planteando en estos casos una intervención punitiva-resocializadora:

“113. Obviamente, estos niños no quedan inmediatamente privados de derechos y sustraídos a la relación con sus padres o tutores y a la autoridad de éstos. No pasan al ‘dominio’ de la autoridad, de manera tal que ésta asuma, fuera de procedimiento legal y sin garantías que preserven los derechos e intereses del menor, la responsabilidad del caso y la autoridad plena sobre aquél. En toda circunstancia, se mantienen a salvo los derechos materiales y procesales del niño. Cualquier actuación que afecte a éste debe hallarse perfectamente motivada conforme a la ley, ser razonable y pertinente en el fondo y en la forma, atender al interés superior del niño y sujetarse a procedimientos y garantías que permitan verificar en todo momento su idoneidad y legitimidad”.

Y concluyó con un estándar razonable que puede ser considerado la quinta regla de la OC 17, aplicable al tema de la protección a los niños (que es el tema de la OC 17, aunque en este apartado se estaba tratando el tema penal), regla que no había sido fijada con tanta claridad al tratar este tema específicamente unos capítulos antes:

“114. La presencia de circunstancias graves, como las que hemos descrito, tampoco excluye inmediatamente la autoridad de los padres ni los releva de las responsabilidades primordiales que naturalmente les corresponden y que sólo pueden verse modificadas o suspendidas, en su caso, como resultado de un procedimiento en el que se observen las reglas aplicables a la afectación de un derecho”.

f. 5. Debido proceso

La Corte retomó este tema (insisto en que no se entiende la sistemática ya que este tema fue tratado en los apartados 92 a 98), a partir del párrafo 115.

Sostuvo claramente que:

“115. Las garantías judiciales son de observancia obligatoria en todo proceso en el que la libertad personal de un individuo está en juego. Los principios y actos

del debido proceso legal constituyen un conjunto irreductible y estricto que puede ampliarse a la luz de nuevos avances en el Derecho de los derechos humanos. Como estableciera este Tribunal en su opinión consultiva sobre el *Derecho a la Información* (...): el proceso es un medio para asegurar, en la mayor medida posible, la solución justa de una controversia. A ese fin atiende el conjunto de actos de diversas características generalmente reunidos bajo el concepto de debido proceso legal. El desarrollo histórico del proceso, consecuente con la protección del individuo y la realización de la justicia, ha traído consigo la incorporación de nuevos derechos procesales. Son ejemplo de este carácter evolutivo del proceso los derechos a no autoincriminarse y a declarar en presencia de abogado, que hoy día figuran en la legislación y en la jurisprudencia de los sistemas jurídicos más avanzados”.

Es importante que la Corte por fin haya establecido claramente una interpretación de todas las normas que regulan el debido proceso en normas internacionales específicamente referidas a la infancia, en el sentido de que las reglas del debido proceso y las garantías judiciales deben aplicarse *no sólo a los procesos judiciales, sino a cualquier otro proceso que siga el Estado, o bien, que esté bajo su supervisión*. Ésta puede considerarse la sexta regla de la OC 17. Lo que está haciendo la Corte en este punto es retomar la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos de América en el famoso caso “Gault”, en el que ese Tribunal sostuvo que las garantías del debido proceso debían respetarse con prescindencia del nombre del trámite (*proceedings*), en atención a las consecuencias concretas a las que se exponía un niño sometido a él, similares a las consecuencias penales⁸².

Luego la Corte ingresó en el análisis de algunos principios sustantivos y procesales en relación con niños (no sé por qué en este punto se refiere a “menores” cuando el sujeto de la OC fue definido por ella misma como niño).

También advierte: “la posibilidad y conveniencia de que las formas procesales que observan esos tribunales revistan modalidades propias, consecuentes con las características y necesidades de los procedimientos que se desarrollan ante ellos, tomando en cuenta el principio establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño, que en este orden se puede proyectar tanto a la intervención de tribunales, en lo concerniente a la forma de los actos procesales, como al empleo de medios alternativos de solución de controversias al que se alude adelante...”⁸³.

Pero no explica qué significa “modalidades propias”, ni cuál es el principio establecido en la CDN, que interpreto es el problemático “interés superior del niño”.

⁸² Cf. *in re “Gault”*, citado supra nota 15.

⁸³ Cf. OC 17, párr. 119.

En general, en este punto la OC 17 no avanza más allá de reiterar un estándar claro emergente de la CDN y de los otros instrumentos directamente relacionados con la materia⁸⁴ y en algunos casos desarrolla errónea y confusamente algunas garantías. Así:

- a) En relación con la garantía del *juez natural*, exige razonablemente la existencia de medios legales idóneos para la definición y protección de los derechos, con intervención de un órgano judicial competente, independiente e imparcial cuya actuación se ajuste escrupulosamente a la ley, en la que se fijará, conforme a criterios de oportunidad, legitimidad y racionalidad, el ámbito de los poderes reglados de las potestades discrecionales, con remisión a las Reglas de Beijing.
- b) En relación con la garantía de la *doble instancia* y el derecho a un *recurso efectivo*, por un lado, se plantea la garantía con un lenguaje algo anticuado desde el punto de vista procesal penal: “La garantía procesal anterior se complementa con la posibilidad de que exista un tribunal *superior* que pueda revisar las actuaciones del *inferior*” (destacado agregado). Por el otro, superpone esta garantía con la prevista por el art. 25 de la Convención Americana que dispone que toda persona debe tener acceso a un recurso rápido y sencillo, el que se corresponde en nuestra cultura legal, básicamente con el amparo y el *habeas corpus*, que no pueden ser suspendidos ni siquiera en la situación de excepción, recursos que, como es sabido, no tienen que ver con la garantía de doble instancia a la que se refiere el título sino que son lo que se ha dado en llamar “acciones constitucionales”.
- c) En relación con la *presunción de inocencia*, luego del repaso normativo, la Corte ingresa en un terreno resbaloso, y patina:

“128. Dentro del proceso hay actos que poseen –o a los que se ha querido atribuir– especial trascendencia para la definición de ciertas consecuencias jurídicas que afectan la esfera de derechos y responsabilidades del justiciable. A esta categoría corresponde la confesión, entendida como el reconocimiento que hace el imputado acerca de los hechos que se le atribuyen, lo cual no necesariamente significa que ese reconocimiento alcance a todas las cuestiones que pudieran vincularse con aquellos hechos o sus efectos. También se ha entendido que la confesión pudiera entrañar un acto de disposición de los bienes o los derechos sobre los que existe contienda”.

Evidentemente, está desarrollando el tema de la declaración del imputado de un delito. Vale recordar que la “confesión” no es un acto procesal, sino el contenido de un acto procesal central en los procesos inquisitivos aunque de importancia relativa en los

⁸⁴ Fundamentalmente las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing (29/11/85); Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (14/12/90); y Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como Directrices de Riadh (14/12/90).

procesos acusatorios modernos; pero parece al final estar refiriéndose a toda clase de proceso (“acto de disposición de bienes o derechos sobre los que exista contienda”).

El siguiente párrafo parece seguir en la misma línea:

“129. A este respecto, y por lo que toca a menores de edad, es pertinente manifestar que cualquier declaración de un menor, en caso de resultar indispensable, debe sujetarse a las medidas de protección procesal que corresponden a éste, entre ellos la posibilidad de no declarar, la asistencia del defensor y la emisión de aquélla ante la autoridad legalmente facultada para recibirla”.

En este punto aparecen problemas adicionales, puesto que introduce algunos matices como “en caso de resultar indispensable”. Todo ello sin explicar el alcance de la declaración del imputado como acto de defensa material, superponiéndola además con la “confesión”, esto es, con el contenido de la declaración del imputado. A continuación el argumento se torna más oscuro aún, porque parece extender el tema de la declaración (ya no del imputado, sino de un niño sometido a proceso) no sólo a procesos penales sino civiles, con lo que los estándares se modificarían; pero todo ello sin explicarlo claramente, además de regresar al tema de la incapacidad civil, cuando estaba desarrollando el tema de la “confesión” en sede penal. Finalmente, se desprendería del párrafo que esa incapacidad impediría al niño el ejercicio por sí mismo de sus derechos, y con ello, ¿qué resta del derecho de defensa material y el derecho del niño a ser oído (art. 12 CDN)?:

“130. Además, debe tomarse en cuenta que el niño puede carecer, en función de su edad o de otras circunstancias, de la aptitud necesaria para apreciar o reproducir los hechos sobre los que declara, y las consecuencias de su declaración en este caso el juzgador puede y debe valorar con especial cautela la declaración. Evidentemente, no se puede asignar a ésta eficacia dispositiva, cuando corresponde a una persona que, precisamente por carecer de capacidad civil de ejercicio, no puede disponer de su patrimonio ni ejercer por sí mismo sus derechos”.

Para concluir, explica que todo lo expuesto se refiere a “un procedimiento en el que el menor participe y esté llamado a emitir declaraciones”.

Sin embargo los problemas no terminan aquí: “Por lo que toca a procesos propiamente penales (...) hay que considerar que los menores de edad están excluidos de participar como inculpados en esa especie de enjuiciamientos. En consecuencia, no debe presentarse la posibilidad de que en éstos rindan declaraciones que pudieran corresponder a la categoría probatoria de una confesión”.

Este párrafo final merece por lo menos dos comentarios. En primer lugar, llama la atención la categórica afirmación según la cual los menores de edad (otra vez no se trata de niños) están excluidos de participar como inculpados en procesos penales.

Ello contradice no sólo las leyes vigentes latinoamericanas y las normas internacionales de aplicación en la materia, sino lo que la propia OC 17 sostiene unos párrafos más arriba⁸⁵. En segundo lugar, realiza consideraciones doctrinarias propias de otros tiempos del derecho procesal penal. En los modernos sistemas procesales penales latinoamericanos, la declaración del imputado opera (como se afirmó) como medio de defensa y no como medio de prueba, lo que era característico de los sistemas inquisitivos en los cuales la reina de las pruebas era la confesión del imputado⁸⁶. Tampoco se admite más un sistema de pruebas tasadas, con categorías de pruebas, sino que los jueces resuelven según las reglas de la sana crítica racional⁸⁷.

- d) En cuanto al *principio del contradictorio*, reitera las normas internacionales que establecen su vigencia en los procedimientos en los que participan niños, sin analizar diferentes situaciones en las que este principio aparece debilitado o ignorado en los sistemas tutelares vigentes en la región.
- e) En cuanto al *principio de publicidad*, la Corte realiza un análisis tradicional, que no avanza sobre las posiciones más modernas en la especie. Sí avanza en cuanto establece que hay que limitarlo no en lo relativo al acceso de las partes a las pruebas y resoluciones, sino en lo que atañe a la observación pública de los actos procesales, en razón del interés superior del niño, en la medida en que lo preservan de apreciaciones, juicios o estigmatizaciones que pueden gravitar sobre su vida futura. No obstante se debería tratar esta cuestión (que en realidad trata de dos derechos en tensión) de modo de permitir al niño, con la debida asistencia legal, que decida cómo quiere que sea su juicio, al considerar a esta garantía desde una perspectiva moderna y centrada en el niño y no desde una perspectiva tutelar que asume dogmáticamente ciertas posiciones en torno del niño y de sus derechos sin siquiera consultar su opinión y la de su asistencia legal técnica⁸⁸.

⁸⁵ Contrastar estas afirmaciones con las contenidas en la misma OC 17 en los párrafos 108 y 109:

“108. Esto conduce a considerar la hipótesis de que los menores de edad –niños, en el sentido de la Convención respectiva– incurran en conductas ilícitas. La actuación del Estado (persecutoria, punitiva, readaptadora) se justifica, tanto en el caso de los adultos como en el de los menores de cierta edad, cuando aquéllos o éstos realizan hechos previstos como punibles en las leyes penales. Es preciso, pues, que la conducta que motiva la intervención estatal sea penalmente típica. Así, se asegura el imperio de la legalidad en este delicado campo de las relaciones entre la persona y el Estado. Esta Corte ha señalado que el principio de legalidad penal ‘implica una clara definición de la conducta incriminada, que fije sus elementos y permita deslindar-la de comportamientos no punibles o conductas ilícitas sancionables con medidas no penales’. Esta garantía, contemplada en el artículo 9 de la Convención Americana, debe ser otorgada a los niños”.

“109. Una consecuencia evidente de la pertinencia de atender en forma diferenciada y específica las cuestiones referentes a los niños, y particularmente, las relacionadas con la conducta ilícita, es el establecimiento de órganos jurisdiccionales especializados para el conocimiento de conductas penalmente típicas atribuidas a aquéllos. Sobre esta importante materia se proyecta lo que antes se dijo a propósito de la edad requerida para que una persona sea considerada como niño conforme al criterio predominante en el plano internacional. Consecuentemente, los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de conductas previstas como delictuosas por la ley penal, deberán quedar sujetos, para los fines del conocimiento respectivo y la adopción de las medidas pertinentes, sólo a órganos jurisdiccionales específicos distintos de los correspondientes a los mayores de edad. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño contempla el ‘establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes’ (artículo 40.3)” (destacado agregado).

⁸⁶ Cf. Maier, Derecho procesal penal, t. I, cit., pp. 663 y siguientes.

⁸⁷ Cf. Maier, Derecho procesal penal, t. I, cit., pp. 870 y siguientes.

⁸⁸ Beloff, Algunas confusiones, cit. supra nota 68.

f) En cuanto a la *justicia alternativa*, la OC 17 parece confundir el ámbito penal con el “social”, y con las políticas de tercera vía, restaurativas o compositivas. Concretamente, la OC 17 confunde la desjudicialización de los problemas sociales que tradicionalmente ingresaban a la justicia de menores de manera ilegítima (programa vigente en todos los países de la región con nuevas leyes de infancia inspiradas en los más modernos estándares internacionales en la materia), con lo que se conoce como mediación penal juvenil o justicia restaurativa⁸⁹, que se refiere a formas de *diversion*, esto es, de derivación de casos que normalmente deberían adjudicarse en una corte penal, a instancias vecinales, centradas en la víctima y en la reparación del daño:

“135. Las normas internacionales procuran excluir o reducir la ‘judicialización’ de los problemas sociales que afectan a los niños, que pueden y deben ser resueltos, en muchos casos, con medidas de diverso carácter, al amparo del artículo 19 de la Convención Americana, pero sin alterar o disminuir los derechos de las personas. En este sentido, son plenamente admisibles los medios alternativos de solución de las controversias, que permitan la adopción de decisiones equitativas, siempre sin menoscabo de los derechos de las personas. Por ello, es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad”.

III. 3. El voto concurrente razonado del juez Sergio García Ramírez

III. 3. A. La formulación correcta del problema

Este voto es el que refleja mayor conocimiento del problema específico que, de manera equívoca, planteó la Comisión; es también el que refleja mayor conciencia de la relevancia del *thema decidendi* en términos jurídicos y político-culturales, y del rol que la Corte estaba jugando en esta oportunidad. Estas circunstancias no son de extrañar ya que su autor, probablemente el penalista más destacado en su país, durante mucho tiempo participó de los debates en torno de las leyes de infancia en su país y en la región⁹⁰.

El juez García Ramírez entiende que el pedido de la Comisión trasluce “la preocupación por identificar y limitar adecuadamente el poder del Estado para actuar en relación con los niños en ciertos supuestos de suma importancia”⁹¹. Es pues evidente que sabía

⁸⁹ Ver, entre muchos otros, Zehr, Howard, *Changing lenses: a new focus for crime and justice*, Herald Press, Scottsdale, Pennsylvania, 1990; Morris, Allison y Maxwell, Gabrielle (eds.), *Restorative justice for juveniles. Conferencing, mediation & circles*, Hart Publishing, Oregon, 2001; Braithwaite, J., *Crime, shame and reintegration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1989.

⁹⁰ Julieta Di Corletto ha encontrado una fórmula feliz para caracterizar este voto, luego de la lectura de este párrafo al que consideró “sobre-alentador”. En sus palabras, este voto “pone nombre” a todo lo que es ininteligible en la decisión principal de la OC 17, probablemente –estimo yo– porque su autor es quien mejor conocía la discusión y lo que estaba en juego en ella.

⁹¹ OC 17/2002, voto concurrente del juez García Ramírez, párr. 1.

cuál era el problema, aunque la Comisión no lo planteara correctamente. También entiende que no es conveniente confundir los diferentes aspectos del tema: “Estos deben ser cuidadosamente deslindados: a) la realización de una conducta, activa u omisiva, que se halle legalmente prevista como delictuosa, es decir, que sea penalmente típica; y b) una situación que no implique conducta típica alguna y que sugiera la necesidad de esa actuación en beneficio –real o supuesto– del menor de edad”⁹².

III. 3. B. El abordaje del problema desde una perspectiva penal

El voto aborda el tema desde la perspectiva penal que, como se señaló, no era materia de la consulta en atención a los artículos de la Convención Americana involucrados. Aun cuando ingresa en temas vinculados con la protección a la infancia, lo hace siempre desde el derecho penal, probablemente por la formación del juez opinante.

El juez García Ramírez conoce los problemas de las denominaciones “menor delincuente” o de “delincuencia infantil o juvenil”, en el primer caso, y “menor en situación irregular” o en “estado de peligro”, en el segundo, y sabe que cualquier utilización de estas categorías sin definir las mínimamente traería aparejada una cantidad de problemas adicionales que no se propone tratar⁹³.

Inmediatamente después de comenzado su voto, introduce el principio de legalidad material, gran ausente en las legislaciones tutelares de menores:

“2. No es ocioso señalar que la frontera entre esos supuestos debe subordinarse a la naturaleza de los hechos o las situaciones correspondientes a cada uno, desde la perspectiva de los bienes reconocidos y tutelados por el orden jurídico –en mi concepto, desde el plano mismo de la Constitución nacional– y de la gravedad de la lesión que se cause a éstos o del peligro en que se les coloque. En una sociedad democrática, la autoridad legislativa debe observar cuidadosamente los límites de cada hipótesis, conforme a su naturaleza, y establecer en consecuencia la regulación que corresponda. No es aceptable que la ubicación de una conducta dentro de alguna de las categorías mencionadas dependa sólo del libre arbitrio del órgano legislativo, sin tomar en cuenta los principios y las decisiones constitucionales, que gobiernan la tarea del legislador a la hora de ‘seleccionar’ las conductas que deben ser consideradas delictuosas, así como las consecuencias jurídicas correspondientes”.

Explica el alcance que va a dar a las palabras “niño” y “menor” sin ingresar en un debate conocido respecto de cuál es la denominación adecuada para el sujeto al que se

⁹² OC 17/2002, voto concurrente del juez García Ramírez, párr. 1.

⁹³ “Sobra decir que estas denominaciones tienen, hoy día, una elevada ‘carga desfavorable’, o por lo menos controvertible. El gran debate comienza –o termina– en el empleo mismo de dichas expresiones”. Cf. OC 17, voto concurrente del juez García Ramírez, párr. 1.

hace referencia. Es contundente en afirmar que utilizará en lo pertinente la expresión menor en su sentido más estricto “y al mismo tiempo más distante de cualquier intención descalificadora, prejuiciosa o peyorativa”:

“El idioma es un sistema de claves. Debo establecer el alcance de las que ahora empleo, adhiriéndome al uso que de ellas ha hecho la Corte en esta *Opinión Consultiva*, para colocarlas por encima o fuera –como se prefiera– de un debate que a veces aporta más sombras que luces. La palabra ‘menor’, ampliamente utilizada en el orden nacional, alude a la persona que aún no ha alcanzado la edad que aquél establece para el pleno –o amplio– ejercicio de sus derechos y la correspondiente asunción de sus deberes y responsabilidades; regularmente, en esa frontera coinciden la capacidad de goce de los derechos civiles, o de muchos de ellos (una posibilidad que surge en el pasado: desde el nacimiento, o antes inclusive), y la capacidad de ejercicio de ellos (una posibilidad que se despliega hacia el futuro, donde se traspone la frontera hacia el despliegue autónomo de los derechos por el titular de éstos). Por su parte, la palabra ‘niño’ ha poseído, en principio, un sentido más biológico o bio-psíquico que jurídico, y en este sentido, que corresponde al uso popular del término, contrasta con adolescente, joven, adulto o anciano.

El concepto ‘niño’ coincide con el de ‘menor de edad’ cuando uno y otro se juridizan, valga la expresión, y concurren bajo unas mismas consecuencias de Derecho. La Convención sobre Derechos del Niño, de Naciones Unidas, abundantemente invocada en la presente *Opinión Consultiva*, considera que es niño la persona menor de 18 años, ‘salvo que, en virtud de la ley que le sea aplicable, haya alcanzado antes la mayoría de edad’ (artículo 1) (párr. 42). Esto confiere un sentido jurídico preciso a la palabra niño, y en tal virtud coloca a este concepto –y a este sujeto– como punto de referencia para la asignación de múltiples consecuencias jurídicas. Huelga decir que la palabra niño abarca aquí al adolescente, porque así resulta de esa Convención tan ampliamente ratificada, y también comprende a la niña, por aplicación de las reglas de nuestro idioma...”.

Siempre teniendo como marco el derecho penal, no introduce distinciones dentro del grupo de los niños (menores de dieciocho años de edad), en la misma línea seguida por la OC 17, ni sobre la base del discernimiento ni de la capacidad:

“Se entiende, pues, que dieciocho años son una frontera precisa entre dos edades que traen consigo dos estatutos característicos (...) una, la correspondiente a quienes se hallan fuera del ámbito de validez subjetiva de las normas penales ordinarias, y otra, la de quienes se encuentran sujetos a éstas”⁹⁴.

⁹⁴ OC 17/2002, voto concurrente del juez García Ramírez, párr. 5 in fine.

Explica el trato diferenciado que la OC 17 brinda a los niños con el siguiente argumento:

“6. Cuando la *Opinión Consultiva* se refiere a determinado trato para los niños o menores de edad, y lo distingue de otro relativo a los adultos o mayores de edad, supone –en mi concepto– que el régimen de adultos no es trasladable o aplicable a los menores (párr. 109). Esto no obsta, desde luego, para que: a) existan principios y reglas aplicables, por su propia naturaleza, a ambos conjuntos (derechos humanos, garantías), sin perjuicio de las modalidades que en cada caso resulten razonables o, incluso, necesarias, y b) existan, en el ámbito de los menores, diferencias derivadas del distinto desarrollo que existe entre los individuos menores de 18 años: media una gran diferencia, en efecto, entre quien cuenta con 8 o 10 años de edad y quien ha alcanzado 16 o 17. Por cierto, también existen diferencias –que no pretendo examinar ahora– en el otro conjunto, el de los adultos, por motivos diversos; el ejemplo más evidente es el de quienes se hallan privados de la razón”.

Conecta correctamente el problema del derecho tutelar de menores con todo derecho tutelar de raíz peligrosista, de modo de lograr articular en su voto argumentos penales y no penales; pero sin perder de vista (a diferencia de otras secciones de esta OC 17) cuál es el tema central y cómo se debe limitar al Estado en cada uno de sus ámbitos de actuación. Es evidente que si todo derecho tutelar peligrosista plantea enormes problemas, cuando el destinatario de esas normas es un niño (“integrantes de un grupo humano especialmente vulnerable, que a menudo carece de las aptitudes personales para enfrentar adecuadamente determinados problemas, por inexperiencia, inmadurez, debilidad, falta de información o de formación; o no reúne las condiciones que la ley dispone para atender con libertad el manejo de sus intereses y ejercer con autonomía sus derechos”), la situación se agrava. Y admite explícitamente:

“Tal es la situación en la que se hallan los niños o menores de edad, que por una parte carecen –en general y de manera relativa: diversos factores generan distintas situaciones– de aquellas condiciones personales, y por la otra tienen restringido o detenido, *ope legis*, el ejercicio de sus derechos. *Es natural que en este ‘terreno minado’ aparezcan y prosperen los mayores abusos, a menudo cubiertos por un discurso paternal o redentor que puede ocultar el más severo autoritarismo*” (destacado agregado).

La cuestión de la edad y de la imputabilidad penal

Ingresa luego (innecesariamente en relación con el *thema decidendi* pero razonablemente si se piensa en la lógica de su voto), en el problema de la minoría de edad penal y de la inimputabilidad de los menores de edad. Sobre este tema hace una precisión importante:

“La atribución de imputabilidad o inimputabilidad *ope legis* a un amplio grupo humano, en virtud de la edad que todos tienen, y no de la capacidad que cada uno posee, es una ficción útil que responde a las necesidades y expectativas de cierta política a

propósito de la protección y el desarrollo de los jóvenes, pero no a la realidad específica –la única que existe– en el caso de cada uno de ellos”⁹⁵.

Este párrafo complementa aquel del voto del juez Cançado referido al sujeto del derecho niño (y no infancia)⁹⁶.

Explica luego cómo se crearon, para los fines de la responsabilidad por conducta ilícita, “jurisdicciones –*lato sensu*– diferentes, órdenes jurídicos propios y procedimientos e instituciones diversos para cada uno. En el caso de los adultos, ese desarrollo coincidió con el auge del principio de legalidad penal y procesal, que dio origen a un régimen de garantías más o menos exigente. En el de los menores, en cambio, la extracción de la justicia penal tuvo como efecto el establecimiento de jurisdicciones ‘paternales o tutelares’ fundadas en la idea de que el Estado releva a los padres o tutores en el desempeño de la patria potestad o la tutela, y asume las funciones de éstos con el alcance y las características que regularmente poseen”⁹⁷.

Aquí me permito disentir respetuosamente con el voto ya que las jurisdicciones especiales para menores, de características paternalistas o tutelares, se justificaban como suplentes de padres inidóneos, principalmente en aquellos casos relacionados con niños “en problemas”, no con niños “problemáticos”, como pueden considerarse dentro de esa lógica los menores de edad imputados de la comisión de delitos. Es cierto que el dispositivo jurisdiccional *lato sensu* era el mismo, pero la justificación de su intervención tenía un matiz, en estos casos, algo diferente⁹⁸. Tampoco coincidió con la interpretación del intervencionismo estatal paternalista como consecuencia del estado social; ciertamente, el paternalismo estatal es anterior en varias décadas al estado social latinoamericano y su justificación fue más de tipo político-criminal que político-social. No obstante, la descripción de la justicia tutelar que realiza el juez García Ramírez es precisa:

“Si los padres o tutores pueden resolver con gran libertad sobre el desarrollo sus hijos, adoptando inclusive medidas de autoridad que no serían aplicables a un adulto fuera de procedimiento judicial, el ‘Estado padre o tutor’ podría hacer otro tanto, poniendo de lado, por ello, las formalidades y garantías del Derecho ordinario: desde la legalidad en la definición de las conductas que motivan la intervención y la naturaleza y duración de las medidas correspondientes, hasta el procedimiento para adoptar decisiones y ejecutarlas”⁹⁹.

⁹⁵ OC 17/2002, voto concurrente del juez García Ramírez, párr. 11 in fine.

⁹⁶ OC 17/2002, voto del juez Cançado Trindade, párr. 6, infra pp. 172 y siguientes.

⁹⁷ OC 17/2002, voto concurrente del juez García Ramírez, párr. 13.

⁹⁸ En efecto, la división entre secretarías actuarias o penales y tutelares o asistenciales, da cuenta de que si bien el delito no es decisivo, es un dato con particular relevancia en el entramado tutelar.

⁹⁹ OC 17/2002, voto del juez García Ramírez, párr. 14.

Luego de una precisa caracterización del sistema tutelar¹⁰⁰, al que considera un progreso respecto del régimen anterior en tanto logró sacar a los menores de edad de la justicia de adultos (ideal que en la práctica no se realizó porque la justicia tutelar siempre fue, tanto desde el punto de vista sustantivo cuanto formal en muchos países, una justicia penal, y porque, además, el sistema anterior al tutelar no era tan severo con los niños¹⁰¹), ingresa en el ámbito de los problemas que este “promisorio” nuevo sistema acarreó, que resume de la siguiente manera:

“17. (...) En primer término, la extraordinaria flexibilidad del concepto tutelar en cuanto a la conducta que podía determinar la injerencia del Estado, llevó a reunir dentro del mismo marco de atención, acción y decisión los hechos penalmente típicos y aquellos que no lo eran, incluyendo ciertos conflictos domésticos cuya solución correspondía a los padres y se transfería, por incompetencia o comodidad de éstos, a los órganos correccionales del Estado. Esta confusión reunió en los mismos tribunales e instituciones a quienes habían cometido delitos calificados como graves y a quienes habían incurrido en ‘errores de conducta’ más o menos leves, que debieron ser abordados bajo otra perspectiva. Por ello surgió la impugnación de la idea tutelar...”¹⁰². “18. Igualmente, la asunción estatal de las facultades de padres y tutores, no sólo captó y capturó a los menores, sino también

¹⁰⁰ “15. La legislación y la jurisprudencia nacionales, apoyadas por una doctrina que en su tiempo pareció innovadora, afirmaron en diversos países la posición paternalista del poder público. En Estados Unidos, estas ideas se instalaron a partir de una resolución de la Suprema Corte de Pennsylvania, de 1838: Ex parte Crouse. En México, casi cien años después, una conocida sentencia de la Suprema Corte de Justicia, dictada en el juicio de amparo de Ezequiel Castañeda en contra de actos del Tribunal de Menores y de la ley correspondiente, expuso el criterio tradicional: en la especie, el Estado no actúa ‘como autoridad, sino en el desempeño de una misión social y substituyéndose a los particulares encargados por la ley y por la tradición jurídica de la civilización occidental de desarrollar la acción educativa y correccional de los menores’. Así se definió el rumbo que seguiría esta materia, de manera más o menos pacífica, en muchos años por venir. Tomando en cuenta el relevo paterno y tutelar que explicó y justificó, desde el plano jurídico, la actuación del Estado, así como el propósito asignado a la intervención del aquél en estos asuntos, que coincidía aproximadamente con el designio correccional o recuperador que campeaba en el caso de los adultos, esta forma de actuar y la corriente que la sustenta recibieron una denominación que ha llegado hasta nuestro tiempo: ‘tutelar’”. También “Al entender que el niño no delinque y que no debe ser denominado y tratado, por ende, como delincuente, sino como infractor ‘sui generis’, pretendió excluirlo del mundo de los delincuentes ordinarios. También advirtió el enorme peso que el aparato de la justicia puede ejercer sobre el menor de edad, y supuso preferible instituir unos procedimientos y organizar unos organismos carentes de la ‘figura y el estrépito’ de la justicia ordinaria, cuyos resultados no habían sido precisamente satisfactorios en el caso de los menores”. Cf. OC 17/2002, voto del juez García Ramírez, párr. 15.

¹⁰¹ “A general impression has been created in the literature of juvenile justice that prior to the reforms of the child-saving movement, children were treated by the criminal courts as though they were adults. The creation of the juvenile court is often characterized as a significant victory for enlightenment over forces of oppression and ignorance. The popularity of this myth can be attributed to the lack of empirical scholarship (...) and to the tendency of many writers to view judicial and penal history from an evolutionary perspective. The modern view of the juvenile court suffers from a sentimental interpretation of history to suit progressive explanations of how social problems are ‘civilized’”.

[“En la literatura sobre justicia juvenil se ha creado una impresión general en el sentido de que previo a las reformas del movimiento de los salvadores del niño, los niños eran tratados por los tribunales penales como si fueran adultos. La creación de los tribunales de menores es a menudo caracterizada como una victoria significativa de la Ilustración sobre las fuerzas de la opresión y la ignorancia. La popularidad de este mito puede ser atribuida a la falta de estudios empíricos (...) y a la tendencia de muchos autores a ver la historia judicial y penal desde una perspectiva evolutiva. La concepción moderna del tribunal de menores padece de una interpretación sentimental de la historia para acomodar explicaciones progresistas respecto de cómo se ‘toman civilizados’ los problemas sociales”] (traducción propia). Cf. Platt, *The child savers*, cit. supra nota 16, pp. 184 y siguientes. Sobre el particular ver también Rothman, David J., *Conscience and convenience. The asylum and its alternatives in progressive America*, Harper Collins, 1980, capítulos 6 al 8; Krisberg, Barry y Austin, James F., *Reinventing juvenile justice*, Sage, 1993; Ryerson, Elen, *The best-laid plans. America’s juvenile court experiment*, Hill and Wang, New York, 1978, entre otros.

¹⁰² Sigue: “... el pretexto tutelar puede esconder gravísimas lesiones de todo género (a las garantías de defensa, a la libertad ambulatoria, a la patria potestad, a la familia). El derecho del menor, entendido como ‘derecho tutelar’, ha sido puesto en duda con sobrados motivos hace algunos años y nadie puede olvidar que, históricamente, las más graves aberraciones se han cometido con pretexto tutelar: a los herejes, a los infieles, etcétera”.

privó a los mayores, de manera fulminante, de algunos derechos del estatuto familiar. Además, la pretensión de excluir la figura y la forma del juicio ordinario, sumada a la noción de que el Estado no se halla en conflicto con el niño, sino constituye el mayor garante del bienestar de éste —procedimientos sin litigio y, por ende, sin partes procesales—, condujo a minimizar la intervención del menor y de sus responsables legales en los actos del procedimiento, prescindir de algunos actos que en el Derecho común integran el ‘debido proceso legal’, y suprimir el sistema de garantías que son otros tantos controles del quehacer del Estado para moderar su fuerza y dominar su arbitrio en bien de la legalidad, que debe traducirse, en definitiva, como bien de la justicia”.

III. 3. C. ¿Una disputa de escuelas? o acerca del modelo pedagógico que adquirió dimensión ontológica

Llaman la atención dos giros del párrafo 19: “Estos y otros problemas acarrearón, como señalé, una fuerte reacción que reclamó el retorno —o la evolución, si se prefiere decirlo de esta manera— a los métodos legales diferentes, que entrañan una suma relevante de garantías: ante todo, legalidad sustantiva y procesal, verificable y controlable”.

Retorno parece significar que los nuevos sistemas implicarían retrotraer la situación a los tiempos en los que no existía legislación especializada, lo que no es así si el tema es estrictamente analizado desde la perspectiva de los instrumentos internacionales que motivaron y orientaron las reformas a las que se hace referencia en el voto. Por otro lado, los métodos legales que implican vigencia de la legalidad sustantiva y procesal no son algo “diferente” (¿de qué?), sino que son la regla en las sociedades occidentales y en los tratados internacionales y regionales de derechos humanos. Los nuevos sistemas de responsabilidad penal de los adolescentes desarrollados en América Latina no son sistemas equiparables a la justicia juvenil estadounidense, producto de las transformaciones ocurridas en ese país luego del célebre caso de la Corte Suprema de 1967, “Gault”, mencionado en el voto¹⁰³. Es posible afirmar que estos nuevos sistemas latinoamericanos son “garantistas” en el sentido que se da en América Latina a esta terminología importada de la cultura legal italiana¹⁰⁴, pero no es correcto aplicar

¹⁰³ Sobre las diferencias entre el proceso de reformas institucionales y legales vinculadas con la justicia juvenil en los Estados Unidos, a través del activismo judicial, y en América Latina, treinta años después, a partir de la incorporación de la CDN, ver Beloff, Mary, Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular.

¹⁰⁴ “1. El modelo garantista. 1. La epistemología garantista. El derecho penal de los ordenamientos desarrollados es un producto predominantemente moderno. Los principios sobre los que se funda su modelo garantista clásico —la estricta legalidad, la materialidad y lesividad de los delitos, la responsabilidad personal, el juicio oral y contradictorio entre partes y la presunción de inocencia— en gran parte son, como es sabido, el fruto de la tradición jurídica ilustrada y liberal”. Cf. Ferrajoli, Luigi, Derecho y razón. Teoría del garantismo penal (trad. de Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale, Gius, Laterza e Figli, 1989), Ed. Trotta, Madrid, 1995, p. 33. En el prólogo al libro Norberto Bobbio nos advierte que “Paradójicamente (...) incluso el más perfecto sistema del garantismo no puede encontrar en sí mismo su propia garantía y exige la intervención activa por parte de los individuos y de los grupos en la defensa de los derechos que aun cuando se encuentren normativamente declarados no siempre están efectivamente protegidos”, *ibidem*, p. 19.

esa calificación al fallo “Gault” ni a ninguno de esa saga en la jurisprudencia estadounidense¹⁰⁵, completamente al margen del debate que se da en el ámbito latinoamericano, espejo más cercano de la discusión que desde la década de 1970 ha tenido lugar en la Europa continental.

Un problema importante de este voto radica en la manera que se eligió para denominar los modelos en tensión. Al llamar a uno de los dos “garantista”, impidió a la Corte y al mismo voto suscribir claramente a un modelo garantista. Esto parece un juego de palabras pero no lo es. La Corte sólo puede desarrollar una interpretación de tratados de derechos humanos como la que aquí se le proponía basada principalmente sobre esos tratados. El producto de esa actividad es lo que en nuestra región se conoce como garantismo; pero al denominar de este modo a uno de los modelos vinculados con la condición jurídica de la infancia en la región, la cuestión del garantismo se tornó partisana, impidiendo a la Corte asumir explícitamente una defensa clara de los derechos y garantías del niño, porque ello podría haber sido interpretado en el sentido de que estaba tomando partido por uno de los modelos o corrientes “en pugna”. Planteado erróneamente el problema, la Corte no pudo hacer aquello que estaba llamada a hacer: desarrollar una interpretación de los tratados en cuestión, en relación con la protección a la infancia, promotora y respetuosa de los derechos de los niños y no lo contrario.

Conecta luego el juez García Ramírez las reformas legales recientes latinoamericanas con las campañas de ley y orden que tienen lugar cíclicamente en América Latina y que vinculan la inseguridad y el aumento de la delincuencia común con los adolescentes¹⁰⁶; pero en este punto equivoca en mi opinión su análisis. En primer lugar, porque como he señalado en otra oportunidad¹⁰⁷, las reformas legales latinoamericanas se deben directamente a la aprobación y ratificación de la CDN a comienzos de la década de 1990, momento que coincidió con la consolidación democrática en varios países, que a su vez implicó la reforma y modernización de la justicia, y en particular de la justicia penal. En segundo lugar, porque ninguna de estas leyes implicó rebajas de edad de imputabilidad sino todo lo contrario: todas las nuevas leyes elevaron la edad

¹⁰⁵ Me refiero al conjunto de fallos que transformó la justicia juvenil estadounidense a partir del caso in re “Gault”, convirtiéndola en una sucursal proveedora de casos para la justicia penal de adultos. Fue una victoria pírrica del movimiento crítico de la justicia juvenil que acompañó el dictado de estos fallos, a saber: in re “Winship” (1970), relacionado con el estándar probatorio más allá de toda duda razonable; “Breed v. Jones” (1975), relacionado con la garantía equiparable al *in bis in idem* continental del derecho anglosajón; “McKeiver v. Pennsylvania” (1971), relacionado con el derecho de los jóvenes a ser juzgados por jurados, con respuesta negativa; y “Schall v. Martin” (1984) que examinó el tema de la prisión preventiva en jóvenes.

¹⁰⁶ “20. En la realidad, ha ocurrido que las crecientes oleadas de delincuencia –y dentro de éstas la delincuencia infantil o juvenil en ‘sociedades juveniles’, como son las de Latinoamérica–, que provocan reclamaciones también crecientes y explicables de la opinión pública, han desencadenado cambios legales e institucionales que parecen caracterizar una de las posiciones más importantes y significativas de la sociedad y del Estado en la hora actual”.

¹⁰⁷ Cf. Beloff, Algunas confusas, *cit. supra* nota 68.

de imputabilidad penal como ingreso al sistema penal de adultos, a los 18 años¹⁰⁸. Se afirma en este voto:

“Entre *esos cambios inquietantes figura la reducción de la edad de acceso a la justicia penal*, con el consecuente crecimiento del universo de justiciables potenciales: a él ingresan, con cada cambio reducción [sic] de la edad, millones de personas, que eran niños o menores en la víspera y devienen adultos por acuerdo del legislador. La transformación de los procedimientos en el ámbito de los menores ha traído consigo, evidentemente, la adopción de figuras características del proceso penal, conjuntamente con la cultura o la costumbre penales inherentes a ellas” (destacado agregado)¹⁰⁹.

Finalmente, la adopción de las “formalidades” penales se relaciona con la introducción de garantías sustantivas y adjetivas en los procedimientos que se siguen a los adolescentes imputados de la comisión de delitos, lo que no parece problemático si es analizado a la luz de los estándares internacionales más modernos, básicamente los artículos 12, 37 y 40 de la CDN, y los arts. 7, 8, 9 y concordantes de la Convención Americana.

Ingresa el voto luego al tema de la tensión de “escuelas, corrientes o conceptos” que caracteriza de la siguiente manera:

“21. (...) Ha surgido una gran polarización entre estas dos corrientes, cuyo encuentro –o desencuentro– apareja una suerte de dilema fundamental, que puede generar, en ocasiones, ciertos ‘fundamentalismos’ con sus estilos peculiares. Ese dilema se plantea en términos muy sencillos: o sistema tutelar o sistema garantista”.

¹⁰⁸ Cf. Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, Ley 8.069 aprobada el 13 de julio de 1990 y reformada, recientemente, por la ley 10.764 del 12 de noviembre de 2003, que declara la inimputabilidad para los menores de dieciocho años y un sistema especial de respuesta para los adolescentes entre doce y dieciocho años no cumplidos en los artículos 104, 105 y concordantes; el Código de los Niños y Adolescentes de Perú, aprobado por la ley 27.337 del 27 de julio de 2000 que modificó el Decreto Ley 26.102 del 24 de diciembre de 1992, que crea un sistema similar al brasileño; en Guatemala la Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia aprobada por el Decreto N° 27-03, del 4 de junio de 2003 (modificado por el decreto N° 2-2004), que crea un sistema similar pero con un piso de trece años en lugar de doce; el Código de la Niñez y la Adolescencia de Honduras, aprobado por el Decreto 73-96 del 30 de mayo de 1996, con el mismo techo de dieciocho años y piso de doce, en los artículos 180 y concordantes; el Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua, que crea una justicia penal del adolescente para las personas entre trece y dieciocho años no cumplidos, en los artículos 95 y siguientes, aprobado por ley 87, del 12 de mayo de 1998; en Ecuador el nuevo Código de la Niñez y Adolescencia, Ley 100 RO/737, aprobada el 17 de diciembre de 2002, establece en el artículo 305 que “Los adolescentes son penalmente inimputables y, por tanto, no serán juzgados por jueces penales ordinarios ni se les aplicarán las sanciones previstas en las leyes penales”. En caso de que cometan infracciones tipificadas en la ley penal, declarada su responsabilidad, estarán sujetos a medidas socio-educativas (artículo 306); en la República Dominicana, el Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes, aprobado por ley 136-03, del 15 de julio de 2003, crea un sistema especial para los adolescentes –mayores de trece años y menores de dieciocho– y excluye a los niños, en los artículos 222 y siguientes; la Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente de Venezuela, Ley 5.266, aprobada el 3 de septiembre de 1998, crea del mismo modo un sistema especial para adolescentes entre doce y dieciocho años; la Ley del Menor Infractor de El Salvador, Decreto 863 aprobado el 27 de abril de 1994, establece en el artículo 2 que se aplicará a las personas mayores de doce y menores de dieciocho años de edad; la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica, Ley 7.576 aprobada el 6 de febrero de 1996, crea un sistema similar; y en Panamá, el Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia, Ley 40, aprobada el 26 de agosto de 1999. Modificada por la ley 46, aprobada el 6 de junio de 2003, abarca al grupo etáreo entre catorce y dieciocho años no cumplidos.

La única ley problemática es el Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia, aprobado por ley 2.026, del 27 de octubre de 1999, que reemplaza al Código del Menor de 1992, y que organiza un sistema de responsabilidad penal de los adolescentes en el Capítulo III del libro tercero bajo el título “Responsabilidad en infracciones”. En el artículo 221 se define a la infracción como la conducta tipificada como delito en la ley penal, en la que incurre como autor o participe un adolescente y de la cual emerge una responsabilidad social. Aparece un problema con el ámbito de aplicación, ya que según el artículo 2 de la ley son adolescentes las personas entre doce y dieciocho años, mientras que el artículo 222 establece que la responsabilidad del adolescente se aplicará a las personas comprendidas entre los doce y menores de dieciséis años. Se agrega un artículo –que no resuelve el problema– que establece que las personas entre dieciséis y veintiún años serán sometidas a la legislación ordinaria, pero contarán con la protección a que se refieren las normas de ese título (225).

¹⁰⁹ OC 17/2002, voto del juez García Ramírez, párr. 20.

E intenta llegar a una “síntesis superadora”, en el entendimiento de que entre ambos “sistemas” “no existe verdadera contraposición, de esencia o de raíz (...). Ni las finalidades básicas del proyecto tutelar contravienen las del proyecto garantista, ni tampoco éstas las de aquél, si unas y otras se consideran en sus aspectos esenciales, como lo hago en este *Voto* y lo ha hecho, a mi juicio, la Opinión Consultiva, que no se afilia a doctrina alguna”¹¹⁰.

En cierto sentido su afirmación es verdadera. Ni su voto ni la OC adscriben explícitamente a doctrina alguna; pero esto no es meritorio. La OC debería suscribir a la doctrina que es posible construir a partir de los tratados internacionales y regionales de aplicación en la materia y eso es lo que en la doctrina se conoce como garantismo. De ahí el problema ya señalado de denominar a uno de los modelos “garantista”.

Es elogiable el esfuerzo que hace el juez García Ramírez por superar la dicotomía de escuelas, y quizás en su voto lo logre precisamente porque conoce acabadamente la materia sometida a decisión de la Corte; pero definitivamente la OC 17, por más que se lo proponga, no lo logra, ya que como se ha intentado dejar claro, ella se caracteriza, más que por la adscripción a una corriente u otra, por la confusión. *Y la confusión es propia de una de las escuelas, no de la otra.*

En mi opinión, a esta altura es importante señalar que no se trata de una querrela de escuelas. La división entre ambas corrientes de pensamiento de manera muy esquemática y simplista cumplió en un momento, a comienzos de la década de 1990, una función pedagógica; pero es insostenible desde una epistemología rigurosa. Entre la cultura tutelar y la generada a partir de la particular interpretación que de la CDN se realizó en América Latina se advierte un *continuum*¹¹¹. Sólo un ejercicio activo, expresión de una voluntad política de transformar la condición jurídica de la infancia, sustentado en lo que en otra oportunidad he llamado una hermenéutica hacia delante, emancipadora de la infancia¹¹², permite entender a estos modelos como compartimentos claramente separados. En esta línea –interpreto– se orientaba la consulta; y la insistencia respecto de que ambos “modelos” son equivalentes o igualmente ajustados a derecho (ya sea internacional o constitucional nacional), es inconducente a los fines mencionados.

¹¹⁰ OC 17/2002, voto del juez García Ramírez, párr. 22.

¹¹¹ Ejemplos del continuum o puntos de contacto entre ambos modelos son: a) la cuestión de la especialidad aunque la concepción del sujeto sea diversa; y b) la prevención especial positiva, la resocialización o reintegración social del adolescente infractor declarado penalmente responsable o tutelado como justificación de las medidas tanto tutelares como socio-educativas.

¹¹² Cf. Beloff, Mary, Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular, *Capítulo I de este libro*.

Las preguntas retóricas del juez García Ramírez en el párrafo 23¹¹³ encuentran respuesta en una cultura que al mismo tiempo respeta los derechos y la singularidad, tal la construida a mi juicio a partir de la incorporación de la CDN a los sistemas jurídicos nacionales latinoamericanos. Aunque es comprensible la desconfianza del juez opinante, la experiencia latinoamericana debería permitirle no temer que el reconocimiento de derechos de primera generación a los niños vaya a implicar tratarlos como adultos, tal como sucedió en materia de justicia juvenil en los Estados Unidos en los años 60. La historia latinoamericana es diferente de la estadounidense también en este punto y no es casual que ese país sea el único de la región, y el segundo del mundo que no ha suscripto la CDN.

El juez García Ramírez alude a la existencia de un “falso dilema” entre la concepción que dio fundamento a las leyes tutelares de menores de la región y la originada a partir de la incorporación de la CDN a los sistemas jurídicos nacionales latinoamericanos. Su intento por minimizar las tensiones es ciertamente interesante y novedoso. Se trata de un recurso original al que no se había recurrido anteriormente. No obstante, estimo que su recurso al “falso dilema” es más un recurso retórico que conceptual, ya que no son falsos ni el dilema ni la tensión entre los modelos. No es falso el dilema porque el sistema previo a la CDN o sistema tutelar, y el sistema posterior, o sea el actualmente vigente desde el punto de vista normativo, son sustancialmente diferentes en su concepción del sujeto, en su concepción de la desviación normativamente relevante, en su concepción de la institucionalidad que debe ofrecer el Estado frente a los delitos por un lado y frente a las violaciones de derechos por otra. No es dilema porque no se puede hoy sostener un modelo desubicado temporalmente, contrario a los tratados, y además ineficiente, por decir lo menos.

Como señalé anteriormente, los jueces de la Corte sólo tenían una alternativa: pronunciarse a favor de la promoción de los derechos de la infancia si se atenían a la interpretación emancipatoria que alguno de los votos en la OC 17 propuso, en otras palabras, una hermenéutica garantista; pero al haber denominado a uno de los modelos como “garantista”, y al haberlo identificado con una de las posiciones en conflicto, se impidió que los jueces asumieran plenamente el marco de garantías, “el marco garantista”, para estructurar y dar contenido a la OC 17.

113 “23. ¿Cómo negar, en efecto, que el niño se encuentra en condiciones diferentes a las del adulto, y que la diversidad de condiciones puede exigir, con toda racionalidad, diversidad de aproximaciones? ¿Y que el niño requiere, por esas condiciones que le son propias, una protección especial, distinta y más intensa y esmerada que la dirigida al adulto, si la hay? ¿Y cómo negar, por otra parte, que el niño –ante todo, un ser humano– es titular de derechos irreductibles, genéricos unos, específicos otros? ¿Y que no es ni puede ser visto como objeto del proceso, a merced del arbitrio o del capricho de la autoridad, sino como sujeto de aquél, puesto que posee verdaderos y respetables derechos, materiales y procesales? ¿Y que en su caso, como en cualquier otro, es preciso que el procedimiento obedezca a reglas claras y legítimas y se halle sujeto a control a través del sistema de garantías?” Cf. OC 17/2002, voto del juez García Ramírez.

Con una grandeza intelectual encomiable, el juez García Ramírez acepta revisar parte de las concepciones que alguna vez sostuvo en esta materia y plantea lo que yo llamaría tensiones, no dilemas, del siguiente modo:

“Las contradicciones reales –y por ello los dilemas, las antinomias, los auténticos conflictos– se deben expresar en otros términos. Lo tutelar y lo garantista no se oponen entre sí. La oposición real existe entre lo tutelar y lo punitivo, en un orden de consideraciones, y entre lo garantista y lo arbitrario, en el otro. En fin de cuentas, donde parece haber contradicción puede surgir, dialécticamente, una corriente de síntesis, encuentro, consenso. Ésta adoptaría lo sustantivo de cada doctrina; su íntima razón de ser, y devolvería a la palabra ‘tutela’ su sentido genuino –como se habla de tutela del Derecho o de tutela de los derechos humanos–, que ha llevado a algunos tratadistas a identificarla con el Derecho de los menores infractores¹¹⁴, que constituiría bajo el signo de la tutela, en su acepción original y pura, un Derecho protector, no un Derecho desposeedor de los derechos fundamentales”.

El problema no está en la tutela (cuyo significado literal ya he comentado¹¹⁵), el problema no está en la protección; el problema radicó en cómo se entendió durante décadas la protección a los niños. Si el sujeto destinatario de la protección es concebido como incapaz, por lo tanto no sujeto de derechos, la protección que se le brinde será entendida como tratamiento, regeneración o cura, y no se estará frente a la protección de los derechos del sujeto sino frente a algo diferente. De manera que la tensión es real porque se oponen dos concepciones del tema diferentes, más allá de la terminología que se emplee. La posibilidad de combinar los dos modelos deviene, en consecuencia –y pese a los loables intentos del juez García Ramírez en ese sentido–, una misión imposible.

El razonamiento falla en cuanto interpreta que la especialidad es propia del modelo tutelar y no del modelo “garantista”. Esto no es así, simplemente porque la CDN, al igual que las legislaciones tutelares de menores, trata de un sujeto particular. A partir de ella se construye toda la nueva condición jurídica de la infancia en la región. Tampoco el nuevo modelo propone proteger con el derecho penal, sino todo lo contrario. Probablemente el primer axioma del que parte la nueva legalidad para la infancia en América Latina sea diferenciar claramente los supuestos de protección de derechos del niño (esto es, obligaciones positivas del Estado) de aquellos que tienen que ver con la respuesta estatal cuando un niño o adolescente es imputado de la comisión de un delito.

¹¹⁴ Así, Jescheck, cuando afirma que el Derecho penal de jóvenes es una parte del Derecho tutelar de menores. Cf. Tratado de derecho penal. Parte general, trad. de S. Mir Puig y F. Muñoz Conde, Ed. Bosch, Barcelona, vol. I, pp. 15-16. De la nota 11 del voto del juez García Ramírez en la OC 17/2002.

¹¹⁵ Ver supra nota 14.

Es importante tener presente que el principio de especialidad estructura e integra el sistema de garantías que se desprende de los tratados internacionales que cita el juez García Ramírez, como parte del sistema general de derechos y garantías; de manera que no es que este principio de especialidad sea exclusivo del sistema tutelar sino probablemente un elemento que marca un *continuum* entre una concepción y la otra¹¹⁶.

Este voto, a pesar de señalar en algún momento lo contrario, no distingue entre infractores y no infractores. Sostiene el juez García Ramírez en relación con esta propuesta de “síntesis”:

“25. Por una parte, la síntesis retendría el designio tutelar del niño, a título de persona con específicas necesidades de protección, al que debe atenderse con medidas de este carácter, mejor que con remedios propios del sistema penal de los adultos. (...) Y por otra parte, la síntesis adoptaría las exigencias básicas del garantismo: derechos y garantías del menor (...) Lejos de plantearse, pues, la incorporación del menor al sistema de los adultos o la reducción de sus garantías, se afianzan la especificidad, de un lado, y la juridicidad, del otro”.

Es verdad, como se sostiene en este voto, que la *Opinión Consultiva* “evita ‘suscribir’ alguna de las corrientes en juego”; pero el resultado es un híbrido que vacía de sentido el ya de por sí confuso pedido inicial. Como se intentó dejar claro, los temas fueron abordados de manera confusa y la OC 17 no sólo por momentos no aclara, sino que oscurece los estándares regionales en la materia.

Insiste el juez García Ramírez en la especialidad, como si ésta no integrara el sistema que él denomina garantista¹¹⁷, al afirmar:

“Los procesos en que intervienen menores en forma principal, no accesoria, para la solución de sus litigios y la definición de sus obligaciones y derechos, *coinciden en buena medida con los procesos de carácter, origen u orientación social, y se distinguen de los característicamente públicos, privados o penales*. En aquéllos se requiere la defensa ‘material’ que proveen la ley y la diligencia judicial: asistencia especializada, correctivos de la desigualdad material y procesal, suplencia de la queja, auxilio oficial

¹¹⁶ Ver supra nota 111.

¹¹⁷ Es de aplicación en este punto la siguiente reflexión de Alessandro Baratta: “Para los niños, el argumento de la diferencia ha producido beneficios mínimos en términos de protección, pero le ha costado en términos de igualdad, mientras que el argumento de la igualdad ha producido efectos negativos, en cuanto se refiere a la identidad del niño y del adolescente—como se puede observar en las distintas excepciones y reservas hechas por los Estados signatarios con respecto a la Convención—, excepciones que han permitido igualar a los adolescentes con los adultos en sectores delicados, como el del trabajo, el reclutamiento militar y la edad penal, no solamente desde el punto de vista fáctico, como tan frecuentemente ocurre, sino también desde el punto de vista normativo.

Sigo pensando que no se trata, en el caso del niño y de los adolescentes, de una separación estructural de dos líneas de desarrollo: la de la igualdad y la de la identidad, sino de un retraso, de una costumbre ideológica, que podría incluso ser la señal—a pesar de los grandes progresos hechos en los últimos decenios—de que la lucha por los derechos de los niños no ha alcanzado su punto culminante; que entre el futuro y la memoria (...) hay todavía mucha distancia. El retraso histórico que se refiere a la relación entre el movimiento por la igualdad y el movimiento por la diferencia impone colocar en primer plano el derecho del niño a una ciudadanía diferente en el desarrollo del Estado democrático de derecho”. Cf. Baratta, *Infancia y democracia*, cit. supra nota 74.

para la reunión de pruebas ofrecidas por las partes, búsqueda de la verdad histórica, etcétera”¹¹⁸ (destacado agregado).

Es un párrafo difícil de entender. ¿Qué quiso indicar el juez García Ramírez con esta distinción entre clases de procesos: de “carácter, origen u orientación social” y “públicos, privados o penales”? Aun cuando los niños intervengan en procesos diferentes, ¿ello implica un emplazamiento procesal diferente en cuanto a la defensa de sus derechos? ¿En qué casos se justificaría la “tutela estatal correctiva”, entendiendo por tal aquella destinada a corregir las deficiencias derivadas de las particulares circunstancias personales del niño por su condición de tal?

Finalmente, sobre el tema de la relación entre especialidad y proceso, el juez opinante afirma:

“27. En el régimen procesal de los menores, lo mismo cuando se trata del procedimiento para infractores de la ley penal que cuando viene al caso el procedimiento desencadenado por situaciones de otro carácter, hay que observar los principios del enjuiciamiento en una sociedad democrática, gobernada por la legalidad y la legitimidad de los actos de autoridad. Esto aparece igualdad de armas, garantía de audiencia y defensa, posibilidad de probar y alegar, contradicción, control de legalidad, régimen de impugnaciones, etcétera. Ahora bien, no es posible desconocer que el menor de edad guarda una situación especial en el proceso, como la guarda en la vida y en todas las relaciones sociales. Ni inferior ni superior: diferente, que amerita atenciones asimismo diferentes. Hay que subrayar como lo hice *supra*—y en ello es enfática la Opinión Consultiva— que todos los instrumentos internacionales relativos a derechos del niño o menor de edad reconocen sin lugar a dudas la ‘diferencia’ entre éstos y los adultos y la pertinencia, por ese motivo, de adoptar medidas ‘especiales’ con respecto a los niños. La idea misma de ‘especialidad’ constituye un reconocimiento y una reafirmación de la diferencia que existe—una desigualdad de hecho, a la que no cierra los ojos el Derecho— y de la diversidad de soluciones jurídicas que procede aportar en ese panorama de diversidad”.

III. 3. D. Los actores

Otro párrafo curioso del juez García Ramírez es el siguiente:

“29. Una forma extremosa del procedimiento sobre menores infractores excluyó de éste a los padres y tutores. Dicha exclusión en este ámbito—donde campeaba lo

¹¹⁸ Se sostiene también que la decisión de la mayoría “opta por analizar las cuestiones sometidas a su consideración—convenientemente agrupadas, como lo señala la propia resolución, bajo conceptos amplios que se pueden proyectar sobre las hipótesis específicas—y exponer las opiniones correspondientes. De esta manera, el tribunal contribuye a alentar, atendiendo a los objetivos inherentes a una opinión de estas características, el desenvolvimiento del Derecho nacional conforme a los principios que recoge y proyecta el Derecho de gentes”. No comparto, evidentemente por las razones que se han venido exponiendo, esta valoración.

que algún ilustre procesalista denominó un procedimiento de ‘naturaleza tutelar-inquisitiva’¹¹⁹— obedeció a la idea de que en el enjuiciamiento de menores no existía auténtico litigio, porque coincidían los intereses del menor y de la sociedad. La pretensión de ambos era idéntica: el bienestar del niño. En términos actuales se diría: el interés superior del menor. Si ésta era la teoría, en la regulación concreta y en la práctica las cosas no funcionaban en esa dirección, y en todo caso se hallaban en predicamento tanto el derecho de los padres en relación con sus hijos, como los derechos de estos mismos, de carácter familiar y de otra naturaleza. Es indispensable, en consecuencia, aceptar que el menor no puede ser un extraño en su propio juicio, testigo y no protagonista de su causa, y que los padres —o tutores— también tienen derechos propios que hacer valer y por ello deben comparecer en el juicio, todos asistidos por un asesor, promotor o defensor que asuma la defensa con eficacia y plenitud”.

Si bien es correcta la caracterización del proceso —*proceeding*— tutelar, estas características no fueron su forma extrema. Además, y principalmente, los padres no eran excluidos del proceso salvo declaración judicial; el que no tenía voz era el niño. A veces se le asignaban representantes como los asesores de menores argentinos, pero no abogados defensores de sus derechos. El juez García Ramírez señala las particulares características del niño, que en muchos casos no podría por su temprana edad participar activamente en el proceso, y los casos de conflicto entre los intereses del niño y sus padres; pero no propone una solución a estas tensiones. Hubiera sido interesante que explorara una hermenéutica tal como la siguiente:

“Examinemos la Convención, detengámonos ante todo sobre las huellas que este límite histórico ha dejado en ella. Estas huellas son evidentes, especialmente cuando inciden sobre el significado y el alcance del gran principio innovador introducido por la Convención en el artículo 12 y otros artículos (...). Conforme este principio, el niño tiene derecho en primer lugar a formarse juicio propio, en segundo lugar a expresar su opinión y, en tercer lugar a ser escuchado. Nunca habían sido reconocidas, de modo así explícito, la autonomía y la subjetividad del niño y el peso que su opinión puede y debe tener en las decisiones de los adultos. (...) Pero, para contrabalancearlo con el principio opuesto, proveen dos robustas baterías de normas.

La primera parece asegurar firmemente a los adultos el derecho de interpretar, en modo objetivo y definitivo el interés superior del niño o aquello que corresponde al bienestar social, espiritual y moral, a la salud física o mental del niño. La segunda batería de normas condiciona el ejercicio de los derechos del niño, no sólo al respeto de los derechos y de las libertades de los otros —lo que es correcto— sino —lo que es

¹¹⁹ Nota 13 del voto del juez García Ramírez: Alcalá-Zamora y Castillo, Niceto, *Panorama del Derecho mexicano. Síntesis del Derecho procesal*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Derecho Comparado, México, 1966, p. 245.

dudoso— a la interpretación dada por los adultos a cláusulas generales o conceptos indeterminados, como la seguridad nacional; la seguridad, la salud y la moral pública. (...) no menos relevantes son los límites internos a estos. (...)

La libertad de formarse un juicio propio no tiene ninguna limitación de contenido, en verdad se refiere a la total posición del niño frente al mundo. Pero el derecho de expresar la propia opinión no se extiende a toda su visión del mundo, sino que comprende solamente las situaciones que afectan al niño. Sólo en relación a estas situaciones el primer párrafo del artículo 12 prevé que su opinión sea tenida debidamente en cuenta. Debidamente, pero ¿en función de qué? 'En función de la edad y madurez del niño'. Sin una interpretación garantista y global de la Convención, estaríamos en presencia del viejo y fatal error del paternalismo: dejemos que el niño forme su propia imagen del mundo —dicen los adultos— pero nosotros no tenemos nada que aprender de ella cuando se refiere a nosotros mismos. Escuchémosle cuando decidimos por él, pero no tomemos mucho en cuenta lo que él dice, si éste resulta todavía muy pequeño o muy poco maduro. Aún más restringido resulta el derecho de los niños de ser escuchados, previsto en el artículo 12.2. Este derecho no se refiere a todo lo que el niño puede opinar acerca de las decisiones que los adultos toman por él, sino solamente a las decisiones que los adultos toman a nivel institucional, en el caso de 'todo procedimiento judicial y administrativo'. ¿Todo? Sí, pero, naturalmente, sólo aquellos que afectan al niño. (...)

