

# **Justicia y Derechos del Niño**

**NÚMERO 2**

“JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO” Número 2

UNICEF

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

Comité editorial:

Mary Beloff / Miguel Cillero / Martha Herrera / Gimol Pinto

Colaboraron en esta edición:

Alice Hoogenberk / Karina Valobra

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

ISBN: 987-9286-05-7

Primera edición: 1.000 ejemplares  
Buenos Aires, noviembre 2000

Diseño: Mónica Widoycovich  
Diagramación y armado: Silvana Ferraro

# ÍNDICE

PRESENTACIÓN	5
SECCIÓN PRIMERA	
<b>ARTÍCULOS PARA EL DEBATE</b>	7
LOS NIÑOS COMO TITULARES DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO <i>JULIO B. J. MAIER</i>	9
CONSIDERACIONES SOBRE LA INCIDENCIA DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN EL URUGUAY <i>JORGE A. MARABOTTO</i>	19
SISTEMAS DE PROTECCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS <i>MÓNICA PINTO</i>	27
EL PERFIL DEL JUEZ EN EL NUEVO DERECHO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA <i>JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA</i>	39
EL MINISTERIO PÚBLICO Y LOS DERECHOS DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE EN EL BRASIL <i>PAULO AFONSO GARRIDO DE PAULA</i>	49
RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL Y DERECHOS HUMANOS <i>MARY BELOFF</i>	77
DELINCUENCIA JUVENIL Y DERECHOS HUMANOS <i>CARLOS URIARTE</i>	91
ADOLESCENTES Y SISTEMA PENAL. PROPOSICIONES DESDE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO <i>MIGUEL CILLERO BRUÑOL</i>	101
LA CONSTRUCCION PUNITIVA DEL ABANDONO <i>HÉCTOR EROSA</i>	139
¿ES POSIBLE LA DEMOCRACIA CUANDO MUCHAS CRIATURAS NO PUEDEN JUGAR? REFLEXIONES ACERCA DEL TRABAJO INFANTIL <i>ALICIA RUIZ</i>	159

SECCIÓN SEGUNDA

## ANÁLISIS DE CASOS

181

LA SANCIÓN DE RECLUSIÓN PERPETUA Y LA  
CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO:  
UNA RELACIÓN INCOMPATIBLE (ARGENTINA)  
*GIMOL PINTO y MABEL LÓPEZ OLIVA*

183

COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES  
DE SAN MIGUEL (CHILE)  
*MONTSERRAT RODRÍGUEZ*

205

# PRESENTACIÓN

*La Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas hace ya 11 años, ha establecido para los Estados Partes una serie de obligaciones tendientes a efectivizar en sus respectivos territorios la condición de los niños como sujetos plenos de derechos. Es así que este instrumento normativo ha sentado las bases para una nueva relación entre niñas, niños y adolescentes con la ley y el sistema de administración de justicia.*

*Además del reconocimiento del niño como sujeto pleno de derecho, la efectiva protección de sus derechos en los ámbitos judiciales, la renovación de las normas sustantivas y procesales a los fines de asegurar el cumplimiento de todos sus derechos fundamentales y garantías, y la aplicación directa de sus principios, forman parte de los lineamientos básicos que propone la Convención sobre los Derechos del Niño a los operadores del sistema de justicia que trabajan con niñas, niños y adolescentes.*

*Entonces, amén de las necesarias reformas legales para estos fines, se requiere la formación, el compromiso y la capacitación de los operadores del sistema de justicia. Jueces, abogados y fiscales son piezas claves y determinantes para el éxito de las reformas legislativas que se adecuen sustancialmente a la Convención sobre los Derechos del Niño.*