A la luz de estos criterios, los derechos que el artículo 12 de la Convención reconoce a los niños no son derechos 'definitivos', son derechos débiles, porque están caracterizados por una falta de simetría entre obligaciones del Estado y pretensiones de los titulares. El derecho de hacerse un juicio propio está configurado como un deber de prestación por parte del Estado (garantizar al niño las condiciones para formar su propio juicio —artículo 17.1—), pero no corresponde a una posición jurídica subjetiva concretamente determinada en el niño y, además, está sujeta a la reserva de lo económicamente posible. El derecho a que se tengan en cuenta sus opiniones, está formulado sin que se precise si los que tendrían que tomar en cuenta sus opiniones, son los funcionarios o los adultos responsables por el niño. Finalmente, el derecho a ser escuchado, que es el único a ser configurado como un derecho del niño y no como un deber genérico del Estado, o de otros sujetos, está formulado a través de un reenvío a la legislación nacional sobre los procedimientos, sin que estén establecidos vínculos para ella. También por eso, la Convención adopta una formulación bastante débil, utilizando el término 'oportunidad' y no el término 'derecho'. (...)¹²⁰.

¹²⁰ Cf. Baratta, *Infancia y democracia*, cit. supra nota 74, pp. 44 y 47-50.

III. 3. E. La peligrosa coartada de la emergencia

Continúa el voto con un argumento algo peligroso (quizá debido a una redacción poco clara), en el párrafo 31, referido a la indiscutida posibilidad de intervención del Estado en casos de emergencia, sin formalidades legales; pero no define cuáles serían esas situaciones de emergencia, lo que en este tema resulta extremadamente problemático, al punto de que se llega a afirmar en el voto que para proteger a un niño abandonado no haría falta un proceso judicial, lo que se contradiría con gran parte de lo sostenido aun de manera confusa por el mismo voto y por esta opinión consultiva en general:

“31. Las consideraciones que se hacen en estas hipótesis y en otras semejantes no debieran ser interpretadas como impedimentos para que el Estado actúe con eficacia y diligencia—e invariablemente con respeto a la legalidad— en aquellas situaciones de urgencia que demanden una atención inmediata. El grave peligro en el que se encuentra una persona —y no solamente, como es obvio, un menor de edad— exige salir al paso del riesgo en forma pronta y expedita. Sería absurdo pretender que se apague un incendio sólo cuando exista orden judicial que autorice a intervenir en la propiedad privada sobre la que aquél ocurre, *o que se proteja a un niño abandonado, en peligro de lesión o de muerte, sólo previo procedimiento judicial que culmine en mandamiento escrito de la autoridad competente*” (destacado agregado).

Entiendo que habría que leer “niño abandonado en peligro de lesión” o “niño abandonado en peligro de muerte”; no niño abandonado, niño en peligro de lesión o niño en peligro de muerte como tres categorías diferentes, porque las consecuencias serían contrarias a lo que se afirma en gran parte del voto¹²¹. No abarca, no obstante, los supuestos que entiendo también estarían comprendidos por el estándar, cuales serían los de “niño en peligro de lesión” o “niño en peligro de muerte”. Por otro lado, el voto tampoco desarrolla cuáles serían las obligaciones positivas del Estado en caso de riesgo —la obligación de hacer referida a la situación fáctica concreta—; la relación entre el riesgo, la medida a adoptar y el fin, medidas alternativas; cómo definir el riesgo, la amenaza, etc., para no autorizar indebidas intromisiones del Estado en la vida del niño y de su familia¹²².

¹²¹ “32. El Estado tiene deberes de protección inmediata —previstos por la ley, además de estarlo por la razón y la justicia— de los que no puede eximirse. En estos supuestos surgen con toda su fuerza el carácter y la función que corresponden al Estado como ‘garante natural y necesario’ de los bienes de sus ciudadanos, cuando las otras instancias llamadas a garantizar la incolumidad de éstos —la familia, por ejemplo— no se hallen en condiciones de asegurarla o constituyan, inclusive, un evidente factor de peligro. Esta acción emergente, que no admite dilación, se sustenta en las mismas consideraciones que autorizan la adopción de medidas cautelares o precautorias animadas por la razonable apariencia de necesidad imperiosa, que sugiere la existencia de derechos y deberes, y por el periculum in mora. Desde luego, la medida precautoria no prejuzga sobre el fondo, ni difiere o suprime el juicio —o el procedimiento— correspondiente”.

¹²² Sobre los límites del control social familiar y los cambiantes supuestos que han autorizado al Estado a traspasarlos, ver Donzelot, Jacques, *La police des familles, Les Editions de Minuit, 1977; en español, La policía de las familias, Ed. Pre-Textos, Valencia, 1979.*

El juez García Ramírez realiza una reflexión final sobre la clientela de la justicia de menores, que es seleccionada por motivos de pobreza o por la imputación de delitos, a quienes considera constituyen “un enorme número de niños, a quienes no sólo se vulneran los derechos civiles, entre los que figuran los relacionados con infracciones o conductas que acarrearán la intervención de las autoridades mencionadas, sino también los derechos económicos, sociales y culturales, (...) cuando avanza en la formulación de conceptos que proveerán nuevos rumbos para la jurisprudencia y establece que el derecho de los niños a la vida no sólo implica el respeto a las prohibiciones sobre la privación de aquélla, (...) sino también la dotación de condiciones de vida idóneas para alentar el desarrollo de los menores¹²³.”

Agrega el juez opinante una importante consideración sobre el carácter de los derechos humanos, que adquieren en una decisión como esta un sentido particular:

“35. En este extremo cobra presencia la idea unitaria de los derechos humanos: todos relevantes, exigibles, mutuamente complementarios y condicionados. Bien que se organicen los procedimientos en forma tal que los niños cuenten con todos los medios de asistencia y defensa que integran el debido proceso legal, y bien, asimismo, que no se les extraiga injustificadamente del medio familiar –si cuentan con él–, pero nada de esto absuelve de construir las circunstancias que permitan a los menores el buen curso de su existencia, en todo el horizonte que corresponde a cada vida humana, y no solamente en las situaciones –que debieran ser excepcionales– en que algunos menores afrontan ‘problemas con la justicia’. Todos son, de una sola vez, el escudo protector del ser humano: se reclaman, condicionan y perfeccionan mutuamente, y por ende es preciso brindar a todos la misma atención. No podríamos decir que la dignidad humana se halla a salvo donde existe, quizá, esmero sobre los derechos civiles y políticos –o sólo algunos de ellos, entre los más visibles– y desatención acerca de los otros”.

La causa por la cual siempre que se habla de derechos civiles –o de primera generación– de los niños, se siente la obligación de aclarar que no se están soslayando los derechos sociales, económicos y culturales –o de segunda generación–, se explica a mi modo de ver con la historia de la protección a la infancia. En efecto, la concepción tradicional de la protección a la infancia se orientaba a la satisfacción de lo que hoy se considerarían derechos de segunda generación: asegurar a los niños comida, vivienda, salud. Curiosamente, la CDN –primer instrumento jurídico que reconoce específicamente derechos de primera generación a los niños con alto nivel de exigibilidad–, debilita los de segunda generación. El art. 4 de la CDN establece:

¹²³ En referencia al Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros), Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, N° 63, párr. 144.

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole apropiadas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos *económicos, sociales y culturales*, los Estados Partes adoptarán esas medidas de *conformidad con los recursos de que dispongan*¹²⁴ y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional” (destacado agregado).

Esta particularidad de un tratado que por primera vez reúne derechos civiles y políticos con derechos económicos, sociales y culturales, explica también su generalizada aceptación¹²⁵; pero parecería reforzar la tesis sugerida indirectamente por el voto que se comenta en el sentido de que el reclamo por la vigencia de los derechos civiles y políticos implicaría poner en un segundo plano los derechos económicos, sociales y culturales. Es un tipo de argumentación presente pero poco frecuente cuando se trata de adultos, aun cuando se trate de minorías históricamente marginalizadas. De manera que su presencia al final de este voto es elocuente. Se trata de un voto en un pedido vinculado con la protección a la infancia, no con los adolescentes infractores; pero que concentra su argumentación en los problemas vinculados con ellos y que, al final, retoma una posición que considera a algunos derechos más relevantes que a otros, cuando de infancia se trata. No obstante, el voto que –reitero– es el mejor de toda la OC 17, no logró avanzar en la conceptualización, el contenido y los límites que el Estado tiene para asegurar estos derechos económicos, sociales y culturales, que era sobre lo que versaba originalmente el pedido.

El juez García Ramírez concluye, en la misma línea, con una apelación a la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales:

“36. La OC-17 acierta, a mi juicio, cuando alude a esta materia desde una doble perspectiva. En un punto subraya la obligación de los Estados (...) de adoptar medidas que permitan proveer a las personas de satisfactores en múltiples

¹²⁴ Es del caso recordar la Observación General N° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “La índole de las obligaciones de los Estados-Parte –párrafo 1 del art. 2 del Pacto”, en la que se sostuvo: “13. A final element of article 2 (1), to which attention must be drawn, is that the undertaking given by all States parties is ‘to take steps, individually and through international assistance and cooperation, especially economic and technical...’. The Committee notes that the phrase ‘to the maximum of its available resources’ was intended by the drafters of the Covenant to refer to both the resources existing within a State and those available from the international community through international cooperation and assistance. Moreover, the essential role of such cooperation in facilitating the full realization of the relevant rights is further underlined by the specific provisions contained in articles 11, 15, 22 and 23. With respect to article 22 the Committee has already drawn attention, in General Comment 2 (1990), to some of the opportunities and responsibilities that exist in relation to international cooperation. Article 23 also specifically identifies ‘the furnishing of technical assistance’ as well as other activities, as being among the means of ‘international action for the achievement of the rights recognized...’. 14. The Committee wishes to emphasize that in accordance with Articles 55 and 56 of the Charter of the United Nations, with well-established principles of international law, and with the provisions of the Covenant itself, international cooperation for development and thus for the realization of economic, social and cultural rights is an obligation of all States. It is particularly incumbent upon those States which are in a position to assist others in this regard. The Committee notes in particular the importance of the Declaration on the Right to Development adopted by the General Assembly in its resolution 41/128 of 4 December 1986 and the need for States parties to take full account of all of the principles recognized therein. It emphasizes that, in the absence of an active program of international assistance and cooperation on the part of all those States that are in a position to undertake one, the full realization of economic, social and cultural rights will remain an unfulfilled aspiration in many countries. In this respect, the Committee also recalls the terms of its General Comment 2 (1990)”.

¹²⁵ Sobre la crítica y generalizada aceptación de la CDN ver Beloff, Mary, Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular, *Capítulo I de este libro*.

vertientes; y en otro reconoce que vienen al caso verdaderos derechos, cuya exigibilidad, a título de tales, comienza a ganar terreno. En efecto, no bastaría con atribuir deberes a los Estados si no se reconocen, en contrapartida, los derechos que asisten a los individuos: de esta suerte se integra la bilateralidad característica del orden jurídico. En este ámbito ha ocurrido una evolución de conceptos semejante a la que campea en el sistema interno: si las Constituciones tienen, como ahora se proclama, carácter normativo —son, en este sentido, genuina ‘ley suprema’, ‘ley de leyes’—, también los tratados poseen ese carácter, y en tal virtud atribuyen verdaderas obligaciones y auténticos derechos. Entre estos últimos se localizan, por lo que hace al tema que aquí me ocupa, los derechos económicos, sociales y culturales de los niños”.

IV. El voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade

Para el juez Cançado Trindade, “La consulta formulada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos se encuadra perfectamente (...) en la amplia base jurisdiccional de la función consultiva de la Corte Interamericana (...) La Corte tiene, así, la competencia para interpretar las disposiciones relevantes (objeto de la presente consulta) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y de otros tratados que vinculan los Estados de la región, además de la responsabilidad y del deber —como lo determina la Convención Americana— de ejercer su función consultiva, cuya operación es materia de *ordre public* internacional”.

El juez Cançado no indaga en los problemas formales del pedido de la Comisión y, al considerar de la mayor importancia la emisión de esta OC 17 en atención a las graves dificultades que atraviesa la infancia, desarrolla una serie de consideraciones pertinentes en cuanto tratan de la condición jurídica internacional de los niños, pero no directamente vinculadas con el objeto de la consulta.

El voto comienza con una referencia a las difíciles condiciones materiales en las que viven millones de niños en el mundo, ya que para este juez “Un tribunal de derechos humanos no puede dejar de tomar conocimiento de esta tragedia, aún más cuando expresamente instado a pronunciarse sobre aspectos de los derechos humanos del niño y de su condición jurídica, en el ejercicio de su función consultiva, dotada de amplia base jurisdiccional”¹²⁶. Aparentemente, para el juez Cançado los mayores problemas vinculados con los derechos humanos de los niños no se encuentran en el ámbito normativo sino en la realidad concreta de la vida de niños cuyos derechos son amenazados o violentados por acción u omisión del Estado, de sus comunidades o de sus familias. Es posible comprender y compartir su perspectiva. Lo problemático es

¹²⁶ No logro descubrir qué implica el juez Cançado Trindade cuando afirma que la función consultiva de la Corte tiene una “amplia base jurisdiccional”.

que la consulta se vinculaba específicamente con la condición jurídica de los niños en el ámbito del orden público internacional universal y regional.

Luego de formular profundas consideraciones respecto de la condición humana y el tiempo¹²⁷, el juez Cançado destaca lo que considera el centro de la decisión, su *leitmotiv*, que por otro lado es también para mí el núcleo de su voto concurrente:

“6. En su punto resolutivo n. 1, la presente Opinión Consultiva n. 17 de la Corte Interamericana dispone que, ‘de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los niños son titulares *de derechos y no sólo objeto de protección*’¹²⁸. En efecto, son sujetos de derecho los niños¹²⁹, y no la infancia o la niñez. Son sujetos de derecho los ancianos, y no la vejez. Son sujetos de derecho las personas con discapacidad, y no la discapacidad ella misma. Son sujetos de derechos los apátridas, y no la apatridia. Y así por delante. Las limitaciones de la capacidad jurídica en nada subtraen [*sic*] a la personalidad jurídica. El titular de derechos es el ser humano, de carne y hueso y alma, y no la condición existencial en que se encuentra temporalmente”.

Es útil esta precisión, en la medida en que las locuciones “derechos de la infancia”, “derechos del menor” y “derechos del niño” han sido utilizadas como sinónimos en el ámbito jurídico en los últimos años. Además, resulta relevante en cuanto precisa que las limitaciones de la capacidad jurídica en nada afectan a la personalidad jurídica.

Amplía a continuación estos dos puntos:

“7. Desde el universo conceptual del Derecho Internacional de los Derechos Humanos –en el cual se enmarcan, a mi modo de ver, los derechos humanos del niño– son los niños los titulares de derechos, y no la infancia o la niñez. Un individuo puede tener derechos específicos en virtud de la condición de vulnerabilidad en que se encuentre (v. g., los niños, los ancianos, las personas con discapacidad, los apátridas, entre otros), pero el titular de derechos sigue siendo siempre él, como persona

¹²⁷ “De modo general, es al inicio y al final del tiempo existencial que uno experimenta mayor vulnerabilidad, frente a la proximidad del desconocido (el nacimiento y la primera infancia, la vejez y la muerte). Todo medio social debe, así, estar atento a la condición humana. El medio social que se descuida de sus niños no tiene futuro. El medio social que se descuida de sus ancianos no tiene pasado. Y contar sólo con el presente fugaz no es más que una mera ilusión”. Cf. OC 17, voto concurrente del juez Cançado Trindade, párr. 5.

¹²⁸ Algo más adelante, en el mismo sentido: “La presente Opinión Consultiva n. 17 de la Corte Interamericana, sobre la Condición Jurídica y los Derechos Humanos del Niño, se enmarca en la misma línea de afirmación de la emancipación jurídica del ser humano, al subrayar la consolidación de la personalidad jurídica de los niños, como verdaderos sujetos de derecho y no simples objeto de protección”. Y también: “40. Además, aquella corriente de pensamiento deja de apreciar precisamente la gran conquista de la ciencia jurídica contemporánea en el presente dominio de protección, a saber, la consagración del niño como sujeto de derecho. Es este, a mi juicio, el leitmotiv que permea toda la presente Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no titubea en afirmar que todos los seres humanos, independientemente de su condición existencial, son sujetos de derechos inalienables, que le son inherentes (párr. 41), y en subrayar el imperativo de atender a las necesidades del niño ‘como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección’”. Cf. OC 17 voto concurrente del juez Cançado Trindade, párr. 28.

¹²⁹ Término que –como señala la Corte en la nota 43 de la presente Opinión Consultiva– abarca, evidentemente, a los niños, las niñas y los y las adolescentes.

humana, y no la colectividad o el grupo social al que pertenece por su condición existencial (v. g., la infancia o niñez, la vejez, la discapacidad, la apatridia, entre otros)”.

Y

“8. Es cierto que la personalidad y la capacidad jurídicas guardan estrecha vinculación, pero en el plano conceptual se distinguen. Puede ocurrir que un individuo tenga personalidad jurídica sin disfrutar, en razón de su condición existencial, de plena capacidad para actuar. Así, en el presente contexto, por personalidad se puede entender la aptitud para ser titular de derechos y deberes, y por capacidad la aptitud para ejercerlos por sí mismo (capacidad de ejercicio). La capacidad encuéntrase, pues, íntimamente vinculada a la personalidad; *sin embargo, si por alguna situación o circunstancia un individuo no dispone de plena capacidad jurídica, ni por eso deja de ser sujeto de derecho. Es el caso de los niños*”¹³⁰ (destacado agregado).

Luego, el juez Cançado se refiere al camino que condujo hasta lo que él denomina la cristalización de la personalidad jurídica internacional del ser humano, que considera “el legado más precioso de la ciencia jurídica del siglo XX”:

“15. Con el reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano en el plano internacional, el Derecho Internacional pasó a configurarse como un *corpus juris* de emancipación. No hay ‘neutralidad’ en el Derecho; todo Derecho es finalista, y los destinatarios últimos de las normas jurídicas tanto nacionales como internacionales son los seres humanos...”.

El juez señala que el reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano es la respuesta a una necesidad de la comunidad internacional: a fin de evitar nuevas violaciones de los derechos humanos, los Estados deben responder por la manera como tratan a todos los seres humanos que se encuentran bajo su jurisdicción¹³¹. Para ello es imprescindible el derecho de petición individual (para él cláusula pétrea de los tratados de derechos humanos), junto con el reconocimiento del carácter objetivo de las obligaciones positivas de protección y la aceptación de la garantía colectiva de su cumplimiento. Para el juez Cançado, “Es este el sentido real del *rescate histórico* del individuo como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

¹³⁰ En la misma línea argumental: “33. De ahí que –como señala con perspicacia Paul de Visscher– mientras que ‘el concepto de persona jurídica es unitario como concepto’, dada la unidad fundamental de la persona humana que ‘encuentra en sí misma la justificación última de sus propios derechos’, la capacidad jurídica, a su vez, revela una variedad y multiplicidad de alcances. Pero tales variaciones del alcance de la capacidad jurídica –inclusive sus limitaciones en relación con, v. g., los niños, los ancianos, las personas con discapacidad mental, los apátridas, entre otros– en nada afectan la personalidad jurídica de todos los seres humanos, expresión jurídica de la dignidad inherente a ellos”. Y también: “34. Así, en suma, toda persona humana es dotada de personalidad jurídica, la cual impone límites al poder estatal. La capacidad jurídica varía en razón de la condición jurídica de cada uno para realizar determinados actos. Sin embargo, aunque varíe tal capacidad de ejercicio, todos los individuos son dotados de personalidad jurídica. Los derechos humanos refuerzan este atributo universal de la persona humana, dado que a todos los seres humanos corresponden de igual modo la personalidad jurídica y el amparo del Derecho, independientemente de su condición existencial o jurídica”.

¹³¹ Más adelante sostiene en relación con este punto: “29. La verdad es que la subjetividad internacional del ser humano (sea él un niño, anciano, persona con discapacidad, apátrida, o cualquier otro) irrumpió con todo vigor en la ciencia jurídica del siglo XX, como reacción de la conciencia jurídica universal contra las sucesivas atrocidades cometidas contra el género humano”.

Luego de rescatar al derecho de petición individual como central, al recordar un párrafo de su voto en el caso “Castillo Petruzzi y otros v. Perú”, y tal vez algo optimista en su explicación, afirma que “el reconocimiento de la personalidad jurídica de los individuos atiende a una verdadera *necesidad* de la comunidad internacional, que hoy busca guiarse por valores comunes superiores”. Y recuerda como ejemplo de este nuevo momento en la historia de la protección internacional de los derechos humanos el caso “Villagrán Morales y Otros” (Caso de los “Niños de la Calle”), de donde se desprende “que la titularidad jurídica internacional de los individuos es hoy día una realidad irreversible, y la violación de sus derechos fundamentales, emanados directamente del ordenamiento jurídico internacional, acarrea consecuencias jurídicas”¹³².

Desde la perspectiva que plantea en su voto –que comparto–, este caso es histórico:

“25. El ser humano irrumpe, en fin, aun en las condiciones más adversas, como sujeto último del Derecho tanto interno como internacional. El caso de los ‘Niños de la Calle’, decidido por la Corte Interamericana, en que los marginados y olvidados del mundo lograron recurrir a un tribunal internacional para hacer valer sus derechos como seres humanos, es verdaderamente paradigmático, y da un testimonio claro e inequívoco de que el Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha alcanzado su madurez”.

En su concepción, la necesidad de la comunidad internacional de brindar protección a los seres humanos que la componen y no sólo a los Estados –necesidad que, según su análisis, explica la consolidación de la personalidad jurídica internacional– aparece reforzada en relación con las personas que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad, entre ellos, los niños¹³³.

De la explicación general respecto de la constitución del ser humano como sujeto del derecho internacional, ingresa más específicamente en la constitución de los niños en el mismo carácter. Lo vincula con las normas internacionales que establecen la protección de la dignidad humana sin excepciones y lo encuentra en esta OC, “cuando ésta ubica, en la escala de los *valores fundamentales*, ‘la salvaguarda de los niños, tanto por

¹³² Recuerda el juez Cançado el siguiente párrafo, harto elocuente, de la sentencia de fondo (del 19/11/1999) en este caso:

“A la luz del artículo 19 de la Convención Americana la Corte debe constatar la especial gravedad que reviste el que pueda atribuirse a un Estado Parte en dicha Convención el cargo de haber aplicado o tolerado en su territorio una práctica sistemática de violencia contra niños en situación de riesgo. Cuando los Estados violan, en esos términos, los derechos de los niños en situación de riesgo, como los ‘niños de la calle’, los hacen víctimas de una doble agresión. En primer lugar, los Estados no evitan que sean lanzados a la miseria, privándolos así de unas mínimas condiciones de vida digna e impidiéndoles el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad”, a pesar de que todo niño tiene derecho a alentar un proyecto de vida que debe ser cuidado y fomentado por los poderes públicos para que se desarrolle en su beneficio y en el de la sociedad a la que pertenece. En segundo lugar, atentan contra su integridad física, psíquica y moral, y hasta contra su propia vida”.

¹³³ En el mismo sentido más adelante: “55. A la luz de lo anteriormente expuesto, es innegable que la subjetividad jurídica internacional del ser humano se ha afirmado y expandido en las últimas décadas (cf. supra), y que el niño (como titular de derechos) no hace excepción a esto. Frente a las limitaciones de capacidad jurídica del niño (para ejercer por sí mismo sus derechos), se le reconoce un representante legal. Pero independientemente de dichas limitaciones, la personalidad jurídica del niño, como de todo ser humano, se proyecta en el plano internacional. Como no es posible concebir derechos emanados directamente del Derecho Internacional sin la prerrogativa de reivindicarlos, toda la evolución de la materia se ha orientado hacia la consagración del derecho del individuo –inclusive el niño– de recurrir directamente a las jurisdicciones internacionales”.

su condición de seres humanos y la dignidad inherente a éstos, como por la situación especial en que se encuentran. En razón de su inmadurez y vulnerabilidad, requieren protección que garantice el ejercicio de sus derechos dentro de la sociedad y con respecto al Estado' (párr. 93)".

Desarrolla luego la siguiente explicación histórica:

"38. O sea, los derechos del niño en fin se desprendieron de la *patria potestas* (del derecho romano) y de la concepción de la indisolubilidad del matrimonio (del derecho canónico). En el propio derecho de familia –enriquecido por el reconocimiento, en el siglo XX, de los derechos del niño, en el plano internacional–, el fundamento de la autoridad parental pasa a ser el 'interés superior del niño', cuyo estatuto o condición jurídica adquiere en fin autonomía propia".

Estas afirmaciones son ciertamente discutibles. Tanto que los derechos del niño se hayan desprendido de la patria potestad y de la noción de indisolubilidad del matrimonio, cuanto que el fundamento de la autoridad parental sea el interés superior del niño simplifican y confunden, en mi opinión, los temas en análisis. Por un lado, la historia del reconocimiento de los derechos del niño ha recorrido un largo camino y ha sido objeto de diversas perspectivas e hipótesis, que no coinciden necesariamente con la propuesta en el voto¹³⁴. Por otro lado, el interés superior del niño ha sido definido de muchas maneras; pero a raíz de la forma en la que ha sido interpretado por décadas, como un "cheque en blanco" que autorizaba toda clase de discrecionalidad en el ámbito público estatal, se ha comenzado a interpretarlo como una herramienta hermenéutica dirigida a resolver conflictos entre derechos¹³⁵. En ningún caso se lo identifica con el fundamento de la autoridad parental sino como pauta orientadora de las actividades estatales respecto del niño.

Por último, también es discutible la afirmación final, en el sentido de que sólo recientemente la materia habría tenido autonomía. Es sabido que desde que se aprobaron las primeras leyes de menores en América Latina¹³⁶, los saberes que se produjeron en torno de estas leyes y de la institucionalidad por ellas creada se nuclearon alrededor de la materia "derecho de menores". Esta disciplina, ejemplo curioso para el estudio de la epistemología jurídica, desde sus orígenes se puso al margen de toda clase de escrutinio, tanto académico cuanto profesional. Lo logró reclamando para sí autonomía¹³⁷.

¹³⁴ Cf. Ariés, Philippe, *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, Ed. Taurus, Madrid, 1987, Cap. II; Cunningham, Hugh, *The children of the poor*, Blackwell, Oxford, 1991; Pollock, Linda, *Los niños olvidados*, Ed. FCE, 1ª ed. en español, México, 1990, entre otros.

¹³⁵ Cf. Alston, Philip, *The best interests of the Child. Reconciling culture and human rights*, Clarendon Press, Oxford, 1994; sobre interés superior del niño también Breen, Claire, *The standard of the best interests of the child. A Western tradition in international and comparative law*, Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law, 2002.

¹³⁶ La primera fue la ley 10.903 de Argentina, aprobada en 1919 y conocida como *Ley de Patronato de Menores* o *Ley Agote*, en honor a su promotor.

¹³⁷ Ver supra nota 49.

No era derecho penal, ni civil, ni administrativo, ni encajaba en ninguna otra rama conocida del derecho público o privado: era “derecho de menores”. Con esta ambición desarrolló razonamientos propios, reglas propias, una cultura propia que difícilmente sería admisible en cualquier otra área conocida del derecho. La autonomía la protegía del análisis y contralor del resto de la comunidad jurídica, y esto fue así por décadas, hasta que la crítica al derecho penal positivista golpeó a las puertas del derecho de menores, preservado hasta entonces en sus eufemismos tutelares. Su pretendida “autonomía” lo puso al margen también al entrenar generaciones de operadores judiciales y administrativos que no eran reconocidos como pares de sus iguales en sus ámbitos de actuación. Valga como ejemplo la justicia de menores de la ciudad de Buenos Aires que siempre perteneció al fuero criminal y correccional pero que nunca fue percibida en el imaginario institucional como una justicia igual que la justicia de instrucción o de sentencia.

El juez continúa su voto discutiendo con quienes afirman que la CDN se limita a crear obligaciones estatales (a quienes no menciona), ya que para él esas obligaciones existen precisamente en razón de que ese tratado y otros consagran derechos humanos del niño. Y concluye este tema sosteniendo que:

“41. El niño pasa así a ser tratado como verdadero sujeto de derecho, reconocida de ese modo su personalidad propia, distinta inclusive de las de sus padres. Así, la Corte Interamericana sostiene, en la presente Opinión Consultiva, la preservación de los derechos sustantivos y procesales del niño en todas y cualquiera circunstancias (párr. 113). La concepción kantiana de la persona humana como un fin en sí mismo abarca naturalmente los niños, todos los seres humanos *independientemente de las limitaciones de su capacidad jurídica (de ejercicio)*” (destacado agregado).

Otro punto importante que destaca el juez Cançado se relaciona con la convergencia de puntos de vista con relación a la condición jurídica de los niños como titulares de derechos consagrados en el derecho internacional de los derechos humanos, situación que para él, además de reflejar un verdadero cambio de paradigmas, es expresión de una *opinio juris communis* en nuestros días sobre la materia.

Es interesante el párrafo 52 porque vincula la condición de sujeto de derecho con la responsabilidad, aunque no profundiza esta relación, para luego conectar estas nociones con el derecho del niño a la educación:

“52. Pero no basta afirmar que el niño es sujeto de derecho, importa que él lo sepa, inclusive para el desarrollo de su responsabilidad. De ahí la trascendental importancia de la educación en general, y de la educación en derechos humanos en particular, debidamente reconocida en la presente Opinión Consultiva (párrs. 84, 85 y 88). No son de difícil constatación las manifestaciones precoces de algunas grandes vocaciones, a veces muy temprano en la vida. Todo niño tiene

efectivamente el derecho de crear y desarrollar su propio proyecto de vida. A mi juicio, la adquisición del conocimiento es una forma –quizás la más eficaz– de emancipación humana, e imprescindible para la salvaguarda de los derechos inherentes a todo ser humano”.

En la misma línea entiende –y reitera– que “El *corpus juris* de los derechos humanos del niño se ha conformado como respuesta de la conciencia humana a sus necesidades de protección. El hecho de que los niños no disfrutaran de plena capacidad jurídica para actuar, y que tengan así que ejercer sus derechos por medio de otras personas, no les priva de su condición jurídica de sujetos de derecho. Nadie osaría negar el imperativo de la observancia, desde la aurora de la vida, de los derechos del niño, v. gr., a las libertades de conciencia, pensamiento y expresión. Especial relevancia ha sido atribuida al respeto a los puntos de vista del niño (...)”.

Precisa que ese *corpus juris*, en relación con los niños infractores de la ley penal, es “garantista” y está orientado hacia el desarrollo de su responsabilidad, de modo que “en ninguna circunstancia (...) encuéntrase el niño privado de su personalidad jurídica, con todas las consecuencias jurídicas de ahí resultantes”.

Es muy importante esta afirmación porque sólo en este voto concurrente se señala la condición de sujeto de derecho como sujeto de responsabilidad, conexión que no aparece en la OC 17 en la que, por el contrario, como sostuve, se advierten profundas contradicciones en torno del tema de la persona menor de edad infractora de la ley penal¹³⁸.

Siempre en torno del mismo tema, que es la personalidad jurídica internacional del niño y el derecho a petionar ante tribunales internacionales, incorpora un elemento adicional vinculado con la incapacidad del niño:

“57. De ese modo, un niño, aunque no disponga de capacidad jurídica en el sistema jurídico nacional en cuestión, puede, sin embargo, hacer uso del derecho de petición individual a las instancias internacionales de protección de sus derechos. Pero una vez interpuesta la petición, debe, naturalmente, contar con un representante legal, si es legalmente incapaz. Dicha representación no tiene por qué estar condicionada por disposiciones de cualquier derecho interno”.

Tal vez en otra oportunidad el juez Cançado desarrolle el tema de la representación legal necesaria ante tribunales internacionales de “incapaces” (características, alcances, etc.), de la mayor relevancia tanto a nivel de litigio ante tribunales nacionales cuanto internacionales.

La última reflexión del juez Cançado se relaciona con las condiciones materiales de los niños y con la obligación del Estado de proteger los derechos humanos del

¹³⁸ Sobre la relación entre el niño como sujeto de derecho y su responsabilidad ver Beloff, Algunas confusiones, citado supra nota 68.

niño *erga omnes*. Considera que la necesidad de asegurar a los niños el derecho a crear y desarrollar su proyecto de vida es una “innegable cuestión de justicia” y que los múltiples problemas que los niños padecen en la región dan cuenta de que no se verifica su “protección integral”, que es deber del Estado y de los particulares y actores no estatales¹³⁹. El juez Cançado justifica esta obligación en cabeza de actores no estatales mediante el desarrollo de una interpretación del art. 19, en función del art. 1.1. de la Convención Americana, esto es, la obligación *erga omnes* de respetar y hacer respetar todos los derechos consagrados en el tratado, incluido el derecho de los niños a medidas especiales de protección, que extiende a las relaciones interindividuales, además de individuo-Estado¹⁴⁰.

Recorre también, como el voto de la mayoría en la OC 17, al interés superior del niño, que a su juicio emana de la dignidad de los niños como seres humanos, sin definir el concepto.

Finalmente, es relevante destacar su propuesta de “expandir” la condición del sujeto de derecho, que entiende el rol del tribunal internacional en términos dinámicos y emancipatorios del ser humano sin distinción. Si bien él sólo enuncia el objetivo, y no lo desarrolla, es todo un programa y un desafío hacia el futuro:

“70. Desde la perspectiva de un tribunal internacional de derechos humanos como la Corte Interamericana, hay que afirmar los derechos humanos de los niños (y no los llamados “derechos de la niñez o infancia”), a partir de su condición jurídica de verdaderos sujetos de derecho, dotados de personalidad jurídica internacional; *hay, además, que desarrollar todas las potencialidades de su capacidad jurídica*” (destacado agregado).

El juez Cançado concluye su voto reiterando su idea inicial, que puede ser considerada el *obstinato* de su voto: para él el derecho reconoce personalidad jurídica a todo ser humano con independencia de su condición existencial o capacidad jurídica para ejercer los derechos por sí. Esto constituye para él un ejemplo del proceso de humanización del derecho internacional, al que esta OC a su juicio contribuye. Esto explica también –a mi modo de ver– la circunstancia de que se haya pronunciado en el caso a pesar de las deficiencias de orden formal y sustancial contenidas en el pedido original de la Comisión, ya que éste le permitió desarrollar temas de su mayor preocupación.

¹³⁹ “Estamos aquí ante el deber estatal de tomar medidas positivas de protección de los niños, entre los demás individuos, no sólo vis-à-vis las autoridades públicas, sino también en relación con otros individuos y actores no-estatales. Es éste un claro ejemplo de obligaciones de protección de los niños (y todos necesitados de protección) verdaderamente *erga omnes*”.

¹⁴⁰ “65. La presente Opinión Consultiva de la Corte Interamericana sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño da un notable aporte a la construcción jurisprudencial de las obligaciones *erga omnes* de protección de los derechos de la persona humana en todas y cualesquiera circunstancias. La Opinión Consultiva afirma categóricamente el deber general de los Estados Partes en la Convención Americana, como garantes del bien común, de organizar el poder público para garantizar a todas las personas bajo sus respectivas jurisdicciones el libre y pleno ejercicio de los derechos convencionalmente protegidos, obligación ésta exigible no sólo en relación con el poder estatal sino también en relación con ‘actuaciones de terceros particulares’ (párr. 87)”.

Finalmente, afirma que esta decisión se enmarca en lo que llama un “verdadero *derecho al Derecho*, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico (en los planos tanto interno como internacional) que efectivamente salvaguarde los derechos inherentes a la persona humana”¹⁴¹.

V. Las conclusiones que no concluyen

Podría haber comenzado el análisis de la OC 17 por el final. Sus conclusiones son una buena síntesis del sinuoso camino que condujo a la Corte hasta ellas. Las conclusiones de la OC 17 no concluyen, no responden claramente al confuso pedido de la Comisión, no avanzan en el establecimiento de un estándar más claro que el que ya está fijado en las normas internacionales y, como se indicará, requerirían un pedido de aclaratoria no previsto en los tratados y/o reglamentos para la función consultiva de la Corte.

¿Qué es lo que la OC 17 “concluye”?

La primer conclusión es probablemente la más importante, ya que reconoce que los niños son titulares de derechos y no sólo objetos de protección. Más allá del eslogan, esta conclusión tiene efectos jurídicos innegables y puede ser útil a la hora de interpretar tanto la Convención Americana cuanto otras conclusiones de esta misma opinión consultiva.

La segunda conclusión se refiere al “interés superior del niño” sobre el que la Corte considera que “implica que el desarrollo [del niño] y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño”.

La tercera se refiere al principio de igualdad, el que la Corte entiende no está reñido con la adopción de reglas y medidas específicas en relación con los niños, “los cuales requieren un trato diferente en función de sus condiciones especiales. Este trato debe orientarse a la protección de los derechos e intereses de los niños”. Como se advierte sin dificultad, se superpone esta conclusión con la anterior referida al interés superior del niño.

Hasta aquí las conclusiones no tienen que ver directamente con el objeto de la consulta.

A partir de la cuarta conclusión, la Corte ingresa en el contenido de las medidas de protección a las que se refiere el art. 19 de la Convención Americana, si bien no trata del tema de los límites al Estado. Todas las conclusiones repiten estándares fijados por los tratados y no avanzan en la fijación de lineamientos claros que garanticen una adecuada protección de los derechos humanos de los niños.

¹⁴¹ OC 17/2002, voto concurrente del juez Cançado Trindade, párr. 71.

En la conclusión cuarta la Corte afirma que la familia constituye el ámbito primordial para el desarrollo del niño y el ejercicio de sus derechos, razón por la cual el Estado debe apoyarla y fortalecerla, “a través de las diversas medidas que ésta requiera para el mejor cumplimiento de su función natural en este campo”.

La quinta conclusión se relaciona con la cuarta ya que establece que debe preservarse y favorecerse la permanencia del niño en su núcleo familiar, salvo que existan razones determinantes para separarlo de su familia, en función de su interés superior. La separación debe ser excepcional y, preferentemente, temporal. Éste es un punto clave que, como se señaló, no ha sido resuelto por la Corte. Ésta debió haber establecido cuáles eran las “razones determinantes” para separar a un niño de su familia, y no dejarlo librado al impreciso “interés superior”. Tampoco da contenido al supuesto de excepcionalidad ni explica en qué casos la separación del niño de su familia debe ser temporal y en cuáles no.

La sexta conclusión es problemática también porque vincula protección y/o atención con institucionalización, cuando afirma que para la atención a los niños, el Estado debe valerse de instituciones que dispongan de personal adecuado, instalaciones suficientes, medios idóneos y experiencia probada en este género de tareas.

La séptima conclusión es digna de destacar, aunque no es original ya que retoma la posición de la Corte en el caso “Villagrán Morales”, cuando ésta sostiene que el respeto del derecho a la vida, en relación con los niños, abarca no sólo las prohibiciones, entre ellas, la de la privación arbitraria, sino que comprende también la obligación de adoptar las medidas necesarias para que la existencia de los niños se desarrolle en condiciones dignas.

La conclusión octava establece que “la verdadera y plena protección de los niños significa que éstos puedan disfrutar ampliamente de todos sus derechos, entre ellos los económicos, sociales y culturales, que les asignan diversos instrumentos internacionales. Los Estados Partes en los tratados internacionales de derechos humanos tienen la obligación de adoptar medidas positivas para asegurar la protección de todos los derechos del niño”. Es importante en tanto plantea la protección como protección de los derechos, pero no avanza mucho más respecto de cómo los Estados deben garantizarlos ni con qué límites.

En la conclusión novena se concentra la Corte en la obligación del Estado consistente en tomar todas las medidas positivas que aseguren la protección a los niños contra malos tratos, sea en su relación con las autoridades públicas, o en las relaciones interindividuales o con entes no estatales, deber emergente de la Convención Americana y de la Convención del Niño sobre el que la OC 17 no avanza.

La décima conclusión, que junto con la primera y la undécima son probablemente las más importantes, tiene algunos matices que debilitan el estándar que se fija. Allí se

establece que “en los procedimientos judiciales o administrativos en que se resuelven derechos de los niños se deben observar los principios y las normas del debido proceso legal. Esto abarca las reglas correspondientes a juez natural –competente, independiente e imparcial–, doble instancia, presunción de inocencia, contradicción y audiencia y defensa, atendiendo *las particularidades que se derivan de la situación específica en que se encuentran los niños* y que se proyectan razonablemente, entre otras materias, sobre *la intervención personal* de dichos procedimientos y las *medidas de protección que sea indispensable adoptar en el desarrollo de éstos*” (destacado agregado). La Corte establece excepciones o limitaciones a los derechos y garantías vinculados con el debido proceso pero no explicita cómo estas limitaciones deberían realizarse en función del sujeto particular del que se está hablando, lo que tornaría esta OC compatible con ciertas prácticas paternalistas que se procura superar en la región.

La undécima conclusión retoma las prescripciones de la CDN. Establece que los menores de 18 años a quienes se atribuya la comisión de una conducta delictiva deben quedar sujetos a órganos jurisdiccionales distintos de los correspondientes a los mayores de edad y que las características de la intervención que el Estado debe tener en el caso de los menores infractores (que no explica) deben reflejarse en la integración y el funcionamiento de estos tribunales, así como en la naturaleza de las medidas que ellos pueden adoptar (que tampoco desarrolla).

La duodécima se vincula directamente con la anterior y regula el principio de legalidad material así como el debido proceso que ya fue tratado en la conclusión décima, no obstante en esta conclusión el estándar es más preciso:

“12. Que la conducta que motive la intervención del Estado en los casos a los que se refiere el punto anterior debe hallarse descripta en la ley penal. Otros casos, como son los de abandono, desvalimiento, riesgo o enfermedad, deben ser atendidos en forma diferente, a la que corresponde a los procedimientos aplicables a quienes incurrir en conductas típicas. Sin embargo, en dichos casos es preciso observar, igualmente, los principios y las normas del debido proceso legal, tanto en lo que corresponde a los menores como en lo que toca a quienes ejercen derechos en relación con éstos, derivados del estatuto familiar, atendiendo también a las condiciones específicas en que se encuentren los niños”.

Finalmente, se apela a la mediación en general, sin explicitar si se refiere a problemáticas sociales o penales, con los mismos recaudos establecidos en la CDN para los menores de edad infractores de la ley penal: “emplear vías alternativas de solución de las controversias que afecten a los niños, pero es preciso regular con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos para que no se alteren o disminuyan los derechos de aquéllos”.

La OC 17 puede, en síntesis, ser caracterizada como:

- a) una decisión confusa e incompleta basada en un igualmente equívoco e incompleto planteo del problema por parte de la Comisión;
- b) una decisión basada sobre la transcripción de artículos, precedentes e informes regionales e internacionales, mediante la que no se ha brindado una solución razonada de los temas sometidos a su consideración; y
- c) una decisión incompleta que omitió pronunciarse categóricamente sobre el artículo 19 de la Convención Americana, tanto en términos de prestaciones positivas cuanto de límites precisos al Estado.

VI. Comentarios finales

Las conclusiones de la OC 17 son, al igual que los fundamentos que las preceden, un claro ejemplo de lo que en la región ha sido llamado el paradigma de la ambigüedad¹⁴². No es posible saber si la Corte quiso fijar estándares claros pero no lo logró por falta de comprensión de lo que estaba en juego; o bien si no quiso establecer esos límites precisos por su posicionamiento equívoco en torno del tema.

Además de ambigua, la OC 17 tiene otra característica preocupante: la forma en la que, paradójicamente, soslaya la relevancia de la condición jurídica de la infancia, cuando ése es el nombre de esta OC. Es preocupante que la Corte Interamericana, por intermedio de sus jueces, haya soslayado la relevancia de la condición jurídica de un sujeto *vis à vis* su condición material. Llama la atención que ello tenga lugar en un documento que tiene por objeto analizar problemas jurídicos y no supuestos fácticos. Esto es, además, particularmente grave cuando se trata de sujetos históricamente privados de subjetividad jurídica tanto a nivel del derecho interno cuanto a nivel de la comunidad internacional.

Esta posición subalterna de la legalidad frente a las condiciones reales de vida de los niños no es exclusiva de la OC 17. En ese sentido, ella es producto claro de un contexto histórico-cultural. La misma concepción se repite en muchos países a la hora de discutir reformas legales orientadas a adecuar el derecho interno a los estándares internacionales de derechos humanos. Su frecuencia y centralidad en estos debates no la torna menos grave. ¿Sirve la ley para mejorar la realidad? ¿En qué medida es útil? Estas no son preguntas irrelevantes en un continente en el cual la historia de gran parte de los países ha transcurrido al margen de la ley con un altísimo costo en términos de sufrimiento humano real.

La OC 17 deja abiertas muchas preguntas que se suponía iba a responder para orientar las prácticas y coadyuvar al mejoramiento de la cultura jurídica de la infancia en

¹⁴² En la ocurrencia conceptualización de Antonio Carlos Gomes Da Costa.

la región. Por ejemplo, ¿qué se va a entender por interés superior del niño?, ¿cuál puede y debe ser el contenido de las medidas especiales de protección previstas por el artículo 19 de la Convención Americana? ¿Las medidas de protección emergentes del artículo 19 son medidas de acción afirmativa? ¿Es posible incluir la justicia juvenil dentro de los supuestos del artículo 19? ¿Cómo?

A partir de la OC 17, ¿es posible continuar con las prácticas discrecionales tutelares? ¿Es posible seguir diciendo que, como regla, para proteger a un niño el Estado puede –y debe– intervenir coactivamente, a través del organismo judicial y/o administrativo? ¿En qué casos debe intervenir uno y en qué casos otro? ¿Qué supuestos de protección de derechos habilitarían la coacción sobre el niño?

¿Cuando el paternalismo estatal está justificado en América Latina? En síntesis, ése fue el interrogante que, en el fondo, la Corte Interamericana fue llamada a responder mediante la OC 17, a pesar de la Comisión; pero el llamado no fue atendido.

Es posible no obstante, a partir de las debilidades, lagunas y ambigüedades de esta OC, desarrollar interesantes ejercicios de integración de tratados y documentos regionales y universales (por excelencia, la CDN), así como continuar provocando al sistema interamericano para que fije los estándares que no han sido establecidos con claridad en esta oportunidad. Cómo usar el sistema interamericano para promover y garantizar los derechos de los niños y las niñas en la región requiere nuevas estrategias en un sistema que no fue pensado para el reclamo por los derechos de este particular grupo étnico¹⁴³. Ésta es por cierto una nueva oportunidad que se nos presenta para desarrollar una hermenéutica emancipadora¹⁴⁴ de los derechos de la infancia.

En cuanto esta OC 17 pueda ser útil para cambiar la realidad de violación de derechos fundamentales en la que viven lamentablemente muchos niños y niñas en nuestro continente dependerá del uso inteligente que los diferentes actores preocupados por la promoción y defensa de los derechos de los niños hagan de este instrumento y de todos los demás de aplicación en el caso. En este punto la OC 17 se encuentra en el mismo lugar que la CDN, que provocó transformaciones notables en muchos aspectos a pesar de ella misma y de sus lagunas y ambigüedades. Un territorio importante para explorar su utilidad es el de los países que aún no han reformado sus sistemas jurídicos e institucionales vinculados con la infancia de acuerdo con lo que exigen

¹⁴³ Como señalé en otra oportunidad, en general hay coincidencia en la doctrina respecto de que el núcleo duro del sistema interamericano lo constituyen las peticiones individuales; pero quizá con los niños deba cambiarse esta idea tan asentada. En efecto, tal como vengo insistiendo hace tiempo, las medidas cautelares podrían ser desarrolladas en relación con derechos de niños en niveles insospechados hasta ahora en relación con casos que involucran adultos. Cuando de niños se trata el tiempo tiene una dimensión muy particular, bien diferente que la que tiene el tiempo para el sistema interamericano y sus operadores. El mecanismo de peticiones individuales tiene una riqueza indudable y ha sido muy desarrollado y explorado; pero es muy largo en relación con la etapa de la infancia en la vida de una persona. Tal vez un uso alternativo de las medidas cautelares podría permitir corregir ese problema estructural cuando de niños se trata.

¹⁴⁴ Cf. Beloff, Mary, Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular, *Capítulo I de este libro*.

las normas internacionales de protección de derechos humanos de aplicación en la materia, tales como los países del Cono Sur y México.

No hay un antes y un después de la OC 17. La OC 17 es, como la CDN, el emergente de un proceso cultural lento, lentísimo, dirigido a refundar la condición jurídica de la infancia en el continente. Al igual que el caso “Villagrán Morales”, la OC 17 contribuye al proceso de dar visibilidad y centralidad a los derechos de la infancia como derechos humanos en la región. Falta todavía mucho camino por recorrer para poder dar el salto que nos lleve desde la centralidad y visibilidad a la vigencia efectiva.

EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

MIGUEL CILLERO BRUÑOL

Introducción

Durante el siglo XX se ha desarrollado un profundo y dinámico proceso destinado a promover el reconocimiento y protección de los derechos de los niños, cuya máxima expresión ha sido la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en 1989.

El análisis histórico-jurídico revela la existencia de una estrecha vinculación entre el perfeccionamiento de los instrumentos de protección de los derechos de los niños y el progreso en la garantía y protección de los derechos humanos en general. Los derechos de los niños, según diversos estudios, disponen de mecanismos más efectivos de protección en la medida que permanecen ligados a la protección general de los derechos humanos.

La evolución actual del pensamiento jurídico permite afirmar que tras la noción de derechos humanos subyace la idea de que todas las personas, incluidos los niños, gozan de los derechos consagrados para los seres humanos y que es deber de los Estados promover y garantizar su efectiva protección igualitaria. Por su parte, en virtud del citado principio de igualdad, se reconoce la existencia de protecciones jurídicas y derechos específicos de ciertos grupos de personas, entre los que están los niños.

El nuevo derecho de la infancia-adolescencia surgido en América Latina pretende ser la concreción de los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de los derechos contenidos en la Convención. La rica normativa que ha venido a reemplazar a las antiguas leyes de menores se funda en que los derechos del niño derivan de su condición de persona; en consecuencia, se establece que los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios –nunca sustitutivos– de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas (véase el art. 41 de la Convención). Los niños gozan de una supraprotección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general.

En este sentido, cualquier pretensión de autonomía del derecho de infancia que no respete estos fundamentos, como la que se sostuvo hasta hace un tiempo por algunos autores que propiciaban un derecho de menores autónomo, es contraria a la concepción de los derechos del niño que emana de la doctrina universal de los derechos humanos.

La Convención Internacional sobre los Derechos de los Niños es una excelente síntesis de normas provenientes de instrumentos de derechos humanos de carácter general y de principios y derechos propios de la tradición jurídica vinculada a los derechos de la infancia. Sin embargo, las disposiciones de la Convención deben ser interpretadas y comprendidas sistemática y armónicamente; esto tendrá particular importancia para interpretar, a la luz del nuevo contexto, aquellos principios que la Convención ha recogido del anterior derecho de familia o de menores, como es el caso del de “interés superior del niño”.

Es en este marco que propongo analizar la noción del “interés superior del niño”, fórmula usada profusamente por diversas legislaciones en el presente siglo, pero que adquiere un nuevo significado al ser incorporada en el artículo tercero de la Convención.

Generalmente, se cree que el interés superior del niño es una directriz vaga, indeterminada y sujeta a múltiples interpretaciones, tanto de carácter jurídico como psicosocial, que constituiría una especie de excusa para tomar decisiones al margen de los derechos reconocidos en razón de un etéreo interés superior de tipo extra-jurídico.

Por esta razón diversos autores han puesto de relieve que el carácter indeterminado de esta noción impide una interpretación uniforme y, en consecuencia, permite que las resoluciones que se adopten basadas en ella no satisfagan debidamente las exigencias de seguridad jurídica. Existen quienes lamentan que la Convención la recogiera, porque amparados en “el interés superior” se permitiría un amplio margen a la discrecionalidad de la autoridad y se debilitaría la tutela efectiva de los derechos que la propia Convención consagra.

En este artículo intento desarrollar una interpretación que supere estas objeciones favoreciendo una concepción jurídica precisa de interés superior del niño que reduzca razonablemente la indeterminación y sea congruente con la finalidad de otorgar la más amplia tutela efectiva a los derechos del niño, en un marco de seguridad jurídica.

La Convención ha elevado el interés superior del niño al carácter de norma fundamental, con un rol jurídico definido que, además, se proyecta más allá del ordenamiento jurídico hacia las políticas públicas e, incluso, orienta el desarrollo de una cultura más igualitaria y respetuosa de los derechos de todas las personas.

Así lo ha reconocido el Comité de los Derechos del Niño, establecido por la propia Convención, que ha señalado que el interés superior del niño es uno de los principios generales de la Convención, llegando a considerarlo como principio “rector-guía” de ella.

De este modo, cualquier análisis sobre la Convención no podrá dejar de hacerse cargo de esta noción, pero, a su vez, quien pretenda fundamentar una decisión o medida en el “interés superior del niño” deberá regirse por la interpretación que se desprende del conjunto de las disposiciones de la Convención.

No es posible permanecer indiferente ante interpretaciones del interés superior del niño que tienden a legitimar decisiones que vulneran los derechos que la propia Convención reconoce. El objetivo principal de este artículo responde a la necesidad de aportar a la discusión hermenéutica sobre el interés superior del niño, una concepción garantista que promueva la conciliación entre interés superior del niño y la protección efectiva de sus derechos.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: expresión de un consenso universal

Durante el siglo XX la manifestación más significativa del movimiento de protección de los derechos del niño es la aprobación de la Convención Internacional. En el ámbito internacional es posible destacar dos hitos fundamentales que le sirven como antecedente: la Declaración de Ginebra de 1924 y la Declaración Universal de Derechos del Niño de 1959. En el plano nacional se pueden encontrar numerosas iniciativas legales que, con mayor o menor eficacia, buscaron proteger a la infancia y promover sus derechos y bienestar.

Pese a las perspectivas culturales tan diversas y a la dificultad de la materia que aborda, la Convención es un instrumento de rápido y casi universal reconocimiento jurídico y masiva aceptación social.

Si bien el consenso como dice Lyotard es siempre un horizonte a realizar, se puede afirmar que la Convención representa el consenso de las diferentes culturas y sistemas jurídicos de la humanidad en aspectos tan esenciales como los derechos y deberes de los padres y del Estado frente al desarrollo de los niños; las políticas públicas dirigidas a la infancia; los límites de la intervención del Estado y la protección del niño de toda forma de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales; y, finalmente, la obligación de los padres, los órganos del Estado y la sociedad en general de adoptar todas las medidas para dar efectividad a sus derechos.

La Convención supera, por decisión de los propios Estados, visiones excluyentes de las diferencias culturales que impiden construir estándares jurídicos comunes

a todas las personas relativos a sus derechos fundamentales. Esta es una de las principales consecuencias de la positivización internacional de los derechos humanos¹, avance significativo de la humanidad en la segunda mitad del siglo veinte que también se hace extensivo a los niños a partir de la ratificación casi universal de la Convención.

Se ha señalado, sin embargo, que el proceso de redacción de las normas internacionales no puede considerarse como un ejemplo de formación de un consenso universal, dada la diferente posición negociadora de los Estados. Esta objeción es particularmente débil en el ámbito de la infancia ya que no cabe duda de que los procesos de ratificación nacional unidos a la posibilidad de formular reservas específicas y a la existencia de una nueva legislación nacional que surge desarrollando los derechos de la Convención en diversos contextos culturales, demuestran que la debilidad de negociación de un Estado perteneciente a una cultura no dominante o minoritaria puede ser superada de diversos modos, y que el Estado que ratifica lo hace adhiriendo al consenso reflejado en las disposiciones de la Convención.

Al margen del argumento político sostenido en favor de la legitimidad de la pretensión de observancia para todos los Estados Parte de las reglas de la Convención independientemente de su diversidad cultural, también desde un punto puramente conceptual se llega a conclusiones similares.

El problema de la universalidad o relatividad de las reglas jurídicas según las distintas culturas ha dado origen a un rico debate que ha acompañado toda la trayectoria de la filosofía jurídica moderna. Esta polémica ha alcanzado también el ámbito de las relaciones sociales de la infancia y, en particular, a ciertas reglas relativas a la crianza, iniciación sexual u otras prácticas que según algunos autores parecieran ser especialmente significativas para defender una flexibilidad normativa atendiendo a las costumbres locales.

En este contexto han surgido argumentos que sostendrían que el principio del interés superior del niño podría operar como un punto de encuentro entre derechos del niño y diversidad cultural, permitiendo interpretar las reglas relativas a los derechos según los significados que adquieren en una cultura particular y resolver los conflictos a partir del reconocimiento de que el interés superior podría exigir, en determinadas circunstancias, contravenir o prescindir del uso de una regla universal para resguardar la pertenencia de un niño a su medio cultural.

El estudio que dirigió Alston en 1994² recoge este debate en diversos contextos culturales con atención específica a la relación entre diversidad cultural, derechos

¹ Cfr. Peces-Barba, G., *Derecho Positivo de los Derechos Humanos, Debate, Madrid, 1987.*

² Alston, Philippe (ed.), *The Best Interests of The Child: Reconciling Culture and Human Rights, Oxford University Press, 1994.*

del niño e interés superior. Pese a que los diversos estudios analizan casos de difícil conciliación entre derechos del niño y valores culturales, se concluye que se debe aceptar que las consideraciones culturales tendrán que ceder cada vez que entren en conflicto con los derechos humanos.

Igualmente en la literatura especializada e incluso en autores que son adscriptos a la vertiente “comunitarista” –crítica del “universalismo”–, se abre paso la idea de un “minimalismo” que es el resultado de un mutuo reconocimiento, por los protagonistas de diferentes culturas morales de igual desarrollo, de reglas comunes que no son expresión de ninguna cultura en particular y regulan los comportamientos de todas las personas de una manera ventajosa o claramente correcta (Walzer, 1996).

También en un interesante estudio sobre modernidad e identidad latinoamericana se sostiene que tras las formas absolutas de relativismo subyace la negación de una naturaleza compartida entre participantes de culturas supuestamente inconmensurables³ que puede llevar hacia concepciones irracionales del hombre o favorecer nuevas formas de racismo o de dominación.

En este sentido, si –como se desarrollará más adelante– la única interpretación posible del principio del interés superior del niño es identificar este interés con sus derechos reconocidos en la Convención, es posible afirmar que en aplicación de este principio la protección de los derechos del niño prima por sobre cualquier consideración cultural que pueda afectarlos, así como sobre cualquier otro cálculo de beneficio colectivo. El principio del “interés superior”, entonces, no puede ser una vía para introducir el debate sobre el relativismo cultural que ha pretendido afectar la expansión de la protección universal de los derechos humanos.

Los derechos del niño son derechos humanos

Durante el siglo XX, y particularmente en los últimos decenios en América Latina, los derechos humanos se han convertido en el fundamento de un sistema político-social basado en la promoción y garantía del desarrollo de las personas, de todas ellas, sin discriminación. Los derechos humanos han pasado a ser concebidos como el contenido esencial, la sustancia del sistema democrático. Ellos son, por un lado, un límite infranqueable para cualquier forma de arbitrariedad y, por otro, una finalidad u objetivo que orienta al conjunto del sistema político y la convivencia social⁴.

Un principio básico de la teoría de los derechos humanos es que tanto los instrumentos internacionales como nacionales son aplicables a todas las personas con independencia de cualquier particularidad. Sin embargo, es posible observar que

³ Larraín, J., *Modernidad, Razón e Identidad en América Latina*, Andrés Bello, Santiago, 1996.

⁴ Bidart-Campos, Germán, *Teoría General de los Derechos Humanos*, Universidad Autónoma de México, 1993.

ciertos grupos de personas no están efectivamente protegidos en el goce de sus derechos, ya sea porque en forma discriminatoria se les priva de protección, o bien porque algunas circunstancias particulares de su vida dificultan el acceso o idoneidad de los mecanismos ordinarios de protección.

Uno de estos grupos es la infancia/adolescencia, el segmento de personas que tienen entre cero y dieciocho años incompletos, a las que se les denomina genéricamente niños. La Convención reafirma el reconocimiento de los niños como personas humanas y, por ello, con justa razón puede denominársele como un instrumento contra la discriminación y a favor del igual respeto y protección de los derechos de todas las personas, criterio básico para comprender el sentido y alcance del principio del interés superior del niño.

Pero la Convención no es meramente una reafirmación de los derechos del niño como persona humana, sino una especificación de estos derechos para las particulares circunstancias de vida de la infancia/adolescencia; también es fuente de derechos propios de la infancia/adolescencia y de un conjunto de principios que regulan la protección conjunta de los derechos de niños y adultos, y sus derechos y deberes recíprocos.

Los derechos del niño no dependen de ninguna condición especial y se aplican a todos por igual; constituyen un conjunto de derechos-garantía frente a la acción del Estado y representan, por su parte, un deber de los poderes públicos de concurrir a la satisfacción de los derechos-prestación que contempla. En este sentido, el enfoque de los derechos humanos permitirá organizar desde una perspectiva diferente las políticas públicas de la infancia y la participación de los niños en la sociedad.

América Latina es una región en la que existe un conjunto importante de derechos insatisfechos y de sujetos vulnerados en sus derechos. La pobreza en la población infantil y la escasa posibilidad de participación de los niños en los asuntos de su interés, son un ejemplo de ello.

La Convención representa una oportunidad, ciertamente privilegiada, para desarrollar un nuevo esquema de comprensión de la relación del niño con el Estado y las políticas sociales, y un desafío permanente para el logro de una verdadera inserción de los niños, y sus intereses, en las estructuras y procedimientos de decisión de los asuntos públicas.

Por su parte, la subsistencia de legislaciones y prácticas en el ámbito de la infancia que constituyen sistemas tutelares discriminatorios o que estructuran modelos de protección y control de las infracciones a la ley penal al margen de las garantías que la Constitución reconoce a todas las personas, exige una radical modificación de las legislaciones de menores vigentes en América latina que entran en contradicción con los derechos de los niños reconocidos en la Convención.

La Convención, entonces, opera como un ordenador de las relaciones entre el niño, el Estado y la familia, que se estructura a partir del reconocimiento de derechos y deberes recíprocos. Siguiendo la tradición contenida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención es profundamente respetuosa de la relación niño-familia, enfatizando el rol de las políticas sociales básicas y de protección de la niñez y la familia, limitando la intervención tutelar del Estado a una última instancia que supone que han fallado los esfuerzos de la familia y los programas sociales generales.

En consecuencia, al interior de un sistema jurídico nacional, las disposiciones relativas a los derechos de los niños –incorporadas a aquél por medio de la ratificación de la Convención y por normas de fuente nacional– cumplen los siguientes cometidos: reafirmar que los niños, como personas humanas, tienen iguales derechos que todas las personas; especificar estos derechos para las particularidades de la vida y madurez de los niños; establecer derechos propios de los niños –como los derivados de la relación paterno/filial, o los derechos de participación–; regular los conflictos jurídicos derivados del incumplimiento de los derechos de los niños o de su colisión con los derechos de los adultos; y orientar y limitar las actuaciones de las autoridades públicas y las políticas públicas en relación a la infancia.

El reconocimiento jurídico del “interés superior del niño” tendrá relación con estas dos últimas finalidades, en cuanto actuará como “principio” que permita resolver conflictos de derechos en los que se vean involucrados los niños, en el marco de una política pública que reconozca como objetivo socialmente valioso los derechos de los niños y promueva su protección efectiva, a través del conjunto de mecanismos que conforman las políticas jurídicas y sociales.

El principio del interés superior del niño: origen y proyecciones

El principio del interés superior del niño no es nuevo y su aparición en el derecho internacional es tributaria del extenso uso que de este principio se ha hecho en los sistemas jurídicos nacionales, tanto de cuño anglosajón como de derecho codificado.

El análisis comparado de la evolución de los derechos de los niños en diferentes sistemas jurídicos revela una característica uniforme: el reconocimiento de los derechos de los niños ha sido un proceso gradual desde una primera etapa en que fueron personas prácticamente ignoradas por el derecho y solamente se protegían jurídicamente las facultades, generalmente muy discrecionales, de los padres. Los intereses de los niños eran un asunto privado, que quedaba fuera de la regulación de los asuntos públicos.

Posteriormente se observa un aumento en la preocupación por los niños y se empieza a reconocer que ellos pueden tener intereses jurídicamente protegidos diversos de

sus padres. En Gran Bretaña esta evolución se reflejará en la aplicación del derecho de equidad como alternativa al derecho consuetudinario que sólo consideraba al niño como un instrumento para el uso de sus padres⁵. Igual trayectoria se observa en el derecho francés.