*Para colaborar en ese aspecto, el UNICEF, junto con otros organismos gubernamentales y no gubernamentales, ha desarrollado diversas instancias de difusión y capacitación sobre los derechos de los niños. Específicamente, se ha cooperado para la realización en forma periódica anual de los Cursos de Especialización "Protección Jurisdiccional sobre Derechos del Niño para Jueces, Abogados y Fiscales del Cono Sur" desde 1998. El primero se realizó en Santiago de Chile junto con el Ministerio de Justicia de Chile y contó con el apoyo de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay, la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Administración de Justicia de Menores y Familia de la Argentina y la Academia Judicial de Chile. El segundo se realizó en 1999 en Buenos Aires junto con la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y contó con el auspicio de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay, la Procuración General de la*

*Nación de la Argentina, el Consejo de la Magistratura de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y el Ministerio de Justicia de Chile. Estas instancias de capacitación lograron que los participantes manifestaran su compromiso por promover la aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño en el ámbito jurisdiccional, a la vez que ganaron el prestigio y respeto de todos ellos.*

*Esta segunda publicación pretende continuar los objetivos de la anterior, esto es, aportar elementos de discusión y trabajo a los operadores del sistema de justicia a partir del modelo de la protección integral de los derechos que propone la Convención sobre los Derechos del Niño.*

*Este número intenta recoger parte de los frutos de estas instancias de capacitación, a partir de la reproducción de documentos producidos en el Segundo Curso de Especialización "Protección Jurisdiccional sobre Derechos del Niño para Jueces, Abogados y Fiscales del Cono Sur".*

*En la primera sección se presentan algunas de las conferencias dictadas por los profesores del curso. Estos artículos abordan temas tales como la titularidad en los niños del derecho al debido proceso, los mecanismos internacionales de protección de los derechos humanos, los derechos de los niños y el sistema de responsabilidad penal juvenil, la construcción punitiva del abandono, el nuevo perfil de los jueces y el ministerio público en el nuevo derecho de la infancia y la adolescencia, y en el caso del Brasil en particular.*

*Por último, en la segunda parte se exponen y comentan sentencias judiciales de la Argentina y Chile, utilizadas en otras instancias de capacitación.*

*Con el mismo fin que el primer número que inició esta serie, el UNICEF espera que la difusión de este material de discusión sea de gran utilidad para todos los profesionales interesados en los temas de infancia y en particular para los abogados, jueces y fiscales que desde sus respectivos espacios de trabajo se esfuerzan por promover la protección integral de los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes en un estado de derecho y en el marco de la construcción de una sociedad más justa y democrática.*

**Mario Ferrari**

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

**SECCIÓN PRIMERA**

# **ARTÍCULOS PARA EL DEBATE**

# LOS NIÑOS COMO TITULARES DEL DERECHO AL DEBIDO PROCESO<sup>1</sup>

JULIO B. J. MAIER<sup>2</sup>

## 1. Origen y significado de “debido proceso”

La expresión “debido proceso” nace en el derecho de los Estados Unidos con la Declaración de Derechos del Estado de Virginia de 1776. Ese texto es retomado por las enmiendas V, VI y XIV de la constitución de ese país y sus alcances son construidos a partir de la interpretación de sus consecuencias o exigencias para el procedimiento judicial. Se trata así, básicamente, de la descripción de los presupuestos que reclama la constitución para considerar legítimo (o válido) el juzgamiento de una persona por un tribunal de justicia y la decisión que es su consecuencia y que lo afecta.

Nuestro derecho constitucional, a pesar de derivar en gran medida del desarrollo de la constitución de los Estados Unidos, es heredero de la cultura jurídica de Europa continental, de donde han sido extraídas consecuencias similares de la cláusula constitucional que garantiza la *defensa en juicio*, apoyo supremo de una serie de exigencias a cumplir por las leyes de procedimiento y por la forma concreta que, en un caso, asume la tarea judicial –siempre desgraciada– de juzgar a una persona.