Esta segunda fase tiene como característica principal que el Estado podía asumir en ciertos casos la tutela del niño o impartir órdenes para su educación, como ocurría con el Tribunal de la Cancillería que actuaba en nombre de la Corona británica o disposiciones como la del Código napoleónico que permitía que el Tribunal –para un mayor bienestar de los niños– pudiera alterar las reglas de custodia de los hijos en caso de divorcio⁶. En consecuencia, se puede decir que los intereses de los niños (y de algún modo una incipiente semilla de derechos) pasan a ser parte de los asuntos públicos.

En América Latina esta evolución se deja ver también en el derecho de familia, para presentarse con mucha claridad a partir de la legislación de protección dictada a comienzos de este siglo⁷.

El principio del interés superior del niño fue uno de los mecanismos para avanzar en este proceso de considerar el interés del niño como un interés que debía ser públicamente, y por consecuencia, jurídicamente protegido. Tanto en Asia, Oceanía y África, las leyes promulgadas por el Imperio Británico consideraron este principio para la resolución de los conflictos de familia y en muchos lugares han sido refrendadas por legislación posterior.

Una de las paradojas de la evolución del derecho de la infancia es que si bien en un primer momento se avanzó a través del reconocimiento del carácter público de la protección de los intereses de los niños, posteriormente ha sido necesario reconocer la necesidad de limitar las facultades del Estado para intervenir en los asuntos de la infancia, asunto que ha debido hacerse con especial preocupación en el ámbito de la aplicación abierta o encubierta de mecanismos del sistema punitivo hacia los niños.

Con las leyes de menores, especialmente en América Latina, los niños no fueron suficientemente protegidos de la arbitrariedad privada y quedaron expuestos a diversas formas de abuso público, antes desconocidas, debido a la indiferencia de los órganos del Estado hacia la infancia⁸. Sólo con el proceso iniciado con la Convención en el que los intereses de los niños se convierten en genuinos derechos, los niños podrán oponer sus derechos como límite y orientación tanto de la actuación de los padres, como del Estado.

⁵ Goonesekere, S., *The Best interests of The Child: South Asian Perspective*, en Alston, op. cit.

⁶ Cfr. Rubellin-Devich, *The Best Interests Principle in French Law and Practice*, en Alston, op. cit.

⁷ Cillero, Miguel, *Evolución Histórica de la Consideración Jurídica de la infancia y Adolescencia en Chile en Pilotti, Francisco (ed.), Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile, Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994, pp. 75-138.*

⁸ García Mendez, Emilio, *Derecho de la Infancia y la Adolescencia: de la Situación Irregular a la Protección Integral*, Santa Fe de Bogotá, Forum Pacis, 1997.

También la evolución de los instrumentos internacionales de los derechos de los niños revela la permanente presencia de la noción de interés superior del niño, ya sea en la Declaración de Ginebra de 1924 que establecía el imperativo de darle a los niños lo mejor, o con frases como los “niños primero”, hasta la formulación expresa del principio en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959 y su posterior incorporación, no sólo en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño sino también en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 5 y 16).

De este breve análisis se desprende que el principio del interés superior ha evolucionado conjuntamente con el reconocimiento progresivo de los derechos del niño y que, ahora que la construcción jurídica de los derechos del niño ha alcanzado un importante grado de desarrollo, corresponde que este principio sea interpretado según este nuevo contexto.

Cuando los niños eran considerados meros objetos dependientes de sus padres o de la arbitrariedad de la autoridad el principio fue importante para resaltar la necesidad de reconocer al niño su calidad de persona; ahora que, al menos en el plano normativo, se ha reconocido al niño como un sujeto portador de derechos, el principio debe ser un mecanismo eficaz para oponerse a la amenaza y vulneración de los derechos reconocidos y promover su protección igualitaria.

El interés superior del niño como “principio garantista”

La Convención contiene “principios” –que a falta de otro nombre, denominaré “estructurantes”– entre los que destacan el de no discriminación (art.2), de efectividad (art.4), de autonomía y participación (arts.5 y 12) y de protección (art 3). Estos principios –como señala Dworkin– son proposiciones que describen derechos: igualdad, protección efectiva, autonomía, libertad de expresión, etc., cuyo cumplimiento es una exigencia de la justicia⁹. Los principios, en el marco de un sistema jurídico basado en el reconocimiento de derechos, puede decirse que son derechos que permiten ejercer otros derechos y resolver conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

Entendiendo de este modo la idea de “principios”, la teoría supone que ellos se imponen a las autoridades, esto es, son obligatorios especialmente para las autoridades públicas y van dirigidos precisamente hacia (o contra) ellos. En consecuencia, nada más lejano al sentido de lo que aquí llamamos principio del interés superior del niño, que creer que el interés superior del niño debe meramente “inspirar” las decisiones de las autoridades. No, el principio del interés superior del niño lo que dispone es una limitación, una obligación, una prescripción de carácter imperativo hacia las autoridades.

⁹ Dworkin, Ronald, *Los Derechos en Serio*, Ariel Derecho, Barcelona, 2a. ed., 1989.

Más aún, si en este contexto analizamos el artículo 3.1 de la Convención comprobamos que su formulación es paradigmática en cuanto a situarse como un límite a la discrecionalidad de las autoridades:

“En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a la que se atenderá será el interés superior del niño”.

En conclusión, es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la Convención constituye una “principio” que obliga a diversas autoridades e incluso a instituciones privadas a estimar el “interés superior del niño” como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.

En este punto es posible afirmar que lo que aquí provisionalmente denominamos “principio”, siguiendo a Dworkin, podemos también denominarlo, en el caso específico del interés superior del niño en la Convención, como “garantía”, entendida ésta última “como vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos”¹⁰. Ensayando una síntesis podríamos decir que el interés superior del niño en el marco de la Convención es un principio jurídico garantista.

¿Qué es el interés superior del niño?: la satisfacción de sus derechos

Desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones programáticas del “interés superior del niño” y es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo “interés superior” pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo “declarado derecho”; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser “interés superior”.

Antes de la Convención, la falta de un catálogo de derechos del niño hacía que la noción de “interés superior” pareciera remitir a algo que estaba más allá del derecho, una especie de interés colectivo o particular que pudiera imponerse a las soluciones estrictamente de “derecho”. Es cierto que, en ausencia de normas que reconozcan

¹⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1995.

derechos y ante la precariedad del *status* jurídico de la infancia, una norma que remitiera al “interés superior del niño” podía orientar positivamente, aunque sólo fuera ocasionalmente, decisiones que de otro modo quedarían entregadas a la más absoluta discrecionalidad. Sin embargo, una vez reconocido un amplio catálogo de derechos de los niños no es posible seguir sosteniendo una noción vaga del interés superior del niño.

En las legislaciones pre-Convención, y lamentablemente en algunas que siendo post-Convención no han asumido plenamente el enfoque de los derechos, la interpretación del contenido del interés superior quedaba entregado a la autoridad administrativa en el plano de las políticas y programas sociales o a la judicial en el ámbito del control/protección de la infancia. Desde la vigencia de la Convención, en cambio, el interés superior del niño deja de ser un objetivo social deseable –realizado por una autoridad progresista o benevolente– y pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad.

En este sentido debe abandonarse cualquier interpretación paternalista/autoritaria del interés superior; por el contrario, se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superan el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia.

En el esquema paternalista/autoritario, el Juez, el legislador o la autoridad administrativa “realizaba” el interés superior del niño, lo “constituía” como un acto potestativo, que derivaba de su investidura o potestad y no de los derechos de los afectados; la justicia o injusticia de su actuar dependía de que el Juez se comportara de acuerdo a ciertos parámetros que supuestamente reflejaban su idoneidad. El ejemplo clásico es el Juez buen padre de familia presentado como modelo en las legislaciones y en la literatura basadas en la doctrina tutelar o de la situación irregular. En aquella orientación teórica, el “interés superior” tiene sentido en cuanto existen personas que por su incapacidad no se les reconocen derechos y en su lugar se definen poderes/deberes (potestades) a los adultos que deben dirigirse hacia la protección de estos objetos jurídicos socialmente valiosos que son los niños.

La función del interés superior del niño en este contexto es iluminar la conciencia del juez o la autoridad para que tome la decisión correcta, ya que está huérfano de otras orientaciones jurídicas más concretas y específicas.

La Convención propone otra solución. Formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda

al juez o a la autoridad de que se trate que ella no “constituye” soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente.

El ejercicio de la autoridad, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, se orienta y limita por los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce al niño, considerando además los principios de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y de participación en todos los asuntos que le afecten (arts. 5 y 12 de la Convención). En este sentido, se puede afirmar que el principio puede ser concebido como un límite al paternalismo estatal y que puede orientar hacia soluciones no autoritarias en aquellas situaciones difíciles en las que el conflicto entre derechos del niño exige utilizar una regla compleja para la construcción de una decisión que proteja efectivamente los derechos amenazados o vulnerados.

Esta interpretación, sin embargo, haría innecesario el principio del interés superior del niño, ya que lo único que expresaría es que las autoridades se encuentran limitadas en sus decisiones por los derechos fundamentales de los niños, asunto del todo evidente –aunque no por ello respetado– considerando la adhesión de las constituciones liberales al principio que establece que la soberanía se encuentra limitada por los derechos de las personas. Sin embargo, al margen de otras funciones adicionales que el principio puede cumplir, la historia de la relación de la infancia con el sistema de políticas públicas y de justicia revela que esta reafirmación no es para nada superflua, sino que es permanentemente necesaria debido a la tendencia generalizada a desconocer los derechos del niño como un límite y una orientación a las actuaciones de las autoridades y los adultos en general.

Un mecanismo eficaz para fortalecer el principio de primacía de los derechos y de evitar que se produzcan interpretaciones que entiendan el artículo tercero de la Convención como una mera orientación que ampliaría las facultades discrecionales, es consagrar una precisa definición del interés superior del niño como la satisfacción de sus derechos en todas las legislaciones nacionales que pretendan otorgarle efectividad y exigibilidad a los derechos consagrados a la Convención.

Cualquier otra definición, ya sea de base bio-psicosocial como la que identifica el interés superior con alcanzar la madurez, o jurídica, identificándolo con la obtención de la plena capacidad, dificulta la aplicación de los derechos y resta valor y eficacia a los catálogos de derechos que se reconozcan.

Hecha esta salvedad, señalaré que una concepción garantista del principio no sólo supera estas dificultades, sino que muestra la profunda utilidad del principio del interés superior del niño en el contexto de una nueva legislación de la infancia y adolescencia basada en el reconocimiento de los derechos de los niños.

Función del interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

Además del cometido principal ya desarrollado consistente en limitar y orientar todas las decisiones según los derechos de los niños, expondré a continuación otras importantes funciones que cumple el principio tal cual se encuentra formulado en el artículo tercero de la Convención.

Carácter interpretativo

Sin duda el aporte más específico del artículo tercero es de carácter hermenéutico. En primer lugar, cumple una función hermenéutica dentro de los márgenes del propio derecho de la infancia/adolescencia en cuanto permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de los derechos del niño.

Los derechos del niño deben ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño. Durante la infancia/adolescencia la interdependencia de los derechos se hace más evidente que en otras etapas de la vida. La noción de interés superior refiere a ese conjunto sistemático y apoya una interpretación holística de la Convención.

En segundo término permite la resolución de conflictos entre derechos contemplados en la misma Convención. El principio supone que los derechos del niño se ejercen en el contexto de una vida social en la que todos los niños tienen derechos y en la que, también, se pueden producir situaciones que hagan incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la Convención para un mismo niño.

En estos casos el principio permite “arbitrar” conflictos jurídicos de derecho. La propia Convención en diferentes situaciones de esta naturaleza toma una decisión –establece un orden de prelación de un derecho sobre otro– para luego relativizarla o dejarla sujeta al “interés superior del niño”. El ejemplo más característico está dado por el artículo 9 de la Convención, relativo a la separación de los niños de sus padres, para defender otros derechos como la vida o la integridad producto de malos tratos; otro caso es el artículo 37 relativo a la privación de libertad en recintos separados de los adultos “a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño”, en el que la Convención toma una decisión –otorga una garantía– pero deja abierta la posibilidad (judicial) de tomar una resolución diferente atendida la circunstancia de que se afecte, en el caso particular, algún otro derecho del niño que justifique modificar la regla. Es evidente que este tipo de soluciones propuestas en algunos artículos de la Convención pueden aplicarse a otros casos similares en que aparezcan conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

En síntesis, el principio del interés superior del niño permite resolver “conflictos de derechos” recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto. Para evitar un

uso abusivo sería conveniente establecer en la legislación nacional ciertos requisitos para la utilización del principio para resolver conflictos entre derechos como la reserva judicial y la exigencia de que, para poder resolver la primacía de un derecho sobre otro, se pruebe, en el caso concreto, la imposibilidad de satisfacción conjunta.

También debe establecerse que, especialmente en el ámbito de las garantías frente al sistema de persecución de infracciones a la ley penal, se restrinja absolutamente la posibilidad de aplicar medidas en razón del “interés superior del niño” que puedan afectar su derecho a la libertad personal o su integridad.

Finalmente, algunos autores como Parker sugieren que el “interés superior del niño” puede servir de orientación para evaluar la legislación o las prácticas que no se encuentren expresamente regidas por la ley. Es decir, permitiría llenar algunos vacíos o lagunas legales, tanto para la promulgación de nuevas leyes como para tomar decisiones en casos en que no existe norma expresa.

Prioridad de las políticas públicas para la infancia: interés del niño e interés colectivo

Como se ha señalado reiteradamente, la formulación del art. 3 de la Convención proyecta el interés superior del niño hacia las políticas públicas y la práctica administrativa y judicial. Esto significa que la satisfacción de los derechos del niño no puede quedar limitada ni desmembrada por ningún tipo de consideración utilitarista sobre el interés colectivo.

Cuando la Convención señala que el interés superior del niño será una consideración primordial para la toma de decisiones que le afecten, sugiere que el interés del niño —es decir, sus derechos— no son asimilables al interés colectivo; por el contrario, reconoce que los derechos de los niños pueden entrar en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada, y que los derechos de los niños deben ponderarse de un modo prioritario.

Una correcta interpretación del precepto lleva a entender que en todas las decisiones los derechos de los niños deben primar por sobre otros intereses de terceros que no tienen el rango de derechos. Por ejemplo, el derecho a la educación no puede ser desmembrado por intereses administrativos relativos a la organización de la escuela, o a los intereses corporativos de algún grupo determinado.

En el caso de conflicto entre los derechos del niño y los derechos de otras personas, como por ejemplo en las infracciones a la ley penal, los derechos del niño deberán tener una primacía no excluyente de los derechos de los terceros.

Es materia de resolución de cada Estado el grado de prioridad que otorga a la infancia en un sistema social donde los diversos grupos “compiten” por recursos escasos,

sin embargo, la Convención exige considerar con alguna prioridad a la infancia. En este sentido parece adecuada la solución de la Constitución del Brasil que señala una prioridad absoluta referida a las materias más importantes y otorga, para éstos y otros asuntos, la posibilidad de acciones de interés público que pueden ejercerse contra la autoridad en caso de no respetarse la prioridad de la infancia.

¿Cómo aplicar el principio?: integralidad, máxima operatividad y mínima restricción de los derechos del niño

El interés superior del niño supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos, descontado el principio de progresividad contenido en el artículo 5 de la Convención. El concepto de interés superior del niño alude, justamente, a esta protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o “nivel de vida adecuado” (art. 27.1 de la Convención).

Por ello una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa.

La aplicación de esta regla justifica, por ejemplo, la disminución al mínimo posible –siempre perfectible– de la intervención a través de recursos “penales” sobre la adolescencia y la absoluta excepcionalidad de la medida de separación del niño de su entorno familiar; en efecto, este tipo de medidas, que afectan la libertad personal y el medio de desarrollo del niño, obstaculizan severamente el ejercicio no sólo de los derechos expresamente privados, sino también, de un conjunto de otros derechos que se hacen imposibles de satisfacer en privación de libertad o del medio familiar. Este es el fundamento para señalar que la privación de libertad y del medio familiar son excepcionales y medidas de último recurso.

Pero incluso en estos casos se deben proveer todos los mecanismos para que el niño pueda ejercer los derechos que expresamente no se le han privado. Así, el adolescente privado de libertad por haber cometido un grave delito contra la integridad física o la vida de otra persona, tendrá derecho a que se le satisfaga su derecho a la educación; también el niño separado de uno o ambos padres tendrá derecho a que se le asegure la posibilidad de “mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño” como dispone el art. 9.3 de la Convención.

El interés superior del niño y las relaciones parentales

Es sabido que uno de los ejes fundamentales de la Convención es la regulación de la relación niño-familia, y en particular niño-padres; numerosas disposiciones regulan la materia. Los artículos 5 y 18 reconocen el derecho de los padres a la crianza y la educación y, a su vez, el derecho del niño a ejercer sus derechos por sí mismo, en forma progresiva de acuerdo a la “evolución de sus facultades”.

Por su parte, uno de los aportes de la Convención ha sido extender la vigencia del principio garantista del interés superior del niño, más allá de los ámbitos legislativos (como la Declaración de 1959) o judicial (como lo disponen numerosas legislaciones en materia de familia), sino extenderlo hacia todas las autoridades, instituciones privadas e incluso los padres.

Así el artículo 18, luego de reconocer el derecho y responsabilidad de los padres a la crianza y la educación y el deber del Estado de garantizarlo y apoyarlo, señala que los padres ejercerán sus funciones de acuerdo a una orientación fundamental: el interés superior del niño (art.18.1). Esta disposición debe interpretarse en conjunto con el artículo quinto que señala que el objetivo de las facultades de orientación y dirección de los padres es “que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención” de acuerdo a la evolución de sus facultades. Al intentar una interpretación sistemática de las dos disposiciones es claro que los derechos y responsabilidades de los padres, en relación a la orientación y dirección de sus hijos, tienen por objeto la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo. Es decir, se confirma la equivalencia entre ejercicio de los derechos del niño e interés superior.

El Estado tiene el deber de apoyar a los padres en este rol, pero también el deber de garantizar a los niños que su crianza y educación se dirija hacia el logro de la autonomía en el ejercicio de sus derechos. Los roles parentales no son derechos absolutos, ni meramente poderes/deberes, son derechos limitados por los derechos de los propios niños, es decir, por su interés superior.

Conclusión

De las ideas expuestas se desprende que desde la ratificación de la Convención existe una absoluta equivalencia entre el contenido del interés superior del niño y los derechos fundamentales del niño reconocidos en el Estado de que se trate. De este modo es posible afirmar que el interés superior del niño es, nada más pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos.

Por su parte, la formulación del principio en el artículo tercero de la Convención permite desprender las siguientes características: es una garantía, ya que toda decisión que concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática.

Bibliografía

- Alston Ph. Editor (1994), *The Best Interests of The Child: Reconciling Culture and Human Rights*. Oxford University Press.
- Alston, Ph., Bridget Gilmour-Walsh (1996), *El Interés Superior del Niño. Hacia una Síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales*. Unicef, Argentina.
- Alvarez- Vélez, M.I. (1994), *La Protección de los Derechos del Niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español*. Facultad de Derecho-ICA-DE. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid.
- An-Na'Im, A., "Cultural Transformation and Normative Consensus on The Best Interest of The Child" en *Alston, op. cit.*
- Bidart-Campos, G. (1989), *Teoría General de los Derechos Humanos*, Universidad Autónoma de México.
- Cillero, M. (1996), "Leyes de Menores, Sistema Penal e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos". En *Sistema Jurídico y Derechos Humanos*, C. Medina y J. Mera editores. Sociedad de Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile.
- (1994), "Evolución Histórica de la Consideración Jurídica de la Infancia y Adolescencia en Chile". En *Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile*. F. Pilotti coordinador. Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, pp. 75-138.
- Detrick, Sh. (1992), *The United Nations Convention on The Rights On The Child*. Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands.
- Dworkin, R. (1989), *Los Derechos en Serio*. Ariel Derecho, Barcelona, 2a. ed.
- Ferrajoli L. (1995), *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*. Ed. Trotta, Madrid.
- García Méndez E. (1994), *Derecho de la Infancia adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral*. Forum Pacis, Bogotá.

- Goonesekere, S., "The Best interests of The Child: South Asian Perspective". En *Alston, op. cit.*
- Himes, J. (1995), *Implementing The Convention On The Rights Of The Child*. Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands.
- Larraín, J. (1996), *Modernidad, Razón e Identidad en América Latina*. Ed. Andrés Bello, Santiago.
- Lyotard, J.F. (1994), *La Condición Postmoderna*. Ed. Cátedra, Madrid.
- O'Donnell, D. (1990), *La Convención sobre los Derechos del Niño: Estructura y Contenido*. Revista Infancia N° 230, Tomo 63. Julio de 1990. Boletín del Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, pp. 11-25.
- Parker, Stephan, "The Best Interests of the child- Principles and Problems", en *Alston, op. cit.*
- Peña, Carlos, *El Derecho Civil en su Relación con el Derecho Internacional de los derechos Humanos*. En C.Medina y J. Mera, *op. cit.*
- Peces-Barba G. (1987), *Derecho Positivo de los Derechos Humanos*. Ed. Debate, Madrid.
- Rubellin-Devich, J., "The Best Interests Principle in French Law and Practice". En *Alston, op. cit.*
- Veerman, Ph. (1992), *The Rights of The Child and The Changing Image of Childhood*. Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands.
- Walzer, M. (1996), *Moralidad en el ámbito local e Internacional*. Alianza Universidad, Madrid.

A 100 AÑOS DE LA CREACIÓN DEL PRIMER TRIBUNAL DE MENORES Y 10 AÑOS DE LA CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: EL DESAFÍO PENDIENTE

JULIO CORTÉS MORALES

Introducción

En el último año del siglo XX conmemoramos dos hechos clave en la historia social y jurídica de la infancia. En 1899 en Illinois se creó el que es considerado el primer tribunal especial para menores de la historia, dando cuenta en ese momento de una creciente preocupación por el tema de la delincuencia juvenil, y de una compleja trama de intereses entrecruzados con las intenciones más o menos conscientes de los reformadores de la época, que han sido objeto de análisis y crítica hasta el día de hoy. En un momento mucho más reciente, 1989, se aprobó por las Naciones Unidas el principal instrumento de derechos humanos específico para la infancia, la Convención Internacional de los Derechos del Niño (en adelante CIDN), en la cual se refleja una nueva consideración de la infancia en nuestras sociedades, enfoque que algunos han calificado de nuevo paradigma, en atención a la ruptura que representa con enfoques más tradicionales dentro de los cuales los niños no eran sujetos de derechos (no al menos en el sentido pleno e integral que plantea la CIDN). Entre medio de estos hitos fundamentales, el recorrido no ha sido lineal, muy por el contrario, se han presenciado avances dispares, obstáculos y hasta retrocesos, los cuales es necesario tener en cuenta en este momento por todos los operadores e interesados en los temas de la infancia y los derechos humanos.

Consideraciones previas acerca de la infancia como construcción socio-histórica

Aunque claramente excede los límites de este artículo un abordaje profundo de los problemas implícitos en la consideración histórica de la infancia en nuestras sociedades, es necesario dejar en claro que en nuestra opinión, pese a la base biológica que está presente en la conceptualización de la infancia en las distintas épocas y culturas, la investigación histórica ha demostrado el importante y definitorio rol que en este campo ha jugado el elemento cultural. En la concepción moderna de la infancia encontramos componentes que provienen tanto del pensamiento humanista de Rousseau y Locke como del romanticismo del siglo pasado –elementos no necesariamente concordantes– y al mismo tiempo ha aparecido durante este siglo

en el panorama la tendencia creciente a la autonomía de los niños y la consiguiente eliminación de barreras respecto al mundo adulto. Esto que puede parecer evidente no lo es tanto en la realidad de los debates jurídicos y sociológicos respecto al tema de la infancia, pues –como siempre– pesa de manera a veces inadvertida la tendencia a universalizar temporal y físicamente la concepción aún en boga de una infancia en un sentido clásico o romántico, en general ligada al enfoque jurídico tradicional en la materia, que identifica infancia con incapacidad, como su atributo esencial.

Este enfoque histórico resulta imprescindible como telón de fondo para tratar cualquier aspecto o problemática específica ligada a la infancia, en este caso, el surgimiento de un instrumental jurídico e institucional propio de la infancia, al que nos referiremos sobre todo en sus aspectos penales (en el sentido objetivo de pena o punición).

El Tribunal de Menores de Illinois

El contexto social e ideológico en el que se inserta la creación del tribunal de menores ha sido descrito críticamente por Anthonny Platt en su clásica obra “Los salvadores del niño”, editada originalmente en 1969. Hay que tener en cuenta que las características del desarrollo del capitalismo en el siglo pasado en países como Estados Unidos tuvieron como consecuencia un empobrecimiento masivo de las clases populares, y con ello, el surgimiento del fenómeno de los niños pobres como un problema público a ser enfrentado por los gobiernos e instituciones correspondientes. La magnitud del problema y el riesgo que implicaba para la estabilidad social (o sea política y económica) de la sociedad norteamericana la existencia de una gran masa de niños de origen proletario fuera de los mecanismos normales de control y contención (casa y escuela), o criados por familias que no garantizaban su adecuado disciplinamiento, motivó un largo proceso de reformas dentro del cual se sitúa la creación del tribunal de menores en Illinois. Así es como, para Platt, este hecho no representó una “reforma radical” sino más bien “una reforma política transigente que consolidaba las prácticas existentes”, tendientes a castigar la independencia prematura infantil y restringir la autonomía juvenil (*op. cit.*, página 150). Para Platt los intereses reales tras todo el movimiento de reformas alentadas por los “salvadores del niño” consistían tanto en el temor de las clases dominantes a la creciente urbanización, la necesidad de reafirmar los valores tradicionales de la clase media norteamericana (a la cual pertenecían la mayoría de las figuras públicas del movimiento), intereses de las corporaciones religiosas que administraban las instalaciones destinadas al cuidado de los jóvenes, y los intereses corporativos ligados al poder médico y judicial.

En un nivel más propiamente jurídico, parece claro que la necesidad de consagrar un tratamiento especializado para adolescentes acusados de cometer delitos se hizo necesaria para la sociedad de la época en consideración a varios factores.

En primer lugar, hubo un gran movimiento de crítica a la práctica de someter a niños a las mismas normas que a los adultos, que incluía su hacinamiento en cárceles comunes en que se mezclaban con adultos. En muchos casos, a partir de mediados del siglo pasado, los jurados preferían absolver a jóvenes aparentemente culpables antes que enviarlos a instituciones penitenciarias para adultos¹.

Desde varias décadas antes de 1899 se dictaron normas especiales para el procesamiento y privación de libertad de personas menores de edad. En Illinois, como en los demás Estados de la Unión, regía lo que se conoce como “régimen penal mitigado” para los menores de edad, es decir, que en lo grueso se les aplicaban las mismas disposiciones penales que a los adultos, con algunas reglas o excepciones especiales consagradas en atención a su condición que tomaban en cuenta la inmadurez propia de su edad. El proceso de reformas impulsado en el siglo XIX por los “salvadores del niño” tendía sucesivamente a la creación de un régimen especial de control social para niños, excluyéndolos formalmente del derecho penal de adultos (pese a que se mantuvo hasta el día de hoy la posibilidad de derivar casos desde el tribunal de menores al tribunal criminal de adultos, mediante la figura del “*waiving*”). En el fondo de estas reformas se situaba la crítica a la retribución pura y a las cárceles por su incapacidad para rehabilitar a los jóvenes y porque las condiciones reales de la privación de libertad significaban una contaminación ambiental para los niños, que en las cárceles de adultos aprendían a perfeccionarse en su carrera delictual. Los reformadores de la época perseguían el ideal rehabilitativo y adherían a la llamada “nueva penología” de orientación socio-etiológica, en lugar de la cárcel proponían la creación de reformatorios de variado tipo (escuelas industriales, escuelas de formación, residencias de acogida en el campo, etc.). Convencido de la necesidad de actuar sobre las causas de la criminalidad, Frederick Wines, notable reformador y experto en criminología, declaraba en 1879: “El objeto de las instituciones de reformatorio está bien claro: no es el castigo por los delitos pasados, sino el adiestramiento para la utilidad futura...” (intervención en el *Board of Public Charities de Illinois*, citada por Platt, pp. 124-125).

A propósito de todos estos factores hay que tener en cuenta por un lado las preocupaciones genuinamente humanitarias presentes a nivel del discurso, y por otro, los intereses preventivo-especiales de defensa social expresados en un contexto de prevalencia de criterios positivistas en la criminología etiológica de la época, los que permiten comprender adecuadamente esta obsesión por evitar el contagio por contacto con delincuentes adultos, que llegaba a extremos como el quejarse por el hecho de que se actuaba sobre niños no tan pequeños, puesto que habría sido necesario intervenir mediante internaciones en reformatorios en forma predelictual.

¹ Frank Orlando, *The Centennial of the first Juvenile Court— A wake or a celebration?*, en *Juvenile Justice Worldwide*, Nº 1, 1999, p. 6.

El modelo de la situación irregular

Los rasgos centrales del sistema creado por la *Juvenile Court Act* deben entenderse en el ámbito propio del sistema jurídico y procesal anglosajón, sin embargo, las características principales de los sistemas tutelares aplicados en Europa y América Latina durante este siglo se encuentran ya esbozadas aquí.

Básicamente, el sistema del tribunal de menores de Illinois incluía en cuanto a su competencia conductas cometidas por adolescentes que eran constitutivas de delitos (“*delinquency offenses*”), y se extendía además a las llamadas “*status offenses*” o delitos en razón de su condición, referidas a comportamientos no criminales que se consideraban dañinos para el correcto desarrollo y crecimiento del menor (tales como huir del hogar paterno, o no asistir a la escuela). En lo procedimental, la idea base era que se estaba aplicando al menor un beneficio y no una sanción, razón por la cual se declararon finalidades de rehabilitación al accionar del tribunal juvenil, las que se conseguirían a través de procedimientos sumarios e informales, desprovistos de garantías para el joven, al final de los cuales se decretaba una medida de duración indeterminada (es decir, sujetas el evento futuro y siempre incierto de la “rehabilitación”).

Estas líneas centrales de este modelo de la “justicia juvenil” corresponden también al núcleo del modelo que en el contexto latinoamericano se conoce como doctrina de la situación irregular. En relación al tratamiento de conductas delictivas cometidas por adolescentes se encuentra presente desde su diseño la confusión de vías (entre la vía sancionatoria y la proteccional), y así es como, por ejemplo, el no ejercicio por el niño de algo que se entiende como un derecho, cual es la educación, puede ser sancionado de la misma forma que si el niño hubiera cometido un robo o un asesinato. Como es propio de los sistemas jurídicos basados en la situación irregular “la corte juvenil estableció una tradición de prestar mucho menos atención al acto criminal en sí mismo, atendiendo en cambio a las circunstancias generales existentes tras la conducta del infractor. El objetivo era identificar la causa del mal comportamiento y luego administrar las medidas apropiadas de rehabilitación”².

Una característica de estos sistemas diseñados desde fines del siglo pasado y a principios de este es que el reproche a una conducta cometida por el sujeto en el pasado, base de la legitimidad de la aplicación de sanciones en el derecho penal clásico, se desplaza aquí a un reproche –con base en un diagnóstico seudocientífico– a lo que en el futuro pueda llegar a hacer el niño o adolescente. A través de herramientas como los exámenes de discernimiento se intenta detectar el grado de “enfermedad” de que adolece el sujeto y en base a eso el juez –que más bien actuaría aquí como un médico– receta el remedio adecuado para cada situación. Un fundamento central

² J.C. Howell, *Juvenile Justice and youth violence*, 1997, citado en el informe de Amnesty International “*Betraying the Young: Human Rights violations against children in the US Justice System*”, 1998.

del modelo lo constituye la doctrina del *parens patriae*, en virtud de la cual, frente a ciertas situaciones no necesariamente delictivas, el Estado estaría facultado para reemplazar a los padres y adoptar a través del juez –que en América Latina es incluso descrito como “un buen padre de familia”– la decisión adecuada para el futuro del niño, incluso mediante el uso de la fuerza. Esta idea de patronato estatal como base de las decisiones es la que permite a los defensores de estos modelos afirmar que la intervención estatal no es punitiva sino de protección o tutela, y fundamenta la falta de garantías en los procedimientos, que no serían necesarias pues en rigor no se estaría aplicando una sanción sino que averiguando qué es lo mejor para el “interés superior del niño” (un interés superior concebido en relación al niño objeto de protección y no sujeto de derechos es el fundamento de la arbitrariedad máxima, como queda constatado en la doctrina y jurisprudencia previas a la CIDN, criterio que lamentablemente aún se observa con frecuencia en nuestros países).

Los criterios señalados en cuanto a la aplicación de medidas a los jóvenes, hacen absolutamente necesario dotar a estos sistemas de procedimientos muy flexibles, con gran discrecionalidad en las atribuciones del juez, sin garantías procesales mínimas para los jóvenes, y con sentencias que apliquen medidas por tiempo indeterminado. Particularmente en nuestro contexto latinoamericano el cruce de estas ideas con nuestros modelos penales inquisitivos tuvo como resultado un sistema profundamente antidemocrático y antigarantista, respecto al cual ya se ha escrito bastante y no se insistirá más en este momento (en relación al modelo tutelar y de la “situación irregular” en América Latina ver en este mismo volumen el artículo de Mary Beloff).

Como prueba de la influencia del modelo norteamericano en el contexto latinoamericano, tenemos que en 1975 José Pedro Achard, Rafael Sajón y Ubaldo Calvento señalaban la necesidad de “recordar los principios filosóficos en que se fundan los tribunales de menores...expuestos en ocasión de la creación del primer Tribunal de Menores de Chicago, los cuales, a pesar del tiempo transcurrido tienen plena vigencia...”, y a continuación citaban directamente un fragmento de la *Juvenile Court Act*: “La Ley sobre Tribunales de Menores se ha inspirado en el concepto fundamental de que el Estado debe asumir la guarda de todo menor que se encuentre en condiciones sociales o individuales tan adversas que pueden conducirlo a la comisión de un delito... Se propone un plan con arreglo al cual el menor no será tratado como delincuente ni será acusado legalmente de cometer un delito sino que será considerado como pupilo del Estado sujeto a su atención, vigilancia y disciplina, al igual que los menores abandonados o desvalidos, y en cuanto sea posible, recibirá el mismo tratamiento que debían dispensarle sus padres”³.

En Estados Unidos, el tribunal juvenil se extendió de Illinois al resto de los Estados, y tan sólo luego de varias décadas de funcionamiento del modelo surgieron sentencias

³ Sajón, Achard y Calvento, *Menores en Situación Irregular, aspectos sociolegales de su protección*, 1975.

que dieron cuenta de la grave falta de garantías procesales para los adolescentes infractores. En honor a la precisión habría que señalar que el proceso no ha sido lineal, y que ya en 1879, antes de la creación del Tribunal de Illinois, se dictó por la Suprema Corte de ese mismo Estado una sentencia (People vs. Turner) en la que se declaró que las normas en virtud de las cuales se sometía a prisión a jóvenes sin debido proceso eran inconstitucionales. En este caso un niño había sido enviado a la *Reform School* de Chicago, sin vista de la causa. Respecto de la extensión del *parens patriae* en este caso la sentencia declara: “Esta restricción de la libertad natural es opresión y tiranía. Si sin delito, sin fallo de culpabilidad, los hijos del Estado se ven así confinados por el ‘bien de la sociedad’, valdría más reducir esta a sus elementos originales y reconocer que el gobierno libre es un fracaso... Hay que tomar en cuenta también el bienestar y los derechos del niño... Los mismos criminales no pueden ser condenados y aprisionados sin el debido proceso” (fragmentos de la sentencia citados por A. Platt, *op. cit.* página 122).

Con posterioridad, la tesis sustentada en este fallo (mal acogida en general por el público y los salvadores del niño) fue refutada en sucesivas decisiones. Es durante la segunda mitad del siglo XX que diversos fallos de la Corte Suprema comienzan a hacer tambalear el modelo, llegando en el caso *Gault* al grado de cuestionamiento máximo.

Dos hitos en la crisis del modelo de situación irregular y en la atribución de garantías procesales a los jóvenes: *Gault* (1967) y Sentencia del Tribunal Constitucional español (1991)

Estados Unidos

Pese a que existieron críticas a la falta de garantías en los procedimientos de menores desde muy temprano, las sentencias que hicieron eco de estas críticas en Estados Unidos datan de los años sesenta.

La primera decisión que suele señalarse en este sentido fue la de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Kent vs. United States*, en este caso, un tribunal juvenil había derivado a un adolescente de 16 años al sistema criminal adulto por sospecha de robo y violación, sin vista de la causa ni consideración de peticiones del defensor del joven en orden a suministro de atención psiquiátrica dentro del sistema juvenil. El joven *Kent* fue sentenciado de 30 a 90 años de prisión. La Corte Suprema determinó que la orden de derivación era inválida en cuanto a requerimientos básicos del debido proceso, y señaló que el principio del *parens patriae* no podía constituir “una licencia para la arbitrariedad procesal...”⁴.

⁴ Referencias a estos fallos tomadas de Platt, *op. cit.*, Orlando, *op. cit.*, y Gardner “*Understanding Juvenile Law*”.

Un año después de la sentencia en el caso Kent, el mismo tipo de argumentos sería acogido en el famoso caso Gault.

El hecho que dio origen a este caso fue la condena en el Estado de Arizona a un niño de 15 años a la medida de internación en la escuela industrial del Estado por un período que se extendía hasta la fecha en que cumpliera 21 años. El joven Gerard Gault había sido acusado de hacer llamadas telefónicas obscenas a una vecina. Tras la correspondiente denuncia Gerard Gault fue aprehendido por la policía, que llevó el caso a la corte juvenil señalando que se trataba de un joven delincuente necesitado de la protección de dicho tribunal. En la corte juvenil la medida fue impuesta sin evidencia fáctica suficiente, sin la comparecencia del vecino denunciante ni de los padres del joven y sin asistencia jurídica para el acusado, que habría reconocido los hechos en una primera audiencia al ser interrogado en el tribunal.

La Corte Suprema, revisando la constitucionalidad de dicha decisión, determinó que se habían violado una serie de garantías: el derecho a ser notificado de los cargos oportunamente; el derecho a la asistencia por un abogado; el derecho a careo y contrainterrogación de denunciadores y testigos; y la notificación oportuna del derecho contra la autoincriminación (el privilegio de permanecer callado). La Corte Suprema criticó el uso de la doctrina del *parens patriae* como fundamento de la falta de estas garantías constitucionales: “El derecho del Estado, como *parens patriae*, al negar al niño las garantías procedimentales disponibles para los mayores fue elaborado en base a la afirmación de que un niño, a diferencia de un adulto, tenía derecho “no a la libertad, sino a la custodia”. El podría ser obligado a obedecer sus padres, a asistir a la escuela, etc. Si los padres fallaran en el cumplimiento efectivo de sus funciones de custodia –como sería en el caso de que el niño fuera un “delincuente”– el Estado podría intervenir. Al hacerlo, no estaría privando al niño de ningún derecho, porque no tiene ninguno. Meramente estaría proveyendo la “custodia” que el niño necesita. De esta forma, los procedimientos relativos a jóvenes han sido descritos como “civiles” y no “criminales” y en consecuencia no estarían sujetos a los requerimientos que restringen al Estado cuando se trata de privar a una persona de su libertad...De esta forma, los más elevados motivos y los impulsos más iluminados han conducido a un peculiar sistema para jóvenes, desconocido para nuestro derecho en cualquier contexto similar. La base constitucional y teórica para este peculiar sistema es –por lo menos– debatible. Y en la práctica, los resultados no han sido enteramente satisfactorios”.

Unos cuantos casos posteriores a Gault son relevantes en cuanto a la extensión de garantías constitucionales a los niños (casos Winship en 1970 y Breed en 1975, aplicaron respectivamente el estándar de la duda razonable y la prohibición del doble juzgamiento por los mismos cargos –en tribunal juvenil y criminal de adultos–). En el caso McKeiver, en cambio, la Corte sostuvo que la garantía de conocimiento del asunto

por un jurado no se extendía a los procesos juveniles aunque los cargos se refieran a hechos que cometidos por adultos constituirían ofensas criminales. Basándose en la idea de que pese a los criterios sustentados en los casos Gault y Winship, la Corte no habría reconocido el carácter de juicio criminal de los procedimientos relativos a jóvenes infractores, y que el objeto de la investigación no era necesariamente la determinación de los hechos, la Corte Suprema llegó a afirmar en esta sentencia que la introducción del sistema de jurados a los procesos juveniles acarrearía la misma formalidad y demora propias del juicio público, resultando probablemente de ello “el fin efectivo de la perspectiva ideal de un procedimiento íntimo, informal y protector”, y que en ese caso “el sistema de tribunal juvenil tendría poca necesidad de existir”.

Para hacer un balance de las implicancias históricas del caso Gault debemos tener en cuenta que la evolución posterior del sistema norteamericano se ha caracterizado por un endurecimiento del trato judicial hacia los jóvenes infractores y por la extensión de la represión a niveles muy exagerados que incluyen la ejecución de jóvenes y las privaciones de libertad excesivas por motivos no necesariamente delictivos. A modo de ejemplo, podemos mencionar que entre 1977 y 1998 fueron ejecutadas 11 personas que tenían menos de 18 años de edad al momento de cometer los crímenes por los que fueron condenados. El año pasado, existía una lista de 70 jóvenes en espera de la ejecución de condenas de muerte dictadas por hechos cometidos mientras eran menores de edad⁵. En general lo ocurrido en las dos últimas décadas corresponde a tratar a los niños como si fueran adultos, incluso en los aspectos más duros, al punto que hoy en día se discute seriamente si se justifica o no mantener los tribunales juveniles.

A modo de conclusión, se podría afirmar que pese a las implicancias del caso Gault y los otros casos comentados, la atribución de garantías a los jóvenes se realizó sin cuestionar sistemáticamente el soporte jurídico e ideológico de fondo del modelo tutelar. En el fallo Gault, por ejemplo, la Corte empleó básicamente el argumento del equivalente funcional entre el proceso penal de adultos y el proceso juvenil en que se imputan delitos a un joven, pero nunca dejó en claro si todo el sistema de justicia juvenil podía ser asimilado al proceso penal de adultos (“un procedimiento donde el asunto es si el niño puede ser declarado “delincuente” y sujeto a la pérdida de su libertad es comparable en seriedad a la persecución criminal”, *In Re Gault*, citado por Gardner, pag. 192). Por otra parte, pese a que la sentencia hizo referencia a que si los hechos imputados a Gerard Gault hubieran sido cometidos por un adulto la sanción habría oscilado entre una multa de 5 a 50 dólares o prisión por dos meses como máximo, la Corte no precisó si la sanción aplicada al joven Gault habría sido constitucionalmente válida si éste hubiera contado con las garantías procesales ya señaladas.

⁵ Datos tomados de Amnesty International, “*Betraying the Young...*”, 1998.

España

En un contexto bastante diferente y un época más reciente se produjo otro hito jurisprudencial, señal de la crisis definitiva del modelo tutelar de menores. Nos referimos a la sentencia del Tribunal Constitucional español 36/1991 (del 14 de Febrero de 1991), en virtud del cual se declaró inconstitucional el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores.

En España el modelo tutelar data de principios de siglo, con la Ley de Bases de 1918 mediante la cual se crearon los tribunales de menores, el primero de los cuales comenzó a funcionar en Bilbao en 1920. De 1948 data el texto refundido de la Ley y Reglamento de Tribunales Tutelares de Menores⁶. Esta ley contempla básicamente una competencia triple de los tribunales de menores: protectora, en relación a menores de 16 años; reformadora, también respecto de menores de 16 años; y, finalmente, de enjuiciamiento de mayores de 16 años, en ciertos casos. De acuerdo a su artículo 9, “la jurisdicción del tribunal no tendrá carácter represivo, sino educativo y tutelar”. En cuanto a las sanciones aplicables (artículo 17), estas van desde de la “amonestación o breve internamiento” hasta el ingreso a un “establecimiento especial para menores anormales”. En lo procedimental, los artículos 15, 20 y siguientes contemplaban un sistema en que no existe publicidad del proceso, no interviene abogado defensor (salvo en las situaciones de enjuiciamiento de mayores de 16 años), y se considera que el procedimiento es no contradictorio, puesto que está establecido en beneficio del menor. Además, los miembros del tribunal no eran jueces sino ciudadanos de intachable conducta y vida familiar ejemplar (nuevamente la idea del “buen padre de familia”), sus facultades eran discrecionales, pudiendo decidir la aplicación de cualquier medida si se juzgaba necesario aplicar la “facultad reformadora”, y –al igual que en todos los sistemas basados en la “situación irregular”– el tipo de medida impuesta y su duración no guardaban relación de proporcionalidad con la mayor o menor gravedad de los hechos imputados, que por lo demás no necesitaban ser acreditados.

En 1978, en plena transición democrática luego de la muerte de Franco, España promulgó una nueva Constitución, y a partir de ese momento se sostuvieron duras críticas al sistema tutelar vigente, que era tildado de inconstitucional. En efecto, la Constitución, además de contemplar garantías procesales y penales para todas las personas, se refería también a la juventud y la infancia como colectivos especialmente protegidos (artículos 20.4, 27 y 39.4). En 1985 se modificó parcialmente el sistema al dictarse la Ley Orgánica del Poder Judicial, creándose los Juzgados de Menores, y su disposición adicional primera otorgó al Gobierno plazo de 1 año para la presentación de un proyecto que reformara toda la legislación tutelar de menores. Dicho proyecto no llegó a ser presentado.

⁶ Antecedentes extraídos del texto de José de la Cuesta y Esther Giménez-Salinas, “Situación Actual y perspectivas de futuro del tratamiento de los infractores juveniles en España”, 1995.

En este escenario jurídico, los Jueces de Menores creados por la Ley Orgánica de 1985 se vieron enfrentados a tener que aplicar cotidianamente una normativa que muchos consideraban abiertamente inconstitucional. Así es como los Jueces de Menores de Tarragona, Madrid y Oviedo presentaron cuestiones de constitucionalidad en relación a algunas disposiciones de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Por sentencia de 14 de Febrero de 1991 el Pleno del Tribunal Constitucional resolvió las 5 cuestiones de constitucionalidad acumuladas presentadas por los Juzgados mencionados, declarando inconstitucional el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (además se declaró constitucional el artículo 16 en tanto se interpretara en el sentido indicado en el fundamento jurídico 7º, y se desestimaron las demás cuestiones planteadas).

Frente al vacío en la regulación legal del procedimiento generado por la decisión del Tribunal Constitucional, se procedió al año siguiente (1992) a dictar una Ley Orgánica que reforma de manera urgente la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (que pasa a denominarse Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores). Esta ley introdujo modificaciones no sólo procedimentales sino también sustantivas (el procedimiento se estructuró en tres etapas, se contempla el principio de oportunidad, la intervención de abogados y del Ministerio Fiscal, se creó la figura del Equipo Técnico que asesora al Juez y se fijó un plazo máximo de dos años a la medida de internamiento que puede decretar el Juez). En la propia exposición de motivos de esta ley se señaló explícitamente su carácter de “reforma urgente que adelanta una renovada legislación sobre reforma de menores, que será objeto de medidas legislativas posteriores”. Estas medidas posteriores aún se encuentran en fase de proyecto y discusión, y lo cierto es que en el intertanto, a pesar de innegables avances contenidos en la Ley Orgánica de 1992, tal como señala Rocío Cantarero “al momento actual la legislación en la materia es, básicamente, la vetusta y preconstitucional Ley de Tribunales Tutelares de Menores”⁷.

Las características y limitaciones de la situación actual en España se comprenden mejor si se tiene en cuenta que el fallo del Tribunal Constitucional no fue tan radical como uno pudiera imaginarse. De esta forma, hay que tener en cuenta que dicha sentencia afirmó que “El procedimiento previsto en el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores sólo podrá ser considerado constitucionalmente ilegítimo por colisión con el artículo 24 de la Constitución Española si se entiende que se trata de un proceso (o eventualmente de un procedimiento disciplinario o sancionador), pero no si se le atribuye una naturaleza distinta”. En el fondo se siguió un criterio de tipo material, tendiente a comparar las consecuencias jurídicas de las medidas de esta Ley con las penas del Código Penal, pero en todo momento se afirmó que no eran totalmente equiparables. Así, en el Fundamento Jurídico 7º, en relación al artículo 17 de la Ley (que es el que contempla las medidas aplicables) el Tribunal afirmó: “Es cierto que las conductas que

⁷ Rocío Cantarero, “Los Menores y el Derecho Penal”, 1995, p. 15.

de modo muy laxo describe el artículo cuestionado no son supuestos de hecho para el ejercicio del *ius puniendi* en su sentido más riguroso, pero tampoco puede ignorarse que las medidas que el Juez puede adoptar...comportan importantes restricciones a la libertad del menor. No son penas en sentido estricto, pero se adoptan precisamente como consecuencia de conductas penalmente tipificadas y resultaría paradójico que la atribución de estas conductas a un menor trajese como consecuencia una disminución, en su contra, de las garantías de las que gozaría si no lo fuese”.

El modelo actualmente aplicable en España resulta ser una combinación de aspectos propios de la doctrina tutelar, con modificaciones a través de las que se han incorporado elementos propios de los modelos educativo y de responsabilidad. De acuerdo a Esther Giménez Salinas y José de la Cuesta, condensando variadas críticas a la situación actual, “se opta por un sistema contradictorio, lleno de incoherencias ideológicas, *sui generis*, mezcla de aspectos penales y educativos, de flexibilidad y proporcionalidad...(un sistema) que se esfuerza en construir un proceso penal respetuoso de las garantías procesales, peso que –a pesar de eliminar parafernalias, trastornar con aquel pretexto las funciones naturales de no pocos órganos y remitir a las víctimas al orden civil– demora y retrasa demasiado la intervención educativa, sin que logre ocultar su verdadero carácter de juicio y la filosofía punitiva subyacente”⁸.

La Convención Internacional de los Derechos del Niño y los desafíos planteados en materia de justicia juvenil: las lecciones de Estados Unidos y España

Volviendo al momento presente, y teniendo en cuenta este breve repaso por 100 años de justicia juvenil, podemos reflexionar acerca de las implicancias de los dos casos emblemáticos comentados. Previo a ello, debemos tener en cuenta que entre el fallo Gault y el del Tribunal Constitucional español se inserta otro hecho histórico de importancia fundamental para todo el tema infancia y dentro de él para los temas relacionados con la responsabilidad penal de los jóvenes, nos referimos a la aprobación en 1989 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Este instrumento marca el punto más alto de reconocimiento de derechos a los niños, y se enmarca dentro del proceso de positivización de los derechos humanos que hemos presenciado a lo largo del siglo. En conjunto con otros instrumentos internacionales relativos (o aplicables) a la infancia, constituye la base de un nuevo paradigma o modelo en la consideración jurídica de la infancia, que en nuestro medio ha sido denominado de la Protección Integral (para más detalles sobre las características de este modelo, en oposición a las del modelo

⁸ De la Cuesta y Giménez Salinas, op. cit., pp. 10-11.

de la “situación irregular”, ver el artículo de Mary Beloff en esta misma publicación). Sin entrar a analizar todas las implicancias de este nuevo modelo, podemos señalar que el reconocer a los niños la calidad de sujetos de derechos trae aparejado que no se puede, bajo el pretexto de la protección de estas personas, vulnerar o restringir derechos. Por eso mismo, la lógica de la protección de derechos no puede ser la misma que la de infracción de normas penales por el joven, y las vías de acción por parte del Estado deben ser adecuadamente separadas. En palabras de Jaime Couso: “El niño es visto como ciudadano que progresivamente ejerce, cada vez en mayor medida, sus derechos fundamentales por sí mismo. Al mismo tiempo se reconoce un cierto grado de responsabilidad del joven por sus actos, que cuando se traducen en la violación de los derechos más básicos de otras personas, pueden conducir legítimamente a sanciones necesarias para prevenir ese tipo de atentados. Pero el Estado, en su actitud sancionatoria-preventiva, se encuentra con un ciudadano enfrente dotado de derechos y al que el ordenamiento jurídico debe ofrecer los medios necesarios para garantizar dichos derechos...”⁹.

Para los casos de infracción de normas penales, los artículos 37 y 40 de la CIDN reconocen una serie de derechos a los niños. Estos derechos corresponden por un lado a derechos propios de toda persona frente a la actividad punitiva del Estado, y por otro, a derechos específicos de los niños, que en virtud de su particular condición de personas en crecimiento, merecen una protección adicional en relación a las personas adultas. Creemos que el modelo que mejor obedece a los dictados de la CIDN y a la realidad de nuestros países es el de responsabilidad juvenil, por varias razones, entre las cuales tienen un peso primordial las siguientes: la responsabilidad es inherente a todas las personas, aunque se encuentre presente en diversos grados atendiendo a la fase de desarrollo de éstas; la responsabilidad permite ligar al sujeto con las consecuencias de su acto, y en ese sentido la responsabilización tiene un innegable valor educativo; la responsabilidad juvenil permite el vínculo entre un acto infractor de la ley penal con una consecuencia jurídica que es la imposición de una sanción a su autor, el reconocimiento del carácter sancionador de la respuesta estatal permite de entrada evitar confusiones respecto a la finalidad de esta intervención, y exige contemplar mecanismos jurídicos que permitan dar efectividad a los derechos de los niños en estas instancias; un sistema de responsabilidad juvenil permite terminar con la nefasta confusión entre situaciones de vulneración por niños de bienes jurídicos y/o derechos de otras personas y situaciones de desprotección de derechos de los niños, confusión de origen positivista y de consecuencias clasistas y criminalizantes que se encuentra en la base de todos los sistemas tutelares.

La discusión en torno a la adecuación de las legislaciones nacionales a la CIDN en esta materia ha sido considerable. A muchos les asusta el reconocimiento del carácter

⁹ Jaime Couso, “Problemas Teóricos y Prácticos del Principio de Separación de Medidas, entre la vía penal-juvenil y la vía de protección especial de derechos”, p. 76, 1998.

penal de las infracciones y de la respuesta estatal. Esto es comprensible si tenemos en cuenta el grado de deslegitimación y desprestigio que el derecho penal ha alcanzado en estos tiempos por su incapacidad para reducir el nivel de violencia en nuestras sociedades y por cumplir reales funciones de reproducción de la pobreza y ejercicio de control sobre los sectores más desfavorecidos de la población. Pero en relación a esto hay que ser claros en afirmar que un sistema de responsabilidad juvenil acorde a los planteamientos de la CIDN y la protección integral debe necesariamente ser un derecho penal de mínima intervención, lo que implica despenalizar absolutamente las conductas de los niños por bajo cierto límite de edad (que en las propuestas y leyes implementadas suele variar entre los 12 y los 14 años), y consagrar para los adolescentes sujetos a este sistema un catálogo de infracciones menor que el equivalente adulto de conductas tipificadas en los códigos penales, contemplando en lo medular aquellas conductas que representen atentados graves contra derechos de otras personas. Un imperativo claro de la CIDN es reducir la privación de libertad al mínimo, operando siempre como último recurso y por el mínimo tiempo posible. Además, una separación coherente de vías exige renunciar efectivamente a toda intervención coactiva en los casos de conductas delictivas cometidas por niños bajo la franja de responsabilidad especial (por el contrario, la tendencia ha sido en los países latinoamericanos a mantener una derivación automática a los sistemas de protección, lo cual es en cierto modo una reminiscencia de la doctrina de la situación irregular y del paradigma etiológico de la criminología de inspiración positivista, pues se asume que tras toda infracción existe un déficit social o educativo). Por otra parte, materialmente es claro que a los niños y adolescentes se les ha estado aplicando durante este siglo un sistema penal, tanto o más punitivo que el otro, y desprovisto de garantías. Ante la realidad de este “fraude de etiquetas” no es enteramente correcto que los sistemas de responsabilidad juvenil innoven en cuanto a la aplicación de penas a la infancia, más bien la novedad en esta área está dada por la aplicación de garantías. La propuesta de este modelo ha sido definida por Rocío Cantarero en la siguiente forma: “...conservemos y amplíemos los avances en favor de la dignidad de la persona del moderno derecho penal y penitenciario, reduzcamos la pena privativa de libertad al mínimo y, en los casos en que sea imposible obviarla, desarrollémosla en las mejores condiciones”¹⁰. Es más, una fundamentación clave para la aplicación actual de un sistema penal a los adolescentes surge de la constatación práctica de que nuestras sociedades no están dispuestas a tolerar que cometan ciertas conductas graves y que de una forma u otra –abierta o velada, a pretexto de protección o de cualquier otro– en la actualidad se les sanciona. Por eso, resulta imperativo que, mientras no se renuncie a la sanción, ésta se aplique al final de un procedimiento respetuoso de los derechos del joven, donde efectivamente se compruebe la comisión

¹⁰ Rocío Cantarero, op. cit., p. 24.

del hecho y su participación. Sin perjuicio de esta consideración necesaria y realista, el autor comparte la idea de que el horizonte que debe guiar nuestros esfuerzos es el de la despenalización progresiva, con vista a la abolición del derecho penal, y en ese sentido la propuesta original de los “salvadores de la infancia” de sustraer a los niños del derecho penal es éticamente compartida, pero con todas sus consecuencias: debe tratarse de una despenalización efectiva, no de nuevos fraudes de etiqueta, y mientras esto no sea posible, lo que se aplique debe ser un sistema penal.

No es posible entrar aquí a tratar las discusiones acerca de las diversas formas de implementación de este modelo, cuyas principales materias son las de si en un sistema que se reconoce como punitivo se pueden atribuir o no finalidades socioeducativas a las medidas o sanciones y la del rol de la consideración de circunstancias personales y familiares del joven en la determinación de sanciones¹¹.

Para finalizar este artículo, una reflexión importante a la luz de la evolución sufrida en este siglo por los sistemas de justicia juvenil es que luego de la CIDN no es posible realizar maquillajes a los sistemas basados en la situación irregular, por más que impliquen dotar a los procedimientos de las mismas garantías que tienen los adultos acusados de cometer delitos. Estamos obligados a ir más allá. La protección integral de los derechos de los niños exige dismantelar el aparato jurídico e ideológico de los modelos tutelares, en aras de un sistema garantista y de intervención mínima en lo punitivo (y máxima en cuanto a políticas sociales universales que prioricen a toda la infancia). Está comprobado que en nuestros países los sistemas de justicia de menores han operado como sucedáneo de políticas que remuevan en los sectores más vulnerables de la infancia los obstáculos para acceder a todos los derechos que implica su ciudadanía plena (civil, política y social). La lección que podemos extraer del caso Gault –contextualizando en todo caso que se dio en un escenario pre-CIDN– es que para los Estados no es tan costoso otorgar garantías procesales, y que si el complejo de fundamentos del modelo no cambia sustancialmente, el resultado puede llegar a ser contraproducente: a los niños se les sanciona con la misma dureza que a los adultos, respetando formalmente las garantías del debido proceso. El ejemplo español es más reciente, post-CIDN, y por eso debe ser muy tenido en cuenta por los países que estamos en pleno proceso de adecuación legislativa de las normas relativas a la infancia: para que operen garantías procesales básicas en los procedimientos relativos a jóvenes infractores no era necesario esperar a la aprobación de la CIDN, en rigor habría bastado para obtener este resultado la aplicación coherente de las normas constitucionales, que en ningún caso hacían excepción en su vigencia a las personas por debajo de cierta edad (al igual que las constituciones de los países latinoamericanos). La protección

¹¹ En torno a estos temas se recomienda consultar los excelentes trabajos de Mary Beloff, “Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina”, 1998, y de Jaime Couso y otros, “Derecho Penal de Adolescentes: ¿Educación, Ayuda o Sanción?”, 1999.

integral de los derechos del niño exige ir mucho más allá del simple reconocimiento de las garantías de que gozan los adultos, hacia el diseño de un modelo de responsabilidad juvenil garantista que tome en cuenta las especificidades de los jóvenes y se oriente por principios de oportunidad e intervención mínima. Y la exigencia no se agota aquí. Como ha señalado Mary Beloff (*op. cit.*, 1998, y en numerosas intervenciones orales), la adecuación a los artículos 37 y 40 no es una adecuación a la CIDN como un cuerpo integral. Una reforma que se circunscriba a los aspectos de administración de justicia y no aborde todos los demás desafíos que plantea la protección integral de los derechos del niño, sobre todo en materia de políticas sociales, conlleva el grave peligro de colapso y deslegitimación de los sistemas de responsabilidad juvenil, puesto que la situación irregular continua actuando de forma criminalizadora reclutando entre las capas pobres de la población infanto-juvenil la futura clientela de los sistemas de responsabilidad juvenil y de justicia penal de adultos. Sólo con una reforma integral y sustantiva nuestras sociedades se estarán tomando en serio el imperativo ético y político de la CIDN y de los derechos humanos, y la protección integral de los derechos del niño podría pasar a ser efectivamente un paradigma que plantea un nuevo proyecto de sociedad.

Bibliografía

- Amnesty International (1998), *Betraying the Young: Human Rights violations against children in the US Justice*.
- Beloff, Mary (1998), *Los sistemas de responsabilidad juvenil en América Latina, en Infancia Ley y Democracia en América Latina*, Emilio García-Méndez y Mary Beloff, compiladores. Editorial Temis-Ediciones Depalma, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires.
- Cantarero, Rocío (1995), “Los Menores y el Derecho Penal”. En *Derecho Privado y Constitución*, Nº 7.
- Couso, Jaime (1998), “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*, varios autores. UNICEF/Corporación OPCION, Santiago de Chile.
- Couso, Jaime y otros (1999), *Derecho Penal de Adolescentes: ¿Educación, Ayuda o Sanción?* UNICEF/Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales.
- De la Cuesta, José Luis y Giménez-Salinas, Esther (1995), *Situación Actual y perspectivas de futuro del tratamiento de los infractores juveniles en España*, agosto.
- Gardner, Martin R. (1997), “Understanding Juvenile Law, Matthew Bender & Co. Inc.”. *Legal Series*, NY, USA.

- Orlando, Frank (1999), "The Centennial of the First Juvenile Court—A wake or a celebration?". En *Juvenile Justice Worldwide*, N° 1, Defence for Children International.
- Platt, Anthony M. (1988), *Los "salvadores del niño" o la invención de la delincuencia*, 2ª Edición. Siglo XXI Editores.
- Sajón, Rafael y otros, "Menores en Situación Irregular, aspectos sociolegales de su protección", originalmente publicado en *Boletín del INN* N° 230, Tomo 63, tomado de *Derecho a tener Derecho*, Tomo 1, UNICEF/INN.

LOS DERECHOS DEL NIÑO Y LAS TEORÍAS DE LOS DERECHOS: INTRODUCCIÓN A UN DEBATE¹

ISABEL FANLO CORTÉS

1. Los derechos del niño en el “tiempo” de los derechos

Aplicar a los niños el vocabulario de los derechos constituye un fenómeno relativamente reciente. En términos generales esto remite al proceso más amplio de especificación de los derechos humanos cuya manifestación principal tuvo lugar a partir de la segunda mitad del siglo XX en el ámbito de la normativa internacional. Como es sabido, este proceso no se refiere tan solo al contenido de los derechos (haciendo así oportuno recurrir a nuevos criterios clasificatorios, como lo es la clasificación de los derechos por “generaciones”)², sino también a los propios sujetos titulares. En este sentido, a partir del modelo de sujeto único de derecho, dominante tanto en las primeras declaraciones de los derechos del hombre de finales del siglo XVIII, como en los códigos liberales que siguieron, el ser humano o el ciudadano sin ulteriores cualificaciones pasa a tener relevancia en su condición particular de mujer, niño, minusválido, etcétera³.