Una enumeración sintética y al solo efecto de servir de introducción nos lleva a realizar algunas conceptualizaciones que desarrollaré a continuación. Tomo como base de referencia los problemas que surgen con relación a una persona –sin distinción de edades– cuando, en el mundo de la realidad, aparece un conflicto social de aquellos que ingresan en la categoría de hechos punibles. Conviene advertir, no obstante, que aunque nosotros observemos la garantía desde el ángulo procesal penal, ella no se refiere exclusivamente al poder penal del Estado. Al contrario, la fórmula es amplia y comprende *todo* procedimiento pues protege *todo* atributo de la persona (vida, libertad, patrimonio, etc.) o los derechos que pudieran corresponderle, susceptibles de ser intervenidos o menoscabados por una decisión estatal.

La persona que resulta imputada como autor de un delito o partícipe en él es *tratada como inocente* por el orden jurídico –y debe ser tratada de esa manera, en el caso con-

---

<sup>1</sup> Conferencia inaugural del Dr. Julio B. J. Maier, 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 (UBA), del 22 al 26 de noviembre de 1999.

<sup>2</sup> Julio B. J. Maier es profesor de Derecho Penal y Derecho Procesal Penal de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y autor de numerosas publicaciones sobre el tema.



creto, por los funcionarios competentes del Estado que la persiguen o la juzgan— hasta tanto una sentencia firme no declare la necesidad de someterla a una pena o a una medida de seguridad y corrección. El principio, conocido históricamente como *presunción o estado de inocencia*, emerge de la cláusula que prohíbe al Estado privar de ciertos derechos a los habitantes, a título de pena o de medida de seguridad, mientras no lo autorice una sentencia judicial firme. Esto no significa que la persona imputada sea realmente inocente sino que el orden jurídico no permite al Estado y, consecuentemente, a sus funcionarios, tratarla como culpable y hacerle sufrir una medida restrictiva de sus derechos antes de contar con una sentencia judicial firme. Tal principio tiene enormes repercusiones procesales, es decir, en el sistema operativo que se utiliza para juzgar a alguien. Para sólo mencionar las más conocidas:

*In dubio pro reo* o la necesidad del Estado de verificar con certeza todos los extremos que la ley penal exige para aplicar una pena o medida de seguridad a una persona.

*Legalidad y excepcionalidad de las medidas de coerción* eventualmente aplicables antes de la condena: según su nacimiento histórico (art. 9, de la Declaración Universal de Derechos Humanos)<sup>3</sup> la máxima no prohíbe totalmente aplicar ciertas medidas privativas de derechos antes de la sentencia firme, pero ellas deben cumplir la triple condición de estar previstas en la ley, de ser autorizadas por una decisión judicial fundada y de ser excepcionales, al solo efecto de poder cumplir el procedimiento previsto para arribar a la sentencia según sus fines.

Al respecto se debe aclarar que, precisamente por ello, estas medidas sólo pueden ser fundadas en la verificación de que el imputado es, con gran probabilidad, autor de un hecho punible o participe en él y que corre riesgo evidente la realización del procedimiento o la pena eventual, bien porque el sometido al proceso no comparecerá en él o no cumplirá la pena (*peligro de fuga*), bien porque imposibilitará la averiguación de la verdad con conductas activas (*peligro de obstaculización*).

Rige también aquí el *principio de proporcionalidad*, clásico limitador de la actividad estatal en Derecho Público, en general, que impone ciertos límites temporales a la duración de estas medidas. Todo ello quiere indicar que estas medidas no pueden ser aplicadas a manera de *pena anticipada*, según lamentablemente se verifica en la práctica de la actividad judicial: al hecho punible no le sigue ni le debe seguir, inmediatamente, la pena —como la gran mayoría de los comunicadores sociales, aun aquellos con cierta sensibilidad por los derechos humanos, se esfuerza en transmitir y hacer creer al público como justo—.