Por lo que se refiere en particular a los niños, la especificación de sus derechos parece ser fruto del progresivo “descubrimiento” social y cultural de la niñez y de la adolescencia como fases específicas de la existencia humana merecedoras de una atención especial (y pareciera que también de derechos especiales)⁴. A su vez, la consideración del niño en tanto que sujeto de derechos muestra la aspiración a

¹ Este artículo constituye una versión abreviada, y en algunos aspectos modificada, de la introducción que he elaborado para una recopilación de ensayos de conocidos autores sobre “Derechos del niño y teorías de los derechos”, para la colección “Biblioteca de ética, filosofía del derecho y política” dirigida por Ernesto Garzón Valdés y Rodolfo Vázquez (editorial Fontamara), actualmente en prensa. Como en aquella ocasión deseo, también aquí, agradecer, entre otros, a Maribel Narváez por su impagable colaboración en la traducción del texto.

² Con base en dicho criterio de clasificación se suele distinguir entre derechos de “primera generación” (es decir, los derechos de libertad contenidos en las primeras declaraciones de finales del siglo XVIII), derechos de “segunda generación” (o sea, los derechos políticos y los derechos sociales que han sido reconocidos en la mayoría de las constituciones modernas del siglo apenas pasado), derechos de “tercera generación” (una categoría heterogénea que comprende tanto los derechos colectivos cuanto los llamados “derechos de solidaridad”: el derecho al desarrollo, el derecho a la paz internacional, el derecho a un medio ambiente protegido, el derecho a la libertad de información), hasta llegar a los derechos de “cuarta generación” o derechos de la “bioética” ligados al desarrollo de los recientes descubrimientos científicos y de las nuevas tecnologías, sobre todo en el campo de la biología y de la medicina. Un tratamiento en profundidad de estas cuestiones puede encontrarse en S. Castignone, *Nuovi diritti e nuovi soggetti*, Génova, Edizioni Culturali Internazionali Genova, 1996.

³ Véase entre otros N. Bobbio, *L'età dei diritti*, Turín, Einaudi 1990, p. 29 (trad. al español: *El tiempo de los derechos*, Madrid, Sistema, 1991).

⁴ A partir del análisis pionero –y de ahí célebre–, de carácter historiográfico, llevado a cabo por Philippe Ariès en los años sesenta resulta una opinión compartida de que la categoría de la infancia no ha formado siempre parte del patrimonio cultural

superar una actitud tradicional de indiferencia que el derecho (en sentido objetivo) venía mostrando frente a la minoría de edad, la cual, en el mejor de los casos, era percibida como incapacidad para la participación en el sistema jurídico.

Los derechos del niño, si bien han gozado de una escasa tradición histórica cuando se comparan con los derechos humanos genéricamente entendidos, siguen el mismo acelerado recorrido, multiplicándose en enunciaciones de principio con un contenido cada vez más variado y sofisticado.

En este sentido, es inevitable no recurrir a la Convención sobre los Derechos del Niño de 1989 que todavía, cuando ya ha pasado más de un decenio desde que fuera aprobada por la Asamblea de las Naciones Unidas, suele señalarse como un hito fundamental en la positivización de los derechos del niño⁵. Respecto de la Declaración de 1959 y de otros documentos internacionales sobre esta materia que la precedieron⁶, vale decir que dicho convenio o ley internacional no sólo constituye un instrumento jurídicamente vinculante para los Estados que la han ratificado (al menos desde una óptica formal)⁷, sino que su articulado texto expresa la clara tendencia a traducir en términos de derechos, prácticamente, todo aspecto del universo infantil.

En particular, la novedad a menudo puesta de relieve es que si bien hasta entonces, al prevalecer una orientación “proteccionista y asistencial”, los derechos del niño habían sido las más de las veces presentados como deberes impuestos a la familia, a los adultos *uti singuli* y a las instituciones gubernamentales, la Convención contribuyó a inaugurar la idea según la cual el niño es sujeto titular de derechos autónomos y no de meros intereses que terceros están llamados a tutelar⁸.

La lista de derechos que los redactores han plasmado sobre el “papel”, en efecto, es notablemente amplia y heterogénea: más allá de enriquecer el contenido de los derechos “sociales” y “culturales”, mencionados ya en la Declaración de 1959 (como el derecho

humano, representando más bien un producto de la modernidad cuyo origen se sitúa en el siglo XVII en lo que respecta a los varones y en tiempos más recientes en lo que respecta a las mujeres. P. Ariès, *L'enfant et la vie familiale sous l'Ancien Régime*, París, Plon, 1962 (trad. al español. *El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen*, Madrid, Taurus, 1987). En todo caso, es a partir de los años setenta que, sobre todo en Europa y en los Estados Unidos, la condición del menor se convierte en objeto específico del florecimiento de los estudios psicológicos, pedagógicos y sociológicos, y en la vertiente jurídica, en un nuevo tema de interés doctrinal y jurisprudencial.

⁵ Un exhaustivo comentario a la Convención puede encontrarse en S. Detrick, *A commentary on the U.N. Convention on the Rights of the Child*, Martinus Nijhoff, La Haya, 1999. Sobre el tema véanse también S. Detrick, J. Doek y N. Cantwell (eds.), *The United Nations Convention on the Rights of Child: a guide to the "Travaux Préparatoires"*, Dordrecht, Nijhoff, 1992; G. Von Bauren, *The International Law on the Rights of the Child*, Londres, Martinus Nijhoff, 1995; E. Verhellem, *Convention on the Rights of the Child*, Leuven, Verhellem and Garant, 1994; L. L. Hierro, “¿Tienen los niños derechos? Comentario a la Convención de los Derechos del Niño”, en: *Revista de Educación*, núm. 294, 1991, pp. 221-233.

⁶ Más allá de algunas convenciones adoptadas al inicio del pasado siglo bajo los auspicios de la Organización Internacional del Trabajo (OIT) contra la explotación del trabajo infantil, el primer acto internacional de carácter no sectorial específicamente dedicado a los derechos del menor se remonta a 1924. Nos referimos al documento aprobado por la entonces Sociedad de las Naciones y conocido como “Declaración de Ginebra”, al que siguió en 1959 la “Declaración de los Derechos del Niño” aprobada en el seno de la Asamblea de las Naciones Unidas. De todos modos, tratándose de Declaraciones, en ambos casos su contenido tiene valor meramente programático, vinculando a los Estados sólo desde un punto de vista ético y político.

⁷ Otra cosa es constatar de hecho lo inadecuado e ineficaz del sistema de garantías previsto en la Convención, en lo que respecta a la aplicación de las normas que contiene, límite que por otra parte padece la mayoría de las fuentes de derecho público internacional, al que precisamente, por este motivo, cabría discutirle el carácter de genuinamente jurídico.

⁸ Recientemente, en este sentido, E. Ochaíta y M. A. Espinosa, “El menor como sujeto de derechos”, en: M. T. Martín López (coord.), *La protección de los menores. Derechos y recursos para su atención*, Madrid, Civitas, 2001, p. 57.

a la vida, el derecho al nombre y a una nacionalidad, el derecho a la educación), parece dedicar cierta atención a un aspecto bastante novedoso en el panorama de los menores de edad, vale decir, a la satisfacción de la autonomía, entendida como la “libertad del agente” y como autonomía crítica. Esto es, mediante la extensión al niño (o más precisamente al adolescente, visto que con toda evidencia se refiere a una persona dotada ya de cierto grado de desarrollo psicofísico) del disfrute de algunas esferas de libertad como la libertad de expresión (art. 13), la libertad de pensamiento, conciencia y religión (art. 14), la libertad de asociación (art. 15) y el derecho a la protección de la vida privada (art. 15), tradicionalmente estimadas como prerrogativas exclusivas de los sujetos adultos. En este sentido, la Convención de 1989, si bien no deja de poner el acento sobre la protección que los niños necesitan en razón de su inmadurez (sobre todo en lo concerniente al papel de guía que ejercen los adultos respecto de estos “nuevos” derechos del niño), parece ofrecernos además una concepción radicalmente distinta de los derechos de la infancia, resultado, por un lado, de la evolución del conocimiento del desarrollo infantil y adolescente y, por otro, de nuestras ideas sobre los derechos humanos que han superado la concepción liberal⁹.

La iniciativa promovida en el ámbito internacional en 1989, es decir, la incorporación de los más pequeños al mundo de los derechos, no ha sido, sin embargo, un gesto aislado. Con poco días de diferencia, el 16 de noviembre de 1989, se promulga en Inglaterra la *Children Act*, definida con orgullo por los ingleses como “la reforma legislativa del menor más importante del siglo”¹⁰, y tan solo un año después, de nuevo en Europa, el legislador alemán da vida a una regulación (*Kinder-und Jugendhilfegesetz*)¹¹ destinada, en opinión de sus comentaristas, a acentuar la “subjetividad” jurídica del niño¹². En América Latina, no obstante, es sobre todo el Estatuto del Niño y del Adolescente del Brasil¹³ el que suscita un vivo, si bien no unánime, entusiasmo: un texto de nada menos que 267 artículos al cual se le ha reconocido, junto al mérito de constituir “un cambio fundamental de paradigma”, la postulación de una “doctrina de la protección integral de los derechos de la infancia” que, al referirse a algunos instrumentos jurídicos internacionales (en concreto a los derechos humanos), habría promovido un notable salto cualitativo en la consideración jurídica y social del niño¹⁴.

⁹ Más concretamente termina con la concepción del niño como propietario-no ciudadano para sostener una concepción del niño como ciudadano en desarrollo: L. L. Hierro, “Los derechos de la infancia. Razón para una ley”, en: *Infancia y Sociedad*, núms. 27-28, 1994, pp. 85-108.

¹⁰ J. M. Masson, “The role of the solicitor under the Children Act 1989”, en: *Family Law*, 1991, p. 167.

¹¹ Aprobada tras una larga y animada discusión; véase G. Beitzke y A. Lüderitz, *Familienrecht*, Munich, 1992, p. 370.

¹² Así, por ejemplo, W. Schellhorn y M. Wienand, *Kommentar zum Kinder- und Jugendhilfegesetz*, Berlin, Neuwied, Kriftel, 1991, p. 12.

¹³ Se trata de la Ley 8.069 de 13 de julio 1990, titulada “Dispõe sobre o Estatuto da Criança e do Adolescente e dá outras providências”.

¹⁴ Las frases citadas han sido extraídas de E. García Méndez, “Infancia y ciudadanía en América Latina. De la ‘situación irregular’ a la ‘protección integral’”, en: *Opúsculos de derecho penal y criminología*, Córdoba, 1992, p. 35 y ss. Del mismo autor véase “El nuevo ‘Estatuto da criança e do adolescente’ en Brasil, de la situación irregular a la protección integral: una visión latinoamericana”, en A. Baratta (ed.), *Materiales para la discusión del proceso legislativo en materia de los derechos de los niños y adolescentes en América Latina*, San Salvador, 1992.

En otros términos, extender al ámbito de los niños la gramática de los derechos, a pesar de constituir un fenómeno históricamente reciente, parece expresar una tendencia en continua expansión, y no solo en el lenguaje del legislador, sino también entre la opinión pública. En relación con este último aspecto, es evidente que si bien pocas palabras del léxico jurídico tienen una carga emotiva y un poder sugestivo comparable a los del término “derechos”, el frecuente reclamo, también en el lenguaje ordinario, a los derechos de los niños constituye, las más de las veces, la respuesta inmediata a numerosos episodios de maltrato y pobreza que tienen lugar, en el escenario del mundo, en perjuicio del niño.

Sin embargo, esto no siempre resulta provechoso con respecto al análisis y puede decirse con cierta seguridad que también en el caso de los niños vuelve a valer la afirmación de que la “retórica de los derechos ha corrido mucho más deprisa que la elaboración teórica”¹⁵. De ello es prueba, como en breve trataremos de poner en claro, el hecho de que la misma noción de “derechos del menor”, utilizada en el ámbito de la cultura jurídica, más allá de algunas afirmaciones de principio compartidas frecuentemente de modo acrítico¹⁶, lejos de revelarse homogénea y de signo unívoco está impregnada de ambigüedades y contradicciones cuya relevancia no se puede pasar por alto.

2. Un inventario de problemas

Ahora bien, es innegable que entre los términos “derechos” y “menor” existe, ya en el plano semántico, una compatibilidad conceptual más bien problemática. El concepto de derecho (entendido, obviamente, en sentido subjetivo), sin querer tomar aquí partido sobre el multiseccular problema de su definición¹⁷, implica, en todo caso, una pretensión o facultad reconocida y protegida sobre un sujeto, pero, al mismo tiempo, la capacidad del titular del derecho de “moverse” en el ámbito de esa esfera

¹⁵ Véanse, entre otros, L. L. Hierro, “Qué derechos tenemos?”, en: *Doxa*, núm. 23, 2000, p. 352; F. La Porta, “Sobre el concepto de derechos humanos”, en: *Doxa*, núm. 4, 1987, pp. 23 y 44; L. W. Sumner, *The moral foundations of rights*, Oxford, Clarendon Press, 1990, p. 1.

¹⁶ Como, por ejemplo, la afirmación según la cual niño era considerado por los ordenamientos liberales del siglo pasado no como sujeto sino como mero “objeto”; para una crítica a dicha y extendida tesis, véase L. L. Hierro, “Il bambino e i diritti dell'uomo”, en: *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XXIX, núm. 1, 1999, p. 191.

¹⁷ Baste recordar brevemente que, sobre la base de la copiosa bibliografía en esta materia, es posible distinguir en un primer enfoque entre una noción de “derecho subjetivo” en sentido estricto y una acepción mucho más amplia, a mi parecer, hoy prevaleciente en el debate contemporáneo. Si a partir del celebre análisis llevado a cabo por Wesley Newcomb Hohfeld en 1923, la doctrina jurídica dominante ha reservado por mucho tiempo la voz “derecho” (right) para la mera posición jurídica correlativa a la de deber (denominada claim o “pretensión”), actualmente, en sintonía con la evolución del lenguaje jurídico, muchos autores tienden a abarcar con la noción de derecho subjetivo todas aquellas posiciones normativas subjetivas favorables, e identificadas no solo con la pretensión, sino también con la libertad o facultad, con la potestad o competencia y con la inmunidad. Véase en favor de una tesis antireduccionista: N. MacCormick, “Claims, rights and remedies”, en: M. A. Steward (ed.), *Law, morality and rights*, Dordrecht, Reidel, 1982; A. Ross, *On Law and Justice*, Londres, Steven & Sons Ltd., 1958, y recientemente L. L. Hierro, “Conceptos jurídicos fundamentales. (I) De las modalidades deónticas a los conceptos de derecho y deber”, en: *Revista Jurídica Universidad Autónoma de Madrid*, núm. 3, 2000, pp. 162-163.

protegida, o sea de valorar el alcance y por tanto calcular la oportunidad de valerse o no de la posición de ventaja que deriva de ésta. Por lo demás, es en ello en lo que reside el carácter de “potestatividad”, transmitido por la tradición como el elemento típico de la posición normativa de los derechos.

Por lo que se refiere al término “menor”, si bien constituye una acepción propia del léxico jurídico, se ha convertido, hoy por hoy, en patrimonio del lenguaje común, donde (no exento de connotaciones negativas) reenvía inmediatamente a la idea de debilidad intrínseca, inmadurez psicofísica y, por tanto, incapacidad estructural de autogestionarse sin la intervención mediadora de protección, guía y asistencia por parte de otros.

La problemática inscrita en la relación recíproca entre estos dos términos, de profundas reminiscencias en clave valorativa, probablemente explique por qué, a partir de los últimos decenios, el ámbito temático aquí afrontado se ha mostrado un terreno tan fecundo para el florecimiento de perspectivas ideológicas, ligadas en ocasiones a una concepción diversa de la infancia y la adolescencia, y en otras, a un modo diverso de entender los derechos. Por esta misma razón, con bastante frecuencia se ha borrado la sutil línea de demarcación que separa la cuestión del menor de problemas de orden más general como, por ejemplo, la relación entre derecho y *welfare*, la tutela de los sujetos débiles y el paternalismo¹⁸.

En particular, bajo el denominador común de “derechos del menor” (o por lo menos de la idea que se ha ido consolidando en el ámbito de la cultura jurídica del menor) es frecuente reconocer dos líneas de tendencia (en muchas formas intrínsecamente contradictorias, en especial en su aplicación práctica) a las que, según la eficaz bibliografía que propone Ronfani, corresponden otros tantos modelos de regulación jurídica y social del *status* del sujeto menor. Estos modelos, a su vez, están marcados respectivamente por la lógica de la diferencia y de la tutela y por la lógica de la igualdad y de iguales derechos entre niños y adultos¹⁹.

Por una parte, y en términos algo esquemáticos, puede decirse que la perspectiva todavía hoy dominante es aquella que, haciendo hincapié en la condición natural de vulnerabilidad del niño, defiende la exigencia de un tratamiento diversificado respecto del adulto. Con una óptica dirigida a la valoración de una “especial” protección del menor, el reconocimiento de derechos a este último es funcional a la tutela del —no mejor identificado— “interés superior del niño” (*the best interest of the child*) que, hoy

¹⁸ Sobre el problema del paternalismo con respecto a los niños, véanse A. Gutman, “Children, paternalism, education. A liberal argument”, en: *Philosophy & Public Affairs*, vol. IX, núm. 4, 1980, pp. 338 y ss.; F. Schrag, “The child in moral order”, en: *Philosophy*, núm. 52, 1977, pp. 167-177; G. Scarre, “Children and paternalism”, en: *Philosophy*, núm. 55, 1980, pp. 117 y ss.

¹⁹ Cf. P. Ronfani, *I diritti del minore. Cultura giuridica e rappresentazioni sociali*, Milán, Guerini, 1995, p. 7.

por hoy, se ha convertido en una fórmula recurrente tanto en los textos normativos²⁰ como en los jurisprudenciales²¹.

Por otra parte, a veces en concomitancia con los movimientos liberacionistas de los años setenta²², y a veces bajo el influjo de las más recientes teorías elaboradas en el campo de las ciencias sociales²³, se reivindica la idea de que el niño, al igual que el adulto, sea portador de derechos autónomos y no de meros intereses que otros sujetos deban proteger de forma paternalista. El riesgo evidente que se encuentra en la instancia de “la especial protección”, se dice, es el de empujar a los sujetos en edad evolutiva al terreno de la marginación, relegándolos al gueto de la “especie protegida”. En abierta crítica al modelo paternalista, se niega que la minoría de edad pueda operar como criterio para fundar discriminaciones de trato o para decidir sobre la titularidad y el ejercicio de los derechos. Y si en la visión acentuadamente conflictualista expresada por los movimientos de liberación de la infancia, los derechos del niño (el primero entre todos, el derecho a la autodeterminación) son concebidos como instrumentos eficaces para el rescate frente a la presión adulta, la perspectiva de la igualdad es sostenida hoy, con tono menos provocativo y más equilibrado, por los ideólogos de los “nuevos derechos” del menor de edad, quienes proponen en favor de este último el reconocimiento del pleno *status* de ciudadano y, por tanto, el disfrute, entre otros, de derechos políticos²⁴.

Si bien, como es obvio, no faltan soluciones de compromiso, la impresión general de todos modos es que, recluida entre los estrechos confines de este cuadro delimitado por la conocida pareja dicotómica igualdad/diferencia—de un lado—y autonomía/tutela

²⁰ La referencia al “interés superior” del niño como objeto de consideración primaria en toda provisión que le afecte, apareció por primera vez en el texto de la Declaración de los derechos del niño de 1959 (Principio séptimo), se repite en el art. 3 de la Convención de 1989. Tales disposiciones han contado con el favor de los comentaristas, a menudo inclinados a interpretar la apelación al interés superior del niño como una clave indispensable en la bibliografía no sólo de las normas específicas enunciadas en el documento internacional, sino también de la entera legislación que en los diversos Estados nacionales se ha dispuesto para tutela del niño.

²¹ Fuera de todo entusiasmo, sobre las dificultades interpretativas asociada a la vaguedad de tales formulas: véanse J. Goldstein, A. Freud y A. Solnit, *Before the best interests of the child*, Nueva York, Free Press, 1980; J. Wolf, “The concept of the ‘best interest’ in terms of the UN Convention on the Rights of the Child”, en: M. Freeman y P. Veerman (eds.), *The ideologies of children’s rights*, Dordrecht, Nijhoff, 1992, pp. 125-134. Para la profundización teórica véase: “Children’s Rights: The theoretical underpinning of the ‘best interests of the child’”, en: M. Freeman y P. Veerman (eds.), *ob. cit.*, pp. 7-28.

²² El movimiento liberacionista de la infancia, surgido en los Estados Unidos al inicio de los años setenta, ha encontrado su máxima expresión en los “manifiestos” de J. Holt, *Escape from childhood: the needs and the rights of children*, 1974, y de D. Farson, *Birthrights*, Nueva York, Macmillan, 1974. Para una ulterior profundización sobre el debate entre liberacionistas (o Kiddy-libers) y paternalistas (o Child-savers), véase F. Gil Cantero, “El debate del paternalismo entre los ‘Child Savers’ y los ‘Kiddy libers’ respecto a los derechos de los niños”, en: Primer Congreso Internacional sobre Infancia y Sociedad, Madrid, Centro de publicaciones de los Ministerios de Asuntos Sociales, 1991, pp. 1112-1124.

²³ En particular me refiero a los últimos desarrollos de la reflexión sociológica sobre la minoría de edad que, animada por la convicción de que el niño mediante su quehacer cotidiano es capaz de incidir sobre la propia realidad social, funda el análisis para una conceptualización del niño en términos de “actor social”; en este sentido véanse L. Alanen, “Rethinking childhood”, en: *Acta Sociológica*, vol. 31, núm. 1, 1988, pp. 53-67; J. Qvortrup, “Childhood in Europe: A new field of Social Research”, en: L. Chisholm, P. Buchner, H. Kruger y M. du Bois-Reymond (eds.), *Growing up in Europe: Contemporary horizons in childhood and youth studies*, Berlín, de Gruyter, 1995; y O. Boggi, “La sociologia alla scoperta dell’infanzia: un problema di ridefinizione teorica” en: G. Maggioni y C. Baraldi, *Cittadinanza dei bambini e costruzione sociale dell’infanzia*, Urbino, Quattroventi, 1997, pp. 65-86.

²⁴ Sobre estos aspectos, remito a I. Thery, “Nouveaux droits de l’enfant, la potion magique?”, en: *Esprit*, 1992, pp. 5-30, y I. Fanlo Cortés, “I diritti politici del minore. Alcune considerazioni sull’idea del ‘bambino cittadino’”, en: *Materiali per una storia della cultura giuridica*, vol. XXIX, 1999, pp. 169 y ss.

—de otro—, la suerte de los niños (y de sus derechos) no puede en modo alguno sus- traerse al destino común de otras categorías de sujetos comúnmente considerados “débiles”²⁵.

Sin embargo, respecto de la posición de desventaja en la que se encuentran otras cate- gorías de sujetos por motivos sociales, culturales, étnicos o religiosos, la condición de “dependencia” del niño tiende a perfilarse de un modo completamente peculiar: no sólo no es contingente, asociada como está a un dato natural e insoslayable, sino que está destinada, en circunstancias ordinarias, a una caracterización distinta según sea el grado de desarrollo psicofísico de madurez del sujeto.

Precisamente por este motivo, si bien la acepción jurídica de “menor” reenvía a una noción única e indistinta que tiene por objeto claramente el de agrupar, a ciertos efectos jurídicos, a todos aquellos que todavía no han alcanzado la mayoría de edad, un análisis teórico sobre los derechos del niño debería prescindir de cualquier pretensión de generalidad y considerar que a la variación de la edad del sujeto le corresponden diversos niveles de exigencia, necesidades y expectativas, de impli- caciones no desdeñables.

De hecho, se intuye de inmediato que el lenguaje de los derechos comporta pro- blemas bastante diversos según, por decirlo así, se refiera a un recién nacido o a un adolescente, y ello tanto en el plano moral como en el jurídico. Piénsese, por ejemplo, en el problema (al que nos referiremos en breve) de adscribir derechos (morales) a los niños muy pequeños, quienes están privados, por definición, del conjunto de capacidades de raciocinio, cuya posesión ha constituido tradi- cionalmente un requisito indispensable para los aspirantes al título de agente moral y sujeto de derechos. Sin embargo, se plantean cuestiones bien distintas cuando se trata de conferir legislativamente derechos de libertad al adolescente (mencionadas a vuelapluma al inicio) también a la luz de una tendencia persis- tente, visible en nuestros ordenamientos, de extender al ámbito de las relaciones personales categorías como “la incapacidad de actuar” o esquemas como el de la representación que, en realidad, nacieron para satisfacer exigencias de naturaleza patrimonial.

²⁵ En este sentido, no asombra que uno de los enfoques en la temática de los derechos del niño, (re)propuesto recientemente en el ámbito sociológico, se base precisamente sobre la definición de menor como “minoría”; véase, por ejemplo, J. Qvortrup, “Children at risk or childhood at risk”, en: Eurosocial, núm. 45, 1993, p. 19 y ss. En efecto, si se considera que no es el criterio cuantitativo, es decir la consistencia numérica la que caracteriza a una “minoría”, sino más bien la posición de desventaja relativa en la que se encuentra (véase en este sentido P. Comanducci, “Derechos humanos y minorías: un acercamiento analítico neoilustrado”, en: Isonomía, núm. 3, 1995), el acercamiento entre “menor” y “minoría” puede en parte, y por motivos fácilmente imaginables, resultar justificado. Sin embargo, a decir verdad, con este enfoque del problema no sólo se corre el riesgo de conducir la temática de los derechos fuera del terreno más seguro del individualismo moral (tanto metodológico como ontológico), sino que en él es posible advertir un fuerte eco de aquellas instancias liberacionistas que reconocieron en el modelo paternalista-tradicional de tutela de los niños una forma de discriminación con base en la edad (ageism) no menos grave que otras. Y, sin embargo, asimilar las condiciones de dependencia de los niños a la de las víctimas de la discriminación racial o sexual (o de otros grupos sociales “históricamente oprimidos”) resulta, en muchos sentidos, tendencioso; en este sentido, véase O. O'Neill, “Children's rights, children's lives”, en: Ethics, núm. 98, 1988, pp. 445-463.

Desde este punto de vista, no resulta ociosa, por tanto, la cuestión de establecer a quién nos referimos al usar en el lenguaje común de manera indistinta los términos *infante, niño/a, menor, joven*, etcétera.

Más allá de estos problemas léxicos y de claridad conceptual, de los dos términos de la relación hace poco explorada (derechos/menor), es el de “derechos” el que crea una mayor dificultad interpretativa²⁶, además de constituir el punto neurálgico sobre el que se injertan algunos interrogantes fundamentales. ¿Qué queremos decir al afirmar que los niños tienen derechos? Para empezar (y una vez aclarado a qué sujetos nos referimos), ¿pretendemos apelar a disposiciones jurídicas (como lo son, por ejemplo, las previstas por la Convención de 1989) que afirman la existencia de tales derechos y/o revelar, sobre la base de algún argumento justificativo, que los niños tienen derechos que merecen la tutela moral y la codificación jurídica? ¿A qué tipo de derechos nos referimos, en lo que respecta a su contenido? Con relación al paradigma de los derechos humanos, ¿tienen los niños, en tanto niños, derechos específicos (distintivos)?

3. ¿Tienen los niños derechos?

Un “test” para las teorías de los derechos

Entre los muchos problemas que plantea la aplicación del lenguaje de los derechos a los niños, quisiera ahora ocuparme de una cuestión básica que, a pesar de resultar un poco extraña en este “tiempo” de los derechos al cual acabamos de referirnos, afecta al rasgo de la “titularidad” (o sea al interrogante: “¿Tienen los niños derechos?”). Este enfoque me parece interesante porque permite poner de relieve la recíproca contribución que ofrecen, por una parte, la teoría de los derechos al delicado problema del niño como sujeto de derechos y, por otra, los derechos del niño a las teorías de los derechos de los adultos. Con el objetivo de examinar en qué sentido, según el reto lanzado por MacCormick a finales de los años setenta²⁷, los derechos del niño ponen a prueba las teorías de los derechos, me referiré a las etapas más significativas del debate, que se ha desarrollado sobre todo en el ámbito de la cultura filosófico-jurídica anglosajona, acerca del problema de la naturaleza y el fundamento moral de los derechos del niño.

Como tendremos ocasión de constatar, tal debate se caracteriza por el desarrollo de dos momentos sucesivos: si bien inicialmente el interés por la cuestión del menor resulta, con toda evidencia, funcional a la teoría de los derechos de los adultos, la aprobación de la mencionada Convención de 1989 ha otorgado a esta investigación

²⁶ Como señalan también E. Ochaíta y M. A. Espinosa, *ob. cit.*, p. 45, vale la pena tener en cuenta, que aunque la bibliografía dedicada al aspecto conceptual y fundacional de los derechos humanos “adulto” es muy vasta, tal vez la dificultad que se supone existe para justificar derechos en personas menores de edad que desde el punto de vista del derecho no tienen capacidad legal para ejercerlos, ha hecho que sean muy pocos los autores que han profundizado en tales cuestiones prestando una especial atención a los niños.

²⁷ N. MacCormick, “Children’s rights: A test case for theories of rights”, en: *Archiv für Rechts und Sozialphilosophie*, núm. 62, 1976, pp. 305-316.

un carácter autónomo y renovado. Además, probablemente como manifestación de una tendencia más general, la línea evolutiva en este debate ha sido acompañada por una evidente, tal vez inevitable, mutación de enfoque teórico: si en un principio se insertó en el contexto del análisis conceptual o lógico en *latu sensu*, el problema de los derechos del niño es afrontado hoy, preferiblemente, desde la perspectiva de una teoría (normativa) preocupada sobre todo por dar cuenta del fundamento moral de tales derechos.

Con todo, vale la pena subrayar que, a pesar de la heterogeneidad de las posturas sostenidas y de su diversa ubicación temporal, los esquemas conceptuales que intervienen en la discusión son siempre los mismos y no casualmente pertenecen a la tradición filosófico-jurídica anglosajona. En primer lugar, la distinción entre derechos morales y derechos jurídicos y, en segundo lugar, la nítida contraposición entre (variantes de) la *benefit* o *interest theory* y (variantes de) la *will* o *choice theory*.

A pesar de que existe cierto acuerdo en considerar los derechos conferidos a los niños por normas jurídicas (derechos jurídicos), como la positivización y al mismo tiempo la especificación de algunos derechos morales fundamentales, las más amplias disonancias se registran respecto de la definición de “derecho subjetivo”, así como de su relación con la definición de “deber”.

Como es sabido, el abanico de soluciones ofrecido en este sentido por la teoría del interés y de la voluntad en sus varias formulaciones (amén de las posibles terceras vías) se presenta cuanto menos variado y²⁸, como se intuye fácilmente, está destinado a generar cuestiones completamente específicas cuando se refiere a los niños. Puede decirse que en su conjunto, y con independencia de la opción teórica adoptada en origen, ninguna de las visiones por sí sola es capaz de ofrecer una respuesta definitiva y concluyente al caso de los niños.

Comencemos por considerar el modelo conceptual propuesto por las llamadas “teorías de la voluntad” o “teorías de la elección” (en ocasiones “de la capacidad”). Podemos anticipar que en términos algo esquemáticos y con base en dichas teorías, los derechos se definen como poderes normativos para determinar las obligaciones de otros sujetos mediante el ejercicio de la voluntad de su titular. Desde esta perspectiva, el elemento que define un derecho subjetivo es, en todo caso, la voluntad o discreción del titular con relación al contenido del derecho²⁹.

²⁸ Para una introducción a las diversas teorías sobre el concepto de derecho, véanse Horacio Spector, “La filosofía de los derechos humanos”, en: Isonomía, núm. 15, 2001, pp. 7-39, y Juan Ramón de Páramo, “Derecho subjetivo”, en: Ernesto Garzón Valdés y Francisco J. Laporta (eds.), *El derecho y la justicia*, Madrid, Trotta, 1996, pp. 367-394.

²⁹ Merece la pena recordar brevemente que si la voluntad se entiende como mera entidad psicológica, la concepción voluntarista de los derechos subjetivos (como hace la teoría de los intereses) difícilmente puede sustraerse a la acusación de “esencialismo” hecha en el ámbito del realismo jurídico, en particular por Axel Hägerstrom y Karl Olivecrona. Tales críticas giran en torno al argumento central de la imposibilidad de reducir conceptos normativos tales como los derechos, a nociones meramente descriptivas que se refieren a fenómenos materiales o empíricos como son la voluntad y el interés; véanse A.

No por casualidad, en opinión de Herbert Hart –uno de los exponentes más insignes de (una variante de) la teoría de la elección–, aquello que hace verdadera la afirmación según la cual un sujeto tiene un derecho es que “(alguien) *se encuentra moralmente en posición de determinar con su elección cómo actuará X y de limitar en esta forma la libertad de elección de X*”³⁰.

Sobre la base de estas premisas teóricas, que hacen depender en última instancia el ejercicio y la satisfacción del derecho de un acto discrecional del titular, bien puede entenderse que la aproximación del término “derecho” a los niños no resulte en absoluto sencilla.

Un ejemplo paradigmático de la dificultad para conciliar los presupuestos teóricos del voluntarismo con el reconocimiento de los niños como portadores de derechos se encuentra en la teoría de los derechos elaborada por Carl Wellman. A partir de la definición de “derecho” (moral o jurídico) como estructura compleja que incluye varios de los elementos descritos por Hohfeld (libertades, pretensiones, poderes e inmunidades), Wellman deriva la idea de que “*todo derecho (sea moral o jurídico) tiene uno o más elementos centrales que definen su contenido esencial y un cierto número de elementos vinculados que dan a quien lo posee libertad y control con respecto a dicho contenido esencial*”³¹. Puesto que en todos los casos “*la libertad (jurídica o ética) o el poder (jurídico o ético) son ingredientes esenciales de los derechos*”³², y que dicha libertad y dicho poder presuponen en el titular cierta capacidad para actuar (para actuar en el sentido moralmente relevante de llevar a cabo intencionalmente elecciones morales), se sigue que tan sólo los seres provistos de tal capacidad de actuación racional pueden ser portadores de derechos.

En lo concerniente específicamente a los niños, una conclusión tan drástica ha sido atenuada por una visión, por así decirlo, “evolucionista” respecto de sus derechos que, por un lado, tiene en cuenta de forma explícita la compleja estructura del derecho subjetivo y, por otro, reenvía implícitamente a una concepción del niño como ser débil y limitado desde el punto de vista de la competencia. Este evolucionismo tiene en cuenta el paso de una condición inicial de dependencia sustancial e inmadurez a una ulterior caracterizada por la adquisición de racionalidad y que es considerada prerrogativa exclusiva de la edad adulta.

Hägerstrom, Till fragen om den objektiva rättens begrepp, Viljeteorien, vol. 1, Uppsala, Almqvist & Wiksell, 1917, y K. Olivecrona, Law as fact, 2ª ed., Londres, Stevens, 1971. Vale decir que, en no pocas de sus formulaciones, la teoría de la voluntad se refiere a una noción moral de voluntad, es decir, a un concepto normativo próximo a la autonomía en sentido kantiano.

³⁰ H. L. A. Hart, “¿Existen derechos naturales?”, en: A. Quinton (ed.), Filosofía política, México, Fondo de Cultura Económica, 1974, pp. 91-92 (versión original: “Are there any Natural Rights?”, en: Philosophical Review, núm. 64, 1955. En este aspecto, por tanto, el elemento central del concepto de derecho consistiría en la atribución a su titular de una posición de “soberanía a escala reducida” respecto del comportamiento de otro.

³¹ C. Wellman, “The growth of children’s rights”, en: Archiv für Rechts und Sozialphilosophie, 1984, p. 441.

³² *Ibid.*

Dicho brevemente, la tesis que sostiene Wellman es la siguiente: los niños, gradualmente y a la par que tiene lugar el proceso de crecimiento psicofísico, adquieren poco a poco los distintos elementos normativos de los que se compone el derecho, hasta “hacer propio” con el paso de los años el completo contenido del derecho en cuestión. Al contrastar la fundamentación de su propia propuesta interpretativa con dos de los derechos específicos previstos en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948 (el derecho a la libertad de movimiento y el derecho a una protección especial), Wellman, por lo demás coherente con las premisas teóricas iniciales, sostiene la conclusión según la cual el niño, al carecer de toda capacidad para actuar propia del agente moral, no tiene derechos morales o humanos en absoluto³³.

¿Qué ocurre entonces con el derecho (moral) del niño a ser alimentado, cuidado y, en lo posible querido, hasta que sea capaz de cuidarse a sí mismo? Algunos años antes, MacCormick, en su célebre ensayo de 1976, había señalado precisamente este derecho como un “*test-case*” para poner a prueba³⁴ las teorías de los derechos y, en particular, como un argumento de crítica decisivo contra las teorías de la voluntad o capacidad en todas sus formulaciones. Si la adecuación de una teoría de los derechos también se mide por su capacidad para dar cuenta de la sensatez al atribuir derechos a los niños, la *choice theory* no se encuentra en condiciones de satisfacer dicha demanda: de hecho, si como acabamos de recordar, tomando como base la *choice theory*³⁵, un derecho implica un poder de renuncia o *enforcement* sobre la obligación correlativa, entonces la atribución a los niños del derecho a la alimentación y al cuidado resultaría un error de categoría, ya que tanto desde el punto de vista moral como desde el jurídico se trata de un derecho sustraído a cualquier posibilidad de extinción o renuncia (ni por parte del niño ni por parte de sus representantes o tutores).

Llegados a este punto, para el autor escocés no quedan alternativas: “*O renunciamos a adscribir a los niños el derecho al cuidado y a la alimentación o estamos constreñidos a abandonar la teoría de la voluntad*”³⁶. Abandonando esta última opción sin

³³ *Ídem*, p. 451.

³⁴ La expresión “*test-case*”, utilizada por MacCormick y por otros autores como J. E. Floud (“*A right to education: A test-case for a theory of children's rights*”, en: *Archiv für Recht und Sozialphilosophie*, núm. LXII, 1976, pp. 319-327), y más recientemente por L. Hierro (“*La intimidad de los niños: un test para el derecho a la intimidad*”, en: J. M. Sauca (ed.), *Problemas actuales de los derechos fundamentales*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid y Boletín Oficial del Estado, 1994, pp. 378-391), para referirse a los derechos de los niños, al derecho a la educación y a la intimidad de los niños, respectivamente, tiene en el lenguaje jurídico inglés un estricto significado de no fácil traducción. The Oxford English Dictionary lo define como “*Law case whose decision is taken as settling other cases involving the same question of law*” o sea como aquel caso cuya decisión constituye un nuevo argumento que se configura como precedente para decidir nuevos casos similares, en los que se plantee la misma cuestión jurídica. En este contexto, como señala el mismo Hierro (“*La intimidad de los niños...*”, *ob. cit.*, p. 378) dicha expresión sirvió a los tres autores mencionados para “*reelaborar el concepto de derechos humanos a partir, precisamente, de las peculiaridades que implicaba su aplicación a los niños frente a formulaciones tradicionales del concepto en términos de teorías de la voluntad y teorías del interés*”.

³⁵ Por lo menos en su versión hartiana: véase también H. Hart, *Definition and theory in jurisprudence*, Oxford, Clarendon Press, 1955, pp. 175-191; “*Bentham on legal rights*”, en A. W. B. Simpson (ed.), *Oxford essays in jurisprudence*, Second Series, Oxford, Oxford University Press, 1973.

³⁶ N. MacCormick, “*Children's rights...*”, *ob. cit.*, p. 309.

demasiados reparos, el modelo teórico adoptado por MacCormick, así como por otros muchos autores, es (si bien con alguna variante significativa) el de la teoría del interés³⁷.

A partir de dicha teoría, recordémoslo aquí brevemente, el elemento que define un derecho es el beneficio o interés que se protege para su titular y del que se deriva el deber o deberes que se imponen sobre otro u otros.

Ahora bien, es indudable que la alternativa teórica de la teoría del interés juega con ventaja respecto de su tradicional adversario debido a su mayor capacidad explicativa y no sólo porque consiga dar cuenta de la posibilidad de que los niños tengan derechos, sino también porque permite captar las situaciones normativas no expresamente reconducibles al esquema voluntarista: piénsese, entre otros, en la vasta gama de derechos basados en las necesidades fundamentales de los individuos, hoy garantizadas constitucionalmente en la mayor parte de los ordenamientos jurídicos³⁸.

En este sentido, como ha sugerido Liborio Hierro, la reflexión teórica sobre los derechos de los seres humanos más pequeños nos obliga a revisar el papel subjetivo de la voluntad, del poder o de la capacidad del titular como carácter definitorio general de los derechos subjetivos y nos permite centrar la atención en el aspecto “objetivo” (objetivo por lo menos en relación con los fines del sistema normativo), es decir, en lo que respecta a la satisfacción de un interés o de una necesidad considerados de tal importancia que no se dejan librados a la discrecionalidad del titular³⁹. En esto consistiría la contribución de los niños a los derechos de los adultos: en elevar a la “dignidad” de derechos incluso

³⁷ No siempre la defensa de la posibilidad teórica de adscribir algunos derechos morales a los niños ha comportado un rechazo tan drástico de los presupuestos teóricos del voluntarismo. Por ejemplo, Joel Feinberg, a partir de una postura básica según la cual “tener un derecho” es equiparable a “tener una pretensión válida” (lo cual a su vez significa estar en la posición adecuada, según un cierto sistema jurídico o moral para reclamar pretensiones o efectuar demandas), no excluye que incluso aquellos que no son capaces de hacer valer tales pretensiones sean titulares de derechos. El expediente argumentativo utilizado por Feinberg, así como por otros autores, para incluir en el mundo de los derechos a seres humanos incapaces, como los niños (y con ciertos límites también a seres no humanos), se articula mediante un doble nivel de consideraciones. En primer lugar se sostiene que incluso tales sujetos son portadores de determinados intereses, identificados ora con estar dotados de una vida emocional propia, ora con el gozar de cierto grado de autonomía, ora con la capacidad de experimentar placer y sufrimiento. En segundo lugar, el reclamo implícito en el modelo jurídico de la representación sugiere que también en la esfera moral estos intereses pueden hacerse valer por adultos racionales y autoconscientes. Precisamente por este motivo Feinberg puede ser considerado, con razón, un exponente de la llamada “teoría de la combinación”, esto es, de una teoría que en la estela de una larga tradición intenta combinar elementos de la teoría de la voluntad con elementos de la teoría del interés. Véase J. Feinberg, “Duties, rights and claims”, en: *American Philosophical Quarterly*, 1966, pp. 137-144; *Social philosophy*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs, 1973, pp. 24, 67 y ss.; *The rights of animals and unborn generation, ahora en: Rights, justice and the bounds of liberty*, Princeton NJ, Princeton University Press, pp. 159 y ss.

³⁸ Es por otra parte el mismo Hart quien reconoce que la choice theory no puede dar cuenta adecuadamente de la noción de derecho subjetivo que, basada sobre la consideración de las necesidades de los seres humanos de “cierta libertad y cierta protección o beneficios fundamentales”, resulta extraña al lenguaje técnico-jurídico normalmente utilizado por abogados, jueces, etc., y pertenece más bien “a una forma peculiar de crítica moral del derecho”; H. Hart, “Legal rights”, 1973, ahora en: *Essays on Bentham. Studies in jurisprudence and political theory*, Oxford, Clarendon Press, 1982, pp. 186 y 192-193. Precisamente por ese motivo, la versión hartiana de la choice theory, por explícita admisión de su autor, no pretende ofrecer una teoría general del vocabulario de los derechos (*idem*, p. 193).

³⁹ Esto no significa ni mucho menos que la voluntad y la capacidad de elegir sean elementos siempre irrelevantes (piénsese en los clásicos derechos de libertad “negativa”, como la libertad de expresión o de pensamiento), sino sólo que no son los únicos elementos relevantes al hablar de derechos; en este sentido véase L. L. Hierro, “¿Derechos humanos o necesidades humanas? Problema de un concepto”, en: *Sistema*, núm. 46, 1982, p. 53.

los derechos de los adultos (de todos) que no encajan en el esquema definitorio que proponen las teorías de la voluntad o de la elección: téngase en cuenta, por ejemplo, el caso de los derechos sociales⁴⁰.

Sin embargo, también el modelo conceptual de los derechos basado en los intereses, o si se prefiere en las necesidades básicas de los individuos⁴¹, suscita algunas cuestiones de no poca importancia.

Además de que no se puede soslayar el problema que supone la derivación de conclusiones normativas, como los derechos, de la mera premisa factual, según la cual los niños (o las personas en general) tienen algunas necesidades fundamentales empíricamente reconocibles (de ahí que se apele a algún criterio normativo independiente de la mera exigencia de su propia satisfacción, por ejemplo, relativo a la importancia moral que tales necesidades o intereses revisten para el sujeto en cuestión), se trata de establecer de qué intereses o necesidades en concreto surgen derechos, teniendo en cuenta que el lenguaje de los intereses y de las necesidades es mucho más amplio que el de los derechos⁴². Un ayuda válida en este aspecto, especialmente respecto del menor y de los intereses ligados a su particular situación existencial, consistiría, según la sugerencia de Tom Campbell⁴³, en distinguir entre los intereses del menor en tanto persona (que tiene en común con el resto de las personas), en tanto niño (que tiene como persona inmadura y dependiente), en tanto joven (que se desarrollan mientras se acerca a la madurez) y en tanto futuro adulto (que se relacionan con sus intereses futuros como adulto).

Además, desde un prisma general, si tal como se ha señalado una de las más importantes motivaciones de la teoría voluntarista (al menos en la versión hartiana) era rescatar el vocabulario de los derechos de la sospecha de redundancia respecto del vocabulario de los deberes, el abandono de esta teoría parecería condenar a la trivialidad el vocabulario de los derechos⁴⁴.

⁴⁰ Sobre la incompatibilidad entre la *will theory* y el reconocimiento de algunos derechos sociales, véase J. Waldron, "A right to do wrong", 1981, ahora en: *Liberal rights*, Cambridge, Cambridge University Press, 1993, p. 70.

⁴¹ Sobre el concepto de necesidades básicas como fundamento teórico de los derechos humanos, véase L. Doyal e I. Gough, *A theory of human needs*, Londres, MacMillan, 1992 (trad. al español: *Teoría de las necesidades humanas*, Barcelona, Icaria, 1994).

⁴² De hecho, una cosa es declarar la existencia, en el plano empírico, de determinadas necesidades del niño y otra declarar que tales necesidades deben ser satisfechas. entre ambas cuestiones no cabe alguna relación de inferencia lógica. Sobre este aspecto, véase J. de Lucas y M. J. Añón, "Necesidades, razones y derecho", en: *Doxa*, núm. 7, 1990, en especial, pp. 69-81. Paralelamente, una cosa es declarar que determinados intereses sean protegidos o determinadas necesidades satisfechas y otra que tales intereses o necesidades constituyan por sí mismas "derechos"; a esto precisamente se refiere la conocida objeción "el hambre no es pan", formulada y desarrollada recientemente por M. Kramer, "Rights without Trimming", en: M. Kramer, N. E. Simmonds y H. Steiner (eds.), *A debate over rights*, Oxford, Clarendon Press, 1998, p. 70.

⁴³ T. Campbell, "The rights of the minor: as person, as child, as juvenile, as future adult", en: P. Aiston, S. Parker y Y. Seymour (eds.), *Children, rights and law*, Oxford, Clarendon Press, 1992, pp. 1-23.

⁴⁴ No por casualidad la crítica más relevante de Herbert Hart a la teoría del beneficiario en su versión tradicional (la de Bentham) consistió, precisamente, en acusarla de reducir el significado de "tener un derecho" al de "ser beneficiario del deber de otro"; cf. H. Hart, "Legal rights", *ob. cit.*, pp. 181-182.

Volviendo al argumento de MacCormick: ¿qué diferencia podría llegar a existir entre la afirmación de que los niños tienen derecho a la alimentación y al cuidado y decir que los padres (o alguien en su lugar) tienen la obligación de alimentarlos y cuidarlos? La diferencia se refiere, como ha señalado MacCormick, al tipo de razón y justificaciones que ambas afirmaciones presuponen, o, en otros términos, al tipo de aserciones que pueden inteligiblemente ser adoptadas como justificaciones de la primera afirmación y no de la segunda⁴⁵. Por ejemplo, un defensor de la *modesta propuesta swiftiana*⁴⁶ podría argumentar en favor del deber de alimentar a los niños sosteniendo que de este modo podrán crecer sanos y fornidos y por lo tanto satisfacer las exigencias nutricionales de la nación, mientras que resulta evidente que el mismo argumento sería inaceptable como justificación de su derecho a ser alimentados⁴⁷.

El derecho a la alimentación, al cuidado y a la educación del niño, y en general “los derechos”, más bien derivan de la apelación a una necesidad o a un interés del sujeto titular considerado de tal importancia que convierte en moralmente obligatoria su satisfacción en todo caso, y en particular, mediante la imposición de obligaciones a otros sujetos. Precisamente la referencia a los derechos morales del niño constituye, desde el punto de vista de MacCormick, un convincente estímulo para darle la vuelta a la conocida máxima *ubi remedium ubi ius* y para argumentar en favor de la tesis opuesta, es decir, en favor de la prioridad axiológica de los derechos por sobre los deberes. No puede sostenerse que un derecho subsista sólo donde exista el correspondiente deber exigible por parte de su titular. Por el contrario, es el reconocimiento o la atribución de un derecho (y así, según las instancias que dicta la teoría del interés, de un bien particularmente relevante para el sujeto), lo que explica o justifica la atribución o el reconocimiento de determinadas posiciones subjetivas que recaen sobre otros sujetos (*ubi ius, ubi remedium*)⁴⁸.

4. Del problema conceptual al problema axiológico: tendencias en el debate actual

Recientemente, se ha puesto de relieve que en la centralidad que concede MacCormick al aspecto de la justificación, el sentido, o la razón de la atribución o reconocimiento de los derechos, es posible vislumbrar un signo evidente de mutación en el planteamiento problemático del tema, la cual, destinada a afectar también a otros ámbitos

⁴⁵ N. MacCormick, “Children’s rights...”, *ob. cit.*, p. 309.

⁴⁶ J. Swift, “A modest proposal”, en: C. Van Dauren (ed.), *The portable Swift*, Middlesex, Penguin Books, 1976.

⁴⁷ N. MacCormick, “Children’s rights...”, pp. 309-310.

⁴⁸ Por lo tanto entre derechos y deberes hay una relación de prioridad lógica y axiológica; véase N. MacCormick, *idem*, p. 312, y en el mismo sentido R. Dworkin, *Taking rights seriously*, Londres, Duckworth, 1977, p. 171; J. Waldron, “Introduction”, en: *Theories of rights*, Oxford, Oxford University Press, 1984, p. 12.

temáticos, es reflejo de una tendencia más general en la *jurisprudence* anglosajona contemporánea⁴⁹.

Tengo la impresión de que este aspecto está llamado a manifestarse de manera evidente a la hora de analizar las propuestas teóricas formuladas en los últimos decenios por algunos autores que, siempre en el ámbito de la cultura filosófico-jurídica *English speaking*, se han acercado al problema de los derechos de los niños también desde una perspectiva teórica capaz de explicar la naturaleza de estos derechos⁵⁰.

De hecho, tales propuestas, al apelar a los habituales modelos teóricos (por un lado, la *will o choice theory* en una versión oportunamente corregida y revisada para adecuarse a los niños y, por otro lado, la *interest o benefit theory*), más que preocupadas por discutir acerca de la posibilidad formal de adscribir derechos al niño, parecen interesadas en afrontar una cuestión de indudable relevancia sustancial y, en particular, en argumentar en favor de la importancia de reconocer derechos al niño.

En otros términos, tras la aprobación de la Convención de 1989 y la consiguiente formalización jurídica de la idea del niño como sujeto titular de derechos, si en el plano técnico-jurídico el problema más urgente, sin duda, es el relativo a la implementación de tales derechos, desde el punto de vista de la moral crítica del derecho el objetivo, no poco ambicioso, es el de contribuir a la elaboración de una teoría (normativa) de los derechos del niño capaz de legitimar su *status* y al mismo tiempo constituir un punto de referencia en las elecciones legislativas y en las intervenciones de política social.

De este modo, para los partidarios de la teoría del interés, la atribución de derechos al niño encuentra su razón de ser en consideraciones utilitaristas (si bien en una acepción especial) que prescinden de toda evaluación deontológica sobre la autonomía del niño: desde esta perspectiva, la función normativa de los derechos del niño es, sencillamente, la de proteger sus intereses específicos⁵¹. Por otro lado, quienes prefieren hablar de derechos del niño en términos de pretensiones defienden, tras la estela de las tesis de Ronald Dworkin⁵², la importancia de tomarse en serio los derechos del niño al considerar que también los niños detentan una “integridad moral” (expresión de claras reminiscencias

⁴⁹ Véase B. Celano, “I diritti nella giurisprudenza anglosassone contemporanea. Da Hart a Raz”, de próxima publicación en: P. Comanducci y R. Guastini (eds.), *Analisi e diritto* 2001. Ricerche di giurisprudenza analitica, Turin, Giappichelli, 2002. Este autor señala que si bien inicialmente las investigaciones en materia de derechos resultan ser sobre todo análisis conceptuales que pretenden determinar el significado de los enunciados en que aparece el término “derecho”, así como la relación lógica existente entre tales enunciados y nociones afines (es paradigmático en este aspecto el pionero análisis hohfeldiano), a partir de los años setenta se perfila un horizonte de nuevos interrogantes que remiten grosso modo al esquema: “¿Qué derechos y para quién?”, y que traslada la atención de los expertos hacia cuestiones sustanciales (de moralidad política, de crítica moral del derecho, de moralidad tout court) tratadas, como es obvio, desde un punto de vista normativo.

⁵⁰ Una interesante reseña de contribuciones, en este sentido, apareció en 1992 en un número monográfico de la revista *International Journal of Law and the Family*, posteriormente recopilados en el volumen a cargo de P. Alston, S. Parker y Y. Seymour (eds.), *ob. cit.*; véase también M. Freeman y P. Veerman (eds.), *ob. cit.*, pp. 3-187.

⁵¹ En este sentido, véase T. Campbell, *ob. cit.* y S. Parker, *Child support: Rights and consequences*, en: P. Alston, S. Parker y Y. Seymour (eds.), *ob. cit.*, pp. 1-23 y pp. 148-168.

⁵² La referencia es obviamente a Ronald Dworkin, *ob. cit.*

rawisianas), es decir, son capaces de formular valoraciones, elaborar creencias, expresar deseos y comportarse en consecuencia, por lo que deben ser tratados “como personas con derecho a una consideración y a un respeto iguales, y con un derecho tanto a tener reconocida su autonomía actual como protegida su capacidad para una autonomía futura”⁵³.

Resulta evidente que, reformulada en términos de la contraposición entre teoría de la voluntad/teoría de los intereses, vuelve al primer plano de la escena la tensión, no resuelta, entre instancias autonomistas e instancias paternalistas a la que nos hemos referido al inicio. Si bien la referencia a la “autonomía actual y futura” del niño tiene algunos puntos de contacto con la perspectiva ideológica de la ciudadanía y del “actor social” tan en boga actualmente en la sociología de la infancia⁵⁴, es posible advertir en la imagen del niño como titular de intereses un fuerte eco del modelo paternalista, en cuya representación se encuentra implícita una concepción del menor como sujeto diverso del adulto en tanto ser todavía desprovisto de los atributos esenciales de la racionalidad y de la capacidad de formarse una voluntad libre.

En este sentido, y en términos más generales, la cuestión del menor permite medir la efectiva consistencia de la teoría de la voluntad y de la teoría del interés (en todas sus variantes y formulaciones intermedias) como teorías sobre “las razones de los derechos”, esto es, como teorías que, si bien aspiran a iluminar aspectos estructurales (conceptuales o lógicos en sentido amplio) del vocabulario de los derechos, se refieren sobre todo a la justificación, el sentido o la razón de ser de la atribución de los propios derechos⁵⁵.

Por lo que se refiere específicamente a los niños y a sus derechos, el hincapié que se hace sobre el problema de la justificación axiológica puede, según creo, explicarse en el hecho de que, hoy por hoy, la objeción más consistente a la extensión del lenguaje de los derechos a los niños (al menos en cuanto éste se refiera a las franjas de edad menores) no afecta tanto a la posibilidad teórica de adscribir algunos derechos morales a los niños, como a la oportunidad de asumir el enfoque de los derechos como punto de partida en nuestras argumentaciones morales en favor de la infancia.

Para Onora O’Neill, por ejemplo, no debe discutirse si el niño es o debe ser reconocido como titular de derechos positivos: el problema consiste, más bien, en que “si al prestar atención a las cuestiones éticas en la vida del niño nos tomamos los derechos como algo

⁵³ M. Freeman, “Taking children’s rights more seriously”, en: *The moral status of children. Essays on the rights of the child*, Dordrecht, Nijhoff, 1997, p. 38.

⁵⁴ Véase supra nota 22.

⁵⁵ Constituye, por otra parte, una opinión extendida que los aspectos relativos al análisis estructural de la noción de derecho se encuentran, indisoluble e inevitablemente, asociados a cuestiones de carácter normativo que llegarían a influir sobre la delimitación del propio concepto. Tanto la clarificación de la estructura de los derechos, como la individuación de su alcance o justificación atenderían, de hecho, de modo inseparable, a aquella “explanation of rights” a la cual ha estado ligada históricamente la controversia entre los partidarios de la will o choice theory y los partidarios de la interest o benefit theory. Véase, entre otros N. MacCormick, “Rights in legislation”, en: P. M. S. Hacker y J. Raz (eds.), *Law, morality and society*, Oxford, Clarendon Press, 1977, p. 192.

fundamental [...] la imagen que nos formamos es indirecta, parcial y turbia”⁵⁶. Si bien el enfoque fundado sobre los derechos es útil, e históricamente lo ha sido para mejorar la condición de sujetos socialmente oprimidos, como las mujeres o los grupos étnicos, éste no puede adoptarse con provecho en el caso de los niños, cuya condición de dependencia es absoluta, si bien temporal, y en todo caso no creada artificialmente. Mientras que en el caso de las víctimas de la discriminación racial o sexual (o de otros grupos sociales “históricamente oprimidos”) se trata de garantizar en concreto la oportunidad de autodeterminación y, por tanto, el efectivo disfrute de los derechos de sujetos autónomamente idóneos para ejercitarlos, en lo que concierne a los niños (y en modo particular a los más pequeños), las posibilidades de autodeterminación están seriamente condicionadas por el estado de vulnerabilidad propio de la condición infantil. Para obviar la propia condición de “desventaja” (que desde esta óptica consiste en la ausencia o insuficiencia de racionalidad y autonomía decisional), los niños, siempre en opinión de Onora O’Neill, disponen de un único “remedio”, el de crecer, “pero puesto que tal remedio no puede actuar rápidamente, tienen que (más que nadie) fiarse de las prácticas sociales y de las instituciones que garantizan el cumplimiento de las obligaciones que gravitan sobre los demás”⁵⁷. Precisamente por este motivo, la retórica de los derechos de los niños no es más que un modo indirecto de recordar a los adultos sus obligaciones para con la infancia.

Ante tales objeciones (en virtud de las cuales, en sustancia, el fundamento moral de los derechos de los niños se encontraría en los deberes morales fundamentales que los adultos tienen frente a los niños), el papel autónomo adquirido por los derechos morales del niño se identifica o con la función de límite a las inevitables interferencias de los adultos en la vida de los niños, o bien como un indicador de los intereses y las necesidades a cuya satisfacción se dirigen las elecciones legislativas y las intervenciones de política social.

A pesar del diferente punto teórico de partida, los activistas de los derechos de los niños arriban a una conclusión marcada por un signo común, esto es: a pesar del maximalismo liberacionista, los niños no pueden ser abandonados a sus propios derechos. El mismo Michael Freeman, defensor de las instancias autonomistas, comparte la idea según la cual el hecho de creer que la autonomía de cada uno es moralmente tan importante como la de cualquier otro y que esa autonomía (en sentido normativo) no depende de la etapa que la persona ha alcanzado en la vida, no comporta, sin embargo, negar la vulnerabilidad de los niños, ni su escasa capacidad de autodeterminación o habilidad comunicativa y decisional. Por tanto, resulta indispensable la intervención con instrumentos adecuados de política social que, a través de medidas de tutela, confluyan

⁵⁶ O’Neill, *ob. cit.*, p. 445.

⁵⁷ *Ídem*, p. 462. Desde una perspectiva análoga en muchos aspectos, véase E. Garzón Valdés, “Desde la ‘Modesta propuesta’ de J. Swift hasta las ‘Casas de engorde’. Algunas consideraciones acerca los derechos de los niños”, en: *Doxa*, vol. II, núms. 15-16, pp. 731-744.

para realizar las condiciones necesarias para que el niño pueda desarrollar sus propias capacidades. En este sentido, el modelo que propone el autor inglés es el de un “paternalismo liberal” que, mitigado respecto de la forma tradicional, se funde sobre el reconocimiento de los derechos humanos, incluso de los más pequeños, y asuma como criterio guía para las eventuales restricciones a la autonomía del niño el objetivo de la “independencia racional”⁵⁸.

Dirigiéndome ya hacia los aspectos conclusivos, creo que precisamente la exigencia de no abandonar a los niños a sus derechos deja espacio para una consideración de fondo, seguramente dada por descontado, pero que aquí valdría la pena reproponer. Si bien es posible argumentar de varias formas sobre las “razones” en favor de los derechos de los niños (incluida la consideración de la intensa carga emotiva ínsita en el lenguaje de los derechos que lo convierte, como es sabido, en un instrumento retórico de notable eficacia), cuando del plano moral se pasa al jurídico, la afirmación, no retórica, de que el niño es titular de algunos derechos fundamentales (a recibir el cuidado y la asistencia necesarios, a crecer en un ambiente sereno, a disfrutar de una educación adecuada y respetuosa con las propias inclinaciones, etc.) pasa, inevitablemente, por el examen de la efectividad de tales derechos, esto es, de la existencia de normas que garanticen una actuación efectiva, en particular, de la tutela jurisdiccional.

No pretendo extraer aquí, de todo ello, conclusiones de orden teórico general sino, más bien, poner de relieve que la única vía para obviar la “debilidad” de los derechos de los más pequeños se enfrenta necesariamente a la exigencia de individuar quiénes son los sujetos sólidamente “obligados” frente a los niños y cuál es el contenido de sus obligaciones, amén de, obviamente, determinar los respectivos ámbitos de responsabilidad. Por lo tanto, en relación con este aspecto nada desdeñable, y más allá de la encomiable invitación a tomarse los derechos del niño en serio, el punto de vista de los “deberes” de los adultos continúa siendo un parámetro de referencia imprescindible.

⁵⁸ M. Freeman, Limits of children's rights, en: M. Freeman y P. Veerman (eds.), *ob. cit.*, pp. 34 y ss., y en una perspectiva similar, J. Eekelaar, The importance of thinking that children have rights, en: P. Alston, S. Parker y Y. Seymour (eds.), *ob. cit.*, pp. 221-235.

LOS NUEVOS SISTEMAS DE JUSTICIA JUVENIL EN AMÉRICA LATINA (1989-2006)*

MARY BELOFF**

I. Introducción

La incorporación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño a los sistemas jurídicos nacionales latinoamericanos ha producido a nivel normativo cambios legislativos significativos, que se expresan tanto en lo relativo a la protección de los derechos de los niños –en el sentido de deberes de prestación positiva del Estado– cuanto en lo que se refiere específicamente a la respuesta que el Estado debe dar a la situación en la que se imputa delito a un menor de edad.

Tal cambio superador de la concepción tutelar clásica se expresa en la adopción, con mejor o peor técnica legislativa, soporte institucional e implementación programática, de los nuevos estándares internacionales en materia de derechos humanos de la infancia¹ que, si bien revelan ciertas dificultades a la hora de dar contenido a la noción de “protección especial”, son muy precisos respecto de las características que debe tener un sistema de justicia que trate los casos de jóvenes menores de dieciocho años imputados de infracciones penales.

Independientemente de que en efecto se haya producido un cambio legal en los países de la región², a nivel doctrinario se debaten los alcances de la concepción de los

* Se trata de una nueva versión corregida y actualizada del artículo publicado en las tres ediciones de *Infancia, ley y democracia en América Latina, la tercera de las cuales, Impacto de la Convención sobre los Derechos del Niño en los sistemas jurídicos nacionales (1989-2004)*, Bogotá, Temis, fue publicada en el año 2004. Sin la colaboración de Mariela González esta actualización no habría sido posible, por lo que le agradezco su completa, criteriosa y detallada labor que me permitió llegar a tiempo con esta versión para su inclusión en esta revista.