En segundo lugar, la sentencia que impone una pena o medida de seguridad a una persona no es tan sólo una actividad de decisión del Estado por intermedio de sus tribu-

---

<sup>3</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, por Resolución 217 A (III), el 10 de diciembre de 1948. En su art. 9 declara que nadie podrá ser arbitrariamente detenido, preso ni desterrado.

nales. Muy por lo contrario, según su fundamento presupone una actividad cognoscitiva –de allí el aforismo *veritas non auctoritas facit iudicium*, opuesto contradictorio al vigente para la actividad legislativa *auctoritas non veritas facit legem*– y esa actividad cognoscitiva, que se refleja en la sentencia, pero es previa a ella y constituye su base necesaria, presupone una actividad compleja del acusador y del tribunal juzgador. Esa actividad se denomina, básicamente, *juicio*. Y el juicio debe ser reglado por necesidad constitucional –no es, entonces, cualquier juicio decidido por quien juzga, por quien acusa o por todos en conjunto– y sus reglas tampoco son discrecionales totalmente para el legislador común sino que, por lo contrario, están predeterminadas en gran medida por el constituyente, cuando se trata de repúblicas democráticas o monarquías constitucionales que respetan el estado de derecho.

Así, el imputado o quien es perseguido penalmente tiene derecho a un *juicio justo*, previo a la sentencia (*nullum poena sine iudicio*), escenario en el cual él pueda resistir la imputación, enfrentarse de cuerpo presente con la prueba de cargo y desarrollar sus propios elementos de prueba para avalar su inocencia o su pretensión de que se le imponga un menor sufrimiento para sus derechos. El mecanismo para lograrlo es conocido por todos: se trata del juicio público y oral, desarrollado en la presencia ininterrumpida del acusador y del acusado frente al tribunal que habrá de juzgarlo. No es ajena a este juicio la necesidad de garantizar el derecho que el imputado tiene *a ser oído*, por un lado, ni la necesidad de contar con la asistencia, al menos jurídica (*defensa técnica*), de un defensor letrado, con el fin de procurar un *equilibrio de posibilidades* respecto del acusador.

Existen, además, un sinnúmero de garantías adicionales, como aquellas referidas a la integración del tribunal (*jurados*); o a su competencia fijada previamente por la ley (*juez natural*); o a la imparcialidad de los jueces que integran el tribunal frente al caso (*reglas de apartamiento de jueces*), o frente a los poderes del Estado (*independencia judicial* y mecanismos accesorios para lograrla) o a la separación necesaria entre la función de perseguir y decidir, y sus órganos representativos. Pero basta con lo apuntado para introducir el tema y dar una idea cabal de aquello que significa un modelo garantista de los derechos de cualquier persona –sea cual fuere su edad– que se enfrenta a una persecución judicial.

Vale la pena todavía formular dos advertencias. En primer lugar, me he referido a las garantías judiciales porque son el motivo y objeto de nuestro encuentro y, en segundo lugar, faltan aquí observar aquellas garantías referidas al derecho material, en este caso al derecho penal, como, por ejemplo, el *principio nullum crimen sine lege* (*legalidad*) o el de *reserva*, con sus consecuencias, también aplicables a cualquier persona por el sólo hecho de serlo.

Por último, vale también la pena recordar que todas estas garantías han sido positivizadas internacionalmente en las distintas convenciones internacionales, regionales o

universales sobre derechos humanos, de modo que forman parte no sólo del orden jurídico universal, sino, además, del orden jurídico interno de aquellos países que han ratificado esas convenciones o, incluso, las han incorporado a su texto constitucional, como es el caso de la República Argentina (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional).

## 2. La posición del niño en el Derecho

Lo dicho anteriormente basta y sobra para advertir que cualquier consecuencia que degrade los derechos que a una persona le son garantizados en la propia Constitución –como ejemplo, la libertad, la capacidad de decisión sobre su propio desarrollo, la llamada *autodeterminación* o similares– requiere, ya por necesidades de derecho interno, exigencias idénticas a las enumeradas sintéticamente. El “niño” o el “joven” es, sin discusión, una persona humana y, por lo tanto, ese reglamento básico es aplicable a él cuando se trata de resolver sobre limitaciones a sus derechos, sea cual fuere la excusa bajo la cual tal limitación de derechos se lleva a cabo. La regulación internacional viene a contribuir y a afianzar este paradigma, pero no a crearlo, pues ese modelo debió imperar sólo como resultado de una correcta aplicación de las bases constitucionales.