** Profesora de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

¹ Sobre las características de ambos modelos ver Beloff, Mary, *Un modelo para armar —y otro para desarmar: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular*, en Beloff, Mary, *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Buenos Aires, Del Puerto, 2004, Capítulo 1.

² El proceso que han seguido los países de América Latina luego de ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño ha sido caracterizado como un proceso de triple vía. En algunos países la ratificación del mencionado instrumento internacional no ha producido impacto alguno o, en todo caso, ha tenido un impacto político superficial. En otros países se ha llevado a cabo una adecuación meramente formal o eufemística de las normas de derecho interno al instrumento internacional. Finalmente, otros países han realizado -o se encuentran en proceso de- una adecuación sustancial de su orden jurídico interno al instrumento internacional. Cf. Unicef/Tacro, *Informe final. Reunión de puntos focales. Área Derechos del Niño, Paipa, diciembre 6 al 9 de 1993*, pág. 16. No obstante, esta sistematización puede y debe ser actualizada a partir de las reformas ocurridas en los últimos años. Lo que se advierte es que en el año 2000 ese proceso alcanzó un techo y que a partir de entonces se ha desatado una segunda etapa de reformas legales e institucionales. Por un lado, dirigidas a adecuar el derecho interno de los países a la Convención sobre los Derechos del Niño allí donde no se han producido reformas como en el caso del Cono Sur o México; por el otro, dirigidas a corregir leyes nuevas pero con dificultades técnicas o ambigüedades conceptuales que han complicado el proceso de implementación, como en el caso de la República Dominicana o Ecuador. Ver también sobre el particular Beloff, Mary, *Un modelo...*, cit. supra nota 1.

niños como sujetos plenos de derecho, de “protección integral”, de interés superior del niño³, de responsabilidad penal especial, etc.⁴. Ciertamente, en cualquier área temática relacionada con los derechos del niño, la falta de claridad respecto de qué es lo que se entiende por interés superior o por sujeto de derecho –aún más, por protección integral⁵– plantea en muchos casos la discusión en términos tutelares clásicos. Esa circunstancia explica que se sigan proyectando y eventualmente aprobando leyes en diversos países de América Latina a fin de dar cumplimiento al artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que repiten un diseño y una concepción de la infancia propias del modelo que se pretende superar o que sólo implican la adopción retórica de los estándares internacionales sin posibilidad concreta, con tal soporte legal, de introducir cambios sustanciales en las prácticas de los actores vinculados con el sistema especial de justicia para adolescentes, al carecer de un eficiente programa de transformación institucional y de implementación.

Dentro de las diversas áreas problemáticas que caracterizan la nueva condición jurídica de la infancia en América Latina, tales como el trabajo infantil, la adopción internacional, los límites a las facultades correctivas de los padres y maestros, los derechos sexuales y reproductivos, etc., lo relacionado con cómo debe el Estado responder, es más, si el Estado debe responder a la situación de una persona menor de dieciocho años que lleva a cabo una conducta descripta como antecedente de una sanción en el Código Penal constituye un terreno harto polémico.

Sin dudas, en algún sentido, donde con mayor claridad se plantea una continuidad entre el modelo tutelar clásico y un nuevo modelo basado sobre el derecho internacional de los derechos humanos, es en el área que se relaciona con las personas menores de dieciocho años que cometen delitos. En realidad, la ruptura es precisa en relación con el reconocimiento de las garantías sustantivas y formales de que deben gozar los niños y jóvenes frente al aparato coactivo del Estado. Sin embargo, la idea de un cambio sustancial no parece ser tal a la hora de discutir la reforma legal en relación con el contenido y los alcances de la responsabilidad (¿penal?) de los infractores jóvenes y con las características que debe tener la reacción estatal frente a sus comportamientos delictivos y que causan serio daño social. Sirvan como ejemplos la imposibilidad de abandonar la inimputabilidad como incapacidad *juris et de jure* para adolescentes infractores de la ley penal en sistemas que reconocen

³ Ver sobre este tema el artículo de Miguel Cillero, *El interés superior de niño, contenido en Infancia, ley y democracia*, op. cit. . . , págs. 69/86 de la 1ª ed., 1998.

⁴ *La Opinión Consultiva nro. 17 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es un elocuente ejemplo del punto que se trata de señalar.*

⁵ El “Régimen Penal de la Minoridad” (Leyes 22278 y 22803) de la República Argentina, sistema para infractores de la ley penal menores de dieciocho años de edad típica de la llamada doctrina de la situación irregular, establece en el artículo 3: “La disposición determinará:

a) La obligada custodia del menor por parte del juez, para procurar la adecuada formación de aquél mediante su protección integral. Para alcanzar tal finalidad el magistrado podrá ordenar las medidas que crea conveniente respecto del menor, que siempre serán modificables en su beneficio...”.

la responsabilidad penal especial de los adolescentes, así como la justificación preventivo-especial de las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal de adolescentes.

También en este tema la autoproclamada “autonomía científica” del “derecho de menores” al igual que la del “nuevo derecho de la infancia y la adolescencia” resulta difícil de sostener⁶. En ese sentido, la tesis que se defiende aquí es aquella según la cual, en los nuevos marcos legales, las cuestiones relativas a la responsabilidad del niño o joven infractor de la ley penal y a la reacción coactiva estatal frente a sus conductas delictivas pueden –y deben– ser comprendidas dentro de la discusión actual acerca del sentido y los límites de la pena estatal⁷.

Esa discusión se extiende hoy desde las posturas abolicionistas, de importante nivel diagnóstico pero de compleja –y, en ciertos aspectos, cuestionable– viabilidad político criminal en su conjunto, a la industria del control del delito, el derecho penal del enemigo, la sociedad del riesgo y los sistemas de derecho penal de máxima intervención. En ese marco, el ya clásico “derecho penal mínimo” o galantismo penal surge como la única alternativa posible para justificar en nuestras sociedades la administración de los conflictos violentos mediante reacciones estatales coactivas. Su importancia se hace más evidente a la hora de analizar y dar respuesta a los problemas sociales definidos como criminales en el contexto de la tarea siempre inacabada de construcción de un Estado y una sociedad democráticos.

Es a partir de esa idea que, por lo menos en teoría, en América Latina –en muchos casos acompañando procesos de transición y consolidación democráticas– se han diseñado y se están implementando sistemas que dan respuesta a las infracciones penales cometidas por adolescentes del modo más activo y menos reactivo posible⁸. Es a esos sistemas que en este trabajo denomino sistemas de justicia juvenil.

⁶ Como ha quedado perfectamente claro del análisis de las leyes, de la jurisprudencia de la Corte Suprema de los Estados Unidos a partir del fallo Gault y de otros países, y del funcionamiento real de la “justicia de menores” en América Latina, la alegada autonomía del “derecho de menores” por cierto ha existido, pero lo que la convierte en problemática es su desconexión sistemática con el derecho constitucional. Ello, por su parte, cuestiona ya no sólo su status de rama autónoma, sino en algún sentido que no es posible analizar aquí, de “derecho”. Sobre la “autonomía” del derecho de menores, ver una de las obras fundamentales dentro de la disciplina de Rafael Sajón, *Derecho de Menores*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, Capítulos X y XI. Este autor afirma: “Cuando hablamos de la autonomía del Derecho de Menores, como de cualquier otra rama del Derecho [él divide al derecho público en constitucional, administrativo, penal, internacional público y eclesiástico; y al privado en civil, comercial, del trabajo y rural, agregando que existen “modernas ramas especializadas” como seguridad social, minería, hidrocarburos, propiedad intelectual o derecho espacial, y que el derecho procesal es público o privado en función del procedimiento de que se trate y está por fuera de estas clasificaciones], se encierran bajo un mismo matiz diferentes aspectos. Puede hablarse de autonomía con distintos significados: principalmente, de autonomía legislativa, didáctica y jurídica. En el estudio del Derecho de Menores podemos encontrar esta triple autonomía. Posee autonomía legislativa, porque se trata de un conjunto de disposiciones que son susceptibles de integrar un cuerpo orgánico, con independencia formal, llamado Código de Menores o Estatuto de Menores. Posee también autonomía didáctica, porque dicho cuerpo de normas puede ser motivo de una enseñanza particular (...). Posee autonomía jurídica –la más importante–, porque todo su conjunto de normas se encuentra regido por principios generales que le son propios; esto es, que constituye un cuerpo autónomo de principios, con espíritu y directivas propias, un Derecho que tiene en sí mismo sus reglas y sus excepciones y que, como sistema orgánico, admite la analogía.” Ps. 264/265.

⁷ Roxin, Claus, *Sentido y Límites de la Pena Estatal en Problemas Básicos del Derecho Penal*, Reus, Madrid, 1976.

⁸ Melossi, Dario, *The state of social control*, St. Martin Press, New York, 1990.

En definitiva, el propósito de las páginas siguientes es describir y analizar cómo las nuevas leyes en América Latina abordan este tema; y plantear que, redefinidos entonces los alcances y los límites de la pena estatal a partir de los principios que la limitan desarrollados por los teóricos del derecho penal mínimo, hablar de responsabilidad penal juvenil o admitir en algunos supuestos excepcionales la sanción juvenil frente a las reacciones “blandas” características del derecho penal de máxima intervención, se revela como el camino adecuado para dar contenido real a la noción de sujeto pleno de derecho en el marco de un nuevo sistema que se propone garantizar todos los derechos reconocidos a los niños y adolescentes en el derecho internacional de los derechos humanos.

II. Los derechos de los niños y jóvenes que cometen delitos en la nueva legislación latinoamericana

La nueva respuesta latinoamericana al delito de los adolescentes ha sido construida en América Latina a partir de la Convención sobre los Derechos del Niño⁹ y de otros instrumentos internacionales que, sin tener la fuerza vinculante que tienen para el Estado los tratados, representan la expresión de acuerdos e intenciones de la comunidad internacional en esta materia y, por lo tanto, son aplicables en la interpretación de los tratados y en el diseño de las políticas de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas –y eventualmente pueden devenir obligatorios en la medida en que se conviertan en costumbre internacional–, según la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados. Estos instrumentos son, fundamentalmente y más allá de los generales:

- las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing¹⁰;
- las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad¹¹; y
- las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como Directrices de Riadh¹².

Además, deben considerarse incluidos todos los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos que sean pertinentes en la materia. Por ejemplo, en la medida en que la Convención sobre los Derechos del Niño no prevé un órgano

⁹ Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989.

¹⁰ Resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 29 de noviembre de 1985.

¹¹ Resolución 45/113 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 14 de diciembre de 1990.

¹² Resolución 45/112 aprobada por la Asamblea General sobre la base del informe de la Tercera Comisión A/45/756 en el Cuadragésimo Quinto Período de Sesiones el 14 de diciembre de 1990.

supranacional de carácter jurisdiccional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos asegura en los países latinoamericanos un mejor nivel de reconocimiento de los derechos de los niños al crear el sistema interamericano de protección de derechos humanos en general, que en los últimos años ya ha dado muestras de su utilidad en la promoción y defensa de derechos de la niñez.

Como se señalaba en la introducción, hay algunas cuestiones en las que el nuevo modelo legislativo indudablemente representa un cambio radical en la forma de entender los derechos de niños y jóvenes. Básicamente, el cambio incluye algunas características que, en líneas generales, se encuentran presentes en las leyes de los países que han adecuado su ordenamiento jurídico a la Convención sobre los Derechos del Niño de manera sustancial y en una reforma completa¹³.

Estas características enfatizan los aspectos de promoción y defensa de los derechos de los niños y jóvenes en la región que se expresan en construir condiciones de vida para estos sectores de la población que los pongan completamente fuera de la posibilidad de ingresar a sistemas de responsabilidad por conductas infractoras de la ley penal, como los analizados en este trabajo.

Por ejemplo, si se trata de un Código integral, se definen al comienzo los derechos de los niños y se establece que, en caso de que alguno de esos derechos se encuentre amenazado o violado, es deber de la familia, de la comunidad y/o del Estado restablecer el ejercicio concreto del derecho afectado a través de mecanismos y procedimientos efectivos tanto administrativos cuanto judiciales, tal como con sabiduría lo previó la Constitución de Brasil, aún antes de la aprobación de la Convención sobre Derechos del Niño. De este modo desaparecen las categorías de abandono, riesgo o peligro moral o material, situación irregular o las más modernas de vulnerabilidad, o disfunción familiar y los remedios pretenden restablecer derechos, en lugar de vulnerarlos, como en el antiguo sistema.

También en el caso de un Código integral, se distinguen claramente las políticas sociales de la política criminal y se plantea la defensa y el reconocimiento de los derechos de los niños y los jóvenes como una cuestión que depende de un adecuado desarrollo de las políticas sociales, entendidas como responsabilidad conjunta –en su diseño y ejecución– de la sociedad civil y del Estado, y definidas a partir de la descentralización y la municipalización. De ahí que se desjudicialicen muchas cuestiones relativas a la protección en general, supuestos que en el sistema anterior habilitaban la intervención de la jurisdicción especializada.

La desjudicialización opera también en otro nivel, que es el tradicionalmente considerado judicial penal o judicial de familia. En ambos casos las nuevas leyes prevén instancias prejudiciales de solución de conflictos, siempre con control y revisión judicial si fuere necesario.

¹³ Sobre el proceso de reformas legales ver Beloff, Mary, *Un modelo...*, cit. supra nota 1.

En general se abandona la denominación de menores¹⁴ como sujetos definidos de manera negativa, por lo que no tienen, no saben o no son capaces, y pasan a ser llamados de manera afirmativa como niños, niñas y adolescentes sujetos plenos de derecho.

En cuanto a la política criminal, se reconocen a las personas menores de dieciocho años todas las garantías que les corresponden a los adultos en los juicios criminales según las constituciones nacionales y los instrumentos internacionales pertinentes, más garantías específicas que corresponden a la condición de personas que están creciendo. Es importante insistir en que en el nuevo sistema la circunstancia de estar creciendo y de merecer protección especial no implica perder la condición de sujeto. Por el contrario, estos sujetos precisamente, por esa circunstancia peculiar, cuentan con algunos derechos extra además de los que tienen todas las personas. Ese es el fundamento, entre otros, de un sistema penal especial.

En un sistema de ese tipo 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 amonestación hasta los regímenes de privación de libertad en instituciones especializadas. En caso de que sea necesario recurrir a una respuesta estatal coactiva, la centralidad la ocupan estas sanciones y lo alternativo es la privación de la libertad. Por eso en los nuevos sistemas no sería conveniente 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, es la privación de la libertad.

La alternatividad y excepcionalidad de la privación de libertad se establece asegurando que se trata de una medida de último recurso, que debe aplicarse por el tiempo más breve que proceda y, en todos los casos, por tiempo determinado. Del mismo modo, distinguiendo franjas etarias en función de la duración de esta sanción y del tipo de delito que excepcionalmente habilitaría su imposición.

Finalmente, desde el punto de vista procesal, se adaptan las características de los sistemas modernos latinoamericanos acusatorios (que garantizan los principios de oralidad y contradicción), sistemas flexibles que permiten instancias conciliatorias no sólo al inicio sino a lo largo de todo el proceso, esto es, flexibles para intentar una real solución al conflicto de naturaleza jurídico penal que dio origen al proceso, pero no para desconocer garantías, como ocurría en la práctica del sistema anterior. En otras palabras, la justicia restaurativa tiene una relevancia enorme en la implementación exitosa de los nuevos sistemas de justicia para adolescentes.

En lo que sigue se tratará de describir, a partir de algunas instituciones centrales (ámbito de aplicación según los sujetos, régimen de sanciones, régimen de privación

¹⁴ La ex Ley del Menor Infractor, actual Ley Penal Juvenil de El Salvador, es un ejemplo en contrario sólo en relación con este punto.

de libertad, etc.), cómo se organizan y funcionan –o no– estos sistemas de justicia juvenil en los países que han modificado su legislación. Se trata de un proceso que se está dando en América Latina y que se diferencia en muchos sentidos de las discusiones que sobre el tema tienen lugar en otros contextos, en particular en relación con la llamada justicia juvenil en el ámbito anglosajón¹⁵. Por ello, en lugar de hacer un análisis dogmático de categorías tradicionales tales como responsabilidad, imputabilidad y culpabilidad, se describirán y analizarán críticamente las nuevas leyes que regulan el tema en la región para, a partir de allí, formular algunas conclusiones generales respecto del futuro de estos nuevos sistemas.

III. Los nuevos sistemas de justicia juvenil en América Latina

1. Los sistemas de responsabilidad penal juvenil incluidos en Códigos integrales de derechos de niños y adolescentes¹⁶

Brasil

El proceso de reforma legal comenzó en América Latina con la aprobación por Brasil del Estatuto del Niño y del Adolescente¹⁷ (ECA) en 1990.

El Estatuto establece, por primera vez en la región, algunas precisiones sobre el tema de la respuesta estatal a las conductas tipificadas como delitos o faltas cuando son llevadas a cabo por personas que tienen menos de dieciocho años.

En principio, el ECA utiliza la fórmula tutelar tradicional, ya que el artículo 104 deja fuera del derecho penal de adultos a las personas menores de dieciocho años, al establecer que “son penalmente inimputables” y que están sujetas a las medidas previstas por el Estatuto. El ECA no habla de “responsabilidad penal juvenil” ni de “imputabilidad”. Todo lo contrario, mantiene la categoría de inimputables para las personas menores de dieciocho años. Sin embargo, como se verá más adelante, con un sentido completamente diferente al que esta categoría tenía en los sistemas tutelares clásicos.

Por su parte el artículo 103, para hacer esta exclusión más precisa, pero al mismo tiempo para superar el fraude de etiquetas propio de las leyes anteriores, establece

¹⁵ Los estudios sobre justicia juvenil incluyen cuestiones relacionadas con las llamadas “ofensa de estado” y con las situaciones relacionadas con el bienestar de los niños y los jóvenes, excluidas de los sistemas de responsabilidad penal juvenil desarrollados en los últimos años en América Latina. En ese sentido, los sistemas de “justicia juvenil” encuadran en la definición amplia de extensión del ámbito de aplicación de las Reglas de Beijing, que todavía en el año 1985, en la mitad de la década que llevó la discusión, redacción y aprobación de la Convención Internacional, operaban parcialmente con categorías tutelares clásicas.

¹⁶ Se incluyen los países por orden de aprobación de las leyes que se comentan.

¹⁷ Ley N° 8069 aprobada el 13 de julio de 1990 y reformada, recientemente, por la Ley N° 10.764 del 12 de noviembre de 2003.

una categoría que le da nombre al título “práctica de acto infractor”, definiendo a este último como la conducta descrita como delito o contravención por la ley penal.

Ello permite ya establecer tres características de los nuevos sistemas:

- 1) tratan de personas menores de dieciocho años que realizan la conducta descrita como antecedente de una sanción, sean delitos o contravenciones;
- 2) están separados del sistema de justicia penal para adultos (“son penalmente inimputables); y,
- 3) una de esas diferencias se expresa en las “medidas” o consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal cuando es llevada a cabo por una persona menor de dieciocho años.

Para dejar fuera de este sistema a los niños¹⁸ (las personas menores de doce años) el Estatuto establece en el artículo 105 que “al acto infractor practicado por un niño le corresponderán las medidas previstas en el artículo 101”, que son las medidas de protección previstas para aquellos niños o adolescentes cuyos derechos se encuentran amenazados o violados¹⁹.

Aquí aparece una cuarta característica que es la que habilita a hablar de sistemas de justicia juvenil: la exclusión de los niños. El ECA establece una solución en estos casos que ha sido posteriormente revisada. Se trata de la casi automática derivación de los niños imputados de la comisión de delitos o contravenciones a los sistemas de protección, ya que establece que a estos les corresponden medidas de protección.

Como esta salida continúa confundiendo aspectos penales con aspectos relativos a la protección, posteriormente se han encontrado otras soluciones diferentes de lo que llamo “derivación automática”. Es que sin mínimas garantías de debido proceso es imposible establecer si efectivamente un niño ha cometido un delito o contravención, circunstancia que según el ECA lo pondrá indefectiblemente en contacto con las instancias de protección. Por tal motivo, y como se verá más adelante, la exclusión de los niños de algún sistema de reacción estatal coactiva como consecuencia de la imputación de un delito se debe establecer de manera absoluta y, excepcionalmente, se debe prever la derivación si y solo si el juez que entiende en el caso advierte que los derechos de ese niño se encuentran amenazados o violados.

¹⁸ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores # 4.1 en función del párrafo 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

¹⁹ Las medidas de protección previstas por el Estatuto son: encaminamiento a los padres o responsable, mediante declaración de responsabilidad; orientación, apoyo y seguimiento temporarios; matrícula y asistencia obligatorias en establecimiento oficial de enseñanza fundamental; inclusión en programa oficial o comunitario de auxilio a la familia, al niño y al adolescente; solicitud de tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, en régimen de internación en hospital o con un tratamiento ambulatorio; inclusión en programa oficial o comunitario de auxilio, orientación y tratamiento a alcohólicos y toxicómanos; abrigo en entidad y colocación en familia sustituta. El Estatuto expresamente prevé que el abrigo es una medida provisoria y excepcional que funciona como transición para la colocación en familia sustituta y que no implica privación de la libertad.

El ECA establece garantías sustantivas en los artículos 106 a 109 y procesales en los artículos 110 y 111, pero no desarrolla en detalle el proceso a seguirse a un adolescente infractor (artículos 171 a 190). El reconocimiento de todas las garantías procesales es, pues, la quinta característica de un sistema de justicia juvenil más allá de en qué normas procesales se recojan estas garantías.

Las consecuencias jurídicas de la declaración de responsabilidad penal del adolescente son denominadas en el ECA “medidas socioeducativas” (para diferenciarlas de las medidas de protección ya que ambas son “medidas”) y son enumeradas y descritas en los artículos 112 a 125. Ellas son: la advertencia, la obligación de reparar el daño, la prestación de servicios a la comunidad, la libertad asistida, la semilibertad, la internación o privación de la libertad y todas las medidas de protección con excepción del abrigo y la colocación en familia sustituta.

Algunas cuestiones que han sido posteriormente revisadas en relación con las medidas socioeducativas son la posibilidad de su aplicación conjunta, o su sustitución, como ocurre con las medidas de protección (artículos 99 y 113). Ello porque la utilización de esta norma sin un análisis cuidadoso podría dar lugar a una afectación del principio de legalidad y de responsabilidad por el acto.

El ECA define las medidas socioeducativas y en particular a la internación, a la que considera una medida privativa de la libertad. Esta, si bien puede ordenarse por tiempo indeterminado (artículo 121.2) –lo que afectaría los principios de legalidad y proporcionalidad– nunca puede exceder los tres años. Esta es la sexta característica del sistema.

El ECA intenta limitar la aplicación de esta medida socioeducativa²⁰ (artículo 122) a los supuestos de:

- a) acto infractor cometido mediante grave amenaza o violencia en la persona;
- b) reiteración en la comisión de otras infracciones graves; y
- c) falta de cumplimiento reiterada e injustificada de una medida impuesta anteriormente, no pudiendo en este caso la internación ser superior a tres meses.

Esta limitación, por su vaguedad, ha dado lugar a interpretaciones amplias que admiten la privación de la libertad en prácticamente todos los casos de adolescentes infractores, por lo que posteriores leyes de otros países de la región, como señalaré, han revisado estos límites y encontrado fórmulas más precisas que hagan efectiva la excepcionalidad de esta medida/sanción especial.

No obstante la imprecisión señalada, en relación con la privación de libertad durante el proceso se establece como garantía que ésta no puede exceder de 45 días, plazo máximo en el que el juez deberá dictar la resolución definitiva.

²⁰ El equipo multidisciplinario de los Juzgados revisa periódicamente la privación de libertad.

Finalmente, y como séptima característica, el ECA incorpora la remisión (artículos 126 a 128) como facultad del Ministerio Público antes de iniciado el proceso de disponer de la acción penal discrecionalmente. También puede ser otorgada por el juez si el proceso ya se inició, lo que implica la suspensión o extinción del proceso. No requiere el consentimiento del adolescente, con lo que aparece como ejercicio de un criterio de oportunidad del Ministerio Público antes que como la reglamentación de la remisión contenida en las Reglas de Beijing que se asemeja a una especie de *diversion*. Si bien expresamente se establece que la remisión no implica necesariamente el reconocimiento o comprobación de responsabilidad ni tiene consecuencias a los efectos de los antecedentes del joven, se puede ordenar la remisión con cualquiera de las medidas socioeducativas arriba enumeradas, excepto la semilibertad y la internación. Esta “remisión con medida”, aunque puede ser revisada judicialmente, presenta algunos problemas evidentes en relación con la responsabilidad y con las garantías del adolescente infractor, que han sido en parte subsanados en leyes latinoamericanas posteriores.

En síntesis, el sistema de justicia juvenil que se inaugura con el Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, y que ha servido de modelo para el resto de los países, establece:

1. comprende exclusivamente aquellos supuestos en los que una persona que tiene menos de dieciocho años comete un delito o una contravención;
2. es un sistema que coloca a estos niños y adolescentes fuera del sistema de justicia penal de adultos (en ese sentido exclusivamente se habla de inimputabilidad);
3. la atribución de responsabilidad penal especial en función de la particular condición de sujeto en desarrollo se expresa en consecuencias jurídicas diferentes, llamadas en este caso medidas socioeducativas;
4. esa atribución de responsabilidad penal especial también se expresa en la exclusión de este sistema de los niños (menores de doce años);
5. los jóvenes, en tanto sujetos de derechos y de responsabilidades en el sentido descrito más arriba, son titulares de todas las garantías procesales y sustantivas que tiene un adulto en un Estado de Derecho frente al aparato coactivo del Estado, más derechos particulares que se expresan en este sistema especial, por ejemplo;
6. la privación de la libertad es excepcional, alternativa, limitada en el tiempo y breve; y
7. se prevén soluciones alternativas (justicia restaurativa) a la reacción estatal coactiva frente al conflicto jurídico-penal.

Perú

El nuevo Código de los Niños y los Adolescentes de Perú²¹ adopta la propuesta legislativa del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, tal como lo hacía el anterior

²¹ Aprobado por la Ley 27337 del 27 de julio de 2000 que modificó el Decreto Ley 26102 del 24 de diciembre de 1992.

Código de 1992, y establece un sistema muy similar al brasileño en relación con los infractores de la ley penal menores de dieciocho años; similar descripción del principio de legalidad (delito o falta) y similar exclusión de los niños, quienes según el artículo 184 “serán pasibles” de medidas de protección²². Ello plantea idéntico problema con la derivación automática de los niños al sistema de protección, tal como señalé más arriba para el caso de Brasil²³.

²² Artículo 208 del anterior Decreto Ley 26102.

²³ Retrocede sensiblemente el nuevo Código en este aspecto. Se establece, dentro de las medidas de protección al niño “que cometa infracción a la ley penal” (art. 242), que le “... corresponde las medidas de protección. El juez especializado podrá aplicar cualquiera de las siguientes medidas:

- a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres o responsables para el cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por Instituciones de Defensa;
- b) Participación en un programa oficial o comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social;
- c) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar; y
- d) Atención Integral en un establecimiento de protección especial.”

Asimismo, a continuación, establece las medidas de protección al “niño y adolescente en presunto estado de abandono”, en una clásica formulación tutelar, que son:

“a) El cuidado en el propio hogar, para lo cual se orientará a los padres o responsables al cumplimiento de sus obligaciones, contando con apoyo y seguimiento temporal por Instituciones de Defensa;

- a) La participación en el Programa oficial o comunitario de Defensa con atención educativa, de salud y social;
- b) Incorporación a una familia sustituta o colocación familiar;
- c) Atención Integral en un establecimiento de protección especial; y
- d) Dar en adopción al niño o adolescente, previa declaración del Estado de Abandono por el juez especializado.”

Además, incluye en esta sección un procedimiento para los casos de “estado de abandono”, que consiste fundamentalmente en la producción de una serie de informes (art. 246: “declaración del niño o adolescente):

- a) Examen psicosomático para establecer su edad. Éste es realizado por la oficina médico-legal especializada y sus resultados se comunican en el plazo de dos días;
- b) Pericia Palmatoscópica para establecer la identidad del niño. Conocida ésta, se adjuntará la partida de nacimiento y la copia del examen psicosomático, y deberá emitirse la pericia en el término de dos días. Si se trata de un niño o adolescente de quien se desconoce su identidad, la pericia se emitirá en el término de diez días calendario, para lo cual deberá adjuntarse al oficio copia del examen psicosomático;
- c) Informe del Equipo Multidisciplinario o el que haga sus veces, para establecer los factores que han determinado la situación del niño o adolescente; y
- d) Informe de la División de Personas Desaparecidas, a fin de que indique si existe denuncia por la desaparición del niño o adolescente.

El PROMUDEH o las instituciones autorizadas adjuntarán al oficio copia de la partida de nacimiento o, en su defecto, copia del examen psicosomático o de la pericia palmatoscópica. El informe se emitirá en el término de tres días.”

El artículo 248 finalmente incluye los supuestos de la declaración judicial del estado de abandono:

“El Juez especializado podrá declarar en estado de abandono a un niño o adolescente cuando:

- a) Sea expósito;
- b) Carezca, en forma definitiva, de las personas que conforme a la ley tienen el cuidado personal de su crianza, educación o, si los hubiera, incumplan las obligaciones o deberes correspondientes; o carecieran de las calidades morales o mentales necesarias para asegurar la correcta formación;
- c) Sea objeto de maltratos por quienes están obligados a protegerlos o permitir, que otros lo hicieran;
- d) Sea entregado por sus padres a un establecimiento de asistencia social público o privado y lo hubieran desatendido injustificadamente por seis meses continuos o cuando la duración sumada exceda de este plazo;
- e) Sea dejado en instituciones hospitalarias u otras similares con el evidente propósito de abandonarlo;
- f) Haya sido entregado por sus padres o responsables a instituciones públicas o privadas, para ser promovido en adopción;
- g) Sea explotado en cualquier forma o utilizado en actividades contrarias a la ley o a las buenas costumbres por sus padres o responsables, cuando tales actividades sean ejecutadas en su presencia;
- h) Sea entregado por sus padres o responsables a otra persona mediante remuneración o sin ella con el propósito de ser obligado a realizar trabajos no acordes con su edad; y
- i) Se encuentre en total desamparo.

La falta o carencia de recursos materiales en ningún caso da lugar a la declaración del estado de abandono.”

Es del caso señalar la mezcla de concepciones de uno y otro modelo, que pueden advertirse en el artículo que se acaba de transcribir por un lado, y el párrafo final de ese artículo, compatible con el art. 252 que establece que “en la aplicación de las medidas de protección señaladas se priorizará el fortalecimiento de los vínculos familiares y comunitarios.”

El nuevo Código peruano regula la respuesta estatal al delito de los menores de dieciocho años sin resolver dogmáticamente si éstos son responsables o imputables. Las garantías y disposiciones de carácter procesal se encuentran aún menos detalladas que en el Estatuto de Brasil. En particular, el principio del contradictorio se encuentra debilitado y ello se refleja en los serios problemas que se han diagnosticado respecto de la implementación de la nueva ley (la segunda en una década, desde la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño).

Este Código incluye cláusulas problemáticas como la del artículo 191²⁴ (y la ya mencionada que se refiere a la exclusión de los niños del sistema) que de no ser interpretadas de modo armónico, con otros estándares que caracterizan el derecho internacional de los derechos humanos de la infancia, podrían afectar garantías fundamentales de los adolescentes. Este artículo establece: “El Sistema de Justicia del adolescente infractor se orienta a su rehabilitación y a encaminarlo a su bienestar. La medida tomada al respecto no sólo deberá basarse en el examen de la gravedad del hecho, sino también en las circunstancias personales que lo rodean”. Cómo se compatibilizan la responsabilidad especial del adolescente, sus circunstancias personales y el acto ilícito cometido no ha sido aún resuelto razonablemente por la jurisprudencia.

En cuanto a la remisión²⁵, a diferencia de Brasil, se admite también la posibilidad de la semilibertad²⁶ como medida a cumplir, lo que agrava la situación descrita en relación con el ECA²⁷. También se complica la cuestión respecto del consentimiento del adolescente, ya que se establece que las actividades²⁸ que se impongan como

²⁴ Artículo 214 del anterior Decreto Ley 26102.

²⁵ “Artículo 223.- Concepto: La Remisión consiste en la separación del adolescente infractor del proceso judicial, con el objeto de eliminar los efectos negativos de dicho proceso.”

Artículo 206. “Remisión: El Fiscal podrá disponer la Remisión cuando se trate de infracción a la ley penal que no revista gravedad y el adolescente y sus padres o responsables se comprometan a seguir programas de orientación supervisados por el PROMUDEH o las instituciones autorizadas por éste y, si fuera el caso, procurará el resarcimiento del daño a quien hubiere sido perjudicado.”

²⁶ “Artículo 226: Orientación del adolescente que obtiene la Remisión.

Al adolescente que es separado del proceso por la Remisión se le aplicará la medida socioeducativa que corresponda, con excepción de la internación.”

²⁷ Tanto en relación con la remisión con medida como en relación con los niños imputados de delito o falta, la derivación se realiza a otro juez o dentro del mismo juzgado a otra secretaría, de modo que no opera la desjudicialización pretendida por los instrumentos internacionales al prever esta figura. Así, la Convención sobre los Derechos del Niño: “Art. 40 (...)

3. Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para promover el establecimiento de leyes, procedimientos, autoridades e instituciones específicos para los niños de quienes se alegue que han infringido las leyes penales o a quienes se acuse o declare culpables de haber infringido esas leyes, y en particular: (...) b) 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 ...”; y las Reglas de Beijing: “11. Remisión de casos. 11.1. Se examinará la posibilidad, cuando proceda, de ocuparse de los menores delincuentes sin recurrir a las autoridades competentes, mencionadas en la regla 14.1 infra, para que los juzguen oficialmente. 11.2. La policía, el ministerio fiscal y otros organismos que se ocupen de los casos de delincuencia de menores estarán facultados para fallar dichos casos discrecionalmente, sin necesidad de vista oficial con arreglo a los respectivos sistemas jurídicos y también en armonía con los principios contenidos en las presentes Reglas. 11.3. Toda remisión que signifique poner al menor a disposición de las instituciones pertinentes de la comunidad o de otro tipo estará supeditada al consentimiento del menor o al de sus padres o su tutor; sin embargo, la decisión relativa a la remisión del caso se someterá al examen de una autoridad competente, cuando así se solicite. 11.4. Para facilitar la tramitación discrecional de los casos de menores, se procurará facilitar a la comunidad programas de supervisión y orientación temporales, restitución y compensación a las víctimas.”

²⁸ La Ley 27337, en este punto, reemplazó el término “trabajo” del Decreto 26.102 anterior, por “actividades”, a saber: “Artículo 227. Consentimiento: Las actividades que realice el adolescente como consecuencia de la Remisión del proceso deberán contar con su consentimiento, el de sus padres o responsables y deberán estar de acuerdo con su edad, su desarrollo y sus potencialidades.”

consecuencia de la remisión deberán contar con su consentimiento; pero no se lo requiere para el otorgamiento de la remisión en sí. Por otra parte, no queda claro si en todos los casos la remisión será con medida. Todas estas dificultades debidas a una descuidada técnica legislativa pueden corregirse, sobre la base de los principios rectores, por la jurisprudencia.

En cuanto a la limitación de la privación de la libertad, el Código peruano coincide con el ECA en el plazo máximo de tres años²⁹ (artículo 235)³⁰ y prevé una mejor limitación al establecer que procede cuando, en primer lugar, se trate de acto infractor doloso cuya pena sea mayor de cuatro años. Las otras dos limitaciones son similares a las del ECA y no se prevé que, en el supuesto de incumplimiento, la internación no puede exceder de tres meses. Si bien el nuevo Código del Perú intenta superar el problema de la interpretación de la categoría gravedad en el primer inciso del artículo que se comenta al establecerse que se trate de delitos dolosos reprimidos con penas mayores de cuatro años, luego, al volver a hablar de “infracciones graves”, reintroduce el mismo problema de vaguedad señalado en relación con el ECA.

Un comentario final es que, a diferencia del Código aprobado en 1992 como primera reforma a la legislación tutelar clásica luego de aprobada la Convención sobre los Derechos del Niño, esta nueva versión incorporó al texto de la ley disposiciones referidas al pandillaje pernicioso³¹, que habían sido dictadas como normas de excepción junto con las referidas al terrorismo agravado. Esta incorporación implica serios problemas como siempre ocurre con cualquier incorporación a un texto legal ordinario de dispositivos de emergencia, aspecto que no es posible analizar aquí pero que no puede ser soslayado.

Guatemala

La Ley de Protección Integral de la Niñez y Adolescencia³² establece que deberá entenderse como adolescentes en conflicto con la ley penal “... a aquel o aquella cuya conducta viole la ley penal” (artículo 132). Son sujetos de esta sección de la ley de protección integral dedicada a la justicia juvenil todas las personas que tengan al momento de incurrir en una acción en conflicto con la ley penal o leyes especiales, una edad comprendida entre los trece y “menos de dieciocho años” (artículo 133)³³.

La ley distingue entre dos grupos etarios en cuanto a: 1) el proceso, 2) las medidas y 3) su ejecución: a partir de los trece años de edad y hasta los quince años de

²⁹ “Artículo 235. Internación: La internación es una medida privativa de libertad. Se aplicará como último recurso por el período mínimo necesario, el cual no excederá de tres años.”

³⁰ Artículo 250 del Decreto Ley 26102.

³¹ Artículos 193/198.

³² Decreto N° 27-03, del 4 de junio de 2003 (modificado por el Decreto N° 2-2004).

³³ El Código de la Niñez y la Juventud (Decreto 78/96 aprobado el 11 de septiembre de 1996), que habiendo sido objeto de sucesivas prórrogas nunca entró en vigencia, establecía que debía entenderse como una acción cometida por un joven en conflicto con la ley penal a aquella que fuera tipificada como delito o contravención en el Código Penal o en las leyes especiales. Eran sujetos de esta ley todas las personas que tuvieran una edad comprendida entre los doce años y menos de dieciocho años al momento de incurrir en una acción en conflicto con la ley penal o leyes especiales (artículo 160).

edad, y a partir de los quince años de edad y hasta tanto no se hayan cumplido los dieciocho años de edad³⁴.

Los actos cometidos por un menor de trece años de edad, que constituyan delito o falta no serán objeto del Título II de la Ley. Se prevé que estos niños y niñas serán objeto de la atención médica, psicológica y pedagógica que fuere necesaria bajo el cuidado y custodia de sus padres o encargados y la atención de los Juzgados de la Niñez y la Adolescencia (artículo 138)³⁵.

Se prevén formas anticipadas de terminación del proceso como el cumplimiento de las obligaciones impuestas en el acta de conciliación, la remisión y el criterio de oportunidad reglado (artículo 184)³⁶.

El proceso prevé una instancia nueva en el debate para adolescentes infractores, que es la cesura. Así, el artículo 214 establece que el juez dividirá el debate en dos etapas: una que verse sobre el grado de responsabilidad del adolescente en el acto que viole la ley penal, y otra que verse sobre la idoneidad y justificación de la sanción³⁷.

Respecto de las consecuencias jurídicas a las que llama sanciones socioeducativas, el Capítulo VIII se titula de ese modo: “Sanciones Socioeducativas”, si bien a continuación, la Sección segunda se titula “Definición de medidas o sanciones”, lo que denota cierta incongruencia o, por lo menos, desprolijidad en la técnica legislativa.

En cuanto a las sanciones privativas de libertad, el artículo 248 señala que se las utilizará “... como último recurso y sólo cuando no sea posible aplicar otro tipo de sanción”. La ley ha previsto diversas modalidades de ejecución de la privación de libertad: domiciliaria, durante el tiempo libre, en centros especializados durante los fines de semana –comprendido desde el sábado a partir de las ocho horas hasta el domingo a las dieciocho horas– y, finalmente, privación de libertad en centro especializado de cumplimiento en régimen abierto, semiabierto o cerrado³⁸. Esta última es de carácter excepcional. Puede ser aplicada sólo en los siguientes casos:

a) Cuando se trate de una conducta realizada mediante grave amenaza o violencia hacia las personas y la propiedad y se trate de un delito contra la vida, la libertad sexual, la libertad individual, robo agravado y tráfico de estupefacientes.

³⁴ Ello se desprende del artículo 136. El Código, en igual sentido, distinguía entre dos grupos etarios en cuanto al proceso, a las medidas y a su ejecución; aunque el primero comenzaba a los doce años de edad. Dicha modificación entre la Ley y el Código operará en cada artículo que se refiera a los sujetos de la Ley de Protección Integral, comprendidos en el primero de los grupos etarios.

³⁵ El Código, además de la modificación de la edad –doce años–, hablaba de “delito o contravención” y señalaba que la atención iba a ser brindada por los “Juzgados de la Niñez y Juventud”.

³⁶ Las mismas posibilidades habían sido previstas en el Código (artículo 211).

³⁷ Es importante recordar que el Código hablaba de “medida” y no de “sanción”. Asimismo, otra distinción es el reemplazo del término “joven” por el de “adolescente”.

³⁸ El Código se refería a la privación de libertad domiciliaria, durante el tiempo libre y en centro especializado, como formas de internamiento. Es pues importante el abandono de eufemismos para referirse a la privación de libertad. Por otra parte, el establecimiento de las modalidades “abierto, semiabierto o cerrado” son variantes que incorpora la nueva Ley. Finalmente, la privación de libertad en centros especializados durante el fin de semana no había sido contemplada en el Código y se introduce en la nueva Ley como una variante más para el juez a la hora de sentenciar.

b) Cuando se trate de delitos dolosos sancionados en el Código Penal o leyes especiales, para mayores de edad con pena de prisión superior a seis años.

La duración máxima de esta sanción será de seis años para adolescentes entre los quince y los dieciocho años, y de dos años para adolescentes con edades entre los trece y los quince años³⁹. Se aclara, además, que la sanción privativa de libertad no podrá aplicarse cuando no proceda para un adulto –según los términos del Código Penal–. Asimismo, se ordena al juez considerar el período de detención provisional al que fue sometido el adolescente, al momento de aplicar una sanción de privación de libertad.

El régimen de privación de libertad del joven será aquel que el juez señale, tomando en cuenta las circunstancias personales, familiares, sociales y educativas del adolescente (artículo 252 in fine).

Honduras

En lo sustancial, el Código de la Niñez y de la Adolescencia⁴⁰ establece un sistema de respuesta estatal al delito de los adolescentes muy similar al establecido por la Ley del Menor Infractor de El Salvador, que se analiza más adelante y que fue la primera ley en su tipo de América Latina. Si bien está en muchos aspectos influido por cuestiones tutelares y asistenciales, el tema está tratado en un título aparte dentro del Código y claramente se establece en el artículo 180 que los niños no se encuentran sujetos a la jurisdicción penal ordinaria y “solo podrá deducírseles la responsabilidad prevista en este Código por las acciones u omisiones ilícitas que realicen.” Ello evoca la prescripción al respecto del ECA bajo el nomen juris de inimputabilidad.

Se establece que el sistema previsto por el Código se aplica a mayores de doce años que cometan una infracción o falta, y que los menores de doce años “no delinquen” –sic– y que “en caso de que cometan una infracción de carácter penal solo se les brindará la protección especial que su caso requiera y se procurará su formación integral” –artículo 180–.

De modo similar a las dos leyes guatemaltecas de la última década, y a pesar de algunos problemas en la regulación del proceso, se dedican muchos artículos al tema y se prevén instituciones alternativas como la remisión, la conciliación y la aplicación de criterios de oportunidad.

Los supuestos que habilitan el dictado de una medida de privación de la libertad son similares a los del Estatuto de Brasil, y la duración máxima de esa medida es de ocho años (artículo 198), sin que se distingan a estos fines subgrupos de edad.

³⁹ En el Código, el máximo era de cinco años y el mínimo –para jóvenes entre los doce y los quince años– era de tres años.

⁴⁰ Decreto 73-96 del 30 de mayo de 1996.

Nicaragua

El Código de la Niñez y la Adolescencia de Nicaragua⁴¹ crea una “justicia penal del adolescente” para las personas entre trece y dieciocho años no cumplidos. Se establece una distinción entre aquellos que tienen quince a dieciocho años no cumplidos y quienes tienen trece y catorce años, sin que sea posible que estos últimos sean sometidos a medidas que impliquen privación de la libertad. Este es un estándar importante que ha sido posteriormente retomado por otras legislaciones, como ha ocurrido en México.

Para ambos grupos de edad se habla de responsabilidad.

En cuanto a los menores de trece años, se establece que no serán sujetos a la justicia penal del adolescente y que están exentos de responsabilidad (excepto la civil); aunque se prevé que el juez remita el caso al órgano administrativo correspondiente a los fines de su protección integral (artículo 95). Si bien se trata de un supuesto de derivación automática, se prevé que se respeten las garantías y derechos del niño y que bajo ningún motivo se les aplique una medida privativa de la libertad.

Las garantías para aquellos que están sujetos a la justicia penal de adolescentes (se reconoce expresamente que se trata de una jurisdicción penal especial) se encuentran desarrolladas en los artículos 101 y siguientes. Se prevé un proceso detallado e instancias alternativas al proceso, como la conciliación (artículo 145).

En cuanto a la privación de libertad, se establece la posibilidad de su dictado a partir, por un lado, de una enumeración de los delitos que permiten su aplicación⁴² y, por el otro, el supuesto de incumplimiento de otras medidas, que habilita una privación de libertad por un período máximo de tres meses. La privación de libertad puede dictarse a partir del mínimo establecido para el delito por la ley penal pero en ningún caso podrá exceder de seis años.

Bolivia

En Bolivia el Código del Niño, Niña y Adolescente⁴³, que reemplaza al Código del Menor⁴⁴ de 1992, organiza un sistema de responsabilidad penal de los adolescentes en el Capítulo III del libro tercero bajo el título “Responsabilidad en infracciones”.

En el artículo 221 se define a la infracción como la conducta tipificada como delito en la ley penal, en la que incurre como autor o partícipe un adolescente y de la cual emerge lo que este Código denomina “responsabilidad social”.

⁴¹ Ley 287, aprobada el 24 de marzo de 1998.

⁴² Asesinato atroz, asesinato, homicidio doloso, infanticidio, parricidio, lesiones graves, violación, abusos deshonestos, raptos, robo, tráfico de drogas, incendio y otros estragos, envenenamiento o adulteramiento de agua potable, bebidas, comestibles o sustancias medicinales (artículo 203).

⁴³ Ley 2026, aprobada el 27 de octubre de 1999.

⁴⁴ Ley 1403 del 18 de diciembre de 1992.

Desde el comienzo se plantea un problema con el ámbito de aplicación, ya que según el artículo 2 de la ley son adolescentes las personas entre doce y dieciocho años, mientras que el artículo 222 establece que la responsabilidad del adolescente se aplicará a las personas comprendidas entre los doce y menores de dieciséis años. Se agrega un artículo –que no resuelve el problema– que establece que las personas entre dieciséis y veintiún años serán sometidas a la legislación ordinaria, pero contarán con la protección a que se refieren las normas de ese título (225).

Respecto de las niñas y niños, esto es, de las personas menores de doce años, se prevé que se les apliquen, previa investigación, medidas de protección, y que no se dispondrán por ningún motivo medidas privativas de libertad (artículo 223). En este punto la ley avanza con garantías específicas sobre el esquema ya analizado de derivación automática de los niños al sistema de protección tal como se observó en la ley de Nicaragua.

Se establecen las garantías procesales (artículo 230) y se regula la participación del fiscal (artículo 234). También se establece el principio de proporcionalidad por el hecho (artículo 239) y la determinación temporal de las medidas socioeducativas (artículo 238), entre otras garantías procesales.

El Código avanza considerablemente al establecer la excepcionalidad del dictado de una medida cautelar, y la posibilidad de diversificarla (artículos 231 y 232). Sobre la detención preventiva, se impone un límite al juez –que debe ser interpretado en forma restrictiva– al preverse que sólo procederá, entre otros motivos, cuando el delito imputado tenga prevista una pena privativa de libertad cuyo máximo sea de cinco años o más. Se establece también una extensión máxima de cuarenta y cinco días (artículo 233) en concordancia con la pionera ley del Brasil.

En cuanto a las consecuencias jurídicas –que el Código sigue llamando “medidas socioeducativas”– y en particular sobre la sanción de privación de libertad en centro especializado, se prevé la posibilidad de su aplicación para el mismo supuesto en el que se la admite como detención preventiva, y para el caso de incumplimiento injustificado y reiterado de otras medidas socioeducativas. En este último caso no podrá exceder de tres meses. En el primer supuesto, el plazo máximo de duración es de cinco años para adolescentes entre catorce y dieciséis años y de tres años para aquellos comprendidos entre las edades de doce a catorce. Se agrega una garantía adicional que es que nunca podrá aplicarse en un caso en el que, tratándose de un adulto, no pudiera aplicarse privación de libertad –artículo 251–.

Paraguay

El Código de la Niñez y la Adolescencia⁴⁵ regula en su libro V el sistema de responsabilidad a aplicar a los adolescentes por infracciones a la ley penal (artículo 192)⁴⁶.

⁴⁵ Aprobado por Ley N° 680 de diciembre de 2000.

⁴⁶ En caso de que exista pluralidad de hechos punibles realizados por una persona como adolescente y como mayor de edad, el artículo 217 establece las pautas para determinar la aplicación del Código de la Niñez y Adolescencia o del derecho penal común.

En sus disposiciones no se señala el alcance del término “adolescente”. De dicha regulación se ocupa la ley N° 1702 (modificada por la Ley N° 2169) que en su artículo 1° dispone que, a los efectos de la interpretación y aplicación de las normas relativas a la niñez y a la adolescencia, se entenderá por aquél a “toda persona humana desde los catorce años hasta los diecisiete años de edad” (inciso b)⁴⁷.

Merece ser transcrita la definición de responsabilidad penal del art. 194: “La responsabilidad penal se adquiere con la adolescencia, sin perjuicio de la irreprochabilidad sobre un hecho, emergente del desarrollo psíquico incompleto y demás causas de irreprochabilidad, previstas en el Artículo 23 y concordantes del Código Penal. Un adolescente es penalmente responsable solo cuando al realizar el hecho tenga madurez sicosocial suficiente para conocer la antijuridicidad del hecho realizado y para determinarse conforme a ese conocimiento.

Con el fin de prestar la protección y el apoyo necesarios a un adolescente que en atención al párrafo anterior no sea penalmente responsable, el Juez podrá ordenar las medidas previstas en el Artículo 34 de este Código”⁴⁸.

En cuanto a las consecuencias jurídicas aplicables a los adolescentes penalmente responsables conforme este Código, se instaura un sistema que está compuesto por medidas a las que clasifica de la siguiente forma: medidas socioeducativas⁴⁹,

⁴⁷ A su vez, señala que por niño se entiende a: “toda persona humana desde la concepción hasta los trece años de edad” (inciso “a”), y por mayor de edad a: “toda persona humana desde los dieciocho años de edad” (inciso “c”).

⁴⁸ “Artículo 34.- DE LAS MEDIDAS DE PROTECCIÓN Y APOYO. Cuando el niño o el adolescente se encuentre en situaciones que señalan la necesidad de protección o apoyo, se aplicarán las siguientes medidas de protección y apoyo: a) la advertencia al padre, a la madre, al tutor o responsable; b) la orientación al niño o adolescente y a su grupo familiar; c) el acompañamiento temporario al niño o adolescente y a su grupo familiar; d) la incorporación del niño en un establecimiento de educación escolar básica y la obligación de asistencia; e) el tratamiento médico y psicológico; f) en caso de emergencia, la provisión de material para el sostenimiento del niño o adolescente; g) el abrigo; h) la ubicación del niño o adolescente en una familia sustituta; e, i) la ubicación del niño o adolescente en un hogar.

Las medidas de protección y apoyo señaladas en este artículo pueden ser ordenadas separada o conjuntamente. Además, pueden ser cambiadas o sustituidas, si el bien del niño o adolescente lo requiere.

Las medidas de protección y apoyo serán ordenadas por la Consejería Municipal por los Derechos del Niño, Niña y Adolescente (CODENI). En caso de una medida señalada en los incisos g) al i) de este artículo, la orden requerirá autorización judicial.”

⁴⁹ Se encuentran reguladas en el artículo 200, el cual dispone que: “son prohibiciones y mandatos que regulan la forma de vida del adolescente con el fin de asegurar y promover su desarrollo y educación. Dichas reglas de conducta no podrán exceder los límites de la exigibilidad, conforme la edad del adolescente. El juez podrá ordenar:

- a) residir en determinados lugares;
- b) vivir con una determinada familia o en determinado hogar;
- c) aceptar un determinado lugar de formación o trabajo
- d) realizar determinados trabajos;
- e) someterse al apoyo y a la supervisión de una determinada persona;
- f) asistir a programas educativos y entrenamiento social;
- g) reparar, dentro de un plazo determinado y de acuerdo con sus posibilidades, los daños causados por el hecho punible;
- h) tratar de reconciliarse con la víctima;
- i) evitar la campaña de determinadas personas;
- j) abstenerse de concurrir a determinados lugares o lugares exclusivos para mayores de edad;
- k) asistir a cursos de conducción; y
- l) someterse, con acuerdo del titular de la patria potestad o del tutor, en su caso, a un tratamiento médico social por un especialista o un programa de desintoxicación”.

Estas medidas se ordenarán por un tiempo determinado que no excederá a dos años de duración; y el juez puede cambiarlas,

correccionales⁵⁰ o privativas de libertad⁵¹ (artículo 196⁵²), las que pueden ser combinadas de acuerdo a lo estipulado en el artículo 199⁵³.

La aplicación de la medida privativa de libertad sólo procede como último recurso (artículo 206)⁵⁴, y su duración será fijada en atención a la finalidad de una internación educativa a favor del condenado, que se extiende de seis meses como mínimo a cuatro años como máximo, aunque en este último caso se puede extender a ocho años si el hecho es calificado como crimen por el derecho penal general. Asimismo, a los fines de la determinación de la medida, se excluye la aplicación de los marcos penales previstos en la legislación penal común (artículo 207).

Se precisa asimismo que cuando el adolescente cumpla dieciocho años, la duración de las medidas impuestas por el juez variarán según se trate de una medida socioeducativa, de una medida de imposición de obligaciones o de una medida privativa de libertad⁵⁵.

eximirlas y prolongarlas, antes del vencimiento del plazo ordenado, hasta tres años de duración, cuando esto sea indicado por razones de la educación del adolescente (artículo 201).

El juez también puede, previo acuerdo de la Consejería Municipal por los Derechos del Niño y Adolescente, decretar la orden al adolescente de aceptar medidas de protección y apoyo previstas en el artículo 34, párrafo segundo, incisos c) e i) del Código (artículo 202).

⁵⁰ *Este tipo de sanciones están conformadas por la amonestación (artículo 204) y la imposición de determinadas obligaciones (artículo 205); y son procedentes como castigo a un adolescente cuando: "sin ser apropiada una medida privativa de libertad, sea necesario llamar sería e intensamente la atención del adolescente acerca de la responsabilidad de su conducta" (artículo 203, primer párrafo).*

Asimismo, se establece que dichas medidas "no tendrán los efectos de una condena o una pena, en lo relativo a los antecedentes del afectado, sin perjuicio de la posibilidad de asentarlas en un registro destinado a recoger datos para actividades estatales, educativas y preventivas" (artículo 203, último párrafo).

⁵¹ *El artículo 206 establece que: "La medida privativa de libertad consiste en la internación del adolescente en un establecimiento especial, destinado a fomentar su educación y su adaptación a una vida sin delinquir".*

⁵² *En el último párrafo se prevé la posibilidad que el juez prescinda de la aplicación de las medidas mencionadas, cuando se indique la internación del adolescente en un hospital psiquiátrico o en un establecimiento de desintoxicación. Estas medidas son tratadas en el artículo 198.*

⁵³ *El que dispone que: "Las medidas socioeducativas y correccionales, así como varias medidas socioeducativas y varias medidas correccionales podrán ser ordenadas en forma acumulativa. Junto con una medida privativa de libertad, podrán ser ordenadas solo imposiciones y obligaciones".*

⁵⁴ *Criterio expuesto en los artículos 196 y 206. En esta última disposición se establece de manera taxativa que la imposición de una medida privativa de libertad procederá cuando:*

- a) las medidas socioeducativas y las medidas correccionales no sean suficientes para la educación del condenado;*
- b) la internación sea recomendable por el grado de reprochabilidad de su conducta;*
- c) el adolescente haya reiterada y gravemente incumplido en forma reprochable medidas socioeducativas o las imposiciones ordenadas;*
- d) anteriormente se haya intentado responder a dificultades de adaptación social del adolescente mediante una modificación de las medidas no privativas de libertad; o*
- e) el adolescente haya sido apercibido judicialmente de la posibilidad de la aplicación de una medida privativa de libertad en caso de que no desistiese de su actitud.*

En este caso la duración de la medida privativa de la libertad será de hasta un año".

⁵⁵ *En este sentido, el artículo 219 regula: "Al cumplir el adolescente 18 años de edad:*

a) una medida socioeducativa vigente será revocada, cuando no existe necesidad de su continuación por razones de cumplimiento de sus objetivos. En todos los casos la medida socioeducativa terminará, cuando el adolescente cumpla veinte años de edad; y

b) una medida de imposición de obligaciones continuará hasta su cumplimiento total, cuando el juez penal de ejecución de medidas no la revoque por el mejor interés del adolescente.

La medida privativa de libertad durará el tiempo máximo fijado en la sentencia respectivamente, aunque el adolescente cumpla dieciocho años de edad.

En caso de una medida privativa de libertad, el juez penal de ejecución de medidas vigilará la posibilidad de ordenar una libertad condicional y la concederá, aplicando en lo pertinente el artículo 51 del Código Penal".

En el Código se regulan el instituto de la suspensión a prueba de la ejecución⁵⁶ y de la condena⁵⁷ a una medida privativa de la libertad; y, también, el régimen de la extinción de la acción penal⁵⁸ y de las medidas impuestas al adolescente⁵⁹.

La vigilancia de las medidas aplicadas al adolescente está encomendada al juez de ejecución, quien, previa producción de informes por los expertos en la materia, puede modificar, sustituir o revocar las medidas ordenadas, cuando sea necesario para el bien de aquél (artículo 218).

Los derechos que asisten a los adolescentes durante la ejecución de las medidas son enumerados en el artículo 245.

Finalmente, se crea una justicia especializada⁶⁰ y se estipula que el procedimiento se regirá por las normas del Código Procesal Penal (adversarial moderno) en cuanto el Código no disponga algo distinto (artículo 231), aunque se establecen algunas reglas especiales vinculadas con: el dictado de medidas provisorias⁶¹ y la prisión preventiva⁶²,

⁵⁶ El artículo 208 dispone que: "En caso de una condena a una medida privativa de libertad de hasta un año, el juez ordenará la suspensión de su ejecución cuando la personalidad, la conducta, y las condiciones de vida del adolescente permitan esperar que éste, bajo la impresión causada por la condena y por medio de obligaciones, reglas de conducta o sujeción a un asesor de prueba, pueda aun sin privación de libertad, adecuar su conducta a las normas sociales y a una vida sin delinquir.

Bajo las condiciones establecidas en el párrafo anterior, el juez podrá suspender la ejecución de una medida privativa de libertad, cuya duración no exceda de dos años, cuando la ejecución con miras al desarrollo del adolescente no sea necesaria.

La suspensión no podrá ser limitada a una parte de la medida, y a este efecto no se computará la privación de libertad compurgada en prisión preventiva u otra forma de privación de libertad.

El juez determinará un periodo de prueba no menor de un año, que deberá contarse desde la sentencia firme. El periodo de prueba podrá ser posteriormente reducido o ampliado".

Por su parte, en el artículo 209 se establece que las reglas de conducta y obligaciones que imponga el juez tendrán como finalidad ejercer una influencia educativa sobre la vida del adolescente.

Se prevé la implementación de una asesoría de prueba con el fin de vigilar y dirigir el cumplimiento de las reglas de conducta y obligaciones impuestas, así como de las promesas (artículo 210).

Las causales por las cuales el juez puede revocar la suspensión a prueba de la ejecución de la medida privativa de la libertad están enunciadas en el artículo 211.

Finalmente, se estipula que se tendrá por extinguida la medida privativa de la libertad cuando haya transcurrido el periodo de prueba sin que la suspensión fuera revocada (artículo 212).

⁵⁷ La que procede "Cuando, agotadas las posibilidades de investigación, no conste con seguridad si el hecho punible realizado por el adolescente demuestra la existencia de tendencias nocivas, que señalan la necesidad de la medida privativa de libertad, el juez podrá emitir un veredicto de reprochabilidad y postergar la decisión sobre la medida privativa de libertad por un periodo de prueba fijado por él.

El periodo de prueba será no menor de un año y no mayor de dos.

Durante el periodo de prueba el adolescente será sometido a un asesor de prueba" (artículo 213).

En el artículo 214 se regulan los supuestos en los que procede la aplicación y extinción de la condena a la medida privativa de libertad.

⁵⁸ Son de aplicación las reglas del Código Penal, salvo en lo relativo a los plazos. En todos los casos, la acción prescribirá en un tiempo igual al máximo de duración de la medida privativa de libertad (artículo 221).

⁵⁹ Se extinguen por: a) llegar a su término; b) por su cumplimiento; c) por fallecimiento del adolescente; d) por amnistía o indulto; y, e) por prescripción (artículo 220).

⁶⁰ Regulada en los artículos 222 a 229. Asimismo, se señala que la policía nacional deberá disponer de cuadros especializados para desarrollar efectivamente los objetivos establecidos en el Código (artículo 230).

⁶¹ Al respecto, el artículo 232 dispone que: "Hasta que la sentencia quede firme, el juzgado penal de la adolescencia podrá decretar medidas provisorias con el fin de promover la educación y de garantizar las prestaciones necesarias para el sustento del procesado.

El juzgado penal de la adolescencia podrá ordenar la internación transitoria del adolescente en un hogar adecuado, en espera de las medidas definitivas resultantes del proceso, si ello fuera recomendable para proteger al adolescente frente a influencias nocivas para su desarrollo y el peligro presente de la realización de nuevos hechos punibles".

⁶² La procedencia del dictado de prisión preventiva se encuentra determinada en el artículo 233, el cual dice: "La prisión preventiva de un adolescente podrá ser decretada sólo cuando con las medidas provisorias previstas en el artículo 232, primer párrafo, de este Código no sea posible lograr su finalidad. Al considerar la proporcionalidad de la medida, se tendrá en cuenta la carga emocional que la ejecución de la misma implica para el adolescente.

En caso de decretar la prisión preventiva, la orden debe manifestar expresamente las razones por las cuales otras medidas, en especial, la internación transitoria en un hogar, no son suficientes y la prisión preventiva no es desproporcionada.

En caso de que el adolescente no haya cumplido dieciséis años, la prisión preventiva podrá ser decretada por peligro de fuga, sólo cuando éste: a) en el mismo procedimiento ya se haya fugado con anterioridad o cuando realice preparativos concretos para fugarse; o, b) no tenga arraigo".

la reserva de las actuaciones (artículo 235), la prórroga especial de la competencia (artículo 237), el dictado de la sentencia y su notificación (artículos 239 y 240), la procedencia e interposición de recursos (artículos 243 y 244) y las formas de terminación anticipada del proceso⁶³.

Ecuador

En Ecuador, el Código de la Niñez y Adolescencia (CNA)⁶⁴ reemplazó al Código de Menores⁶⁵ de 1992, que trataba el tema de los adolescentes infractores dentro del Título referido a los “menores en situación de riesgo”. Actualmente, el CNA lo desarrolla en el Libro Cuarto, denominado “Responsabilidad del Adolescente Infractor”.