Así, consciente de la sistemática falta de reconocimiento de derechos a los niños en todo el mundo, tanto en los propios dispositivos del derecho interno cuanto en la práctica de los sistemas de justicia y de protección, el derecho internacional de los derechos humanos produjo, luego de diez años de discusión, la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).<sup>4</sup>

Sin pretender realizar un análisis exhaustivo del significado y los alcances de la CDN, que ya han sido analizados y sobre los cuales ustedes tendrán oportunidad de reflexionar a lo largo de este curso, lo cierto es que en muchos países de América Latina la incorporación de la CDN a los sistemas jurídicos nacionales se llevó a cabo en contextos de transición o consolidación democráticas; y también es cierto que ello ha significado un desplazamiento de la discusión sobre las formas de entender y tratar con la infancia: desde la perspectiva tradicional, asistencialista y tutelar, hacia una perspectiva en términos de ciudadanía y de derechos para los pequeños.

Es indudable que prácticamente todos los países han producido cambios importantes en la manera de concebir los derechos de las personas menores de edad. Tal transformación se conoce como la sustitución de la llamada *doctrina de la situación irregular* por la llamada *doctrina de la protección integral*, que, en otros términos, significa pasar de una concepción de los *menores* como objeto de tutela y compasión/represión a una concepción que considera a niños y jóvenes como sujetos de derechos.

---

<sup>4</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas, por Resolución 44/25, en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, sancionada por el Congreso de la Nación Argentina como ley 23.849 el 27 de septiembre de 1990 y promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990.

En el marco de esta conferencia y de este curso es importante recordar que el paradigma preconvenido (o de la *situación irregular*) tuvo acogida plena en América Latina y se articuló perfectamente con los sistemas procesales inquisitivos de la región. Más aún, sistemas inquisitivos y sistemas de menores basados en la *doctrina de la situación irregular* se han alimentado recíprocamente en América Latina en los últimos 80 años. La concepción del "otro" como objeto o como súbdito, antes bien que como sujeto con derechos (*menor* o imputado), la oficiosidad en la actuación judicial, el secreto y el expediente escrito, la concentración de todas las funciones en una sola persona (juez-padre-acusador-decisor-defensor), cuestiones morales y religiosas fundamentando las decisiones judiciales, la privación de libertad como regla bajo el nombre de medida de internamiento o prisión preventiva, son características compartidas tanto por el procedimiento inquisitivo como por el procedimiento previsto por las leyes que responden al modelo tutelar.

A nivel teórico, no debe producir asombro el hecho de que haya sucedido así: la *doctrina de la situación irregular* es tributaria del positivismo criminológico que, comprendiendo la pena como la respuesta científica a una "anormalidad" del delincuente (biológica o social), concebía el procedimiento como una investigación de la misma naturaleza con el objeto de producir la respuesta adecuada. Por tanto, el procedimiento era una encuesta de un tribunal idóneo, conformado científicamente, en el cual la persona que lo sufría y que, eventualmente, sufriría la reacción estatal, no era más que un objeto de investigación. De hecho, en la Argentina, el autor de las leyes referidas a los *menores* era un positivista, médico de profesión. Recuérdese que las leyes más avanzadas de la época pretendían un tribunal "científico", integrado por varios profesionales (médicos psiquiatras, psicólogos).

No hace falta mucha sagacidad para advertir la contradicción de un sistema con estas características con el Estado de Derecho. Pero también el derecho internacional se ocupó de la problemática específica del niño y, según se verá, no hizo otra cosa que reforzar el hecho de considerar a los jóvenes, básicamente, como seres humanos.

En la CDN se recoge el principio en los arts. 37 y 40. El art. 37, sobre el particular, establece que:

*"Los Estados Partes velarán por que: [...] b) Ningún niño se(a) 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; [...] d) Todo niño privado de su libertad ten(ga) 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, imparcial e independiente, y a una pronta decisión sobre dicha acción".*

El art. 40 establece, en lo pertinente, que los Estados Partes garantizarán, en particular:

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

*I) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;*

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

*III) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a la ley, en presencia de un asesor jurídico u otro tipo de asesor adecuado y a menos que se considere que ello fuere contrario al mejor interés 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 interrogue a testigos de cargo y obtener la participación e interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;*

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

*VI) Que el niño contará con la libre asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado”.<sup>5</sup>*

Otro artículo de la CDN que no está estructuralmente vinculado a los anteriores pero que integra el derecho al debido proceso es el artículo 12 en tanto establece que:

*“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”.*

Estos dispositivos aparecen en todos los instrumentos internacionales o regionales de protección de derechos humanos y, por las razones señaladas más arriba, también rigen para los niños.

---

<sup>5</sup> Art. 40.2.b de la CDN.

Como conclusión, creo así verificado el punto de partida inicial tanto por exigencias del derecho interno como por exigencias del derecho internacional –genérico en relación a los derechos humanos de toda persona por la sola circunstancia de serlo, o específico en cuanto se ocupó de regular los derechos del niño–. La conclusión consistiría en afirmar que, según cualquiera de los puntos de vista, el niño es una persona –si se quiere en formación– con todos los atributos y dignidades que a un ser humano le reconoce la cultura jurídica universal y local. El hecho de que se admita que existe una diferencia entre un niño y un adulto sólo autoriza a reconocerle más derechos (por ejemplo, educación, familia, etc.) y no a disminuir sus derechos en relación con los adultos.

### 3. La ley local y los derechos del niño

Sin embargo, no es posible ocultar que todavía muchas leyes locales desconocen esta caracterización del problema del niño y parten férreamente de la *doctrina de la situación irregular*. Por ejemplo, en la República Argentina, la Ley de Patronato de Menores Nº 10.903, proyectada por el Dr. Agote, y el Régimen Penal de la Minoridad (leyes Nº 22.278/22.803) siguen, sin discusión, aquel paradigma: el *menor* es un objeto de investigación, cuya “anormalidad” aparece según algunos “indicios” de los cuales el hecho punible resulta ser uno de los más claros. Indicios que provocan la intervención de un investigador estatal, el juez de menores, con innumerables poderes no controlados atribuidos, quien se supone que siempre dará en la tecla para “tratar” convenientemente aquella “anormalidad” y regresar al *menor* a la “normalidad”. A tal punto ello es así que ingresa en la *situación irregular* no sólo aquel de quien se sospecha que ha cometido un hecho punible como menor de edad sino, incluso, aquel que ha sufrido como víctima un hecho punible, siendo también menor de edad. Por supuesto, la *situación irregular* abarca también a menores de edad “anormales” porque, en razón de su nacimiento, no disfrutaban de una situación social considerada como “normal”, sin culpa alguna de su parte y por defecto de una política social que eleve su condición al menos a un mínimo compatible con la dignidad humana.

En lo que sigue se presentarán dos ejemplos del derecho local que demuestran la situación, respecto de los derechos del niño, en especial acerca de la operatividad del debido proceso, sea mediante la aplicación directa de la CDN en el ámbito interno, sea mediante la aplicación de los principios constitucionales analizados al comienzo, sin perjuicio de remarcar la urgencia de la reforma legislativa en esta materia en los respectivos ámbitos nacionales que no incorporen los dispositivos mencionados para los procesos a los que son sometidos los niños.

#### 3.1. La privación de la libertad

Supongamos, en el contexto de las leyes locales que siguen el modelo tutelar, a un

inimputable, por tratarse de una persona menor de la edad límite que el derecho penal general admite para la responsabilidad penal de adultos, o mejor aún, a un niño que haya sido víctima de un hecho punible, o que haya sido sobreseído o absuelto, o, por último, sobre quien directamente no pese una imputación penal. Supongamos también que este niño, por hallarse en *situación irregular*, haya sido internado en una institución como remedio adecuado a su *estado de peligro o de riesgo moral o material*.