El artículo 305 establece que “Los adolescentes [entre doce y dieciocho años no cumplidos] son penalmente inimputables y, por tanto, no serán juzgados por jueces penales ordinarios ni se les aplicarán las sanciones previstas en las leyes penales”. En caso de que cometan infracciones tipificadas en la ley penal, declarada su responsabilidad, se precisa que estarán sujetos a medidas socioeducativas (artículo 306).

Los niños y niñas (esto es, los menores de doce años) no son penalmente responsables, por lo que no están sujetos ni al juzgamiento ni a las medidas socioeducativas contempladas en el Código. Se prohíbe su detención e internación preventiva (artículo 307)⁶⁶. Este artículo en su último párrafo establece como garantía que “Cuando de las circunstancias del caso se derive la necesidad de tomar medidas de protección, éstas se tomarán respetando las condiciones y requisitos del presente Código”.

El artículo 309 se refiere a los objetivos de la investigación y de la determinación de la responsabilidad cuando señala que “El proceso de juzgamiento, además de establecer el grado de participación del adolescente en el hecho del que se le acusa, tiene por finalidad investigar las circunstancias del hecho, la personalidad del adolescente y su conducta, y el medio familiar y social en el que se desenvuelve, de manera que el Juez pueda, de acuerdo a las reglas establecidas en este Código, aplicar la medida socio-educativa más adecuada para fortalecer el respeto del adolescente por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros, promover la reintegración del adolescente y que éste asuma una función constructiva en la sociedad”⁶⁷.

⁶³ Se prevé a las formas establecidas en el Código Procesal Penal de la Nación y a la remisión (artículo 241). Esta última modalidad es regulada en los artículos 234 y 242.

⁶⁴ Ley 100 aprobada el 17 de diciembre de 2002; RO/ 737, del 3 de enero del 2003.

⁶⁵ Registro Oficial 995 del 7 de agosto de 1992.

⁶⁶ El Código de Menores establecía en el artículo 166 que ningún menor de doce años podía ser privado de libertad y que “en estos casos” el Tribunal de Menores debería resolver la medida socioeducativa que más le conviniera, con el fin de promover su desarrollo, dignidad y responsabilidad. Adviértase que la privación de libertad existía como medida socio-educativa con el nombre de ubicación institucional (artículo 184).

⁶⁷ En el Código de Menores se preveía que el proceso de investigación tendría como finalidad, además de conocer el grado de participación del menor en los hechos, el investigar su personalidad, las circunstancias del acto, comprobar su conducta, descubrir las causas, y el medio en que se desenvolvía, con el fin de aplicar el tratamiento socioeducativo necesario para su reintegración social (artículo 179).

Se establecen garantías procesales (arts. 311 a 318). Asimismo, se reconoce explícitamente el principio de proporcionalidad entre la infracción atribuida y la medida socioeducativa aplicada (artículo 319).

Entre los motivos de aprehensión por parte de funcionarios policiales (artículo 326), se prevén: a) la infracción de acción pública en flagrancia, b) que el adolescente se haya fugado de un centro especializado de internamiento en el que estaba cumpliendo una medida socioeducativa y c) cuando el juez competente haya ordenado la privación de la libertad.

Respecto de las consecuencias jurídicas a las que denomina “medidas socio-educativas”, el CNA establece que podrá disponerse la privación de la libertad del adolescente sólo como último recurso y por orden escrita del juez competente. No obstante, el internamiento preventivo podrá ser revocado en cualquier etapa del proceso, de oficio o a petición de parte (artículo 321). Sumado a ello, el Código prevé la aplicación de medidas cautelares para asegurar la intermediación del adolescente imputado con el proceso y su eventual responsabilidad civil o la de su representante (artículo 323). En su manifestación más severa, el artículo 325 señala que la medida cautelar podrá consistir en la detención o internamiento preventivo del adolescente imputado (aunque acotada a un máximo de hasta veinticuatro horas y con fines específicos de investigación –artículo 328– o para asegurar su comparecencia a la audiencia preliminar o a la de juzgamiento –artículo 329–).

Se regula en el art. 369 inc. 10 el internamiento institucional, al que se define como la privación total de la libertad del adolescente infractor que es internado en un centro de internamiento especializado. Esta medida se puede aplicar únicamente a adolescentes infractores mayores de catorce años de edad y por infracciones que en la legislación penal ordinaria son sancionadas con reclusión. Se autoriza la aplicación de esta medida respecto de adolescentes menores de catorce años únicamente respecto de los delitos de asesinato, homicidio, violación, plagio de personas y robo con resultado de muerte.

Como novedad se destaca el sistema de penas relativamente tasadas que incorpora este nuevo Código en el artículo 370.

República Dominicana

El Código para el Sistema de Protección y los Derechos Fundamentales de Niños, Niñas y Adolescentes⁶⁸, señala en su artículo 222 como objetivo de la justicia penal “de la persona adolescente” –una vez establecida la responsabilidad penal– aplicar la medida socioeducativa o la sanción correspondiente y promover la educación, atención integral e inserción de la persona adolescente en la familia y en la sociedad.

⁶⁸ Ley 136-03, aprobada el 15 de julio de 2003.

Se diferencian dos rangos etarios –13 a 15 años inclusive y desde los 16 años hasta alcanzar la mayoría de edad–. Se establece que los niños y niñas menores de trece años en ningún caso serán responsables penalmente, por lo que no podrán ser detenidos, ni privados de su libertad, ni sancionados por autoridad alguna (art. 223).

Se considera imputado al adolescente a quien se le atribuya la comisión o participación en una infracción a la ley penal. Desde su detención o desde el inicio de la investigación, éste tendrá acceso a una serie de derechos cuya enumeración no es limitativa, ya que se complementa con las disposiciones que en esta materia están contenidas en la Constitución, los tratados internacionales, el Código Procesal Penal y otras leyes. Se establecen garantías procesales básicas (arts. 228 a 235); en particular en materia procesal el principio de oportunidad del ejercicio de la acción pública, la conciliación y la suspensión condicional del procedimiento como mecanismos que permitan concluir en forma anticipada el proceso (artículo 245).

En los artículos 253 a 255 se regula lo atinente a la defensa técnica. A partir del artículo 256 y hasta el 258, se legisla la organización y funciones del ministerio público de niños, niñas y adolescentes. Seguidamente se trata lo relativo a la Policía Judicial de Niños, Niñas y Adolescentes, como un departamento de apoyo del sistema penal de la persona adolescente (arts. 259 a 265).

La ley regula la posibilidad de efectuar estudios psicológicos y sociofamiliares cuya finalidad será “... determinar, a través de profesionales en los campos de psicología y trabajo social y áreas afines, las posibles causas explicativas de la conducta del adolescente, a fin de imponer, en los casos que corresponda, la medida más adecuada...” (artículo 268). Aunque a continuación se señala que de ninguna forma se podrán utilizar estos informes para la determinación de la culpabilidad, el párrafo siguiente agrega: “Tanto el estudio sociofamiliar como el psicológico, tendrán un valor equivalente al de un dictamen pericial, y será valorado conforme a las reglas de la sana crítica. Se podrá solicitar que los especialistas que suscriban el estudio se presenten a la etapa de juicio”.

La conducta tipificada como crimen, delito o contravención por las leyes penales, cometida por una persona adolescente, se considerará acto infraccional (artículo 278).

Con la finalidad de garantizar la presencia del adolescente en el proceso de investigación hasta la etapa de juicio, a pedido del Ministerio Público de Niños, Niñas y Adolescentes, el juez podrá aplicar medidas cautelares que van desde el cambio de residencia hasta la privación provisional de la libertad en un centro especializado (artículo 286). Tales medidas cautelares podrán tener como máximo dos meses de duración; aunque prorrogables por el juez, una única vez, por un mes adicional –con excepción de la privación provisional de la libertad–. Esta última sólo podrá ordenarse cuando no fuere posible aplicar otra medida cautelar menos grave.

Asimismo, deberán existir elementos de convicción suficientes para sostener que el adolescente, probablemente, sea autor o cómplice de la comisión de una infracción a la ley penal y que, de conformidad con la calificación dada a los hechos, se trate de una infracción que en el derecho común se castigue con una sanción que exceda los cinco años. En este caso, además de los supuestos en los que exista peligro de fuga, la medida cautelar podrá decretarse cuando exista peligro de entorpecimiento de la investigación o peligro para la víctima, el denunciante, querellante o el testigo. De ser aplicada, tendrá una duración máxima de 30 días –prorrogables por 15 días más– y podrá ser sustituida por otra medida menos grave en cualquier momento, a solicitud de las partes (artículo 291).

Sobre la premisa definida en la propia ley que indica que la finalidad de la sanción socioeducativa (así se denomina a las consecuencias jurídicas) es la educación, rehabilitación e inserción social de las personas adolescentes declaradas responsables por infracciones a la ley penal (artículo 326), el juez podrá optar por aplicar sanciones que van desde la simple amonestación y advertencia, hasta sanciones privativas de libertad (artículo 327). La forma más grave de esta última es la privación de libertad definitiva en un centro especializado. Se trata de una sanción de carácter excepcional que sólo podrá ser aplicada cuando el adolescente fuera declarado responsable de la comisión de por lo menos uno de los siguientes delitos (acto infraccional): homicidio, lesiones físicas permanentes, violación y agresión sexual, robo agravado, secuestro, venta y distribución de drogas narcóticas, infracciones a la ley penal vigente que sean sancionadas con penas de reclusión mayores de 5 años; y, del mismo modo, el adolescente que incumpla injustificadamente las sanciones socioeducativas y órdenes de orientación o supervisión que le hayan sido impuestas. La duración máxima de esta sanción será de uno a tres años para el adolescente entre trece y quince años de edad y de uno a cinco años para los adolescentes entre dieciséis y dieciocho años no cumplidos.

Finalmente, el artículo 328 dispone que al momento de determinar la sanción aplicable, el Juez de Niños, Niñas y Adolescentes deberá tener en cuenta los siguientes criterios:

- a) Que se haya comprobado la comisión del acto infraccional y la participación del adolescente investigado;
- b) la valoración psicológica y sociofamiliar del adolescente imputado;
- c) que la sanción que se le imponga al adolescente imputado sea proporcional y racional al daño causado por la conducta delictiva; que sea conducente a su inserción familiar y comunitaria, y que sea viable en las condiciones reales en que deberá cumplirse;

- d) la edad del adolescente y sus circunstancias personales, familiares y sociales;
- e) las circunstancias en que se hubiesen cometido las infracciones penales, tomando en cuenta aquellas que atenúen o eximan su responsabilidad;
- f) los esfuerzos del niño, niña o adolescente por reparar el daño causado; y
- g) cualquier otro supuesto que establezca la legislación penal, siempre que garantice los principios de este Código.

Venezuela

La Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente⁶⁹ expresamente establece un “sistema penal de responsabilidad del adolescente”. Define a este sistema como el conjunto de órganos y entidades que establecen la responsabilidad del adolescente por los hechos punibles en los que incurra, que aplican y que controlan las sanciones correspondientes (artículo 526). También prevé expresamente que el adolescente que viole derechos penalmente protegidos responde por el hecho en la medida de su culpabilidad, de forma diferenciada al adulto. La diferencia consiste en la jurisdicción especializada y en la sanción que se le impone (artículo 528).

El sistema se aplica a las personas comprendidas entre los doce y los dieciocho años no cumplidos y, si se trata de un niño, se le aplican medidas de protección de acuerdo a lo previsto en la propia ley (artículo 532). Se establece una distinción a los efectos de la aplicación y ejecución de las sanciones entre los que tienen entre doce y catorce años no cumplidos, y catorce a dieciocho años no cumplidos (artículo 533). Se prevé un diseño procesal acorde con los más modernos sistemas procesales penales.

En cuanto a las consecuencias jurídicas de la declaración de responsabilidad penal, la privación de la libertad puede ser dictada sólo si se trata de algunos delitos en particular⁷⁰, en caso de reincidencia y de que el hecho de que la nueva sanción esté reprimido con pena que en su máximo sea igual o mayor a cinco años, y se contempla el supuesto de incumplimiento de otras medidas que sólo habilita la privación de la libertad hasta por seis meses.

En cuanto a la duración máxima de la privación de la libertad, que así es llamada en el Proyecto (artículos 628, 662 y concordantes), se prevé una duración no inferior a un año y no superior a cinco para aquellos adolescentes mayores de catorce años. Si se trata de menores, no podrá ser menor de seis meses ni mayor de dos años. Se establece un límite adicional, y es que en ningún caso podrá imponerse al adolescente un lapso de privación de la libertad mayor al límite mínimo de pena establecido en la ley penal para el hecho punible correspondiente.

⁶⁹ Ley N° 5266, aprobada el 3 de septiembre de 1998.

⁷⁰ Homicidio excepto el culposo, lesiones gravísimas, salvo las culposas, violación, robo agravado, secuestro, tráfico de drogas, y robo y hurto sobre automotores.

Uruguay

El Código de la Niñez y la Adolescencia⁷¹ del Uruguay entiende por niño a toda persona hasta los trece años de edad y por adolescente a los mayores de trece y menores de dieciocho años de edad (artículo 1). En caso de que se encuentren involucrados niños menores de trece años de edad, el artículo 74, inciso B, último párrafo, dispone que se debe proceder de conformidad a lo establecido en el Capítulo XI denominado “Protección de los derechos amenazados o vulnerados de los niños y adolescentes y situaciones especiales” (artículos 117 y siguientes).

En el apartado II denominado “De los adolescentes y las infracciones a la ley penal” del Capítulo IX “De los niños y adolescentes”, se organiza un sistema de responsabilidad penal de los adolescentes. Allí se considera adolescente infractor a quien sea declarado responsable por sentencia ejecutoriada, dictada por juez competente, como autor, coautor o cómplice de acciones u omisiones descritas como infracciones a la ley penal (artículo 70), las que son especificadas en el artículo 69⁷² y, a su vez, clasificadas en graves y gravísimas (artículo 72⁷³).

Se estipula que sólo se puede someter a proceso penal al adolescente que como consecuencia de su acción u omisión se le pueda atribuir “material y psicológicamente” un hecho constitutivo como infracción a la ley penal (artículo 71).

⁷¹ Aprobado el 19 de diciembre de 2001.

⁷² El cual dispone: “A los efectos de este Código son infracciones a la ley penal:

- 1) Las acciones u omisiones dolosas consumadas, cometidas en calidad de autor, coautor, tipificadas por el Código Penal y las Leyes penales especiales.
- 2) Las acciones u omisiones culposas consumadas, cometidas en calidad de autor, coautor, tipificadas por el Código Penal y las leyes penales especiales, cuando el juez reúna los elementos de convicción suficientes, fundados exclusivamente en el desarrollo de la personalidad psicosocial del infractor; avalado por un equipo técnico, que permita concluir que el adolescente disponía la capacidad cognitiva de las posibles consecuencias de su obrar.

- 3) La tentativa de infracciones gravísimas a la ley penal.

- 4) La participación en calidad de cómplice en infracciones gravísimas a la ley penal”.

⁷³ Establece que: “Las infracciones a la ley penal se clasifican en graves y gravísimas.

Son infracciones gravísimas a la ley penal:

- 1) Homicidio (artículo 310 del Código Penal).
- 2) Lesiones gravísimas (artículo 318 del Código Penal).
- 3) Violación (artículo 272 del Código Penal).
- 4) Rapiña (artículo 344 del Código Penal).
- 5) Privación de libertad agravada (artículo 282 del Código Penal).
- 6) Secuestro (artículo 346 del Código Penal).
- 7) Extorsión (artículo 345 del Código Penal).
- 8) Tráfico de estupefacientes (artículo 31 y 32 del Decreto-Ley N° 14.294, del 31 de octubre de 1974, en la redacción dada por el artículo 3° de la Ley N° 17.016, del 22 de octubre de 1998).
- 9) Cualquier otra acción u omisión que el Código Penal o las leyes especiales castigan con una pena cuyo límite mínimo sea igual o superior a seis años de penitenciaría o cuyo límite máximo sea igual o superior a doce años de penitenciaría.
- 10) La tentativa de las infracciones señaladas en los numerales 1), 5) y 6) y la complicidad en las mismas infracciones.

En los casos de violación no se tomará en cuenta la presunción del ejercicio de violencia (artículo 272 del Código Penal).

Las restantes son infracciones graves a la ley penal”.

El juzgamiento de las infracciones de los adolescentes a la ley penal está a cargo de los Jueces Letrados de Adolescentes (artículo 65⁷⁴), con lo que se garantiza el principio de justicia especializada.

Los derechos y garantías del procedimiento de adolescentes infractores a la ley penal son detallados en el apartado I del Capítulo X (artículo 74). Allí se mencionan los principios de: judicialidad y legalidad (inciso A), responsabilidad (inciso B), excepcionalidad de la detención (inciso C), humanidad (inciso D), inocencia (inciso E), inviolabilidad de la defensa en juicio (inciso F), libertad de comunicación (inciso G), prohibición del juicio en rebeldía (inciso H), impugnación (inciso I), duración razonable (inciso J), asistencia de intérpretes (inciso K) y de oportunidad reglada (inciso L)⁷⁵.

Los derechos y garantías del procedimiento, así como también el régimen procesal, están regulados en el Capítulo X, apartados I y II.

En lo que respecta al dictado de medidas cautelares el artículo 76, inciso 5), establece que el Juez puede dictar las que resulten necesarias y que menos perjudiquen al adolescente. Entre ellas se encuentran: la prohibición de salir del país; la prohibición de acercarse a la víctima o a otras personas, de concurrir a determinados lugares o de tomar contacto con personas determinadas; la obligación de concurrir periódicamente al Tribunal o ante la autoridad que el Juez determine; el arresto domiciliario y la internación provisoria (apartados 1 al 5). Estas dos últimas medidas en ningún caso pueden durar más de sesenta días y sólo se pueden aplicar si la infracción que se imputa al adolescente puede ser objeto en definitiva de una medida privativa de la libertad, siempre que sea indispensable para asegurar su comparecencia al proceso o para seguridad de la víctima, el denunciante o testigos (apartado 5.A) y B) del inciso 5).

El Juez, al dictar la sentencia declarativa de responsabilidad penal, puede imponer medidas socioeducativas, que pueden ser no privativas de libertad⁷⁶ o privativas de libertad⁷⁷ (artículo 76, inciso 12, primer párrafo). La privación de la libertad sólo

⁷⁴ La cual modifica el artículo 67 de la Ley N° 15.570, que establece la competencia de los órganos jurisdiccionales en materia de niños y adolescentes.

⁷⁵ En el artículo 104 se establece que: "En cualquier estado del proceso el Juez podrá, oyendo al Ministerio Público, al adolescente y a su defensa, prescindir total o parcialmente de la persecución penal; o limitada a una o varias infracciones o de alguna o de todas las personas que hayan participado en el hecho, cuando:

A) Se trate de un hecho que, por su escasa gravedad o lo exiguo de la contribución del partícipe, haga innecesaria una medida definitiva.

B) El adolescente haya sufrido, a consecuencia del hecho, un daño físico o moral grave".

⁷⁶ A saber: advertencia, amonestación, orientación, observancia de reglas de conducta, servicios a la comunidad, reparación del daño o satisfacción a la víctima, prohibición de conducir vehículos motorizados, libertad asistida y vigilada (artículos 80 a 85).

⁷⁷ El artículo 88 dispone que son consideradas medidas de este tipo: "A) Internación en establecimientos, separados completamente de los establecimientos carcelarios destinados a los adultos; y B) Internación en iguales condiciones con posibilidades de gozar de semilibertad". A su vez, los artículos 89 y 90 establecen en qué consisten la privación de libertad y el régimen de semilibertad. Mientras que en el artículo 102 se establecen los derechos y deberes durante la ejecución de las medidas socioeducativas".

será utilizada como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda, debiendo el Juez fundamentar por qué no es posible aplicar otra medida distinta (artículos 76, inciso 12, segundo y tercer párrafo; 86 y 87).

El artículo 91 dispone que la medida de privación de la libertad tendrá una duración máxima de cinco años, y que en ningún caso el adolescente condenado, que al llegar a los dieciocho años permanezca sujeto a medida, cumplirá lo que le resta en establecimientos destinados a los adultos.

Cuando la medida impuesta haya cumplido su finalidad socioeducativa, se prevé la posibilidad de hacerla cesar, sustituirla o modificarla (artículo 94).

El control y ejecución de las medidas está a cargo de los Jueces Letrados de Adolescentes (artículo 100).

Colombia

Recientemente aprobado por ambas Cámaras, el Proyecto de Código de la Infancia y la Adolescencia⁷⁸ organiza un nuevo sistema de protección que derogará el Código de Menores del año 1989.

En el Libro Segundo regula el “Sistema de responsabilidad penal para adolescentes y procedimientos especiales para cuando los niños, las niñas o adolescentes son víctimas de delitos”, el que, a su vez, se encuentra dividido en dos títulos: el primero dedicado a los adolescentes involucrados en la comisión de un delito⁷⁹ y el segundo, dirigido a los niños, las niñas y adolescentes víctimas de un delito⁸⁰.

Se consideran niños a las personas que están por nacer y a quienes tienen entre cero y doce años de edad, y adolescentes a las personas que tienen entre catorce y dieciocho años de edad (artículo 3)⁸¹.

El sistema de responsabilidad penal para adolescentes es definido como el conjunto de principios, normas, procedimientos, autoridades judiciales especializadas y entes administrativos que rigen o intervienen en la investigación y juzgamiento de los delitos cometidos por personas que tengan entre catorce y dieciocho años al momento de cometer el hecho punible (artículo 138). La finalidad del sistema, tanto en el proceso como en las medidas que se adopten (de carácter pedagógico), es “garantizar la justicia restaurativa, la verdad y la reparación del daño” (artículo 139).

Quedan excluidas del sistema de responsabilidad penal las personas menores de catorce años, quienes no pueden ser juzgadas ni declaradas responsables

⁷⁸ Aprobado por el Senado el 29 de agosto de 2006, pendiente etapa final del trámite constitucional.

⁷⁹ Artículos 138 a 189.

⁸⁰ Artículos 190 a 196.

⁸¹ El artículo 3 omite precisar si las personas que tienen entre 12 y 14 años de edad son consideradas niños o adolescentes.

penalmente ni privadas de libertad, bajo denuncia o imputación de haber cometido una conducta punible⁸². En este último caso, del mismo modo que si una persona de esta edad es detenida en flagrancia, la Policía de Infancia y Adolescencia debe entregar al niño inmediatamente a la autoridad competente para la verificación de la garantía de sus derechos, de acuerdo con lo establecido en los artículos 141 y 142⁸³ de este Código.

El procedimiento aplicable a los adolescentes está regido por las normas consagradas en el Código de Procedimientos Penales (Ley Nro. 906 de 2004) que crea un sistema adversarial moderno⁸⁴.

Se establecen garantías procesales (artículos 150 a 154), el procedimiento para recibir testimonio a un niño, niña o adolescente (artículo 149) y varias prohibiciones procesales y sustantivas: celebrar acuerdos entre la fiscalía y la defensa (artículo 156), juzgar a un adolescente en ausencia (artículo 157) y de reputar como antecedente a las sentencias impuestas a adolescentes por la comisión de un delito (artículo 158⁸⁵).

Se regula el mecanismo para la reparación del daño derivado de conductas punibles realizadas por adolescentes (artículos 168) y la solidaridad en la responsabilidad por parte de los padres o representantes legales (artículo 169).

Se regula la aplicación del principio de oportunidad⁸⁶.

Respecto de las consecuencias jurídicas, denominadas sanciones, van desde la amonestación hasta la privación de la libertad en un centro de atención especializada, y varían entre imposición de reglas de conducta, prestación de servicios a la

⁸² También quedan excluidas de responsabilidad penal las personas mayores de catorce años y menores de dieciocho con discapacidad psíquica o mental (artículo 141, último párrafo), aunque se les aplicará una medida de seguridad.

⁸³ En su párrafo 1º dispone que: "Cuando del resultado de una investigación o juicio surjan serias evidencias de la concurrencia de un niño o niña o un adolescente menor de catorce (14) años en la comisión de un delito, se remitirá copia de lo pertinente a las autoridades competentes de protección y restablecimiento".

⁸⁴ Así lo dispone el artículo 143, que, por un lado, establece el empleo de las normas especiales previstas en la ley; y, por otro, exceptúa de aplicación aquellas que sean contrarias al interés superior del adolescente.

En este sentido, se prevé que las audiencias que se efectúen en el proceso de responsabilidad penal pueden ser cerradas al público cuando el juez estime que la publicidad del procedimiento expone a un daño psicológico al niño, niña o adolescente (artículo 146).

También se regula el proceso para la imposición de la sanción a adolescentes por la comisión de un delito o de una contravención de policía (artículos 187 y 188).

En el artículo 189 se define el procedimiento a seguir en los casos de detención en flagrancia.

⁸⁵ Establece además que "los registros son reservados y podrán ser utilizados por las autoridades judiciales competentes para definir las medidas aplicables cuando se trate de establecer la naturaleza y gravedad de las conductas y la proporcionalidad e idoneidad de la medida".

⁸⁶ En lo referente a estas tres últimas causales el artículo 173 dispone que: "Las autoridades judiciales deberán facilitar en todo momento el logro de acuerdos que permitan la conciliación y la reparación de los daños, y tendrán como principio rector la aplicación preferente del principio de oportunidad. Estas se realizarán con el consentimiento de ambas partes y se llevarán a cabo con una visión pedagógica y formativa mediante la cual el niño, la niña o el adolescente pueda tomar conciencia de las consecuencias de su actuación delictiva y de las responsabilidades que de ella se derivan. Asimismo, el conciliador buscará la reconciliación con la víctima.

Cuando de la aplicación del principio de oportunidad se pudieren derivar riesgos para la vida y la integridad física del adolescente, el juez competente deberá ordenar otras medidas de protección, las cuales incluirán, entre otras, ayudas económicas para el cambio de residencia de la familia. El Gobierno gestionará la apropiación de las partidas necesarias para cubrir este rubro".

comunidad y el internamiento en régimen semicerrado (artículos 175⁸⁷ y 180 a 185). Su finalidad es protectora, educativa y “restaurativa” y se aplican con el apoyo de la familia y de especialistas (artículo 176)⁸⁸.

El Código adopta la definición de las Naciones Unidas de privación de libertad como “toda forma de internamiento, en un establecimiento público o privado, ordenada por autoridad judicial, del que no se permite al adolescente salir por su propia voluntad” (artículo 159). Esta sólo procede de modo excepcional y como medida pedagógica (artículo 160), y debe ser cumplida en un establecimiento de atención especializada separado de los adultos (artículo 161).

Se admite el internamiento preventivo del adolescente durante la sustanciación del proceso, como último recurso, cuando exista peligro de fuga o de entorpecimiento de la investigación (destrucción u obstaculización de pruebas y peligro grave para la víctima, el denunciante, el testigo o la comunidad). Sólo procede en los casos en que, de acuerdo a la gravedad del delito, sea admisible la privación de la libertad como medida y no podrá exceder de cuatro meses, prorrogable por un mes más; transcurrido ese tiempo el juez debe hacer cesar la medida y sustituirla por otra medida como la asignación a una familia, el traslado a un hogar o una institución educativa (artículo 179).

Este minucioso Código regula criterios para la individualización de las sanciones, la forma en que debe computarse el internamiento preventivo al imponer la sanción de privación de la libertad y las consecuencias por el incumplimiento de cualquiera de las sanciones previstas en el Código y compromisos asumidos por el adolescente (artículo 177).

Se dispone que la privación de la libertad tendrá lugar en un centro de atención especializada y se aplicará, con diferencias sustanciales, para dos grupos de edad: a los adolescentes mayores de dieciséis y menores de dieciocho años que sean hallados responsables de la comisión de delitos cuya pena mínima establecida en el Código Penal sea o exceda de seis años de prisión, en cuyo caso su duración será de uno hasta cinco años; en tanto que en los casos en que los adolescentes mayores de catorce y menores de dieciocho años sean hallados responsables de homicidio doloso, secuestro o extorsión, en todas sus modalidades, la privación de la libertad en centro de atención especializada tendrá una duración de dos hasta ocho años (artículo 185)⁸⁹.

⁸⁷ En su parágrafo 1° se establece que: “Para la aplicación de todas las sanciones la autoridad competente deberá asegurar que el adolescente esté vinculado al sistema educativo. El Defensor de Familia o quien haga sus veces deberán controlar el cumplimiento de esta obligación y verificar la garantía de sus derechos”.

⁸⁸ Por su parte, el artículo 19 establece que los niños, las niñas y los adolescentes que hayan cometido una infracción a la ley tienen derecho a la rehabilitación y resocialización, mediante planes y programas garantizados por el Estado e implementados por las instituciones y organizaciones que este determine en desarrollo de las correspondientes políticas públicas.

⁸⁹ En el último párrafo del artículo 185 se prevé la posibilidad de sustituir parte de la sanción impuesta por el establecimiento de presentaciones periódicas, servicios a la comunidad, el compromiso de no volver a delinquir y guardar buen comportamiento, por el tiempo que fije el juez. Su incumplimiento acarrea la pérdida de estos beneficios y el cumplimiento del resto de la sanción inicialmente impuesta bajo privación de libertad.

Los derechos que asisten a los adolescentes durante la ejecución de las sanciones se encuentran enumerados en los artículos 178 y 186.

Finalmente, corresponde señalar en esta apretada síntesis que la aplicación de este Código, tanto en el proceso como en la ejecución de medidas por responsabilidad penal para adolescentes, está a cargo de autoridades y órganos especializados en materia de infancia y adolescencia (artículo 147), los que son detallados en los artículos 162 a 167.

2 Los sistemas de justicia juvenil en leyes específicas

El Salvador

La Ley del Menor Infractor⁹⁰ representa la primera reforma que se limitó al tema de las personas menores de dieciocho años imputadas de una infracción penal superadora del modelo tutelar clásico. La decisión respecto de llevar adelante un proceso de adecuación sustancial total o parcial y mediante leyes integrales o leyes específicas ha estado presente en la región en los últimos años, con resultados diversos. El principal problema que se advierte en la variante de la reforma parcial es la indefinida postergación de la reforma referida al ámbito de protección de derechos y en la saturación de la justicia juvenil, a la que se le sigue pidiendo que sirva para garantizar derechos de los adolescentes imputados de delitos⁹¹.

A partir de la Ley del Menor Infractor todos los países que han dictado leyes específicas de la materia penal juvenil o penal especial de adolescentes han optado por elaborar sistemas como los que se describieron más arriba incluidos en códigos integrales. Las diferencias entre las distintas leyes se explican, por un lado, a partir de la experiencia acumulada por cada proceso de reforma legal que permitió mejorar los textos considerablemente a lo largo de los últimos quince años; por el otro, a partir de los diferentes contextos políticos nacionales en los que se discutieron y aprobaron las diferentes leyes, y de la cultura jurídica penal y procesal penal del país de que se trate.

En caso de que se trate de los delitos de homicidio o lesiones personales bajo la modalidad dolosa, delitos contra la libertad, integridad y formación sexuales, o secuestro, cometidos contra niños, niñas y adolescentes, el artículo 197 establece reglas especiales que restringen la obtención de beneficios y mecanismos sustitutivos contemplados en la ley.

⁹⁰ Decreto 863 aprobado el 27 de abril de 1994, recientemente modificado en cuanto al nombre y en algunos artículos específicos por el Decreto 395 del 28 de julio de 2004, publicado en el Boletín Oficial 143, Tomo 364, del 30 de julio del mismo año.

⁹¹ Sobre este punto ver Los equipos multidisciplinarios en las normas internacionales de las que surge el modelo de la protección integral de derechos del niño, en Revista "Nueva Doctrina Penal", Buenos Aires, Del Puerto, 2002/B, pp. 419/442.

La Ley del Menor Infractor establece en el artículo 2 que se aplicará a las personas mayores de doce y menores de dieciocho años de edad. Distingue dos grupos de edad: de dieciséis a dieciocho años no cumplidos y entre doce y quince años. En relación con los menores de doce años que “presenten una conducta antisocial” –sic– se establece que no están sujetos ni al régimen jurídico especial de la Ley ni al común, que están exentos de responsabilidad y que, en su caso, debe darse aviso al organismo administrativo para su “protección integral”.

Las consecuencias jurídicas llamadas medidas están enumeradas en el art. 8 y son a) Orientación y apoyo sociofamiliar; b) Amonestación; c) Imposición de reglas de conducta; d) Servicios a la comunidad; e) Libertad asistida; y f) Internamiento.

Como se advierte, la ley llama internación a la privación de la libertad y establece una duración máxima, en general, para todas las medidas, de cinco años con excepción de aquellos que tuvieren dieciséis años al momento de la comisión del hecho (artículo 17). En este caso el juez puede ordenar el internamiento hasta por un término cuyos mínimo y máximo sean la mitad de los establecidos como pena de prisión respecto del delito de que se trate, pero en ningún caso la medida podrá exceder de siete años (artículo 15).

El internamiento puede ser aplicado cuando concurren los supuestos que autorizan la privación de libertad por orden judicial durante el proceso, regulados en el art. 54:

- a) Que se hubiere establecido la existencia de una infracción penal, cuando el delito estuviere sancionado en la Legislación Penal con pena de prisión cuyo mínimo sea igual o superior a dos años;
- b) Que existieren suficientes indicios o evidencias sobre la autoría o participación del menor en la infracción, teniendo en cuenta las circunstancias en que ocurrió el hecho y el grado de responsabilidad; y
- c) Que existieren indicios de que el menor pudiere evadir la justicia o entorpecer la investigación.

Por primera vez se previó un procedimiento acusatorio (retomado y mejorado sensiblemente por leyes posteriores) para adolescentes infractores que incluye todas las garantías procesales y las hasta entonces inéditas instituciones procesales en la región, como la conciliación originalmente aplicable para todos los delitos o faltas, excepto los que afecten intereses difusos pero que, a partir de la reforma del artículos 59, se limitó también respecto de los delitos de: homicidio simple y agravado, extorsión, privación de libertad, secuestro y atentados contra la libertad individual agravados; delitos relativos a la libertad sexual; y delitos cometidos por menores que hayan conciliado la misma clase de delitos dolosos.

Otra importante novedad introducida por esta ley fue la figura del juez de ejecución de las medidas.

Costa Rica

La Ley de Justicia Penal Juvenil⁹² avanzó considerablemente sobre las disposiciones de la Ley del Menor Infractor de El Salvador. Si bien se denomina penal juvenil, no utiliza la denominación “responsabilidad” sino que establece su aplicación para las personas que tengan una edad comprendida entre los doce y los dieciocho años no cumplidos que cometan hechos tipificados como delitos o contravenciones por el Código Penal o las leyes especiales (artículo 1) sin referencias a priori a la culpabilidad.

La ley distingue dos grupos etarios: entre doce y quince años, y entre dieciséis y dieciocho años no cumplidos.

Respecto de las personas menores de doce años prevé que los casos serán remitidos por los juzgados penales juveniles al órgano administrativo de protección, a fin de brindar la atención y el seguimiento necesarios. Se establece la garantía de que en caso de que las medidas administrativas que se apliquen conlleven restricción de la libertad ambulatoria del niño, se deberá consultar al juez de ejecución penal juvenil, que las controlará (artículo 6).

La Ley de Justicia Penal Juvenil costarricense representó un avance significativo en la transformación de la justicia juvenil latinoamericana, al abandonar la denominación de medidas para las consecuencias jurídicas de la conducta infractora de la ley penal y adoptar la denominación de sanciones.

Las sanciones privativas de la libertad, llamadas internamientos, se dividen en esta ley en tres tipos. La más grave, el internamiento en centro especializado, que sólo puede dictarse cuando se trate de delitos dolosos sancionados por el Código Penal o por leyes especiales con pena de prisión superior a seis años y en el caso de incumplimiento injustificado de otras sanciones. La Ley prevé un severo máximo para esta sanción de quince años para aquellos jóvenes entre quince y dieciocho años no cumplidos. Este es un máximo de privación de libertad que no tiene antecedentes en ninguna otra ley, ni anterior ni posterior a la Ley de Justicia Penal Juvenil y claramente incompatible con la exigencia de brevedad de las normas internacionales. El máximo para los jóvenes comprendidos entre los doce y los quince años también es elevadísimo y sin precedentes: diez años (artículo 131). Se prevé no obstante la ejecución condicional de esta sanción por un período igual al doble de la sanción impuesta.

Se prevé también el control de la ejecución de las sanciones.

⁹² Ley N° 7576 aprobada el 6 de febrero de 1996.

Panamá

En este país se aprobó un llamado Régimen Especial de Responsabilidad Penal para la Adolescencia⁹³. Allí se establece que las adolescentes y los adolescentes sólo podrán ser investigados, procesados y sancionados por los hechos descritos expresamente como delitos por la ley penal vigente al tiempo de su comisión (artículo 2).

El Régimen que se comenta tiene expresamente tres finalidades primordiales: la educación del individuo en los principios de la justicia, la defensa de la sociedad y la seguridad ciudadana, y la resocialización de los infractores (artículo 4).

La Ley se aplica a todas las personas que hayan cumplido los catorce y no hayan cumplido los dieciocho años de edad (adolescentes) al momento de cometer el acto infractor que se les imputa.

Según lo dispone el artículo 15, los adolescentes gozarán de todos los derechos y garantías que consagran la Constitución Política y las leyes de la jurisdicción penal ordinaria.

Bajo determinados presupuestos y en atención a propósitos específicos, tales como proteger a la víctima, al denunciante o al testigo; asegurar las pruebas; o impedir la evasión de la acción de la justicia, podrán aplicarse medidas cautelares.

Cuando la conducta delictiva constituya homicidio doloso, lesiones personales dolosas gravísimas y lesiones personales dolosas con resultado de muerte, robo, secuestro, violación sexual y tráfico ilícito de drogas, y haya necesidad comprobada de aplicar una medida cautelar, el fiscal podrá decretar la detención provisional (artículo 58)⁹⁴. No obstante, en el término de cuarenta y ocho horas luego de ordenada la medida, deberá enviar copia autenticada del expediente al juez penal de adolescentes, el cual tendrá tres días calendario para confirmar la medida o modificarla, o revocarla si considera que no procede porque o bien no concurren los supuestos, o no están justificados los propósitos de la medida. En igual sentido procederá en los casos en que el delito investigado permita la detención provisional del imputado en la jurisdicción penal ordinaria y cuando el adolescente incumpla la medida cautelar impuesta –toda vez que el incumplimiento le sea imputable–. La medida, en este caso, podrá tener como plazo máximo de duración dos meses; y sólo podrá ser aplicada con carácter excepcional y si no fuese posible aplicar una medida menos gravosa (artículo 59)⁹⁵.

Se establecen como formas anticipadas de terminación del proceso la remisión, el criterio de oportunidad fiscal y la conciliación (artículo 64).

⁹³ Ley N° 40, aprobada el 26 de agosto de 1999. Modificada por la Ley N° 46, aprobada el 6 de junio de 2003.

⁹⁴ El artículo 58 de la Ley 40 de 1999 fue modificado por el artículo 9 de la Ley 46 de 2003.

⁹⁵ El artículo 59 de la Ley 40 de 1999 fue modificado por el artículo 10 de la Ley 46 de 2003.

En cuanto a las sanciones, según el artículo 124, éstas procederán con fines de resocialización. Se agrupan en tres clases: las sanciones socioeducativas, las órdenes de orientación y supervisión y las sanciones privativas de libertad (artículo 128). Al momento de aplicarlas, el juez penal de adolescentes deberá tener en cuenta: “Que se haya comprobado judicialmente la comisión de acto infractor y la participación del adolescente o de la adolescente investigado, así como su capacidad de comprender la ilicitud de los hechos cometidos y de determinarse conforme a esa comprensión; y que la sanción que se le imponga al adolescente o a la adolescente sea proporcional al daño o amenaza causado por la conducta delictiva, que sea conducente a su reinserción familiar y comunitaria, y que sea viable en las condiciones reales en que deberá cumplirse” (artículo 125).

En relación con la privación de libertad se establece que es una sanción de carácter excepcional y que sólo deberá aplicarse cuando no sea posible aplicar ninguna otra medida. Posee diversas modalidades: la detención domiciliaria, el régimen de semi-libertad –ambas con una duración máxima de un año– y la reclusión en un centro de cumplimiento. Esta última, a su vez, procederá en dos casos:

- cuando se trate de los delitos de homicidio doloso, lesiones personales dolosas gravísimas y lesiones personales dolosas con resultado de muerte, violación sexual, secuestro, robo y tráfico ilícito de drogas; y
- cuando el adolescente o la adolescente haya incumplido injustificadamente las sanciones socioeducativas o las órdenes de orientación y supervisión, que le fueran impuestas.

En primer caso, podrá tener una duración máxima de 7 años –si se trata de los delitos de homicidio doloso, violación sexual y tráfico ilícito de drogas– y de 5 años en el resto de los supuestos. En el segundo, en tanto, la duración máxima será de 4 meses.

Chile

La Ley de Responsabilidad Penal de los Adolescentes⁹⁶ establece, tal como su nombre lo indica, un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. Se aplica “a quienes al momento en que se hubiere dado principio de ejecución del delito sean mayores de catorce y menores de dieciocho años”⁹⁷, considerados adolescentes (artículo 3, primer párrafo).

⁹⁶ Ley N° 20.084 promulgada el 28 de noviembre de 2005.

⁹⁷ Se prevé que para el caso en que el delito sea cometido entre las edades antes mencionadas, y su consumación se prolongue en el tiempo más allá de los dieciocho años de edad, la ley establece expresamente que la legislación aplicable será la que rija para los imputados mayores de edad (artículo 3, párrafo segundo).

En el artículo 4 se establece una regla especial de imputabilidad para los delitos sexuales.

En caso de que un menor de catorce años de edad sea sorprendido cometiendo un delito, según su entidad, los agentes policiales deben informar o poner al niño a disposición del tribunal de familia, a fin de que éste procure su adecuada protección (artículo 58).

En tanto que en materia de faltas los adolescentes sólo serán responsables a partir de los dieciséis años de edad y para un número cerrado y específico de faltas (artículo 1, último párrafo). Estas son consideradas contravenciones de carácter administrativo y su juzgamiento estará a cargo de los Tribunales de Familia (artículos 102 A y siguientes).

La finalidad de las sanciones es “hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes por los hechos delictivos que cometan, de tal manera que la sanción forme parte de una intervención socioeducativa amplia y orientada a la plena integración social” (artículo 20)⁹⁸.

Las sanciones previstas en la ley sustituyen las establecidas en el Código Penal y leyes complementarias y varían según se trate de delitos o de faltas (artículo 6). Respecto de los primeros, se contempla la siguiente escala general: internación en régimen cerrado y semicerrado (sanciones privativas de la libertad), libertad asistida, prestación de servicios comunitarios y reparación del daño. En tanto que para las faltas se prevé la prestación de servicios comunitarios, reparación del daño causado, multa y amonestación.

En las dos modalidades de sanciones privativas de la libertad se prevé la implementación de programas de reinserción social (educación, formación socioeducativas y de participación, preparación para la vida laboral y de desarrollo personal), con la colaboración de la familia (artículos 15, 16 y 17).

Las penas privativas de la libertad no pueden exceder de cinco años si el infractor tuviere menos de dieciséis años, o de diez años si tuviere más de esa edad (artículo 18). Sólo pueden ser utilizadas de manera excepcional en los casos expresamente previstos en la ley y como medidas de último recurso y en ningún caso se puede imponer si a un adulto condenado por el mismo hecho no debiera cumplir una sanción de dicha naturaleza (artículos 26 y 47).

Los criterios que deberá seguir el juez para la determinación de las sanciones son establecidos en los artículos 21 a 25.

El procedimiento a aplicar a la investigación y juzgamiento de la responsabilidad por infracciones a la ley penal por parte de adolescentes se rige por las disposiciones de la ley y supletoriamente por el Código Procesal Penal (artículos 27 y 36 a 41) de corte adversarial moderno.

Si bien no crea una jurisdicción penal especial (lo que constituye un serio problema en una implementación adecuada) la ley contempla que los jueces, fiscales, defensores

⁹⁸ Estos lineamientos se reiteran en el artículo 44 al establecer las condiciones básicas de los centros de privación de libertad.

públicos e instituciones policiales deben capacitarse para garantizar un sistema de justicia especializada (artículos 29, 30 y 57).

Se establecen los casos y condiciones en las que proceden las medidas cautelares, las que deben guardar proporcionalidad con la sanción probable a aplicar. Se contempla, además, que la internación provisoria sólo es posible si se trata de la imputación de un crimen, siempre y cuando los objetivos cautelares no puedan ser alcanzados mediante la aplicación de otra medida (artículos 31 a 34).

Se prevé la aplicación de criterios de oportunidad (artículo 35) y se estipulan los casos en los que procede la suspensión de la imposición de condena (artículo 41), así como también la posibilidad de sustituir la condena, de oficio o a pedido del adolescente o su defensor, por una menos gravosa, cuando sea más favorable para la integración social del infractor y se hubiere iniciado su cumplimiento (artículo 53). Además, se estipula la posibilidad de sustituir de manera condicional las medidas privativas de la libertad (artículo 54).

El Servicio Nacional de Menores (la misma institución encargada de la protección de niños y adolescentes) es el organismo encargado de la ejecución y control de las sanciones y medidas (artículos 42 y 43 y 51), con intervención de un juez de garantías en caso de conflictos de derecho (artículo 50). En el artículo 49 se detallan los derechos y garantías de la ejecución de las sanciones.

Finalmente, en concordancia con las más recientes legislaciones latinoamericanas, se contempla un régimen especial de prescripción de la acción penal y de la pena⁹⁹.

IV. Comentarios finales

Los nuevos sistemas de justicia penal especial para adolescentes o sistemas de justicia juvenil creados en la mayoría de los países de América Latina a partir de mediados de la década del '90 y como consecuencia, en gran medida, de la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, han ido perfeccionándose sobre la base de la experiencia acumulada y, en particular, desde que en la región la reforma de las leyes relacionadas con las personas menores de dieciocho años imputadas de la comisión de delitos ha tenido lugar, conjuntamente con la discusión acerca de la reforma de la administración de justicia en general y de la superación de los sistemas inquisitivos.

La introducción directa de las garantías de debido proceso, la participación activa de la víctima, los métodos de solución alternativa de conflictos, el sistema acusatorio,

⁹⁹ Al respecto el artículo 5 dispone que: "La prescripción de la acción penal y de la pena será de dos años, con excepción de las conductas constitutivas de crímenes, respecto de las cuales será de cinco años, y de las faltas, en que será de seis meses".

el uso excepcional del encierro de adolescentes, entre otros, han sido paulatinamente incorporados en las leyes sobre adolescentes infractores de la ley penal, como garantías para el infractor y como respuesta a la sociedad que reclama una administración de justicia diferente, atenta a sus problemas, democrática, rápida y respetuosa de los derechos de todos y que, en lo posible, encuentre una solución real a los problemas sociales definidos como criminales.

Con el tiempo los textos legales han ido mejorándose desde el punto de vista técnico, logrando un sistema compatible con los postulados del garantismo aplicado a las personas que tienen menos de dieciocho años que cometen delitos. Salvo alguna excepción que combina un excelente diseño procesal con un extremadamente grave plazo máximo de sanción de internamiento en centro especializado¹⁰⁰, que como señalé más arriba no es compatible con el postulado de brevedad de la privación de la libertad previsto por las normas internacionales, las nuevas leyes latinoamericanas han transformado sustancialmente la condición de los jóvenes imputados de la comisión de delitos en el sentido de un reconocimiento pleno de su responsabilidad y, al mismo tiempo, de sus derechos.

Estos sistemas tratan de vincular al adolescente con su acto infractor y de responsabilizarlo eventualmente, a través de diferentes formas e instancias. Excepcionalmente, esa atribución de responsabilidad tiene como consecuencia una reacción estatal coactiva. Aún más excepcionalmente, esa reacción estatal coactiva puede consistir en privación de la libertad.

En definitiva, los sistemas creados en América Latina hasta el momento no son sistemas de justicia juvenil, en el sentido en el que tradicionalmente los han entendido el mundo anglosajón y continental europeo. Estos nuevos sistemas latinoamericanos sólo tratan de los jóvenes o adolescentes –como sea que se los defina desde el punto de vista de las edades comprendidas– que lleven a cabo actos u omisiones descriptos como antecedentes de una sanción penal. En este sentido es importante señalar que pese a los avances que representan las nuevas leyes analizadas más arriba, en general todas incluyen en el sistema delitos y contravenciones, que claramente no deben ser objeto de sistemas de responsabilidad penal especial como los aquí analizados. El hecho de la contravención podrá eventualmente dar lugar a la intervención de las instancias de protección siempre que los derechos de ese adolescente se encuentren amenazados o violados y nunca bajo la forma de una intervención estatal coactiva.

Este tema se relaciona con la exclusión de los niños de este sistema. La exclusión debe ser absoluta en el sentido de que el Estado renuncia a intervenir coactivamente

¹⁰⁰ Se trata de la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica.

en la vida de un niño en razón de la comisión de un delito cualquiera. Una vez más, si alguna intervención tiene lugar, ésta deberá basarse en una situación de amenaza o violación de derechos que no puede presuponerse en el caso de que un niño esté involucrado en conflictos sociales definidos como criminales. Obviamente, esta intervención no podrá tener carácter coactivo.

Son entonces los jóvenes o adolescentes los sujetos de este sistema, que trata de encontrar una solución al conflicto jurídico penal originario a través de la aplicación de criterios de oportunidad, de la conciliación, de la remisión, la reparación del daño, entre otros; y, en caso de que ello no sea posible, prevé sanciones por parte del Estado, dentro de las cuales la privación de la libertad es una respuesta alternativa, excepcional, limitada en el tiempo y breve, que se aplica a hechos excepcionalmente graves y violentos. De ahí que las leyes más modernas prevean expresamente sin dejar lugar a interpretaciones, cuáles son los delitos que pueden acarrear llegado el caso una sanción privativa de la libertad para un adolescente infractor.

En relación con las formas anticipadas de terminación del proceso, o con las formas de derivación del caso a instancias no judiciales (lo que en el ámbito anglosajón se conoce como justicia restaurativa), es importante reiterar que en caso de que esas soluciones impliquen la adopción de alguna medida que corresponde a las sanciones juveniles o medidas socioeducativas, deberá procederse con sumo cuidado a fin de no afectar garantías básicas del joven infractor¹⁰¹. El consentimiento en estos casos y la asistencia letrada constituyen dos elementos fundamentales.

La lógica es siempre la misma. Si el Estado renuncia a intervenir coactivamente, entonces el episodio no implicará ninguna modificación ni intervención en la vida del joven y de su familia. Si existe alguna modificación o intervención estatal (en sentido amplio) entonces debe recurrirse a todas las garantías para que esa intervención sea realizada en un marco de legalidad.

Así como, a pesar de las dificultades que ello implica en la práctica, las medidas de protección deben –y de hecho han sido– claramente separadas de un sistema de este tipo, las medidas cautelares también requieren una regulación minuciosa. Debe ser claramente establecida su finalidad cautelar y los supuestos que entonces justifican su dictado, y deben existir diferentes medidas a fin de que la excepcionalidad en este tema opere no sólo en relación con el dictado de la medida cautelar –a fin de compatibilizar el sistema con el estado jurídico de inocencia– sino también en relación con la privación de la libertad como medida cautelar.

¹⁰¹ Un problema que aparece reiteradamente en el trabajo con los equipos técnicos es el relacionado con la adopción de la libertad asistida en estos casos en los que no existe juicio ni debido proceso, sino una solución anticipada (remisión por ejemplo). Técnicamente el adolescente no ha sido encontrado responsable del hecho imputado; sin embargo, al ser sometido a un programa de libertad asistida que se basa en su presunta responsabilidad, los equipos técnicos se encuentran frente al problema de tener que discutir la responsabilidad del joven en el hecho -que no ha sido judicialmente determinada- para definir el plan a seguir.

En relación con el proceso, debe preverse expresamente que en caso de ser posible llegar a una solución del conflicto originario, en todo momento las partes puedan sentarse a intentar un arreglo conciliatorio.

También debe preverse la cesura del debate, como en el caso de Guatemala o Chile, de modo de diferenciar claramente la discusión en relación con la responsabilidad por el hecho, de la discusión en torno de la sanción o medida a aplicar, en donde las circunstancias personales y de mayor o menor vulnerabilidad del joven infractor, sólo puedan operar como un correctivo que disminuya el reproche por el hecho.

En cuanto a los actores procesales, la circunstancia de contar con un Ministerio Público Fiscal especializado en la materia en algunos casos ha debilitado la figura del defensor, en particular del defensor público en estos sistemas. Es importante sobre este punto insistir con que la garantía de defensa se integra tanto por el nivel de la defensa material cuanto por el de la defensa técnica, que no puede ser suplido por un fiscal por más respetuoso que sea de la legalidad y de los derechos del joven infractor. En general en los sistemas de responsabilidad penal juvenil vigentes la revalorización del rol del defensor sigue siendo una tarea pendiente.

Las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal realizada por un adolescente son, en este sistema, sanciones. Por ese motivo deben ser establecidas por tiempo determinado en función del hecho cometido. Las circunstancias personales, como se señaló en el párrafo anterior, sólo pueden operar para reducir la gravedad de la sanción a imponer. En este sentido, los fines de reintegración o integración social del joven declarado penalmente responsable no pueden anteponerse al reproche por el acto.

A fin de que se hagan efectivos los principios de excepcionalidad y brevedad de la privación de la libertad, deben establecerse supuestos taxativos de aplicación que remitan a los delitos cuya gravedad se expresa en que están reprimidos con penas severas en el Código Penal, y debe eliminarse el supuesto de incumplimiento de otras sanciones. Asimismo, debe establecerse un máximo de duración de la privación de la libertad en centro especializado que no exceda del mínimo previsto para esos delitos graves. Finalmente, la distinción en franjas etarias garantiza un trato singular del tiempo en función de los sujetos involucrados.

Los sistemas de responsabilidad penal juvenil descritos en este trabajo han sido recientemente implementados, por lo que el análisis se ha limitado a la formulación del sistema en los textos legales. En un momento no lejano debería analizarse de manera minuciosa la implementación concreta de estos sistemas (lo que se ha llevado a cabo en pocos países pero con mucha rigurosidad, como en el caso de El Salvador) a fin de introducir los ajustes que sean necesarios. Por cierto, la reforma de las instituciones que implica todo proceso de reforma legal en materia de infancia

y juventud, que en muchos países es una tarea pendiente –reforma institucional, creación de programas, desinstitucionalización, participación de la comunidad, etc.–, tiene un impacto directo en la implementación de estos sistemas; en tanto esta reforma y adecuación no tenga lugar, no podrá seriamente hablarse de la existencia de un sistema de justicia juvenil basado sobre el derecho internacional de los derechos humanos.

Algunos autores plantean sobre este tema, razonablemente, que desarrollar sistemas de justicia penal especial para adolescentes resulta una innecesaria expansión del ámbito de lo penal dado que los grandes problemas sociales que serían materia de un derecho penal reformulado no pueden hoy –como tampoco en el pasado– ser seriamente enfrentados por la justicia criminal. Además, no son estos grandes problemas sociales los hechos en los que se ven habitualmente involucrados jóvenes o adolescentes. Sin embargo, estos autores no ofrecen una respuesta concreta a los problemas sociales que sí implican conflictos y sufrimientos reales, que son definidos como delitos, cuando son cometidos por adolescentes. Ello en muchos casos conduce a soluciones aún más lesivas de derechos (las llamadas soluciones “blandas”) que las representadas por los sistemas aquí descriptos.

Al mismo tiempo, sistemas de este tipo sólo tienen sentido si su formulación no queda solamente reducida al tema del reconocimiento de las garantías, a la reducción del ámbito de lo penal o a su abolición. Es que, en la idea del maestro italiano, no se trata solamente de la asociación de los más débiles (frente al infractor o frente al Estado) contra los más fuertes (en el conflicto originario y en su posterior derivación a una agencia estatal) sino de la construcción de relaciones sociales y condiciones de vida que pongan a los niños y a los jóvenes al margen de la realización de los comportamientos no deseados que provocan sufrimiento real.

En definitiva, “La cuestión de fondo (...) es que los procesos de construcción democrática, de legitimación racional del poder político y de aumento de un tipo de control social fundado sobre la capacidad de autocontrol de los individuos, son todos procesos íntimamente vinculados. El problema del control social no es un problema que se pueda eludir, así como Foucault ha recordado, no se puede eludir el problema del poder. Sólo se puede intentar cambiar la forma, y el fundamento de legitimación, del “exterior” del individuo y autoritario (o sea monista), al “interior” y democrático (o sea pluralista), con la esperanza –sólo la esperanza– de que tales cambios constituyan la aproximación más cercana concedida a los seres humanos de la idea de “libertad” ¹⁰².

¹⁰² Melossi, Dario, *Ideología y derecho penal, garantismo jurídico y criminología crítica: nuevas ideologías de la subordinación*, en Revista “Nueva Doctrina Penal”, Editores del Puerto, Buenos Aires, A/1996, p. 83.

PRINCIPIO EDUCATIVO Y (RE)SOCIALIZACIÓN EN EL DERECHO PENAL JUVENIL*

JAIME COUSO**

En el derecho penal de adolescentes o de menores se suele partir de la base de que los fines preventivo-especiales juegan en él un papel central, convirtiéndolo en aquello que lo distingue del derecho penal aplicado a los adultos. La prevención especial, a su vez, es entendida en términos de la (re)socialización¹ del adolescente, si bien también se la suele asimilar a un objetivo “socioeducativo”, es decir, de educación para la vida en sociedad.

Ahora bien, como aclaración inicial para este trabajo, cuando en este contexto se habla de “educación” es claro que con esa expresión no se puede hacer referencia a lo que la pedagogía y las ciencias de la educación entienden por tal. Pues la educación del derecho penal de adolescentes, como advierte Albrecht (1993: 69) a partir de la experiencia alemana, es entendida primordialmente como un efecto de la pena, ya en el sentido de una intimidación individual (a través del “efecto educativo de la retribución”), ya en el sentido de una “resocialización”. A diferencia de esta educación “a través de pena”, que requiere de –y cuenta con– el contexto coactivo de la justicia penal, la educación de la que se habla en la pedagogía y en las ciencias de la educación aspira al desarrollo de la personalidad, contando con su autonomía y participación, y considerando plenamente su subjetividad. Para ello –agrega Albrecht– también es necesario contar con posibilidades de socialización adecuadas, es decir, circunstancias vitales que permitan un desarrollo de la personalidad, pero la disposición y distribución de tales posibilidades de desarrollo –concluye– es una tarea de política social estatal, no la tarea del derecho penal y la justicia. La “educación” del derecho penal de adolescentes, en cambio, tiene un único objetivo sostenible desde el punto de vista constitucional, cual es la “dirección parcial del comportamiento, en el sentido de la exigencia de un comportamiento legal. Desde la perspectiva científico social esto último no es “educación” (socialización) sino exclusivamente control social” (Albrecht, 1990: 108-109).

** Este trabajo corresponde a una versión ampliada de la conferencia ofrecida por el autor el 30 de marzo de 2006 en Oaxaca, México, en el “Foro Justicia en Materia de Menores Infractores”, organizado por el Consejo de Tutela del Estado de Oaxaca y auspiciado por la Unión Europea y el Instituto Nacional de Ciencias Penales (Inacipe), de México.*

*** Profesor-investigador del Centro de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Diego Portales, Chile.*

¹ En este trabajo no me referiré a lo impropio de la expresión “resocialización”, que asume una serie de supuestos muy discutibles acerca de la situación del adolescente infractor y su relación con el sistema social. Tampoco ahondaré –aunque sí haré una referencia a la cuestión– en lo impropio del uso de la expresión “educación” en el marco del Derecho penal de adolescentes, donde tiene una significación que la aleja radicalmente de su significado científico-social (Albrecht, 1993: 72-73). Para más detalles sobre esta incompatibilidad entre la educación propia de la pedagogía y el Derecho penal de adolescentes, véase Couso (1998).

Por ello, si en el contexto del derecho penal de adolescentes se siguiera hablando de fines educativos o socioeducativos, habrá que entenderlos en el sentido de la “prevención especial” (positiva –“resocialización”– o negativa –intimidación individual o “escarmiento”–).

Hecha esa aclaración, la siguiente pregunta guía esta ponencia: ¿queda aún un papel para la educación y la (re)socialización en el derecho penal juvenil tras la crisis de la prevención especial y el giro hacia un garantismo proporcionalista?

La pregunta asume tres supuestos:

1. Durante buena parte del siglo XX los sistemas de justicia juvenil inspirados en el Tribunal de Menores de Chicago se orientaron, a lo menos en el plano del discurso y la ideología explícita, a la educación y (re)socialización de los menores infractores más que a su justo castigo (Platt, 1982; García Méndez, 1992).

2. La justicia de menores fracasó en su afán educativo y (re)socializador. Ello fue evidente respecto de uno de sus instrumentos más característicos, los centros de internamiento correccional o de rehabilitación, como incluso los fundadores del movimiento por los tribunales de menores lo reconocieron (Platt, 1982), diagnóstico que en lo fundamental subsiste hasta hoy (Feld, 1999: 272-273; Albrecht, 1993). La medida educativa y de (re)socialización se mostró, entonces, como una pena y no una acción de bienestar, que por lo demás se imponía sin respetar las garantías constitucionales de los menores de edad (Cantarero Bandrés, 1989; Platt, 1982; Albrecht, 1993).

3. Desde el fracaso de ese primer modelo se ha asistido, a lo menos en Estados Unidos, pero también en algunos países de Europa y varios de América Latina, a un giro hacia una justicia juvenil más respetuosa de aquellas garantías, pero también más explícitamente orientada a un castigo justo, proporcional a la gravedad del delito, si bien considerando la menor culpabilidad que puede atribuirse a los menores de edad (Feld, 1999: 253-260; Giménez-Salinas, 1992: 21 ss.; Beloff, 1999).

¿Qué espacio queda para los viejos objetivos educativos y de (re)socialización en este nuevo derecho penal juvenil garantista y proporcionalista?

Para responder a esta pregunta hay que complejizar algo el diagnóstico, complementados los supuestos que acabo de reseñar con una serie de hipótesis que, si bien no es posible fundamentar en este lugar, sí cuentan con cierta plausibilidad:

1ª La estrategia intervencionista no representó el único camino seguido por los tribunales de menores para procurar la (re)socialización de estos. Una estrategia alternativa, fue la *diversion*, esto es, la despenalización, evitando que los menores entraran al circuito judicial (donde entran en contacto con un conjunto de prácticas desocializadoras y estigmatizantes como la detención policial, los interrogatorios,

las audiencias, los centros de diagnóstico y las correccionales), y manteniéndolos, en cambio, en sus familias y escuelas, y derivándolos, en ciertos casos, a servicios sociales que les presten asistencia en sus familias y comunidades (Zimring, 2002²). Y si bien en sus inicios el uso de ambas estrategias más que competitivo parece haber sido complementario, escogiéndose una u otra para diversos tipos de sujeto, de acuerdo con criterios de clase (Feld, 1999: 73), el caso es que en el largo plazo se aprecia, junto con la versión predominante de un tribunal intervencionista, una variante *despenalizadora*, que parece haber tenido más convicciones en relación con lo que no hay que hacer con los menores (mantenerlos en la justicia y sus instituciones) que con lo que hay que hacer con ellos. Este uso despenalizador de la justicia de menores no implica necesariamente una renuncia a la idea de la (re)socialización, sino más bien una apuesta a que ésta se logre fuera de la justicia, en la familia, la comunidad y los servicios sociales regulares; el objetivo (re)socializador de la justicia juvenil no se lograría fundamentalmente por medio de lo que la justicia de menores hace, sino al contrario, gracias a lo que deja de hacer, o más exactamente, merced a que este sistema de justicia cuenta con instituciones (procesales) que permiten sacar del circuito judicial a un buen número de casos, o evitar que entren a ella, permaneciendo en un espacio más adecuado para socializarse. Desde esta perspectiva, entonces, no es que postule que “nada funciona”³, sino más precisamente que, no habiendo evidencias de que algo funcione mejor que la familia, la comunidad, la escuela y los servicios sociales normales (y respecto de los centros de internación incluso habiendo evidencias de su efecto contraproducente), el principal objetivo de unas leyes y unos tribunales especiales para menores infractores es evitar que éstos salgan de esos espacios sociales, o favorecer su más pronto regreso a los mismos. Esa actitud político-criminal encuentra hoy en día una justificación criminológica: buena parte de la criminalidad de adolescentes (toda la de bagatela y de “conflicto”) es episódica y remite espontáneamente sin intervención institucional alguna, por lo que esos adolescentes no necesitan una acción educativa o socializadora especial (Albrecht, 1993: 68, 78).

2ª Las medidas socioeducativas ambulatorias, como la libertad vigilada o “asistida”, que fueron también un instrumento muy importante para el movimiento por los tribunales de menores, ocupan un lugar intermedio entre la estrategia despenalizadora y la intervencionista, y son valoradas (y juzgadas) a partir de ambos puntos de vista: a veces, como una forma de buscar activamente la (re)socialización por medio de la intervención del sistema de justicia juvenil; otras veces, como la única

² Albrecht niega que en Alemania haya existido un efecto despenalizador derivado del movimiento por los tribunales de menores (1993: 77).

³ Como lo anunciara polémicamente Martinson en 1974, al evaluar críticamente un amplio espectro de programas de rehabilitación, en el marco de un estudio destinado a indagar “What Works?” en esa materia. Su conclusión (“nothing works”), reproducida como slogan a partir de entonces, se convirtió en un símbolo de la crisis de las ideas (re)socializadoras que comienza a acusarse ya por esos años (Feld, 1999).

forma practicable de sacar al menor de la justicia y sus instituciones, especialmente la internación (cautelar o como medida de rehabilitación). La decisión de si aquellas medidas son lo uno o lo otro depende de una serie de variables; por ejemplo, de si acaso los asuntos derivados a esos programas les son “arrebataados” a los centros de internación o más bien a la familia, la escuela y los servicios sociales normales (“ampliando –en tal caso– las redes del control”⁴), y también, de si el cumplimiento de la medida viene reforzado por el contexto coactivo de una orden judicial, la amenaza de una sanción por incumplimiento, etc., o si no se apoya en esos elementos sino únicamente en una relación de ayuda construida fuera del contexto judicial, una vez que la justicia ya renunció a la persecución y se desentiende del cumplimiento de esa medida.

3ª Considerando específicamente el caso de los niños y adolescentes que cometen un delito más o menos leve, en forma ocasional, y que no han tenido contacto con la justicia, el empleo de medidas o sanciones educativas ambulatorias (como la libertad asistida), impuestas en un contexto institucional, como consecuencia o con ocasión de la infracción penal, tiene un significado intervencionista, que sólo puede explicarse por una cierta profesión de fe en la capacidad (re)socializadora de la justicia de menores y sus instituciones, que no es propia de la variante despenalizadora.

4ª En cambio, considerando los casos de adolescentes que han cometido ya varios delitos o que cometen uno pero de mayor gravedad, el empleo de medidas socio-educativas ambulatorias (aún si se efectúa en un contexto institucional como lo es la justicia) podría ser visto como una forma de relativa despenalización, pues de no imponerse esas medidas el adolescente podría ser encarcelado.

5ª El empleo de estas sanciones ambulatorias, en lo casos en que tiene signo despenalizador, puede considerarse además con efectos educativos o (re)socializadores, en dos sentidos y con dos alcances muy diversos: primero, negativamente, en la medida que, al evitar el encarcelamiento del joven, elude los efectos desocializadores y estigmatizantes asociados a ella; y, segundo, positivamente, pero en una medida que es objeto de un vivo debate, porque podría contribuir a la socialización de adolescentes que cometen delitos bajo condiciones individuales, familiares y sociales que operan como factores de riesgo y predictores de reincidencia (Vásquez González, 2003). A este respecto, el diagnóstico de fracaso de la (re)socialización que afecta a los centros de internación no puede extenderse sin más a estas otras medidas, las ambulatorias.

6ª La capacidad de las medidas o sanciones ambulatorias de contribuir negativamente a la socialización del adolescente, evitando su encarcelamiento, no se encuentra

⁴ Como lo postulara Cohen, en Reino Unido, respecto de las sanciones de base comunitaria, que lejos de reemplazar a la cárcel por estas sanciones más benignas y orientadas a la reinserción, reclutaban su clientela de un segmento de criminalidad más bien insignificante, que antes no eran objeto de control alguno (Cohen, 1985).

asegurada ni puede contarse con ella como una cuestión de principio, sino que depende de una cuestión empírica, que da cuenta de su base utilitaria. El argumento utilitario reza “estamos dispuestos, como sociedad, a renunciar al castigo puro y duro, a cambio de que el adolescente sea sometido a una medida (re)socializadora que reduzca su peligrosidad delictual, garantizando un comportamiento futuro sin delitos”; y el presupuesto empírico consiste en que realmente las medidas o sanciones ambulatorias ofrezcan una cierta eficacia preventivo-especial, y estén en condiciones de demostrarlas. En todo caso, si la comparación se efectúa con los resultados (normalmente negativos) de las sanciones de encierro, entonces la vara no está demasiado alta: incluso un nulo aporte preventivo-especial (ni aumenta ni disminuye la peligrosidad delictual) podría ser argumentado a favor de las sanciones ambulatorias si el encarcelamiento asegura un “plus criminógeno” (es decir, una mayor peligrosidad delictual como efecto neto de su empleo); pero esta comparación rara vez se hará de esa manera, pues siempre el encarcelamiento tendrá a su favor su mayor impacto preventivo-general (incluso simbólico), de modo que las sanciones ambulatorias, para ganarse un espacio y conservarlo, se encuentran en la necesidad de demostrar un aporte preventivo-especial, en términos absolutos, es decir, una cierta capacidad de disminuir la reincidencia. Una condición para ello (entre muchas otras) es la capacidad para hacer calzar en forma precisa sujetos con programas, lo que exige procedimientos profesionales de diagnóstico y selección de medidas; la falta de esta capacidad explica en parte el relativo fracaso preventivo-especial de las sanciones penales de adolescentes (Feld, 1999: 281).

7ª Con todo, el principio educativo y (re)socializador también tiene una cierta capacidad de limitar las penas privativas de libertad, a través de una regulación especial de la ejecución penitenciaria para adolescentes, que suele ser más benigna que para los adultos, en dos sentidos: primero, porque plantea mayores exigencias de infraestructura, equipamiento, oferta programática y calificación del personal en los centros de privación de libertad de adolescentes, exigencias que en algunas jurisdicciones tienen base en un derecho constitucional, especial de los menores de edad, a condiciones que permitan su (re)socialización y, por tanto, que satisfagan un estándar más alto que los centros de adultos (Feld, 1999: 275⁵); segundo, porque les permite acceder a beneficios penitenciarios, como salidas semanales o diarias, y

⁵ Sobre la base de ese derecho, en Estados Unidos se han presentado demandas judiciales en contra de centros de internación de menores, por denegar el “derecho al tratamiento” como un aspecto de la garantía del debido proceso (14ª enmienda), o por violar la prohibición (8ª enmienda) de penas crueles e inusuales. Pero los menores tienen reconocido, en la jurisdicción federal de los Estados Unidos, un “interés, basado en el debido proceso, en ser libres de restricciones físicas innecesarias, que les da derecho a un escrutinio más minucioso de las condiciones de encierro que el que se concede a los condenados adultos” (en Feld, 1999: 275). El fundamento mediato de ese estándar más alto a favor de los menores se encuentra en la doctrina de la Corte Suprema de Estados Unidos según la cual, cuando el Estado encarcela a una persona con el propósito de tratarla o rehabilitarla, la garantía del debido proceso exige que las condiciones de encierro guarden una relación razonable con el propósito para el cual fue confinada (Youngberg v. Romeo, 457 U.S. 307 (1982), que recayó en un caso de un adulto con retraso mental). Esa doctrina fue desarrollada por una corte federal, para el caso de un centro de internación de menores (6 Alexander S. v. Boyd 876 F. Supp. 773 (1995), fallo disponible en www.jurisprudenciainfancia.udp.cl), que explícitamente señala que el estándar para los menores es el debido proceso (en relación con el derecho al tratamiento) y no simplemente la prohibición de penas crueles o inusuales (que se aplica a los adultos).

poner término anticipado a la pena privativa de libertad (suspensión o remisión del resto de pena) o sustituirla por otra menos severa, todo ello con menores exigencias y en plazos absoluta y relativamente más bajos (o sin exigir un plazo de ejecución previo) que los que rigen para los adultos. Un fundamento normativo cualificado para ello se encuentra en el Art. 37.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño, que establece el principio según el cual la privación de libertad (cautelar o como sanción) debe emplearse tan sólo como un “último recurso y por el tiempo más breve que proceda”.

8ª Por lo que respecta a la capacidad de las medidas o sanciones ambulatorias de contribuir positivamente a la socialización de los adolescentes, si bien en alguna medida se da, no hay ninguna base para afirmarla como un efecto general o siquiera mayoritario. La literatura comparada da cuenta de un debate sobre cuál es el saldo neto de las medidas socioeducativas (sobre todo ambulatorias) en el sentido de su eficacia preventivo-especial. Definida ésta en términos de disminución de la reincidencia de los menores que participan en tales programas, las evidencias más confiables dan cuenta de modestos efectos positivos (de entre un 6%⁶ y un 10%⁷), que se dan sobre todo en “pequeños programas experimentales, que ofrecen una respuesta intensiva e integral a la multiplicidad de problemas –déficits educativos, disfunción familiar, habilidades interpersonales, sociales y vocacionales inadecuadas, y pobreza– que los menores delincuentes presentan ... con servicios proporcionados por personal de salud mental u otro que no sea de la institución de justicia juvenil” (Feld, 1999: 280, haciendo referencia al estudio de Lipsey y Wilson). De hecho, los únicos programas que pueden documentar científicamente un efecto de disminución de la reincidencia operan bajo condiciones que se corresponden más con servicios de salud mental y consejería integral para el adolescente, su familia, escuela y grupos de pares (Vásquez González, 2003) que con las sanciones ambulatorias estándar como la libertad vigilada o asistida.

9ª Por su parte, hablando de los centros de internación o de régimen “residencial”, y no obstante los reportes puntuales de programas experimentales que arrojarían resultados positivos en términos de disminución de la reincidencia⁸, el diagnóstico de fracaso preventivo–especial es concluyente: la inmensa mayoría de los centros de internación no disminuyen la reincidencia, y están asociados con tasas que bordean

⁶ Según un comprehensivo metaanálisis de Lipsey y Wilson, publicado en 1998, sobre la base de 200 estudios sobre intervenciones con infractores graves, según el cual “el efecto promedio de las intervenciones fue positivo, estadísticamente significativo y equivalente a una reducción de reincidencia de aproximadamente 6%, por ejemplo, de 50% a 44%” (citado por Feld, 1999: 279-280).

⁷ Redondo, citado por Cillero (2003: 18).

⁸ Ello ocurriría en algunos tipos de programas, por ejemplo, los de habilidades interpersonales, y los programas familiares, de training y de comportamiento. Este tipo de programas, según el mismo estudio de Lipsey y Wilson, redujeron las tasas de reincidencia para jóvenes institucionalizados y no-institucionalizados entre un 15 y un 20 por ciento, si bien muchos de esos efectos de tratamiento se basaron en hallazgos obtenidos de un número muy pequeños de estudios (3 a 6 casos) (en Feld, 1999: 280).

el 80%, así como a graves situaciones de hacinamiento, malos tratos y violencia (Albrecht, 1993, 51, 63 ss.; Feld, 1999: 272-273).

10^a Aparte de su relativo déficit de eficacia, las sanciones (re)socializadoras de la justicia penal de adolescentes sufren también de un problema de déficit de legitimidad. Para Kant y Hegel, la pena preventivo-especial, en general, que en cierta forma se dirige a modificar la personalidad del individuo por medio de la fuerza, representaba una lesión de la dignidad humana. La jurisprudencia constitucional alemana, recogiendo esta objeción, niega que el Estado tenga la misión de “mejorar a los ciudadanos”⁹. Es cierto que un punto de vista tradicional admite que con los menores de edad sí serían legítimos los tratamientos no consentidos en el campo del derecho penal para los adultos¹⁰, pero también es cierto que ese punto de vista es anterior al desarrollo de la doctrina de los derechos del niño, como un sujeto de derecho al que debe reconocerse la misma dignidad y autonomía moral que los adultos. La réplica que acude al mandato del Estado de educar a los menores es débil, pues intenta poner en el mismo lugar al concepto de educación, en el sentido de la pedagogía, y a la “educación a través de pena” que impera en el derecho penal de adolescentes, siendo que ambas nociones, desde el punto de vista filosófico, están en las antípodas (Albrecht, 1993: 72). Si se admite entonces que en la cuestión de la pena preventivo-especial el problema constitucional que afecta a los menores de edad no tiene nada que ver con el derecho a la educación sino con el derecho a la autonomía moral, la dignidad y el libre desarrollo de la personalidad, la cuestión del consentimiento del adolescente en el tratamiento (re)educador o (re)socializador se vuelve una exigencia fundamental, tal como lo es para el condenado adulto (Roxin, 1994: par 3, rn 38).

11^a Desde el punto de vista de la teoría de los fines de la pena, los déficit de eficacia y legitimidad de la pena preventivo-especial se han traducido, en el campo del derecho penal de adultos, en su subordinación a los fines preventivo-generales. Esto significa que la decisión positiva de sancionar no puede fundamentarse en la expectativa de (re)socialización o rehabilitación del delincuente, como tampoco puede apoyarse en ella la decisión de imponerle una sanción de mayor duración. Es un punto de vista bastante pacífico en el derecho penal (Roxin, 1994: par 3) que esas decisiones sólo pueden apoyarse en consideraciones de prevención general—limitadas por la medida de la culpabilidad individual del autor—, que ya vienen fundamentalmente expresadas en los marcos penales y en las reglas que, basadas en la gravedad del injusto cometido en cada caso, permiten al juez moverse dentro de ese marco o salir de él, en ciertas ocasiones. Dicho de manera más simple, la decisión de sancionar en lugar

⁹ Citada por Roxin (1994: par 3, rn 17 y 38).

¹⁰ Es significativo el hecho de que el Tribunal Constitucional Federal alemán, a propósito de la pena preventivo-especial, expresamente prohíbe la educación compulsiva “en la medida que afecte el núcleo intangible de la personalidad de un adulto” (en Roxin, 1994, par 3, rn 17).

de no hacerlo sólo puede fundarse en que se trata de un delito de tal gravedad que la justicia no puede “dejarlo pasar”. El propósito de contribuir a la (re)socialización, en cambio, sirve para fundamentar una reducción de la pena o su no ejecución (o, si se quiere, para preferir una pena no privativa de libertad, cuando era posible imponer una que sí lo sea), y con ese efecto, limitador de la pena (no fundamentador de ella), el ideal (re)socializador se convierte en un derecho del condenado, el derecho a la (re)socialización, que en algunos países tiene base constitucional (como en España y Alemania). Un derecho de tal naturaleza se desprende, para los adolescentes, del Artículo 40.1 de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño¹¹ que en varios países latinoamericanos tiene rango constitucional.

12^º En el derecho penal de adolescentes, sin embargo, no siempre se asume esa función puramente limitadora de la idea de educación y (re)socialización. Es frecuente, sobre todo en el campo de la criminalidad más leve o de mediana gravedad, que los argumentos preventivo-especiales se empleen para imponer una sanción o medida en casos en que a un adulto no se le habría impuesto, o para imponerle una más intensa en su injerencia en las libertades del adolescente que la que le habría sido impuesta a un adulto (por ejemplo, una libertad asistida en lugar de una multa de poca monta); también se emplean, en general, para negarles ciertas garantías procesales (en Estados Unidos, el juicio por jurados¹² y el derecho a no autoincriminarse¹³), bajo el supuesto de que las medidas de tratamiento (re)socializador no son verdaderas penas (Feld, 1999: 249-250). Ese efecto es denunciado por Albrecht (1993: 68) como la “posición de desprivilegio” (*Schlechterstellung*) en que el “principio educativo” pone a los menores de edad respecto de los adultos, diagnóstico que incluso admiten en la actualidad antiguos apologetas del principio educativo en el Derecho penal juvenil alemán (68). El mismo diagnóstico se repite en Estados Unidos (Feld, 1999: 284) respecto de los delitos de menor gravedad.

13^º Otro problema normativo sugerido por la pena (re)socializadora en la justicia juvenil viene planteado por consecuencias injustas del proceso de individualización de la sanción, que es consustancial al proyecto preventivo-especial, y que lo convierte en un derecho penal de autor (Albrecht, 1993: 66-67). La individualización de la

¹¹ *Que reconoce a todo niño (persona menor de dieciocho años) el “derecho... a ser tratado de manera acorde con el fomento de su sentido de la dignidad y el valor, que fortalezca el respeto del niño por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros y en la que se tengan en cuenta la edad del niño y la importancia de promover la reintegración del niño y de que éste asuma una función constructiva en la sociedad”.*

¹² *McKeiver v. Pennsylvania, 403 US 528 (1971), que supone una diferencia entre el tratamiento a los delincuentes y el castigo de los criminales, y la emplea como la principal justificación para negar a los menores el derecho a juicio por jurados (Feld, 1999: 246). Sin embargo, de “un examen crítico de las cláusulas sobre objetivos legales, de las opiniones del tribunal, de las leyes que regulan la determinación de sanciones a menores, de las prácticas sancionatorias de los tribunales, de las condiciones del encierro institucional y de las evaluaciones sobre eficacia del tratamiento” resulta que no es cierto que ambos sistemas “apuntan a diferentes direcciones” ... “Más bien, estos diversos indicadores revelan en forma consistente que los tribunales de menores castigan a los delincuentes por sus delitos en forma creciente y explícita” (Feld, 1999: 250-251).*

¹³ *Allen v. Illinois, 478 US 364 (1986).*

sanción está asociada con la identificación de factores predictores de criminalidad (o de reincidencia, en este caso). Y resulta que, en el sentido común de los operadores del aparato de justicia juvenil –que emula de forma más rudimentaria las explicaciones criminológicas más en boga–, las mayores probabilidades de delinquir (luego, la mayor necesidad de una intervención preventivo-especial) se dan sobre todo en adolescentes de clases bajas, pertenecientes a minorías raciales, con un historial de desventajas socioeconómicas (Vásquez González, 2003). Por ello, la individualización de la pena, al servicio de la idea de (re)socialización, se traduce regularmente en una mayor carga punitiva para ese tipo de adolescentes (Feld, 1999: 73, 266, 269, 284). Así, se produce una tensión compleja: la individualización de la sanción, con criterios de socialización, tiende a proteger más a los jóvenes con más ventajas socioeconómicas, es decir, a quienes tienen más que perder en términos de socialización (inserción escolar y familiar, un futuro promisorio), pero es injusto que quienes, sin responsabilidad de su parte, tienen menos elementos de socialización que puedan protegerlos, además sufran una respuesta penal más intensa. El principio de culpabilidad fundamenta la conclusión inversa, esto es, se debe responder con menor intensidad penal a quienes tienen más desventajas (a mayor condicionamiento de factores contextuales, menor evitabilidad del delito, luego menor culpabilidad y menor periclitamiento individual de pena), pero ella rara vez es extraída por los tribunales, si bien es posible contar con algunos notables ejemplos¹⁴ de esa inversión del derecho penal de autor (el derecho penal de culpabilidad atiende ciertamente al autor del delito, pero no para intensificar su carga sobre el más peligroso, sino para no exigir a cada uno más que lo que podía haber dado).

14^a Dada su base fundamentalmente utilitaria y su déficit de eficacia, el principio educativo es del todo insuficiente para limitar las demandas de penas basadas en criterios de prevención general y para fundar un derecho penal de adolescentes más justo y racional. Junto a él, y probablemente con un papel de mayor importancia, el principio de culpabilidad y el principio de reparación y conciliación entre autor y víctima tienen un papel autónomo que cumplir, como otros dos pilares de aquel derecho penal de adolescentes más justo y racional: el principio de culpabilidad, fundamentando siempre una menor responsabilidad (cuando no su exención), y consecuentemente unas penas menos severas, en atención a las menores competencias sociales, capacidad de autocontrol y posibilidades alternativas de comportamiento en los adolescentes, en general, y más aún en los que tienen más desventajas; y el principio de reparación y conciliación entre autor y víctima, sirviendo de base para una búsqueda activa de entendimiento y acuerdo entre ellos y para una solución reparatoria (material o simbólica) que, idealmente, vaya acompañada de un sobreseimiento de la causa, como una mejor forma de resolver el conflicto surgido a partir del delito.

¹⁴ Paradigmática, en este sentido, es la sentencia Nº 591-F-97, del Tribunal de Casación Penal de Costa Rica, emitida en una causa penal de adolescentes.

A partir de este diagnóstico de la situación en que se encuentra la educación y (re)socialización en la justicia juvenil, ¿queda un espacio para ella en un derecho penal de adolescentes que transita hacia una mayor atención a las garantías y a la proporcionalidad entre la gravedad del delito y la severidad de la sanción? Ciertamente sí queda un espacio, pero a estas alturas esa no es la pregunta más relevante de responder. No se trata ya de la cuestión de si queda un espacio a la idea de educación y socialización en el derecho penal de adolescentes, sino, más precisamente, de cuáles son –en vista de aquellos modestos resultados– los “usos” de la idea de educación y socialización que es razonable y legítimo promover y cuáles no lo son.

En mi opinión, del diagnóstico que he ofrecido pueden derivarse las siguientes tesis sobre la razonabilidad y legitimidad de los usos del ideal (re)socializador en el derecho penal de adolescentes:

Primera tesis: El ideal (re)socializador debe usarse, en el derecho penal de adolescentes, primariamente como un argumento despenalizador, que sirva para dejar de intervenir penalmente en casos en que es preferible y posible mantener al adolescente en un espacio social normal, evitando el contacto con la justicia y sus instituciones, que normalmente entorpecen o ponen en riesgo la socialización de niños y adolescentes, en lugar de favorecerla. Esa debe ser la primera prioridad, por lo menos en los casos de la criminalidad más o menos leve de carácter ocasional.

Segunda tesis: La despenalización orientada a la socialización puede traducirse en una derivación del caso a servicios sociales o de protección a la infancia y la familia (y de terapia, en su caso), siempre que existan necesidades especiales de apoyo a su educación o socialización que así lo justifiquen. La comisión de un delito no es sinónimo de necesidad de educación y socialización, si se admite la hipótesis de que buena parte de la criminalidad de adolescentes es episódica y remite espontáneamente sin intervención institucional alguna. En cualquier caso, si se opta por hacer una derivación a los servicios sociales o de protección, no habrá verdadera despenalización si estos servicios materialmente desempeñan un rol punitivo, lo que seguramente ocurrirá cuando se trata de servicios especialmente diseñados para niños y adolescentes “problemáticos”, que restringen de cualquier modo la libertad de estos.

Tercera tesis: Cuando el sistema de justicia decide intervenir respecto de un adolescente infractor (lo que sólo podrá fundarse en que se trata de un hecho que la justicia no está dispuesta a “dejar pasar”), entonces el ideal (re)socializador debe servir como un argumento para reducir la intensidad de la intervención penal: especialmente, para fundamentar la elección de una sanción ambulatoria, no obstante tratarse de un delito que por su gravedad admite ser sancionado con una que sí lo sea.

Corolario: si el derecho penal de adolescentes se diferencia del derecho penal de adultos (entre otros aspectos) por la importancia que asigna al principio educativo y

(re)socializador, y este principio a su vez tiene signo despenalizador o por lo menos limitador de la sanción, entonces nunca será posible en nombre de aquel principio imponer una sanción a un adolescente en un caso en que al adulto no se le habría impuesto, ni imponerle una más severa o intensa que la que le habría correspondido al adulto.

Cuarta tesis: La necesidad de seleccionar una sanción ambulatoria orientada a la prevención especial, que tenga posibilidades reales de ser eficaz, permite y exige individualizar la sanción –con fundamento en el principio educativo– sobre la base de las características específicas del autor y su situación familiar y social, a las que la sanción debe adaptarse (como condición de eficacia). No obstante, debe evitarse una praxis discriminatoria en contra de los adolescentes cuyas circunstancias de vida podrían fundamentar una mayor necesidad de intervención. Para ello, el principio de culpabilidad establece restricciones severas que, inclusive, fundamentan la consecuencia contraria: una sanción menos severa e intensa.

Quinta tesis: Dado que únicamente está justificado emplear el principio educativo como un límite para la intervención penal, no corresponde recurrir a sanciones, ni siquiera ambulatorias, si es posible prescindir de toda sanción a través de un proceso de conciliación entre el autor y la víctima, acompañado en su caso de una reparación material o simbólica.

Sexta tesis: Si nada de lo anterior es posible, y se va a imponer una sanción privativa de libertad, el principio educativo y (re)socializador, lejos de emplearse para justificar la imposición coactiva de un tratamiento a los adolescentes internos, que violentaría su autonomía moral, tiene un papel fundamental que cumplir en materia de ejecución penitenciaria, fundamentando una regulación más benigna en materia de las condiciones de encierro (infraestructura, equipamiento, oferta programática, calificación del personal, etc.) y de beneficios penitenciarios (menos requisitos y un plazo más breve –o ningún plazo previo– para acceder a salidas semanales y diarias, suspensión y remisión del resto de la pena, sustitución de la misma por otra menos severa, etc.).

Como consecuencia de todo lo anterior, el principio educativo y (re)socializador impone un cierto orden de prioridad en el recurso a las diversas alternativas de resolución de un caso de delincuencia juvenil (Couso *et al.*, 1999):

- primera opción, desestimar la causa, dejando de intervenir, para no entorpecer o poner en peligro el proceso de socialización del niño o adolescente;
- segunda opción, desestimar el caso en la justicia juvenil y derivar el asunto a los servicios sociales regulares y de protección (o terapia) de la infancia y la familia, cuando el adolescente tiene necesidades educativas y de socialización insatisfechas que requieren alguna intervención institucional, que jamás podrá ser sanción encubierta;

- tercera opción, procurar un entendimiento entre el adolescente autor y la víctima, que conduzca en su caso a una reparación;
- cuarta opción: imponer una medida o sanción ambulatoria, orientada a reducir la posibilidad de un futuro comportamiento delictual;
- quinta opción (como “último recurso y por el menor tiempo posible), imponer una sanción privativa de libertad, en condiciones privilegiadas en comparación con otros centros, y planteándose desde el primer momento la posibilidad de reducir su impacto negativo para la socialización a través de beneficios penitenciarios.

Bibliografía

- Albrecht, Peter-Alexis (1990), *El Derecho penal de menores*. Traducción de la primera edición alemana por Bustos Ramírez. PPU, Barcelona.
- Albrecht, Peter-Alexis (1993), *Jugendstrafrecht*. 2ª edición, C.H. Beck, München.
- Beloff, Mary, *Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina*, en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (compiladores), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, 2ª edición. Temis-Depalma, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires.
- Cantarero Bandrés, Rocío (1989), *Delincuencia juvenil y sociedad en transformación*. Madrid.
- Cillero, Miguel (2003), *Resocialización y derechos fundamentales*. Trabajo inédito presentado por el autor para el curso de Doctorado Derecho penal y criminología, de la Universidad Pablo de Olavide. Sevilla, España.
- Cohen, Stanley (1985), *Visions of Social Control*. Blackwell, Oxford, UK.
- Couso, Jaime (1998), *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 AAVV, “De la tutela a la Justicia”, Editorial LOM, Santiago, 1998 (hay versión electrónica en la Revista Justicia y Derechos del Niño; UNICEF, Santiago, 1999: http://www.unicef.cl/archivos_documento/68/Justicia%20y%20derechos%201.pdf)
- Couso, Jaime *et al.* (1999), *Derecho penal de adolescentes: ¿educación, ayuda o sanción?* Facultad de Ciencias Sociales U. de Chile-UNICEF. Santiago, Chile.
- Feld, Barrie (1999), *Bad kids. Race and the transformation of the Juvenile Court*. Oxford University Press, New York – Oxford.
- García Méndez (1992), *Para una historia del control penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social*. En Bustos, Juan. Un derecho penal del menor. Editorial Jurídica ConoSur, Santiago, Chile.

- Giménez-Salinas Colomer, Esther, *La justicia de menores en el siglo XX. Una gran incógnita*. En Bustos, Juan Un derecho penal del menor. Editorial Jurídica Cono-Sur, Santiago, Chile.
- Platt, Anthony (1982), *Los "Salvadores del Niño" o la invención de la delincuencia*. Siglo XXI, México.
- Roxin, Claus (1994), *Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band. I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 2ª ed., München.
- Vásquez González (2003), *Predicción y prevención de la delincuencia juvenil según las teorías del desarrollo social (social development theories)*, Rev. derecho (Valdivia). [online] Julio 2003, Vol. 14 [cit. 20/03/06], pp. 135-158. En <http://mingaonline.uach.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-09502003000100008&lng=es&nrm=iso>. ISSN 0718-0950.
- Zimring, Franklin (2002), *The Common Thread: Diversion in the Jurisprudence of Juvenile Courts*. En A Century of Juvenile Justice. Margaret K. Rosenheim, Franklin E. Zimring, David S. Tanenhaus y Bernardine Dohrn (Editores). University of Chicago Press.

EL PERFIL DEL JUEZ EN EL NUEVO DERECHO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA¹

JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA²

1. Introducción

A partir de la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)³ se estableció un nuevo paradigma de actuación del sistema de justicia en los asuntos de la niñez y de la juventud, en el que quedaron comprendidos todos los operadores de este sistema, en razón de su contenido interdisciplinario –operadores judiciales, del Ministerio Público, de la seguridad pública, del servicio social, etcétera–.

La CDN tiene una historia de diez años de elaboración. Su origen se remonta al año 1979, año internacional del niño, en que surgió una propuesta originaria de Polonia para realizar una convención referida al tema. La Comisión de Derechos Humanos (CDH) de la Organización de las Naciones Unidas organizó un grupo de trabajo abierto para estudiar el asunto. En este grupo podían participar delegados de cualquier país miembro de las Naciones Unidas, además de los representantes obligatorios de los cuarenta y tres Estados integrantes de la CDH, los organismos internacionales como el UNICEF, y los grupos *ad hoc* de las organizaciones no gubernamentales (ONG). En 1989, en el trigésimo aniversario de la Declaración de los Derechos del Niño, la Asamblea General de las Naciones Unidas, reunida en Nueva York, aprobó la CDN. Desde entonces, los derechos de los niños quedaron establecidos en un documento global, con fuerza coercitiva para los Estados signatarios, entre los que se cuentan la mayoría de

¹ Presentado bajo este mismo título, en el II Curso de Especialización “Protección Jurisdiccional de los Derechos del Niño”, para Jueces, Abogados y Fiscales del Cono Sur, organizado por el UNICEF, Oficina de Área para Argentina, Chile y Uruguay, y la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires (UBA), en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de Buenos Aires llevado a cabo del 22 al 26 de noviembre de 1999. (Traducido al español por María Karina Valobra.)

² Juez de Derecho en el estado de Rio Grande do Sul (Brasil), profesor de la Escuela Superior de la Magistratura del estado de Rio Grande do Sul y de la Universidad de Derecho de Santo Angelo, Brasil. Disertante en el tema de Derechos del Niño, autor de Adolescente e ato infracional: garantias processuais e medidas socioeducativas, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 1999.

³ Como lo destacó la Dra. Mary Beloff, en conferencia realizada en Salta –Argentina– en ocasión de la Primera Reunión del Foro de Legisladores Provinciales para los Derechos del Niño y del Adolescente, la CDN no constituye el primer instrumento internacional que proclama y afirma estos derechos. El status y el tratamiento de los mismos han sido considerados por largo tiempo entre los principales intereses por parte de la comunidad internacional. Así, la Declaración de Génova sobre los Derechos del Niño fue adoptada por la Liga de las Naciones en 1924, y es el primer instrumento internacional importante en la materia. En 1959, las Naciones Unidas adoptaron la Declaración de los Derechos del Niño. También adoptaron, junto con otras organizaciones internacionales regionales y globales, muchos otros instrumentos específicos para la infancia, o instrumentos generales de derechos humanos que específicamente reconocen los derechos de los niños. (Sobre el tema, véase: Mary Beloff, “Estado de avance de la adecuación de la legislación nacional y provincial a la Convención sobre los Derechos del Niño en Argentina. Tendencias y perspectivas”, Salta, marzo de 1998, mimeo).

los países de América Latina. Así, se inauguró una nueva era histórica en relación con el tratamiento de los asuntos de la infancia. Se estableció un “Nuevo Derecho”.

Me referiré aquí al perfil del juez de este Derecho de la Niñez y la Juventud. Para ello tomaré como referencia los principios y mandamientos que incluye la CDN y el nuevo orden que impone su doctrina. En ella quedó definitivamente erradicada la figura del niño o adolescente entendido como *menory* su condición de objeto del proceso, para ser inserto en una nueva categoría jurídica en la que resulta titular de derechos y obligaciones y es respetada su peculiar condición de ser una persona en desarrollo.

2. Una *cierta manera* de definir el perfil del juez de niños y adolescentes

La premisa del título es ineludible al momento de delinear el perfil del juez de la niñez y la juventud de cara al nuevo orden establecido y en el contexto del nuevo paradigma que fija la CDN para su actuación; con ella pretendo superar, preliminarmente, el esfuerzo que implica la búsqueda de explicitar el contenido de esta nueva postura. Nos ayudan a su mejor comprensión los dichos de Michel Miaille cuando enseña, en su *Introducción al Estudio del Derecho*, que toda proposición de presentación, de exhibición, supone que se hace de “una cierta manera”, y se remite entonces a la parábola de la visita al castillo. Miaille dice:

“Introducir es conducir desde un lugar para el otro, hacer penetrar en un nuevo lugar. Ahora bien, a diferencia de lo que fácilmente podría pensarse, esta dislocación desde un lugar hacia el otro, este movimiento, no puede ser neutral. Ninguna introducción puede imponerse tal cosa, por sí misma, y esto así, por la lógica de las cosas. Tomemos un ejemplo para convencernos de esta declaración.

”La visita a una casa desconocida, bajo la orientación de un guía, es siempre una experiencia extraña. El guía los introduce en la casa, hace que la recorran; los guía, de hecho, para que descubran sus habitaciones, sus diferentes divisiones. Pero hay siempre puertas que permanecen cerradas, zonas que no se visitan, y muchas veces, un orden de la visita que no se corresponde con la lógica del edificio. Para abreviar, ustedes descubrieron esta casa ‘*de una cierta manera*’: esa introducción fue condicionada por imperativos prácticos y no necesariamente por la ambición de conocer verdaderamente el edificio. Y, seguramente, es aceptable que si ustedes conocieran bien al guardia de la casa, hubiesen podido pasear sin restricciones por ella, abrir las puertas prohibidas y visitar las zonas cerradas al público. Quiere decir que entonces ustedes tendrían otro conocimiento de esa casa porque se hubieran introducido de una manera diferente. ¿Qué decir, entonces, si ustedes fueran uno de los habitantes de esa casa? Ellos la conocen ‘desde adentro’ –sabrían sus rincones familiares, sus escaleras ocultas, el desgaste que produjo el tiempo y la atmósfera íntima–. Si ocurrieran las tres hipótesis que acabamos de imaginar, no habría para

nosotros una casa, sino tres diferentes edificios; muy distinto uno del otro, debido al distinto conocimiento que tenemos de ellos”⁴.

En esta línea de razonamiento, propongo la disertación sobre el perfil del juez en este nuevo derecho e ilustro con lo que el propio Miaille afirmó en su propuesta de hacer una introducción crítica al estudio del derecho:

“El derecho no tiene la consistencia material de una casa, no está delimitado en el espacio por paredes o puertas. Cuando tomo la iniciativa de introducirlos en el derecho, tomo la responsabilidad de abrir ciertas puertas, de conducir sus pasos en cierto sentido, de llamar su atención para este elemento y no para otro. Ahora, ¿quién podrá decir que las puertas que abrí eran buenas? ¿Si el sentido de la visita era instructivo para el visitante?”⁵.

Así las cosas, la pretensión de trazar el perfil del juez en este nuevo orden, parte, evidentemente, de una visión personal, de la experiencia particular que he tenido en el Brasil en la búsqueda de la efectivización en todos los niveles del Estatuto del Niño y del Adolescente⁶ (ECA)⁷ que establece en el plano infraconstitucional la normativa nacional relativa a las cuestiones de la infancia y la juventud.

Pasados casi diez años de la promulgación de este texto, todavía se advierte en el Brasil la resistencia de diversos sectores a dejar a un lado los principios de la vetusta *doctrina de la situación irregular*, aún presente en la cultura nacional y, evidentemente, en sectores del propio Poder Judicial, espacio donde la resistencia a lo nuevo e innovador (sea en el Brasil o donde quiera que fuera), siempre se hace de una manera más obvia; a veces, de una manera expresa y otras, subliminalmente. Esta última, de hecho, más perversa, pues se dice estar cumpliendo con el nuevo orden, sin embargo, apenas existe una apariencia de estar cumpliéndolo mientras que lo que se aplica es la vieja doctrina travestida de nueva.

Luego, el perfil del juez se condice con una visión comprometida con la efectividad de la *doctrina de la protección integral*, con la efectividad de la normativa internacional y nacional, que recibió en su actuación en el Poder Judicial. En lo que respecta al compromiso, no quiero dejar de referir aquí una figura del lenguaje utilizada por el educador Ernest Sarlet. Sarlet establece un paralelo entre lo que es comprometerse y lo que es participar, para ello usa la parábola del *omelette* con tocino. Dice Sarlet que en esta elaboración el pollo participa porque entra con el huevo; pero el cerdo se compromete. Por cierto, la propuesta que nos mueve no tiene que ver con una propuesta de muerte, como la del puerco, que se sacrifica, pero sí es una propuesta de vida, de entrega.

⁴ Michel Miaille, Uma introdução crítica do Direito, Lisboa, Moraes Editores, 1979, p. 12.

⁵ *Ibidem*, p. 13.

⁶ Ley Federal 8069 del 13 de julio de 1990.

⁷ Estatuto da Criança e do Adolescente.

De cualquier manera, lo que se busca cuando se pretende trazar el perfil del juez en este nuevo modelo, parte de una visión comprometida con este ideal.

Así, retomo nuevamente a Michel Miaille cuando nos dice que hay que comprender que cuando se habla acerca del perfil de este juez se hace desde cierto punto de vista, una cierta manera de verlo, en otros términos, comprometido con la efectivización completa de la *doctrina de la protección integral* en una sociedad todavía contaminada por el germen de la *doctrina de la situación irregular*.

3. De menor a ciudadano

En la definición del perfil de este juez hay que tener en mente el cambio paradigmático establecido por la CDN. Este cambio en trance requiere, para su efectivización, una alteración: supone un cambio conceptual. En el Brasil, esta modificación pasa conceptualmente por la adopción en el texto legal de conceptos como *niño y adolescente* y el abandono de la antigua conceptualización de *menor*.

En el nuevo orden, no se admiten titulares de periódico del tipo “*Un menor asaltó a un niño*”, de manifiesto cuño discriminatorio, donde el niño era el hijo bien nacido y el *menor* era el infractor. Esta especie de expresiones, comunes todavía en el Brasil, aún están presentes en el lenguaje de los propios tribunales y constituyen el legítimo producto de una cultura excluyente –e inspirada en el sistema anterior– que distinguía entre los *niños y adolescentes* y los *menores*; trazando de tal forma, una división entre aquellos que se encontraban en *situación regular*, de los otros, que se encontraban en *situación irregular*.

Emilio García Méndez indica en su análisis de la vieja doctrina y en confrontación con el nuevo orden establecido en la CDN:

“En el contexto socioeconómico de la llamada década perdida, resulta superfluo insistir con cifras para demostrar la existencia de dos tipos de infancia en América Latina. Una minoría con las necesidades básicas ampliamente satisfechas (los niños y adolescentes) y una mayoría con sus necesidades básicas total o parcialmente insatisfechas (los menores)”⁸.

En estas condiciones hay que tener en cuenta las conclusiones alcanzadas por el “Taller de Trabajo sobre la Justicia de la Niñez y Juventud”, en ocasión del “III Seminario Latinoamericano del Revés al Derecho –de la situación irregular a la protección integral de la Niñez y Adolescencia en América Latina”, llevado a cabo del 19 al 23 de octubre de 1992, en San Pablo, ya que estas conclusiones permanecen en toda vigencia:

⁸ Emilio García Méndez, *Legislación de menores en América Latina: una doctrina en situación irregular*, en: Cuadernos de Derecho del Niño y del Adolescente, vol. 2, 1998.

“a) Los sistemas de justicia “tutelar”, por estar basados en la doctrina de la situación irregular, no atienden a las expectativas; en los pueblos de América Latina, en los que esta justicia permanece –es decir, en todos sus países– es considerada como una justicia de menor importancia.

b) En los países de América Latina, incluso en aquellos donde fueron incorporados los principios de la CDN, la legislación interna todavía guarda flagrantes conflictos con la misma. En esos mismos países se observa que los derechos fundamentales de la persona humana, incluidos en sus constituciones, no son respetados en relación con los niños y adolescentes.

c) Se ha demostrado que el sistema de justicia de menores no ha sido diseñado para proteger ni promover los intereses del niño y del adolescente, sino como instrumentos de control social de la pobreza.

d) El sistema de la situación irregular ha estado provocando la judicialización de asuntos exclusivamente sociales, haciendo del juez un cómplice de la omisión de las políticas públicas más que un ejecutor de la justicia.

e) En los países de América Latina se observó que los problemas de los niños y adolescentes no han sido enfrentados por el sistema de justicia como sujetos de derecho, sino considerándolos como objetos de la intervención estatal”.

Ese taller recomendó:

I) Que los principios de la CDN sean incorporados con urgencia a los sistemas de distribución de Justicia, y que en forma urgente los países signatarios incorporen reglas autoaplicables y no meramente programáticas, máxime, si ya están previstas en la constitución respectiva.

II) Que se estimule la movilización popular en busca de los cambios necesarios en los sistemas judicial y legislativo, para la incorporación de los principios de la CDN.

III) Que se dé prioridad absoluta a la adecuación del sistema judicial en los países que adoptaron la doctrina de la protección integral.

IV) Que sea incluido en los cursos de los profesionales del sistema de formación de justicia, el estudio de la CDN, como la parte integrante de la doctrina de los derechos humanos.

V) Que los profesionales de la actuación del sistema judicial sean orientados en una postura ética y de compromiso social”.

Establecida así la premisa de que la CDN convirtió a los niños y adolescentes –hasta entonces entendidos como *objetos del proceso*– en *titulares de derechos y obligaciones* que les son propios –de acuerdo con su condición peculiar de ser personas en desarrollo– y que ello importa una repercusión inmediata en los ordenamientos

jurídicos internos de los países signatarios, se hace posible entonces, esbozar algunas consideraciones sobre el perfil del juez en este nuevo contexto.

4. Un nuevo derecho, ¿un nuevo juez?

Por lo menos hasta la llegada de la CDN, el llamado Derecho del Menor y, por consecuencia, la Justicia de Menores, eran vistos por los operadores de derecho como una justicia menor. Recuerdo, por ejemplo, mi experiencia personal, cuando en 1991, después de las promociones sucesivas por el mérito en mi carrera, anuncié a mis amigos que había aceptado postularme como juez de infancia y juventud. Pude ver la sensación que les causó la noticia en sus caras; algunos hasta lo verbalizaron, consideraban que “enterraría” mi carrera en esa jurisdicción menor.

Realmente el imaginario que orienta a muchos operadores del derecho –aún vigente– es que el juez de la Justicia de la Niñez y la Juventud no está dentro de la “nobleza del mundo jurídico”, pues considera que trata cuestiones no jurídicas, no científicas, en la línea de aquella idea de que esta jurisdicción es una jurisdicción subalterna. Esta concepción errada se convirtió en el sello de la organización judicial latinoamericana –porque éste no es un mal exclusivamente brasileño, esto ha quedado dicho en el Taller de Trabajo ya citado–. Se demuestra con ella una ignorancia total de lo que es el Derecho de la Niñez y Juventud, y peor aún, la ignorancia dentro del propio sistema de justicia acerca de que este Derecho está orientado, nada menos, que por el Derecho Constitucional.

Así, ante la existencia de un nuevo derecho –y para su aplicación– debe existir un nuevo juez. El perfil del juez, del nuevo juez, en este nuevo derecho, presupone un operador calificado, con conocimiento sólido en los temas de Derecho Constitucional, en la medida en que lidia con los derechos fundamentales de la persona humana, debe transitar con naturalidad por el mundo jurídico, con dominio de las reglas fundantes de este sistema.

El juez de este nuevo derecho no actúa en una esfera parajudicial o meramente administrativa, sino que lo hace en pleno ejercicio de la jurisdicción, cumple el papel de juzgador de conflictos, esté en la órbita civil o en la penal. Le son exigidos conocimientos sólidos para que pueda actuar en el área del derecho penal juvenil, que tiene incorporadas todas las garantías y prerrogativas propias del derecho penal y del proceso penal, aun cuando en ella no se apliquen penas sino sanciones cuya naturaleza son propias de este ordenamiento. Con esa misma intensidad debe respetar los derechos fundamentales atinentes a las garantías debidas a la convivencia familiar y comunitaria lo que supone, por ejemplo, un sólido conocimiento del derecho civil y procesal civil. Asimismo, debe estar capacitado para pronunciarse sobre conflictos que versen sobre derechos colectivos o difusos, donde prevalecen los intereses del niño; conflictos éstos afines a un segmento especializado del derecho.

Por consiguiente, el perfil de este juez para la aplicación de este nuevo derecho –donde el Poder Judicial es reubicado en su debido papel, impuesto por el sistema de tripartición de poderes– supone un profesional altamente calificado. Destaco, en este punto, el progreso de las acciones civiles públicas en el Brasil, en la órbita de la competencia de la Justicia de Infancia y Juventud, que incluyeron decisiones que determinaron al Poder Ejecutivo en la creación de programas de servicio para adolescentes infractores⁹.

Resta por decir que, a la par de esta formación profesional, este nuevo juez debe estar comprometido con la transformación social y apto para asegurar, en el ejercicio de esta jurisdicción, las garantías propias de la ciudadanía a cualquiera de sus justiciables, independientemente de su condición económica o social. Se 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.

En fin, intentar dibujar el perfil de este juez, nos hace hablar de un magistrado calificado y comprometido, capaz de hacer eficaces las normas del sistema en su cotidiana tarea jurisdiccional e incorporar la normativa internacional que debe conocer tan bien como las normas del orden nacional. Este profesional no podrá, en ningún momento, dejar de indignarse con la injusticia ni dejar de emocionarse con el dolor de los justiciables, sin perder por ello su posición de juzgador. Aquellos que se endurecieron en su acción, que ya no se emocionan, no sirven más para lo que hacen.

Si existe un nuevo derecho debe existir un nuevo juez. De hecho, de no existir un nuevo juez capaz de operar este nuevo derecho, el nuevo derecho no existirá; pues es el juez quien debe dar eficacia a sus normas.

5. Consideraciones finales

En su ensayo “Contra la pena de muerte”, Norberto Bobbio cita a John Stuart Mill:

“Toda la historia del progreso humano fue una serie de transiciones a través de las cuales los hábitos y las instituciones, uno después de otro, dejaron de ser considerados necesarios para la existencia social y pasaron a conformar la categoría de injusticias universalmente condenadas”¹⁰.

⁹ A propósito destaco aquí la decisión unánime de la Séptima Cámara Civil del Tribunal de Justicia del estado de Rio Grande do Sul, en apelación interpuesta por el Estado, en la que mantuvo la decisión de primera instancia que condenó al Ejecutivo para construir una unidad de atención a los infractores y mantener un programa especializado. Esta decisión tuvo gran repercusión en el mundo jurídico, en la medida en que enfrentó dogmas como los principios de conveniencia y oportunidad del administrador público, fue publicado en diversos periódicos jurídicos, incluso en lengua hispana. La traducción de Julio Cortés se encuentra en Justicia y Derechos del Niño, núm. 1, Santiago, 1999, p. 177.

¹⁰ Norberto Bobbio, A era dos direitos, Rio de Janeiro, Campus, 1992, p. 177.

La doctrina de la situación irregular y el viejo juez de menores cumplieron, en determinado momento histórico, su papel de colocar al Derecho de Menores al servicio del Estado. Esta etapa ya fue concluida. En el nuevo derecho, la doctrina de la protección integral condujo a que el niño y el adolescente fueran considerados en su condición de sujetos de derecho y dio por concluida la vieja doctrina y el viejo derecho, que cumplieron ya su etapa.

En su actuación, este juez debe conducirse con la mejor hermenéutica, tan bien explicada por Lênio Luiz Streck¹¹ al hacer foco en la necesidad de una interpretación del Derecho a la luz de los principios constitucionales, que contamine las normas y las cubra con sus alas. Así, en la aplicación e interpretación de la ley este juez debe tener siempre en mente la lección de Carlos Maximiliano¹², que enseñaba que la relación existente entre el juez y el legislador es la misma que existe entre el actor y el dramaturgo, *el juez es para el legislador, lo que el actor es para el dramaturgo*. De la calidad de la interpretación del texto, de la carga creativa aportada en esta interpretación, del comportamiento jurídico del operador jurídico, se extraerá la calidad del trabajo, que en el caso de la ley es la Justicia.

En la afirmación de un nuevo derecho, para el cual se exige un nuevo juez, se constata que las “conquistas” del pasado serán plenamente superadas en la medida en que se afirmen los derechos de la ciudadanía y se extiendan esos derechos a todos los ciudadanos, sobre todo a aquellos que se encuentran en particulares condiciones de desarrollo, como también, sea respetada esta condición sin serles negadas las garantías de la ciudadanía.

Y para operar en este nuevo derecho se espera un nuevo juez, no necesariamente un juez nuevo; pero sí un juez capaz de actuar e interactuar en la sociedad, en su condición de magistrado, investido y empapado de un nuevo orden de derechos, calificado y, sobre todo, comprometido con un ideal.

¹¹ Lênio Luiz Streck, *Hermenéutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenéutica da construção do Direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado 2000.

¹² Carlos Maximiliano, *Hermenéutica e aplicação do direito*, Rio de Janeiro, Forenses, 1994, p. 59. *El pasaje del texto referido, reza: “Existe entre el legislador y el juez la misma relación que entre el dramaturgo y el actor. Debe éste atender a las palabras de la pieza e inspirarse en su contenido; pero un verdadero artista no se limita a una reproducción pálida y servil: da vida al papel, encarna de modo particular el personaje, imprime su trazo personal en la representación, aporta a las escenas cierto colorido, variaciones de matiz casi imperceptibles; y de todo hace que resalte a los ojos de los espectadores maravillados, bellezas inesperadas, imprevistas. Como éste, el magistrado no procede como un insensible y frío aplicador mecánico de los dispositivos; sin embargo como el órgano de perfeccionamiento de éstos, intermediario entre la letra muerta de los Códigos y la vida real, es capaz de plasmar, con la materia prima que es la ley, una obra de elegancia moral y útil a la sociedad. No deben ser considerados autómatas, sino árbitros de la adaptación de los textos [...] mediador esclarecido entre el derecho individual y social”.*

Bibliografía

- Beloff, Mary (1998), *Estado de avance de la adecuación de la legislación nacional y provincial a la Convención sobre los Derechos del Niño en Argentina. Tendencias y perspectivas*, Salta, marzo de, mimeo.
- Bobbio, Norberto (1992), *A era dos direitos*. Río de Janeiro, Campus.
- García Méndez, Emilio (1998), “Legislación de menores en América Latina: una doctrina en situación irregular”. En *Cuadernos de Derecho del Niño y del Adolescente*, vol. 2.
- Maximiliano, Carlos (1994), *Hermenêutica e aplicação do direito*. Río de Janeiro, Forenses.
- Miaille, Michel (1979), *Uma introdução crítica do Direito*. Lisboa, Moraes Editores.
- Streck, Lênio Luiz (2000), *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*. Porto Alegre, Livraria do Advogado.

Referencias Jurisprudenciales

- (1999), “Sentencia de la Séptima Cámara Civil del Tribunal de Justicia del estado de Rio Grande do Sul”, con traducción al español de Julio Cortés en: *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 1, UNICEF/Ministerio de Justicia de Chile, Santiago de Chile.

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES Y EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO

MIGUEL CILLERO BRUÑOL*

Durante mucho tiempo se consideró que lo mejor para la infancia era mantenerla fuera del Derecho penal, estimación que condujo, como es sabido, al “derecho tutelar de menores”. Subyace a este enfoque la idea de que la única relación posible entre protección de derechos del niño y la responsabilidad penal de adolescentes es la de incompatibilidad: el reconocimiento de responsabilidad penal sería contradictorio con la protección de los derechos del niño. En el sistema tutelar el principio de prioridad del interés superior del niño (entendido como su protección y bienestar moral y social) legitimaría –normativa y políticamente– la absoluta exclusión de la responsabilidad penal.

Una evaluación general de los resultados de las leyes de menores muestra, sin embargo, que los mecanismos tutelares fueron incapaces de poner atajo a los desbordes del sistema punitivo, siendo objeto de severas críticas que afectaron su legitimidad jurídica –por considerárseles contrarios a los principios constitucionales– y social, porque con su funcionamiento contribuyeron a aumentar la marginalidad y el control penal encubierto de un sector de la infancia: los menores en situación irregular¹.

Paradójicamente, la exclusión de la responsabilidad de los niños y adolescentes, en lugar de fortalecer la protección, terminó por desmedrarla. La evidencia empírica revela, entonces, que la relación entre interés superior del niño, protección de la infancia y sistema penal es algo más compleja que lo que se pensó a comienzos de siglo por los salvadores de los niños que inspiraron el sistema tutelar.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CIDN) toma un camino diferente; este instrumento internacional reconoce que el sistema de garantías creado por el sistema penal (cuyos dispositivos más importantes constituyen derechos fundamentales contenidos en las Constituciones e instrumentos internacionales de derechos humanos) es el mejor mecanismo para lograr controlar y limitar el “poder punitivo” del Estado y que, bajo ninguna consideración relativa al “bien” del niño, puede privarse a la infancia/adolescencia de este conjunto de protecciones. En consecuencia, para la CIDN el niño es titular de todas las garantías propias de

* Abogado, Consultor de UNICEF, profesor+ de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales de Chile.

¹ Véase García Méndez, Emilio, *Infancia de los Derechos y la Justicia*, Ediciones Del Puerto, B. Aires, 1998.

los adultos –además de las complementarias relativas a los niños– para limitar la pretensión punitiva del Estado; este reconocimiento se hace expresamente, reproduciendo en los artículos 37 y 40 estas garantías. Pero, como es sabido, la CIDN también estableció el principio del interés superior del niño.

Si consideramos que, en el marco de la CIDN, el interés superior del niño dejó de ser una etérea consideración del bien del niño, pasando en cambio a ser equivalente a la plena satisfacción de sus derechos²; y que las penas, cualquiera sea su especie o nombre, consisten en la privación de derechos, parece razonable señalar que aún se está ante una antinomia que llevaría a proponer la mutua contradicción y exclusión entre interés superior y responsabilidad penal.

A continuación intentaré desarrollar un argumento que –reconociendo esta antinomia– pueda conciliar el conjunto de principios que regulan y limitan la atribución de responsabilidad penal con el principio de prioridad del interés superior del niño. De este modo pretendo legitimar, en lugar de la exclusión de la responsabilidad penal, su inclusión a través de un análisis que permita reconocer un espacio –aunque muy limitado– al interés superior del niño, en un sistema penal de adolescentes adecuado a los principios, directrices y derechos contenidos en la CIDN.

Si bien muchos de los argumentos que se darán relativos al interés superior del niño podrían desprenderse de otros principios constitucionales –como los de igualdad y respeto a la dignidad humana–, este ejercicio no es meramente retórico o especulativo, ya que encuentra su necesidad en la propia CIDN que consagra, como se dijo, conjuntamente los principios de interés superior y de protección (Art. 3) y las bases de un sistema de responsabilidad penal de adolescentes (Art. 40)³.

Si la protección de los derechos del niño y la responsabilidad penal de adolescentes fueran absolutamente incompatibles, ¿cómo es posible que la CIDN los consagre conjuntamente?, ¿cómo pueden los Estados dar cumplimiento a dos obligaciones aparentemente contradictorias? La respuesta –obviamente– no está en afirmar que el principio de interés superior del niño –entendido como criterio de prioridad– permitiría resolver la cuestión como un problema de conflicto entre principios o derechos, cualquiera que sea la teoría del derecho que se asuma para resolverla (las de Alexy o Dworkin, por ejemplo) o el carácter que se le otorgue –teóricamente– a esa precedencia “absoluta”, no “excluyente” o “condicionada”.

Estos modelos de la teoría del derecho son útiles y permiten dar fundamentos a las diversas posiciones, pero no pueden sustituir el análisis hermenéutico del texto de

² Cillero, M.: “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño” en García Méndez, Emilio y Beloff Mary, compiladores, *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. 1ª edición, Temis/ Depalma, Santa Fe de Bogotá, 1998.

³ Beloff, Mary (1998). *Los Sistemas de Responsabilidad Penal Juvenil*. En García Méndez, Emilio y Beloff, Mary compiladores, *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*. 1ª edición, Temis/Depalma, Santa Fe de Bogotá, 1998.

la CIDN, es decir, la aplicación de las reglas de interpretación propias del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que nos permiten comprender qué derechos específicos detentan los niños y que obligaciones tiene el Estado.

Las reflexiones de este artículo se ubican en este último plano, el de la hermenéutica de la Convención, interpretación teleológicamente orientada hacia la realización de los derechos del niño (Art. 41 CIDN), que debe integrarse a la hermenéutica constitucional, debido a la incorporación de los derechos fundamentales reconocidos en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos a los textos o normas interpretativas de las Constituciones nacionales. A la interpretación conjunta de estas disposiciones, la llamaremos en adelante hermenéutica de los derechos fundamentales de los niños.

Los principios constitucionales operan, en materia penal, en un doble sentido⁴, por una parte, cumplen una función constitutiva, limitadora y orientadora, y por otra, sirven como “razones de corrección”, para superar las antinomias que son inherentes a la lógica de funcionamiento del Derecho penal, que sanciona con un mal para lograr un efecto positivo de protección de bienes jurídicos⁵.

La hermenéutica de los derechos fundamentales exige superar las contradicciones internas del sistema; para analizar el programa constitucional relativo al Derecho penal y alguna de sus disposiciones particulares, es necesario realizar una interpretación sistemática y teleológica que permita mantener la unidad de la constitución, hermenéutica que se caracteriza por ser una “interpretación de límites”, en un doble sentido: límites del legislador y límites del Tribunal Constitucional al realizar su función de control⁶.

En consecuencia, es necesario promover una interpretación que haga compatibles el interés superior del niño y responsabilidad penal; la hipótesis que propongo es considerarlos como un conjunto de garantías que limitan el poder punitivo del Estado y aseguran la protección de los derechos del niño.

En este nivel de análisis, no se otorga al interés superior del niño la función de un principio que permite ponderar intereses, sino que se define su contenido como la vigencia de sus derechos (que es más amplio que la ausencia de daño y menos ambicioso y ambiguo que el bienestar moral y social). La mejor protección de los derechos del niño es su realización y, podemos decir, que la mejor protección es su autoprotección, es decir la que no queda entregada a ninguna decisión discrecional o paternalista de los adultos, ni a alguna particular concepción del bien.

⁴ Véase: Zagrebelsky, G.: *El Derecho Dúctil*, Madrid, Ed. Trotta, 3ª ed. 1999, en particular pp. 116-119, en que se refiere al “doble alcance normativo de los principios”

⁵ Sobre este punto véase Alcácer, R.: “Los Fines del Derecho Penal. Una Aproximación desde la Filosofía Política” que desarrolla sus puntos de vista desde la teoría de “razones de corrección” de Mac Cormick., en *Anuario de Derecho Penal*, volumen LI, 1998, pp. 365-587, p. 391.

⁶ Pérez Royo, J.: *Curso de Derecho Constitucional*, Madrid/Barcelona, Ed. Marcial Pons, 2000, pp. 148 y ss.

Ante el Derecho penal esta protección viene dada por las garantías penales y procesales –consagradas constitucionalmente– que se imponen a la voluntad del legislador y del Juez. Frente a ellas no hay ponderación posible, basada en intereses colectivos o el bienestar del niño; en consecuencia sería ilegítimo aducir –en un sentido u otro– una ponderación basada en el interés superior del niño para relativizar, por ejemplo, la aplicación del principio de legalidad, o la presunción de inocencia en atención a los fines educativos de las medidas establecidas en las leyes penales o tutelares de menores; o, por el contrario, para defender la absoluta irresponsabilidad de un adolescente ante la comisión de un delito grave en razón que las posibles sanciones penales –aunque especiales– afectarían siempre ilegítimamente los derechos del infractor.

Las garantías penales establecidas en términos constitucionales con un carácter absoluto –como las señaladas anteriormente o la prohibición de tortura por ejemplo– no dejan margen de ponderación a la autoridad y por ello son protecciones que –por escaso que sea el margen de autonomía que se le reconozca al niño– operan sin necesidad de expresión de su voluntad, esto es, no requieren, en principio, de una heteroprotección del padre o del Juez; incluso, en caso de incumplimiento existe un interés público para perseguir su cumplimiento, lo que es aplicable tanto a la persecución de un delito –caso de la tortura–, como en el de infracciones a garantías sustantivas y procesales fundamentalmente a través de la defensa jurídica obligatoria y el rol de salvaguarda de las garantías que cumple el Juez imparcial en un proceso adversarial.

En materia penal, frente a la relativa incapacidad del niño o adolescente, la mejor protección no es la discrecionalidad de las autoridades para encontrar una solución que resulte de la ponderación de intereses, sino que la protección normativa de sus derechos a través de garantías constitucionales y legales. Será a nivel del constituyente y del legislador, subordinado a la Constitución, donde deberán ponderarse los intereses, cuyo reflejo o fruto son las garantías penales, que en sede judicial penal no quedan entregadas a la ponderación judicial.

Esta conclusión, creo que satisface no sólo la hermenéutica constitucional sino que, además, una formulación de interés superior del niño elaborada a partir de sistemas como los de Alexy o el de Dworkin; evidentemente en otros ámbitos del derecho, diferentes al penal, será necesario recurrir al interés superior del niño como principio que permita resolver conflictos normativos en caso de colisión de derechos o intereses y allí, estas teorías –y otras que pudieran proponerse– tendrán que probar su mayor o menor fortaleza para desarrollar criterios razonables de ponderación, en el marco de una prioridad no excluyente de los derechos de los niños.

En materia penal, en cambio, el interés superior del niño no puede actuar como un criterio de resolución de conflictos de intereses en la resolución de casos concretos,

sino que encuentra su espacio de aplicación a nivel de los fines del derecho penal de adolescentes.

En consecuencia, el punto central para resolver esta antinomia es la distinción de planos. Así mientras creo posible sostener que interés superior del niño y responsabilidad penal de adolescentes pueden complementarse –en el ámbito de los derechos fundamentales– al nivel de los fines del Derecho penal de adolescentes, en particular considerándolo como un límite adicional, me parece necesario afirmar asimismo que el interés superior del niño no puede fundamentar una pena, o utilizarse como mecanismo para determinarla judicialmente⁷.

A nivel de fines del Derecho penal de adolescentes, podemos sostener que se encuentran la protección de bienes jurídicos, la minimización de la violencia tanto social como de la respuesta estatal, el respeto a la dignidad personal de imputados y condenados y la protección de los derechos de los adolescentes como sujetos en desarrollo, elemento este último que define la necesaria especialidad del Derecho penal de adolescentes frente al Derecho penal de adultos.

Estos fines del derecho penal son compatibles con el interés superior del niño y se expresan en disposiciones como la que establece que la privación de libertad debe ser una medida de último recurso, en el Derecho penal de adolescentes (Art. 37 .b de la CIDN).

Diferente es la situación de los fines de la pena, especialmente si se pretende fundamentar la aplicación de una sanción específica en el interés superior del niño, ya que pareciera que las medidas se impondrán para hacerle un bien al menor y no como sanción, con lo que se reinstala lo esencial del paradigma tutelar⁸, pero a través de un fraude de etiquetas.

Establecidos los planos de posible convergencia y de divergencia, una primera directriz de la que podemos partir es que cualquier sistema de reacción estatal frente a infracciones a la ley penal cometidas por personas menores de dieciocho años, debe considerar conjuntamente las limitaciones propias al poder punitivo que emanan del sistema penal y del interés superior del niño, esto es la satisfacción y protección de sus derechos.

Esta combinación de principios y garantías permitirá redefinir y limitar la aplicación a los adolescentes de sanciones y responsabilidades del sistema penal de adultos y, a su vez, que la aplicación de las garantías del sistema penal impedirá cualquier uso abusivo de mecanismos coactivos/sancionatorios (que importan privación de derechos) para modificar la conducta o situación del niño en función de su supuesto interés.

⁷ Como se establece en la Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal del Menor (5/2000) de España.

⁸ García Pérez, 2000: *La Evolución del sistema penal juvenil. La Ley de Responsabilidad Penal del Menor de 2000 a la Luz de las Directrices Internacionales* en *Actualidad Penal*, Nº 32, 4 al 10 de Septiembre 2000 pp. 685 y 688.

Una segunda consideración es que, efectivamente, el interés superior del niño tiende a realizar al máximo los derechos del niño y por ello debe ser una barrera para la aplicación de restricciones de derechos (característicos del sistema penal). En consecuencia, siempre la aplicación de consecuencias penales para un adolescente son un mal (una restricción de derechos y posibilidades) que debe reducirse al mínimo posible, con lo que se perfila una característica muy particular del sistema de responsabilidad penal de adolescentes que se deriva de la CIDN: su carácter mínimo; él que se concretara en la aplicación de técnicas de descriminalización legal, aplicación del principio de oportunidad, reconocimiento de la privación de libertad como último recurso y condiciones especiales para la ejecución de sanciones; todas garantías que emanan directamente del principio de interés superior, aunque ciertamente podrían derivarse –con igual efectividad– del principio de intervención mínima y respeto a la dignidad humana.

En síntesis, si bien es cierto que existe una contradicción entre pena y derechos del niño, es fuerza reconocer una complementación entre el sistema jurídico destinado a limitar las penas (derecho penal garantístico) y el sistema de protección de los derechos del niño. Más aún privar de las garantías penales a los niños y adolescentes constituye una violación al principio de protección de sus derechos, porque la experiencia indica que el sistema de garantías penales –sustantivas y procesales–, son el mecanismo más eficaz de protegerse del poder punitivo del Estado y de limitar su expansión.

Sin embargo esto no es suficiente, en razón de la particular situación jurídica y social de la infancia, el interés superior del niño exige elaborar un complejo sistema de responsabilidad por las infracciones a la Ley penal complementaria al sistema de garantías generales. Sus líneas matrices se encuentran consagradas en la CIDN y es tarea de las leyes nacionales desarrollarlas específicamente.

En conclusión, es posible señalar que la disposición del artículo tercero de la CIDN constituye un “principio” que obliga a diversas autoridades e incluso a instituciones privadas a estimar el “interés superior del niño” como una consideración primordial para el ejercicio de sus atribuciones, no porque el interés del niño sea un interés considerado socialmente como valioso, o por cualquier otra concepción del bienestar social o de la bondad, sino que, y en la medida que, los niños tienen derechos que deben ser respetados, o dicho de otro modo, que los niños tienen derecho a que antes de tomar una medida respecto de ellos se adopten aquellas que promuevan y protejan sus derechos y no las que los conculquen.

Desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos se superan las expresiones programáticas del “interés superior del niño” y es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos.

En este sentido debe abandonarse cualquier interpretación paternalista/autoritaria del interés superior; por el contrario, se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superar el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia.

Una vez establecido que la integración entre interés superior del niño y garantías penales y procesales sólo puede darse en la medida que ambos constituyen un límite a la pretensión punitiva del Estado, podemos decir que la finalidad específica del sistema penal de adolescentes basado en la CIDN, será limitar el poder punitivo del Estado y proteger al niño – lo más posible– de los efectos adversos que las sanciones penales importan para el desarrollo de los niños.

En este balance entre necesidad de intervención penal y protección del desarrollo, el principio del interés superior exige asumir como una prioridad no excluyente –respecto de la protección de bienes jurídicos– los derechos de la infancia y construir un sistema reforzado de garantías; probablemente esta idea de relativa prioridad de los derechos del niño, que permite orientar mejor los juicios de ponderación en sede legislativa y judicial –dentro de márgenes muy precisos y siempre a favor del imputado, por ejemplo al decidir sobre la procedencia de una medida cautelar–, sea el aporte específico que el principio del interés superior del niño pueda prestar para el diseño y funcionamiento del sistema penal de adolescentes.

Como consecuencia de lo dicho, se trata de diseñar legalmente un sistema basado en la responsabilidad por el hecho y no por las condiciones del autor con pleno respeto al principio de legalidad; la consagración de un sistema de imputación democrático del acto al autor⁹; el reconocimiento que la sanción es la consecuencia de una atribución de responsabilidad; de la aplicación intensiva de las garantías del debido proceso y de la presunción de inocencia; el diseño de un completo sistema diferenciado de consecuencias jurídicas; y el establecimiento de criterios específicos para la determinación de la pena, tanto a nivel legal como judicial, que permitan un ejercicio razonado de flexibilidad judicial, limitado –en cuanto a su severidad– por el principio de proporcionalidad.

⁹ Muñoz Conde, F. y García Arán, M.: *Derecho Penal. Parte General*, Valencia, Ed. Tirant lo Blanch, 5ª. Ed. 2002. pp. 201-205.

PARTICIPACIÓN JUDICIAL DE LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES*

DR. RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE**

I. El elemento estructurante: La Convención sobre los Derechos del Niño

La Convención sobre los Derechos del Niño ha consagrado el paradigma de la Protección Integral de los Derechos de los Niños, Niñas y Adolescentes.

Tal paradigma tiene su piedra angular en el reconocimiento de todo niño o niña como sujeto de derechos y obligaciones, cuyo interés superior debe ser contemplado en todas las decisiones que se adopten respecto del mismo.

Ese sujeto de derechos se encuentra en situación de adquisición de autonomía progresiva o en palabras de Gomes Da Costa de ser humano en desarrollo.

En síntesis, porque no es el objeto central de esta ponencia, debe considerarse que el niño, niña o adolescente es titular, portador de todos los derechos en cuanto persona humana. Desde la Declaración Universal de 1948 en adelante, pasando por todo el constitucionalismo, se admite que por el solo hecho de integrar la especie humana, sin distinción de ninguna especie, hombres y mujeres, niños y niñas, tienen la capacidad de goce de todos los Derechos Humanos.

Respecto de la capacidad de ejercicio de tales derechos, se entiende que existen determinadas circunstancias que colocan a una persona en dificultad o a un impedimento de su ejercicio.

Un determinado estado de salud como la demencia puede determinar la inexistencia de la capacidad de ejercicio, así como una situación de hecho, como la ausencia puede tener las mismas consecuencias. La edad es un factor que históricamente ha significado un severo límite de la capacidad de ejercicio de los derechos.

Como la persona menor de edad tiene restringida, o carece según la posición doctrinaria que se adopte, la capacidad de ejercicio, se ha proveído a los menores de edad de institutos jurídicos de asistencia y de ejercicio de los derechos en su lugar, por personas que integran el mundo adulto: patria potestad, tutela, curadurías especiales.

* Ponencia presentada en el "II Encuentro Regional de Derecho de Familia en el MERCOSUR", organizado por la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, días 24 y 25 de agosto de 2006.

** Ministro del Tribunal de Apelaciones de Familia de Uruguay y docente de la Escuela Judicial del mismo país.

1. Interés superior: artículo 3 de la CDN

El interés superior del niño en el plano de los derechos como lo determina la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), constituye así un principio de interpretación de la norma que apoya a la dilucidación de conflictos entre los niños y el mundo adulto y de los niños entre sí. Se parte del concepto del interés superior del niño como el pleno respeto de sus derechos. He sostenido con anterioridad que esta formulación requiere a su vez de un mecanismo concreto de interpretación y aplicación que mantenga las garantías del propio niño y de los demás involucrados.

Para determinar el superior interés del niño es imprescindible recabar su opinión en cuanto sujeto de derecho, lo que a esta altura de la evolución de la doctrina es una afirmación que se demuestra por sí misma. Sin tener en cuenta la opinión del niño, la invocación de su interés superior será un acto puramente paternalista.

El niño debe ser protagonista insustituible en la definición de su interés superior.

La Childrens Act de Inglaterra de 1989, aún partiendo del concepto anglosajón de “bienestar” por oposición al de “derechos”, exige en primer término como criterio para definir la necesidad de medidas de protección de los niños o las cuestiones de familia que los atañen, el de tener en cuenta *los deseos y sentimientos* de los niños.

Se puede decir que sin tener en cuenta los deseos y sentimientos del niño al momento de definir o dilucidar su interés superior, dicho concepto queda vaciado de contenido jurídico, deviniendo únicamente un acto de autoridad del mundo adulto, una muestra de autoritarismo concebido como el ejercicio de la autoridad sin el apoyo de la razón.

La doctrina inglesa ha trabajado, a propósito, lo que se ha identificado como la teoría de la balanza, que nace del prejuicio –no demostrado– de que normalmente el deseo de los niños se opone a su mejor interés.

Hay una suerte de desconfianza permanente hacia la forma como los niños definen su interés superior, como si siempre eligieran lo que es más inconveniente.

Por ejemplo, en caso de separación de los padres, normalmente todos los niños afirman que desean vivir con ambos progenitores. Allí es evidente que ningún elemento de autodestrucción existe en su decisión, pero el deseo no es posible de realizar. A continuación deberá indagarse respecto de cuál es la mejor forma de resolver el problema y seguramente la mejor solución del punto de vista teórico o ideal será la propuesta por el niño: tenencia compartida, que permite atenuar al máximo los efectos de la separación de los padres.

No obstante ello, de no ser posible esta solución, deberá indagarse su opinión para dilucidar el conflicto. Pues la práctica judicial nos enseña que los deseos rara vez

pueden ampararse por completo y se debe elegir, entre varias opciones, por aquella que menos o más reducido costo en términos de derechos tiene para el niño.

En consecuencia, deberá introducirse en el análisis una segunda vertiente.

2. Autonomía progresiva

El artículo 5 de la CDN impone a los Estados Partes el respeto de las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o demás referentes familiares a impartir al niño “...en consonancia con la evolución de sus facultades”, dirección y orientación apropiadas, para que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención.

Estamos en consecuencia ante un sujeto de derecho, que en *consonancia con la evolución* de sus facultades, adquiere paulatinamente la capacidad de ejercicio por sí de sus derechos.

Ello significa admitir que ese sujeto de derechos reconocidos en la CDN tiene, como consecuencia natural de su carácter de tal, la facultad de decidir cuándo y en qué condiciones ejerce tales derechos. También, en consecuencia, la facultad de renunciar a su ejercicio.

Debe reconocerse en aplicación del principio de autonomía progresiva que el sujeto de derechos es libre para decidir cuándo ejercer sus derechos y cuándo renunciarlos. Se reconoce que excepcionalmente en hipótesis de falta de competencia para decidir por sí (por razones de edad, enfermedad etc.) y de resultar acreditado que la solución o renuncia propuesta es perjudicial para el niño, a partir de los elementos objetivos incorporados a la causa, recién se podrá adoptar decisión diversa desde el mundo adulto.

3. El artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño

El artículo 12 de la CDN recoge el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean debidamente tenidas en cuenta, en aplicación de los conceptos desarrollados anteriormente, básicamente el de autonomía progresiva.

Artículo 12

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

2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional.

El art. 12.1 requiere una interpretación amplia, pues impone al Estado Parte garantizar, es decir, no sólo hacer posible, sino asegurar que el niño pueda expresar lo que tenga que decir sobre la situación concreta a estudio.

Son aquellos deseos y sentimientos a que hace referencia la Childrens Act de Inglaterra de 1989.

No se reduce a la expresión verbal del adolescente que puede expresar plenamente su opinión, sino que también abarca otras formas de expresión no puramente verbal. Por ejemplo, las reacciones psicósomáticas de los niños pequeños relativas a la aceptación o rechazo de regímenes de visitas, de situaciones de tenencia y otras.

Esto requerirá, sin duda, del desarrollo de capacidades técnicas y de equipos multidisciplinarios que se encuentren en condiciones de interpretar y descifrar estas opiniones comunicadas de formas no verbales.

El artículo 12.2 ingresa a las oportunidades procesales en las cuales se expresa la opinión: se consagra el derecho a la “oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño”.

Se identifica tal aserto con el principio del derecho a la defensa material, que supone no sólo el derecho a ser oído, expresar su opinión, sino el sentido más lato de ser participe del proceso, participar en la construcción de la decisión final del caso, formular alegaciones, ofrecer prueba, estar protegido de la indefensión.

Si tomar en consideración tal derecho a la participación, la solución que se adopte será desconociendo el carácter de sujeto de derecho del niño involucrado y la decisión se constituye, en definitiva, en un acto de autoritarismo del mundo adulto respecto del niño.

Es imprescindible en consecuencia la participación amplia del niño en los procesos en los que sus intereses estén en juego. Pero, a su vez, la CDN suministra criterios de valoración o de ponderación de dicha opinión.

Se garantiza el derecho del niño a ser oído –“*teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño*”–, esto quiere decir que tal opinión deberá tener un peso especial a la hora de adoptar decisión.

En aplicación de los principios generales desarrollados, mayor peso tendrá la opinión, hasta adquirir un carácter casi decisivo, dependiendo de la edad y madurez del niño.

Debe señalarse que en los países europeos este carácter decisivo conforme la evolución de la edad y las facultades se recoge cada vez con mayor énfasis.

Resulta interesante señalar que, por ejemplo, el Convenio de La Haya de Restitución Internacional de Menores se aplica a las personas de hasta 16 años, pues se entiende que después de esa edad la persona tiene el derecho y la capacidad de elegir libremente con qué padre vivir y en qué ciudad y país hacerlo.

Como hemos señalado reiteradamente, el deber de tener en cuenta la opinión, impone un requisito especial en la fundamentación o motivación de las decisiones judiciales, pudiendo ser atacada una sentencia que no funda adecuadamente la aceptación o el rechazo de la opinión del niño para arribar a una solución.

La interpretación de la expresión en todos los asuntos que afecten al niño debe ser amplia, en el sentido de que cada vez que los intereses del niño se encuentren involucrados en un asunto, éste tendrá derecho a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta.

4. La participación del niño

Debe distinguirse el derecho del niño a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los asuntos jurisdiccionales o administrativos que lo afecten, del derecho a su participación en tales procedimientos.

La CDN deriva a las normas de procedimiento a nivel nacional, definir la forma y el grado de participación.

En doctrina se han elaborado diversas clasificaciones de la forma de participación, que en teoría van desde la decisión exclusiva a cargo del niño, hasta la omisión de su participación.

La última es claramente violatoria de la Convención y la primera desconoce las particularidades de la situación, pues significa entregar a los niños totalmente las decisiones sobre su futuro, de manera también violatoria de la Convención, desconociendo las obligaciones de la familia, de la sociedad y el Estado respecto de los derechos de los niños.

En consecuencia, será una opción de política del legislador nacional determinar en ese amplio marco teórico el grado de participación de los niños en los procesos.

En Opinión Consultiva 17/2002 la Corte Interamericana de Derechos Humanos sostiene que: "...el aplicador del derecho, sea en el ámbito administrativo, sea en el judicial, deberá tomar en consideración las condiciones específicas del menor y su interés superior para acordar la participación de éste, según corresponda, en la

determinación de sus derechos. En esta ponderación se procurará el mayor acceso al menor, en la medida de lo posible, al examen de su propio caso” (párrafo 102).

Se impone el deber de informar a los niños, haciéndoles saber su derecho de participación. Se los debe invitar a participar y explicar los medios y facilidades que el sistema jurídico les ofrece para cumplir con tal participación. Debe reconocerse plenamente su derecho a participar en los procedimientos.

Allí se partirá de la afirmación de la Convención de que la participación del niño podrá hacerse *“ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado”*.

Aparece así consagrado el derecho a la defensa técnica por parte de los niños, lo que significa la necesidad de asignar al niño –en el proceso de participación en la construcción de las decisiones que los afecten– la asistencia jurídica necesaria para intervenir útilmente en el proceso.

Aquí se cruza la consideración del tema con el concepto de capacidad, que ha sido reformulado por la Convención sobre los Derechos del Niño, en un aspecto que entiendo que es la piedra angular para resolver la cuestión.

Los institutos de representación legal no han sido afectados por la CDN, que insiste en los derechos y obligaciones del mundo adulto respecto de los niños, pero ahora se aplican a un niño esencialmente diferente por el concepto de autonomía progresiva.

Más allá, y a pesar muchas veces de la representación legal, el sujeto de derecho niño, con adquisición progresiva de su autonomía de decisión, ha dejado de ser un incapaz en el ejercicio de sus derechos.

A medida que adquiere edad y madurez, según definición del legislador o a criterio de los tribunales, para formarse un juicio propio, podrá participar directamente en los asuntos que le incumben, expresando sus opiniones y con derecho a que sus deseos y sentimientos sean sustentados por sus patrocinantes jurídicos.

Es menester un abogado del niño, que actúe en carácter de patrocinante del niño y no por o en lugar de éste.

Por ello, la figura del curador ad litem o curador especial, que supone la incapacidad de poder discernir por sí, pues esa es la esencia de la curatela como instituto de protección, está reñida con la posición que sustentamos.

El curador por su propia definición defenderá el interés del niño de acuerdo a su leal saber y entender, quedando mediatizada o directamente desconocida cuál es su verdadera opinión. Se vuelve en un sucedáneo de los representantes tutelares de los niños.

II. Un panorama de la legislación en los países del MERCOSUR y Asociados (Argentina, Brasil, Paraguay, Bolivia y Chile, además de México)

La Convención sobre los Derechos del Niño establece que los derechos del niño a ser oído y de participación en los procesos se ejercerán “en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

Los países del MERCOSUR y Asociados han ratificado la CDN; aquí se verá de qué manera nuestras legislaciones han avanzado en el cumplimiento de este mandato. Se agrega México por considerarse de interés, como un país americano pero no perteneciente a la región.

1. Argentina

Recientemente se ha puesto en vigencia la Ley N° 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes, sancionada el 28/09/2005, promulgada de hecho el 21/10/2005 y publicada en B.O. el 26/10/05.

La ley consagra expresamente los derechos de participación, a opinar y a ser oído.

No corresponde comentar la norma, pero sí señalar sus contenidos:

Artículo 24. – DERECHO A OPINAR Y A SER OIDO. Las niñas, niños y adolescentes tienen derecho a:

- a) Participar y expresar libremente su opinión en los asuntos que les conciernan y en aquellos que tengan interés;
- b) Que sus opiniones sean tenidas en cuenta conforme a su madurez y desarrollo.

Este derecho se extiende a todos los ámbitos en que se desenvuelven las niñas, niños y adolescentes; entre ellos, al ámbito estatal, familiar, comunitario, social, escolar, científico, cultural, deportivo y recreativo.

Artículo 27. – GARANTIAS MINIMAS DE PROCEDIMIENTO. GARANTIAS EN LOS PROCEDIMIENTOS JUDICIALES O ADMINISTRATIVOS. Los Organismos del Estado deberán garantizar a las niñas, niños y adolescentes en cualquier procedimiento judicial o administrativo que los afecte, además de todos aquellos derechos contemplados en la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño, en los tratados internacionales ratificados por la Nación Argentina y en las leyes que en su consecuencia se dicten, los siguientes derechos y garantías:

- a) A ser oído ante la autoridad competente cada vez que así lo solicite la niña, niño o adolescente;

- b) A que su opinión sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión que lo afecte;
- c) A ser asistido por un letrado preferentemente especializado en niñez y adolescencia desde el inicio del procedimiento judicial o administrativo que lo incluya. En caso de carecer de recursos económicos el Estado deberá asignarle de oficio un letrado que lo patrocine;
- d) A participar activamente en todo el procedimiento;
- e) A recurrir ante el superior frente a cualquier decisión que lo afecte.

A los fines de determinar el “interés superior del niño”, se establece como un elemento a considerar y respetar: “el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta (inc. b del art. 3°).

En el art. 19 se reconocen como integrantes del “derecho a la libertad” el derecho a: tener sus propias ideas, creencias o culto religioso según el desarrollo de sus facultades y con las limitaciones y garantías consagradas por el ordenamiento jurídico y a ejercerlo bajo la orientación de sus padres, tutores, representantes legales o encargados de los mismos (inc. a); expresar su opinión en los ámbitos de su vida cotidiana, especialmente en la familia, la comunidad y la escuela (inc. b); expresar su opinión como usuarios de todos los servicios públicos y, con las limitaciones de la ley, en todos los procesos judiciales y administrativos que puedan afectar sus derechos (inc. c).

En cuanto a las medidas de protección, de carácter excepcionales –cuando el niño estuviere temporal o permanentemente privado de su medio familiar o cuyo superior interés exija que no permanezca en ese medio–, se determina que “en todos los casos teniendo en cuenta la opinión de las niñas, niños y adolescentes” (art. 41, inc. a).

A las Organizaciones No Gubernamentales se les impone entre sus obligaciones la de “garantizar el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta en todos los asuntos que les conciernan como sujetos de derechos” (art. 66, inc. E).

2. Brasil

En el Estatuto del Niño y del Adolescente, Ley N° 8.069 de julio de 1990, dos artículos reconocen expresamente el derecho del niño a ser oído.

A su vez, el artículo 16 establece que el derecho a la libertad comprende los siguientes aspectos: “II. Opinión y expresión”.

El artículo 28, ubicado en Sección III De la familia sustituta, Subsección I. Disposiciones generales, establece:

“La colocación en familia sustituta se hará mediante guarda, tutela o adopción, independientemente de la situación jurídica del niño o adolescente en los términos de esta ley.

1. Siempre que sea posible, el niño o adolescente deberá previamente ser oído y su opinión debidamente considerada...”

A su vez, el artículo 45, ubicado en la misma Sección, Subsección IV “De la adopción”, consigna:

“La adopción depende del consentimiento de los padres o del representante legal del candidato a adopción...”

2. Tratándose de un candidato a adopción mayor de doce años de edad será necesario también su consentimiento”.

3. Paraguay

Ley N° 1.680/01, Código de la Niñez y la Adolescencia.

Artículo 167.- DEL CARÁCTER DEL PROCEDIMIENTO. El procedimiento tendrá carácter sumario y gratuito, respetando los principios de concentración, intermediación y bilateralidad.

Podrá ser iniciado a instancia del niño o adolescente, sus padres, tutores o responsables, la Defensoría de la Niñez o Adolescencia, el Ministerio Público o quienes tengan interés legítimo. Podrá igualmente ser iniciado de oficio por el Juez.

El Juez, para resolver las cuestiones, escuchará previamente la opinión del niño o adolescente en función de su edad y grado de madurez.

El artículo 93 impone oír al niño en los casos de tenencia y el 102 a los adolescentes en los casos de autorización judicial para contraer matrimonio.

Afirman Lourdes Barboza y Teresa Martínez (Infancia, Ley y Democracia en América Latina, 2004 p. 1252) que el derecho a ser oído en todo procedimiento que involucre a su persona e intereses tiene sólo aplicación tangible en el ámbito jurisdiccional, pues en los procedimientos de niñez los jueces acostumbran a oír a los niños en las audiencias, aún cuando no consideran a su opinión vinculante, salvo en algunos casos como en el del consentimiento del niño o niña a partir de los doce años de edad para la adopción (art. 18 lit. c) y 19 de la Ley de Adopción N° 1.136).

4. Bolivia

Código del Niño, Niña y Adolescente, Ley N° 2.026 de 1999.

El art. 101 en su Numeral 2 reconoce la libertad de opinión y expresión.

El art. 103 consagra la libertad de expresión y opinión: “El niño, niña o adolescente que esté en condiciones de emitir un juicio propio, tiene derecho a expresar su opinión libremente en todos los asuntos que lo afecten, por los medios que elija y a que se tomen en cuenta sus opiniones”.

En cumplimiento de tal enunciado, el artículo 282 establece que en oportunidad de la audiencia de conocimiento ante el Juez de la Niñez y Adolescencia dispone que luego de oídos los informes técnicos y oído el Fiscal: “se escuchará al adolescente y si la edad o madurez lo permite, al niño o niña” (se es niño hasta los 12 años de edad y adolescente desde entonces hasta los 18 años de edad conforme el art. 2°).

5. Chile

Por Ley N° 19.968 se crearon los Juzgados de Familia. Dicha norma contiene esencialmente las siguientes soluciones en los temas a estudio:

Artículo 16.- INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO, NIÑA Y ADOLESCENTE Y DERECHO A SER OÍDO.

Esta ley tiene por objetivo garantizar a todos los niños, niñas y adolescentes que se encuentren en el territorio nacional, el ejercicio y goce pleno y efectivo de sus derechos y garantías.

El interés superior del niño, niña o adolescente, y su derecho a ser oído, son principios rectores que el juez de familia debe tener siempre como consideración principal en la resolución del asunto sometido a su conocimiento.

Para los efectos de esta ley, se considera niño o niña a todo ser humano que no ha cumplido los catorce años y, adolescente, desde los catorce años hasta que cumpla los dieciocho años de edad.

Artículo 19.- REPRESENTACIÓN. En todos los asuntos de competencia de los juzgados de familia en que aparezcan involucrados intereses de niños, niñas, adolescentes, o incapaces, el juez deberá velar porque éstos se encuentren debidamente representados.

El juez designará a un abogado perteneciente a la respectiva Corporación de Asistencia Judicial o a cualquier institución pública o privada que se dedique a la defensa, promoción o protección de sus derechos, en los casos en que carezcan

de representante legal o cuando, por motivos fundados, el juez estime que sus intereses son independientes o contradictorios con los de aquél a quien corresponda legalmente su representación.

La persona así designada será el curador ad litem del niño, niña, adolescente o incapaz, por el solo ministerio de la ley, y su representación se extenderá a todas las actuaciones del juicio.

De la falta de designación del representante de que trata este artículo, podrán reclamar las instituciones mencionadas en el inciso segundo o cualquier persona que tenga interés en ello.

En ocasión del Seminario de Capacitación para los nuevos Magistrados de Familia, organizado por la Academia Judicial de Chile –en el que tuve el honor de participar–, formulé la siguiente apreciación sobre el artículo 19:

“A la luz de tales consideraciones el artículo 19 de la Ley N° 19.968 impone al Juez el deber de velar por la debida representación de los intereses de los niños, niñas o adolescentes involucrados.

Deberá asignar abogado al mismo en los casos que carezca de representante legal o cuando se estime que existen intereses independientes o contradictorios con su representante legal.

En tal caso el abogado tendrá el carácter de curador ad litem del niño, niña, adolescente, lo que puede considerarse un principio de ruptura del derecho de participación y del principio de autonomía progresiva, toda vez que la curatela es un instituto de protección de los incapaces, situación en la que no se encuentra el niño”.

6. México

Se debe oír al niño en todos los casos de guarda y custodia, y visitas, y lo determina el juez conforme a su madurez. Algunos jueces escuchan a los chicos desde los siete años de edad.

En caso de adopción, el art. 397 del Código Civil dice “para que la adopción pueda tener lugar deberán consentir en ella, en sus respectivos casos....IV.- el menor si tiene mas de doce años”.

Respecto de la tutela el art. 497 establece que si el menor no ha cumplido 16 años, el nombramiento de tutor lo hará el juez... (previsión relativa a la tutela dativa).

El art. 484 establece: “si hubiere varios parientes del mismo grado, el juez elegirá de entre ellos al que... pero si el menor hubiere cumplido 16 años, él hará la elección”.

El 380 establece: "...para el reconocimiento de hijos... cuando el padre y la madre que no vivan juntos reconozcan a un hijo en el mismo acto convendrán cual de los dos ejercerá su guarda y custodia; y si no lo hicieren, el juez de lo familiar, oyendo al padre, la madre, al menor y al Ministerio Público, resolverá lo más conveniente atendiendo siempre al interés superior del menor".

En todo México se oye al niño, con fundamento en la Convención sobre los Derechos del Niño y leyes locales.

Cuando se cita a audiencia se dispone que presente al menor quien tenga su custodia, y se le explica a dicha persona que se sostendrá una conversación en privado; nunca están presentes los padres en la audiencia. En ocasiones, el Juez se auxilia de un psicólogo o se dispone posteriormente pericia psicológica. La normativa no es clara respecto de si debe o no estar presente el Ministerio Público en la entrevista.

Se consigna el contenido de la entrevista en acta judicial que firman los padres que trajeron al niño, aunque no hayan estado presentes en la diligencia.

No existe normativa de orden procesal en México, sino que como resulta de esta breve reseña, las normas son de orden sustancial.

7. Síntesis

En síntesis, en el panorama legislativo del MERCOSUR y Estados Asociados:

- Todos los países ratificaron la Convención sobre los Derechos del Niño (que es de aplicación inmediata).
- Todos reconocen el derecho del niño a ser oído. Mediante reconocimientos generales lo hacen Argentina, Paraguay, Uruguay, Bolivia y Chile, mientras que Brasil lo hace puntualmente referido a algunos procesos.

Respecto a la **valoración de la opinión del niño**:

En **Argentina** se establece que debe tomarse "primordialmente en cuenta" (art. 27 b) Ley 26.061); en **Paraguay**, "en función de su edad y grado de madurez" (Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 1.680/01, art. 167); en **Uruguay**, "de acuerdo a la evolución de sus facultades" (Código de la Niñez y Adolescencia, art. 8); en **Bolivia**, "a que se tomen en cuenta sus opiniones" (Código del Niño y Adolescente, Ley 2026, art. 26); y en **Chile**, en "se debe tener siempre como Consideración Principal en la Resolución del asunto sometido a su conocimiento" (Ley 19968, art. 16).

En cuanto a la **participación procesal: el derecho a accionar, a deducir pretensiones**:

Argentina se refiere "a participar activamente en todo el procedimiento" (art. 27 lit. d) Ley 26.061); **Paraguay** afirma que "podrá ser iniciado a instancia del niño o

adolescente (procedimientos)” (art. 168001, art. 167) y **Uruguay** lo establece en su Art. 8 del Código de la Niñez y Adolescencia. Al referirse a si este derecho es **por sí o por representante**, **Argentina** se refiere “a ser asistido por un letrado preferentemente especializado” (art. 27 lit. c); **Uruguay** como “defensor o curador que asista o represente” (art. 8, CNA) y **Chile**, establece un “abogado, que es a la vez curador ad litem” (art. 19, Ley 19.968), mientras que **México** consigna que se oye al niño conforme art. 12, no hay edad determinada y existen previsiones expresas para algunos institutos como adopción, tutela, reconocimiento de hijos, asignación de guarda o custodia.

III. El Derecho uruguayo

En el Derecho uruguayo se pueden distinguir por los menos tres períodos respecto del derecho del niño a ser oído y a su participación en el proceso de toma de decisiones.

a) La etapa anterior a la Convención sobre los Derechos del Niño y la inmediatamente posterior.

El niño, niña y adolescente estaba reducido al papel de mero espectador del debate, no llegaba su parecer y su sentir a conocimiento de quien debía adoptar decisión sobre su suerte. En el mejor de los casos, el Juez tomaba conocimiento de lo que decía el niño por los informes sociales o psicológicos.

Pero aún así, dichos informes no transmitían como conclusión final la opinión del niño, niña y adolescente, sino que significaban también ellos un acto de autoridad del mundo adulto: la opinión del técnico sobre lo que entendía mejor en el caso concreto era lo predominante.

Se puede afirmar sin ninguna duda que también en Derecho de Familia se aplicaba aquello de ser objeto de “protección” y no sujeto de derechos.

La decisión era ajena al niño, devenía en definitiva un acto de autoridad del mundo adulto, invocando objetivos altruistas.

Por ejemplo, la ley madre de Legitimación Adoptiva N° 10.674 de 20 de noviembre de 1945 en su artículo 2° inciso 2 establece que:

“Sólo se otorgará por justos motivos y existiendo conveniencia para el menor”.

Tal apreciación judicial se realizaba exclusivamente por expediente, sin tener para nada en cuenta ni la persona, ni la opinión del niño a ser legitimado adoptivamente –verdadero convidado de piedra a la hora de decidir–, aunque en definitiva resultaba quien debía soportar todas las consecuencias de una decisión errónea. Los justos

motivos y la conveniencia para él, eran de decisión exclusiva y excluyente del Juez y demás operadores jurídicos.

b) El Uruguay ratifica la Convención sobre los Derechos del Niño por Ley N° 16.137 de 6 de diciembre de 1989.

La premura en la ratificación no fue seguida por idéntica diligencia en su aplicación.

La primera reacción de la doctrina fue afirmar que ninguna innovación o incidencia tenía la CDN, dado que el derecho interno contemplaba ya todos los contenidos de la norma de origen internacional. La jurisprudencia, directamente la ignoró.

Desde 1994 la Suprema Corte de Justicia promovió un proceso de difusión amplio de sus principios, a partir de la situación de los adolescentes infractores a la ley penal, que incluyó el dictado de acordadas de ajuste de la actuación judicial a la Convención.

Así, en varias decisiones de la jurisdicción de familia, se recurría a la figura del Curador Especial prevista en el art. 458 Numeral 1° del Código Civil, para incluir en el proceso el patrocinio de los intereses del niño y comenzaron los niños, niñas y adolescentes a ser citados a audiencia para recabar su opinión.

Artículo 458 “...1° cuando los intereses de los menores estén en oposición con los de sus padres o madres bajo cuyo poder se encuentran”.

No era uniforme esta práctica, difiriéndose en cuanto a la oportunidad y tipos de asuntos en que se realizaba la convocatoria.

c) Por Ley N° 17.823 de 7 de septiembre de 2004 se aprobó el Código de la Niñez y Adolescencia.

Nos encontramos en la etapa de su aplicación, y a la ardua polémica que ha desatado su aplicación –aún no resuelta–, dedicaremos las reflexiones siguientes, anotando desde ya que la reacción ha sido muy similar a la posterior a la aprobación de la CDN, en cuanto al derecho a ser oído y a la representación judicial, en el sentido de que se ha sostenido que nada ha cambiado.

1. El artículo 8 del Código de la Niñez y Adolescencia

El derecho a ser oído y el de participar en los procesos se encuentra legislado en el artículo 8, pero existen otras normas referidas al tema, las que transcribiré para luego incursionar en el análisis jurídico.

Artículo 2° (SUJETOS DE DERECHOS, DEBERES Y GARANTÍAS).- Todos los niños y adolescentes son titulares de derechos, deberes y garantías inherentes a su calidad de personas humanas.

Artículo 6° (CRITERIO ESPECÍFICO DE INTERPRETACIÓN E INTEGRACIÓN: EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO Y ADOLESCENTE).- Para la interpretación e integración de este Código se deberá tener en cuenta el interés superior del niño y adolescente, que consiste en el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana. En consecuencia, este principio no se podrá invocar para menoscabo de tales derechos.

CAPÍTULO II. DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

Artículo 8° (PRINCIPIO GENERAL).- Todo niño y adolescente goza de los derechos inherentes a la persona humana. Tales derechos serán ejercidos de acuerdo a la evolución de sus facultades, y en la forma establecida por la Constitución de la República, los instrumentos internacionales, este Código y las leyes especiales. En todo caso tiene derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida.

Podrá acudir a los Tribunales y ejercer los actos procesales en defensa de sus derechos, siendo preceptiva la asistencia letrada. El Juez ante quien acuda tiene el deber de designarle curador, cuando fuere pertinente, para que lo represente y asista en sus pretensiones.

Los Jueces, bajo su más seria responsabilidad, deberán adoptar las medidas necesarias para asegurar el cumplimiento de lo establecido en los incisos anteriores, debiendo declararse nulas las actuaciones cumplidas en forma contraria a lo aquí dispuesto.

Artículo 16 (DE LOS DEBERES DE LOS PADRES O RESPONSABLES).- Son deberes de los padres o responsables respecto de los niños y adolescentes:

- a) Respetar y tener en cuenta el carácter de sujeto de derecho del niño y del adolescente...
- c) Respetar el derecho a ser oído y considerar su opinión.

Correlativamente el artículo 17 consagra el deber de los niños y adolescentes de respetar y obedecer a sus padres o responsables, siempre que sus órdenes no lesionen sus derechos o contravengan las leyes.

Posteriormente, al legislar varios institutos del Derecho de Familia, establece concretamente el derecho a ser oído en los procesos relativos a los mismos.

El artículo 35 literal c) en el juicio de tenencia.

El artículo 39.2 respecto de las visitas.

El artículo 118 en el Capítulo XI sobre "Protección de los derechos amenazados o vulnerados de los niños y adolescentes y situaciones especiales" exige que el Juez, salvo imposibilidad, "tomará declaración al niño o adolescente, en presencia del defensor que se le proveerá en el acto y de sus padres o responsables...".

El artículo 133 que regula el juicio de separación definitiva del niño o del adolescente respecto de su familia de origen, por remisión expresa al art. 35 lit. c) relativo a la tenencia.

En la adopción simple el artículo 139 numeral 2 in fine, impone tener en cuenta la opinión del adoptado.

En los juicios de pérdida, suspensión y rehabilitación de la patria potestad por remisión del artículo 207 al art. 35 lit. c) relativo a la tenencia.

El artículo 159 relativo al Control Estatal de las Adopciones, impone como requisito de funcionamiento de los Equipos Técnicos Especializados: “En todos los casos el niño o adolescente deberá ser oído preceptivamente” a los efectos de su conformidad para ser adoptado.

2. Breve análisis

El Código de la Niñez y Adolescencia (CNA) que deroga el Código del Niño de 1934 tiene el objetivo de ajustar la legislación interna a los postulados de la Convención sobre los Derechos del Niño, en cumplimiento del compromiso contraído por el Estado uruguayo al ratificarla.

El proceso de discusión, sobre la matriz de un proyecto elaborado por el Poder Ejecutivo, modificado por una comisión técnica que tuvo el honor de integrar, fue discutido a lo largo de tres diferentes legislaturas hasta ser aprobado finalmente en 2004.

Los años que insumió el debate, casi 10, y la participación de distintos actores, constituyó lo que denomino un proceso aluvional de conformación del texto legal, que deriva en cierta asistematicidad en sus contenidos, muchas veces contradictorio o de difícil puesta en práctica.

A ello se agrega que el Senado no cumplió su función de Cámara Revisora –segunda en la consideración del proyecto–, pues debido a un acuerdo político todos los partidos que integraban el Parlamento a la fecha aprobaron el Código tal como venía de Diputados.

El marco conceptual a partir del cual debe considerarse y analizarse el artículo 8 del CNA es el derivado del Capítulo I del presente trabajo: el niño, niña y adolescente es un sujeto de derecho, cuyo interés superior debe ser considerado en cuanto criterio de aplicación, interpretación y en su caso de integración de la norma. Con el límite, único en el contexto de las nuevas legislaciones americanas, de que no puede ser invocado para menoscabar derechos de sus titulares.

El artículo 8 debe ser analizado a partir de diversos conceptos y principios que están contenidos en el mismo, a saber:

a) Capacidad de goce de los derechos: “Todo niño y adolescente goza de los derechos inherentes a la persona humana”.

Repite lo consignado en el artículo 2 que consagra el carácter de los niños, niñas y adolescentes de sujetos de derecho, deberes y garantías inherentes a la calidad de personas humanas, con plena capacidad de goce de los mismos.

b) Capacidad de ejercicio: el artículo está destinado a desarrollar la capacidad de ejercicio de tales derechos con especial referencia al derecho a ser oído y al derecho a comparecer ante los Tribunales.

c) Autonomía progresiva: “Tales derechos serán ejercidos de acuerdo a la evolución de sus facultades, y en la forma establecida por la Constitución de la República, los instrumentos internacionales, este Código y las leyes especiales”.

Se consagra el principio de autonomía progresiva, sin fijar límites etarios precisos, dejando al intérprete la dilucidación de tal cuestión, en solución similar a la de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Pero respecto de la forma en que se ejercen dichos derechos, no se avanza con soluciones particulares, sino que se efectúa una remisión amplia al orden jurídico en general, respecto de su componente normativo tanto de origen internacional como de origen nacional, lo que supone un desafío interpretativo.

d) Derecho a ser oído: “En todo caso tiene derecho a ser oído y obtener repuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida”.

El enunciado es amplísimo, debiéndose entender que el mandato de respetar este derecho está dirigido tanto a lo estatal –administrativo, educativo, recreativo, salud, etc.– como a lo no estatal: “en todo caso” dice la ley.

El derecho a ser oído va acompañado del derecho a obtener respuestas, es decir, esto impone primero la obligación de responder a la opinión o reclamos del niño, niña y adolescente en cuanto sujeto de derechos, pero también de dar respuestas fundadas y racionales.

No se concibe el derecho a ser oído, que se convierte en simple formalismo, sin este derecho a obtener respuesta derivado de la consideración cabal del otro –niño, niña o adolescente– como titular de demandas frente al mundo adulto.

e) Derecho a la defensa material o a la acción: “Podrá acudir a los Tribunales y ejercer los actos procesales en defensa de sus derechos”.

Como se viera en el Capítulo I respecto al artículo 12.2 de la CDN referido al derecho a ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que lo afecte, el presente enunciado establece el principio de la defensa material respecto de los niños, niñas y adolescentes.

Pero avanza y reconoce el derecho a la acción, es decir, a presentar sus pretensiones ante los Tribunales a cuyos efectos puede acudir ante los mismos, pero además se establece que podrá ejercer todos los actos procesales.

El artículo 11.1 del Código General del Proceso del Uruguay establece el Derecho al Proceso o a la acción en los siguientes términos: “Cualquier persona tiene derecho a acudir ante los tribunales, a plantear un problema jurídico concreto u oponerse a la solución reclamada y a ejercer todos los actos procesales concernientes a la defensa de una u otra posición procesal, y el Tribunal requerido tiene el deber de proveer sobre sus peticiones”.

f) La defensa: “... siendo preceptiva la asistencia letrada”...

El artículo 37.1 del mismo Código General del Proceso define la asistencia letrada de la siguiente manera: “La parte deberá comparecer a todos los actos del proceso asistida por abogado, debiendo el tribunal rechazar los escritos que no lleven firma letrada e impedir las actuaciones que se pretendan realizar sin esa asistencia”.

En consecuencia, el CNA parece ratificar el principio general de que nadie puede comparecer ante los tribunales sin asistencia letrada, es decir, sin el concurso técnico de quien por sus estudios de abogado y su habilitación para el ejercicio profesional mediante juramento e inscripción en matrícula de la Suprema Corte de Justicia, tiene capacidad de postulación.

g) El Curador: “El Juez ante quien acuda tiene el deber de designarle curador, cuando fuere pertinente, para que lo represente y asista en sus pretensiones”.

Como hemos visto en la reseña de otras legislaciones, especialmente el artículo 19 de la ley chilena, aquí aparece la figura del curador especial o curador ad litem según los casos, en norma que ha generado severos problemas de interpretación y no pocas disidencias en la doctrina.

Para algunos operadores, el niño, niña o adolescente no puede estar en el proceso sin la designación de curador, más allá de sus condiciones personales –edad, madurez, etc.–.

Otros entienden que la expresión “cuando fuere pertinente” refiere especialmente a la situación en que exista enfrentamiento o oposición de intereses entre el niño y sus representantes legales.

Se plantea, en consecuencia, el debate respecto de cuándo procede designar defensor como dice el Código o abogado del niño y cuándo curador, más cuando la referencia legal es a representación –propia del curador o del apoderado judicial– y de asistencia técnica propiamente dicha.

h) Responsabilidad de los jueces en el cumplimiento: se impone a los Jueces en general la situación jurídica de poder deber –después se verán los alcances–, de

respetar las normas anteriores “debiendo declararse nulas las actuaciones cumplidas en forma contraria a lo aquí dispuesto”.

El incumplimiento por el Juez del deber de respetar estas prescripciones deriva en una nulidad absoluta de las actuaciones, lo que debe declararse una vez advertida tal circunstancia.

Una de las cuestiones en debate es si la nulidad, que es preceptiva, admite o no subsanación posterior.

3. Discusiones en doctrina y jurisprudencia: Hacia una interpretación desde la CDN y los principios de la Doctrina de la Protección Integral

A continuación esbozaré un criterio sistemático de interpretación respecto de los puntos nodales de discusión en doctrina y jurisprudencia sobre la aplicación del artículo 8 del CNA.

En primer lugar, dejar señalado que los primeros artículos del Código de la Niñez y Adolescencia introducen por vía legal los principios de la Convención sobre los Derechos del Niño que se expresan en la Doctrina de la Protección Integral.

Esos artículos son los que permiten armonizar y desentrañar en un sentido adecuado los múltiples problemas técnicos que el Código ha planteado, dada su indiscutible asistematicidad, derivados del carácter aluvional de su formulación.

Los derechos del artículo 8 del CNA se aplican a todas las instancias de participación de los niños, niñas y adolescentes tanto en la actividad estatal como no estatal, pública o privada. Son también principios generales que obligan a la familia, la sociedad y el Estado, en función del principio de responsabilidad compartida en la protección de los derechos que consagra el art. 7 del CNA, la CDN y reiteradas recomendaciones del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas.

Esto influye en la interpretación del propio Código, con relación al derecho del niño a ser oído y al ejercicio de sus derechos ante los Tribunales, aún en los casos de institutos en que no se consagran expresamente.

Pero como sostienen algunas posiciones extremas, ¿esto significa que en absolutamente todos los casos deben aplicarse estos derechos, o existe un criterio determinado en la norma de ponderación?

Respecto del derecho a ser oído la afirmación contundente “en todo caso” del comienzo de la explicación, recibe a continuación un criterio de ponderación referido a que el derecho se establece respecto de decisiones que “afecten su vida”.

Si partimos del concepto de interés superior del niño como criterio de interpretación de la norma “que consiste en el reconocimiento de los derechos inherentes a su calidad

de persona humana” debe concluirse que el derecho a ser oído está referido a aquellos casos que afecten o puedan afectar los derechos del niño, niña y adolescente.

Quedará al análisis del caso concreto determinar si se afectan o no derechos –todos, no sólo los reconocidos a texto expreso en el artículo 9– y si procede, en consecuencia, oír al niño, niña o adolescente.

Respecto de los principios de representación legal, debe entenderse que no se afectan los principios generales del Código Civil respecto de los mismos, pero a su vez que –al admitir la capacidad de estar en juicio, de acuerdo al inciso 2º– coloca al niño en situación jurídica activa de parte en el proceso.

En ese caso podrá ejercer por sí sus derechos, a partir de la deducción de su pretensión, debiéndose según el caso privilegiarse soluciones que enerven el paternalismo de las decisiones como se indicara en el capítulo 1 de este trabajo.

En este plano es evidente el derecho a la defensa técnica, definida con el criterio de un abogado del niño que PATROCINA INTERESES DEFINIDOS POR EL PROPIO NIÑO, sin sustituir su voluntad a la de éste.

Finalmente, ¿cuándo designar curador?, ¿cuáles son los alcances de la función del curador?

La figura del curador está ligada al instituto de la incapacidad. Todos nuestros derechos son tributarios del sistema napoleónico que establece la incapacidad absoluta de los impúberes y la incapacidad relativa de las personas púberes.

Dicha concepción, más allá de los matices con institutos como la emancipación y la habilitación, es uno de los pilares de la legislación de nuestros países.

Como se viera con anterioridad, el reconocimiento de un sujeto de derechos con autonomía progresiva en la CDN, traducida a nuestras legislaciones internas, lleva a un replanteo de la cuestión a la luz de estas nuevas “capacidades” en el área del ejercicio de los derechos.

El ejercicio de la acción, el derecho a ser oído, constituyen elementos que permiten concluir en que las cosas ya no son idénticas a las previsiones de los codificadores del derecho de fondo y que progresivamente se adquiere el derecho a decidir por sí mismo.

A partir de estos principios propongo el siguiente criterio de interpretación del artículo 8 del Código de la Niñez y Adolescencia:

– Primero, se distingue con diferentes características el derecho a ser oído, de aplicación general como se dijera ut supra, del derecho a comparecer en juicio, deduciendo sus propias pretensiones. Admitiendo que este último –cómo se comparece en juicio, con qué alcances– es la parte más polémica.

– Segundo, un criterio de dilucidación será el de la coincidencia o diversidad entre los representantes legales y el niño, niña y adolescente y otro criterio serán justamente los límites de la representación legal.

Hipótesis a): en caso de intereses *coincidentes* entre representantes legales y el niño, niña o adolescente, se mantiene en toda su plenitud la representación legal. No obstante se mantiene en toda su plenitud el derecho a ser oído y a contar con un abogado cuando sus derechos puedan resultar afectados.

En esta hipótesis no hay intereses contrapuestos y el representante legal generalmente actuará un derecho del niño, niña y adolescente, por ejemplo, los juicios de alimentos, de investigación de paternidad o maternidad, posesión notoria de estado civil.

Hipótesis b) en caso de intereses *contrapuestos* entre los representantes legales y el niño, niña o adolescente, dependerá del grado de su madurez, y como dice el Código, del grado de evolución de sus facultades.

Aquí se aplican los principios generales del Derecho Procesal para resolver la alternativa designación de curador o de defensor, abogado.

Se designará Defensor que lo asista, abogado del niño, cuando éste, de acuerdo a la evolución de sus facultades, esté en condiciones de formarse un juicio propio, en aplicación del ya transcrito art. 37.1 del Código General del Proceso. Cuando el niño, niña o adolescente no esté en tales condiciones deberá designarse un curador que lo asista y represente.

Esto enerva la absurda tesis sostenida por algunos representantes del Ministerio Público de la existencia simultánea de Curador y de Defensor. Pues el curador debe tener la capacidad de postulación de los intereses que como dice la ley representa y PATROCINA, no puede patrocinar si no es abogado.

No es viable en consecuencia la solución que contemplan los modelos europeos del *amicus curiae* o del curador *ad litem* no letrado, que asesora al tribunal sobre el interés superior del niño. Allí el niño niña o adolescente aparece como parte claramente diferenciada, comparece por ejemplo en un juicio de visitas, guarda o tenencia, pérdida de patria potestad en ejercicio de un interés propio.

La misma solución en cuanto a su representación o patrocinio debe aplicarse cuando el niño, niña o adolescente deduce por sí la pretensión.

Finalmente, la cuestión de la subsanación de las nulidades que el Juez tiene la obligación de decretar.

Omisión del derecho a ser oído y a las normas sobre la representación o patrocinio: la experiencia jurisprudencial lleva a determinar que en estos casos la subsanación es posible, siempre que se produzca antes del dictado de decisión pasada en autoridad de cosa juzgada.

Pues, por ejemplo, en segunda instancia es habitual fijar audiencia para oír al niño o la designación de defensor o curador en su caso, cuando tales garantías han sido omitidas en anterior instancia. Se debe dar la oportunidad de ofrecer prueba, impugnar y realizar todos los actos procesales que no se hayan podido cumplir por tal omisión. Esto recoge el principio del artículo 110 del C. G. P. en la medida que se evite la indefensión.

IV. Propuestas de armonización legislativa para el MERCOSUR

1) ¿Debe ser obligatorio para el juez escuchar al niño en los procesos en que, de manera directa o indirecta, se encuentren involucrados sus intereses o sólo debe ser una prerrogativa judicial? ¿Debe ser escuchado el niño en todos los casos, aún no habiendo conflicto entre los adultos?

El Juez debe tener la obligación de oír al niño, niña y adolescente, derecho que integra las garantías del debido proceso legal después de la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

No es posible dictar legítimamente una decisión judicial que afecte a los derechos del niño, niña y adolescente sin oírlo previamente.

En la medida que en el proceso puedan afectarse sus derechos, incluso en situación de eventuales acuerdos entre los adultos que puedan afectar los mismos, deberán ser escuchados si el Juez lo entiende pertinente (acuerdos entre los padres, en oportunidad de homologación judicial, por ejemplo).

Esta escucha es independiente de la edad, no está limitada exclusivamente al lenguaje no verbal de los niños, se deberá tener en cuenta la incidencia del género.

2) ¿La opinión y deseos del niño deben ser vinculantes para el juez? ¿A partir de qué edad habría que escuchar al niño?

Debe ser tomada en cuenta, considerada e integrar ineludiblemente la motivación de la decisión, sin perjuicio de que puede o no seguirse.

Debe acreditarse del punto de vista argumental y de la prueba rendida en la causa que la opinión o posición del niño resulta dañosa para sus derechos.

La sentencia no motivada en este sentido deviene un acto de autoridad del mundo adulto.

La evolución de las facultades a partir del crecimiento y la posibilidad o aptitud de formarse un juicio propio constituye el criterio de ponderación a la hora de decisión.

3) ¿El niño debería tener derecho a ser escuchado directamente o bastaría con que se lo escuche por medio de su representante?

No debería fijarse un límite fijo al respecto y debería remitirse al caso concreto, constituyendo parte esencial de la motivación de la sentencia la argumentación a favor de la posición que se adopte. Siempre debería ser escuchado directamente. Salvo situaciones especiales (corta edad, discapacidad) en que deberá tener un representante.

4) ¿En qué ámbito, condiciones y oportunidad procesal debe entrevistárselo?

Es un derecho inalienable el ser escuchado directamente por el Juez.

Deberá preservarse la intimidad del niño, niña o adolescente, sin perjuicio del derecho de defensa de las otras partes.

Puede ser en audiencia en presencia del Juez y del abogado del niño, dejándose constancia resumida de su opinión en acta resumida, para control y conocimiento posterior de las partes en el proceso.

5) ¿El juez debe escucharlo personalmente o puede hacerlo a través de un profesional o equipo interdisciplinario? En este último caso, ¿es conveniente que dicho profesional o cuerpo de profesionales pertenezca a la planta auxiliar del Juzgado?

Como se dijo anteriormente, integra las garantías sustanciales del debido proceso legal el ser escuchado directamente por el Juez.

En oportunidades especiales podrá recurrirse a Equipo Técnico Interdisciplinario, que debe ser del cuerpo oficial, habilitándose en lo posible que la entrevista pueda ser seguida por el Juez, mediante el registro audiovisual en régimen de Cámara Gesell.

6) ¿Qué tipo o grado de participación cabe asignar al niño en el proceso? ¿Es siempre la misma? ¿Depende de su edad? ¿Depende del tipo de proceso de que se trate? ¿Cabe reconocerle el carácter de parte? ¿Siempre?

Debe reconocerse el derecho a la acción, es decir, a deducir la pretensión en defensa de sus derechos en carácter de actor, sin perjuicio, podrá constituirse en parte principal o como tercero coadyuvante o excluyente, por ejemplo, en situación de conflicto entre los padres en caso de que sus derechos se vean involucrados.

La edad y grado de madurez del niño, niña o adolescente serán elementos decisivos para determinar de qué manera se ejerce este derecho: por sí, con la debida asistencia letrada o por representante.

7) ¿Cómo debería asegurarse el debido proceso y la defensa técnica de niños y adolescentes? ¿Cuáles son las distintas posibilidades y organismos?

Debe asegurarse la defensa técnica especializada, de manera obligatoria y gratuita en su caso; el derecho a la defensa técnica o jurídica es garantía esencial, integrante del debido proceso legal.

Habrán casos en que la figura del defensor no será suficiente y deberá designarse un representante.

8) ¿Debe crearse la figura del “ombudsman” en los países de la región? ¿Cuáles deben ser sus funciones?

Es conveniente la creación de una figura independiente de los poderes del Estado, o de lo contrario podría ser un comisionado parlamentario de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Debe ser elegido por mayoría parlamentaria especial entre personas de reconocida idoneidad en temas de derechos de la infancia y adolescencia.

Sería encargado de velar por los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes, recibir denuncias, realizar investigaciones preliminares sobre las mismas.

Podrá actuar como parte en los procesos penales y civiles que promueva en el ámbito de su competencia.

Le asigno un rol fundamental para patrocinar los intereses difusos y eventualmente colectivos respecto de los derechos de la infancia y adolescencia.

En Uruguay el Código de la Niñez y Adolescencia prevé una acción de amparo amplia y especial en salvaguarda de tales derechos e intereses, que podría ser iniciada por el ombudsman (art. 195).

Debería ser oído de manera obligatoria en temas vinculados a los derechos de la infancia y en la elaboración de los informes quinquenales nacionales ante el Comité de los Derechos del Niño de Naciones Unidas (art. 44 C. D. N.).

9) ¿Cómo debería ser el rol del abogado del niño? ¿En qué supuestos cabría su designación?

El niño, niña o adolescente tiene derecho a tener un abogado que patrocine sus intereses en la forma que la Children Act de 1989 designa como solicitador o los estándares ABA y NACC de Estados Unidos como abogado tradicional.

Su función es defender el interés particular de su cliente, cualquiera sea su edad, respetando como cualquier abogado las obligaciones de lealtad y confidencialidad.

Cuando el niño, niña o adolescente se encuentra en condiciones de no querer o no poder expresar su opinión, el abogado deberá patrocinar el interés superior del mismo.

Cuando su opinión sea contraria al interés que manifiesta el niño, niña o adolescente, por entenderla perjudicial para los derechos de éste, deberá hacerlo saber al tribunal que adoptará las medidas adecuadas al respecto –sustitución o designación de otro letrado que patrocine lo que el niño pretende–.

Debe descartarse la figura del Curador especial o ad litem, como instituto vinculado a la incapacidad del sujeto, que patrocina el interés superior del niño, desde su propia perspectiva, confundiendo con otros roles (Ministerio Público o Asesor de Menores en algunos países).

Buenos Aires, 25 de agosto de 2006.

A título ilustrativo se agregan las siguientes consideraciones efectuadas en Sentencia N° 39/2006, en un caso de autorización para radicación en el exterior de un niño de 10 años, que primero manifiesta a la curadora su voluntad de no viajar al exterior y en audiencia expresa opinión contraria, persistiendo la curadora en que la opinión válida fue la que el niño formulara en primer término, que la que le parece más adecuada al interés del niño:

“La Señora Curadora designada por la Sala ha desarrollado una encomiable labor, lo que así se reconoce, pronunciándose por respetar la voluntad del niño expresada en primera instancia.

En audiencia de segunda instancia P manifiesta respecto del viaje a España que “... le gustaría ver a su tía y a su prima, que mantiene contacto con ellos por Internet y que le gustaría ir allí para practicar deportes como natación y gimnasia...”

El Tribunal le explica los alcances de una eventual decisión autorizando la radicación en dicho país “y dice que igual le gustaría ir” (fs.110).

La Sra. Curadora insiste en su posición en función de que el niño le ha manifestado personalmente su negativa a radicarse en el exterior y que la madre avisó al niño que sería interrogado por el Tribunal sobre la cuestión de la radicación, predisponiendo así su voluntad (fs. 110/111).

La Sra. XX afirma que efectivamente le dijo al niño que sería interrogado. Se destaca que el padre no tomó contacto con P entre una audiencia y otra.

III) El centro de la cuestión parece haber sido puesto en la opinión del niño en función de la aparente contradicción entre lo afirmado en una u otra instancia y la sospecha que la Sra. Curadora ha instalado respecto de la validez de la segunda opinión.

El artículo 8 del Código de la Niñez y Adolescencia establece el derecho del niño a ser escuchado, incorpora así al Derecho Patrio principio del artículo 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño en los siguientes términos: “... en todo caso (*el niño*) tiene derecho a ser oído y obtener respuestas cuando se tomen decisiones que afecten su vida...”. Fulminándose con nulidad la omisión de tal garantía.

El Juez, con todas las garantías y la asistencia de técnicos especializados en su caso, recoge la opinión del niño, o sea, lo que en un momento y lugar determinado aquél piensa y opina sobre determinada situación.

Se plantea primero una cuestión de admisibilidad, es decir, cuándo se debe recoger tal opinión, respecto de qué niños: no existe edad determinada, pues ello está sometido a la exigencia de que *“esté en condiciones de formarse un juicio propio”*, condición que deberá ser calificada como una cuestión más a resolver en el marco de un proceso con todas las garantías.

La experiencia demuestra que hay niños de 8 ó 9 años que pueden formarse un juicio propio y otros de más edad que no lo están, así que debe estarse al caso concreto.

La admisibilidad exige la motivación de la sentencia al respecto.

El otro aspecto es la valoración de tal opinión, lo que exige que el Juez al sopesarla debe tener en cuenta hasta qué punto es propio el juicio o si el mismo resulta inducido por los adultos, y también si existe algún intento de manipulación de parte del niño.

También para decir si se tiene o no se tiene en cuenta la opinión deberá motivarse expresamente la decisión, con elementos que permitan a las partes el ejercicio del derecho de defensa sobre la cuestión.

Deben crearse en audiencia las condiciones adecuadas para que el niño exprese libremente su opinión.

El Tribunal ha sostenido en Sentencia N° 386/03 en asunto sobre tenencia:

“Atento a la situación verificada en la causa, teniendo en cuenta que la madre está en buenas condiciones para convivir con su hijo, que no se ha probado ningún elemento en contrario de tal conclusión, se le asignará la tenencia de su hijo reconociéndose un amplio régimen de visitas a favor del padre.

No escapa a criterio de la Sala, que tal es la solución que el niño siente como la más adecuada (art. 12 Convención sobre los Derechos del Niño), especialmente destacable cuando hace varios años que no vive con la madre, quedando demostrado así la buena relación del punto de vista afectivo con su progenitora”.

En esta sentencia se ha sostenido que cuando del cúmulo probatorio agregado en la causa resulta una situación favorable a determinada solución, si la misma es coincidente con la opinión del niño, no existe motivo para apartarse de ella.

A partir de tales consideraciones, partiendo del hecho probado de que el niño durante toda su existencia ha vivido con su madre, que ésta ejerce la tenencia y teniendo en cuenta que existe un buen relacionamiento con el padre, la aparente contradicción respecto de su voluntad de viajar al exterior debe ser interpretada adecuadamente.

El informe psicológico recoge la inquietud en realidad zozobra del niño respecto del problema, que obviamente por su edad no puede ni debe resolver de manera exclusiva.

Ama a ambos padres, se lleva bien con ellos y quisiera, como todo niño hijo de padres separados, que la separación no existiese y compartir por igual tiempo entretenimientos y la vida en general.

La situación de separación determina que deba vivir con uno de los padres, especial consideración a criterio de la mayoría de la Sala Integrada tiene el hecho que durante años el niño vivió en Montevideo y el padre en España, en ese espacio de tiempo, importante en su vida, la madre cumplió ambos roles parentales.

Hoy la madre debe afrontar sola los gastos del mantenimiento de P, no cuenta con el apoyo del padre, que cuando es interrogado por el Tribunal sobre el cumplimiento de la obligación alimentaria, difiere la hipotética solución del problema a una herencia que podría recibir en España. Su nuevo compañero, dispuesto también a viajar a España, mantiene a P.

El propio padre ha reconocido a fs. 21 las mejores posibilidades de desarrollo de su hijo en España, horizonte que no tiene que ver únicamente con los medios de que dispone un país u otro, sino con la accesibilidad a nuevas y mejores oportunidades en el desarrollo de P, pues la madre podrá acudir a su sostenimiento en mejores condiciones que las actuales.

En consecuencia, analizada la prueba resultante de autos, a criterio de la Sala integrada, las variaciones en la voluntad del niño deben considerarse propias de su edad y del difícil trance que vive, correspondiendo a los Jueces la difícil misión de resolver la controversia conforme a los principios generales.

IV) Los derechos de P, especialmente a tener un libre y fluido acceso a ambos padres, no obstante vivir el progenitor no tenedor en distinto país (art. 38 del Código de la Niñez y Adolescencia y 9.3 de la Convención sobre los Derechos del Niño) deben ser adecuadamente salvaguardados. Igualmente deben asegurarse los derechos del padre a las visitas y participación en la vida de su hijo.

Al respecto, se deben afianzar los derechos del niño compartiéndose la propuesta del Ministerio Público en primera instancia respecto de la imposición de obligaciones a la actora, que ésta ha aceptado en estas actuaciones a saber...”.