Esta medida no es, como se ha visto, consecuencia de ninguna infracción imputable al menor de edad y responde, desde el punto de vista material, a una autorización absolutamente abierta para el funcionario estatal que la aplica, esto es, sin definición legal específica que la legitime concretamente –vale decir, en violación al principio de legalidad–.

Y, además, desde el punto de vista que hoy tratamos, se verifica a través de un procedimiento en el cual el *menor* prácticamente no interviene, que tiene por característica prescindir de todas las reglas de las garantías que antes hemos desarrollado sintéticamente: nadie ha solicitado con fundamento la medida al funcionario oficial que la decide –quien ha procedido de oficio–, no ha existido posibilidad concreta de ejercicio del derecho de defensa por parte del niño o joven en una audiencia frente a un tribunal imparcial y en la cual pueda enfrentarse a la prueba que determina la necesidad de la medida, y finalmente, sus posibilidades de impugnar la decisión son prácticamente inexistentes. Por supuesto, tampoco juegan algún papel garantías específicas como el *in dubio pro reo*, el *ne bis in ídem*, o similares, ni significa algo la presunción de inocencia.

El argumento para desconocer estos derechos basado en que esta medida no debe estar rodeada de las garantías comentadas porque no es una pena, resulta ser, a esta altura de la evolución del derecho, insostenible. Hace décadas que la doctrina penal sostiene que las penas y las medidas, si bien pueden ser diferenciadas a nivel teórico y mediante los discursos que las justifican, cumplen en la práctica el mismo papel y tienen, de hecho, la misma finalidad y contenidos. Además, a nivel internacional se ha superado definitivamente el problema con la aprobación por la Asamblea General de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad.<sup>6</sup> Así, la regla 11 b) establece que:

*“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”.*

---

<sup>6</sup> Adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, por Resolución 45/113, el 14 de diciembre de 1990.

### 3.2. Derecho al recurso

Nada impediría que los funcionarios estatales competentes para decidir medidas, como la descrita en el acápite anterior, aplicaran un procedimiento tal que lograra conceder al niño el derecho a un juicio justo y a un tribunal imparcial, en aplicación tanto de las normas constitucionales específicas sobre el tema como del derecho internacional relativo a las garantías procesales de la persona humana en general y del niño en particular. De otra manera sería dificultoso para un niño procurarlo por sus propios medios. Piénsese de qué manera un niño, al que no se le ha brindado información ni asistencia, puede conocer la posibilidad de reclamar, ser informado y asistido técnicamente, solicitar una audiencia ante los jueces que, eventualmente, podrán aplicarle una medida. En definitiva, cómo puede un niño lograr ser oído, preparar su defensa y ofrecer resistencia a la posible decisión restrictiva de sus derechos.

En la ley argentina, la medida tutelar –sea internación u otra– es inimpugnable para el *menor* pues se parte de la base de que el tratamiento decidido por el juez es el adecuado para corregir la *situación irregular* del *menor* o, si se quiere, que el juez de menores es, por naturaleza, un “buen padre de familia” que decidirá lo “mejor” para el menor, aun contra su voluntad y privándolo de derechos.

Pero –reitero– no existe ninguna norma que impida instruir a los niños y jóvenes sobre el derecho al recurso que los asiste y el cual consagran las convenciones sobre derechos humanos como en particular la CDN. Del mismo modo que no existe norma o principio alguno que impida conceder medios que permitan reexaminar la decisión.

## 4. Conclusiones

Para volver a un comienzo. El niño es una persona humana, a la cual le corresponden todos los derechos y las garantías básicos que tanto la constitución de un Estado como las convenciones internacionales confieren a cualquier persona, sin distinción de edades, al considerarla digna. Tales regulaciones, por definición, son directamente operativas y, en el ámbito de las obligaciones internacionales, los Estados y los funcionarios que los representan deben adecuar su acción a esas regulaciones.

Respecto del niño o joven no sucede otra cosa, de tal modo que los organismos estatales encargados de aplicar la legislación que los rige, con prescindencia de la necesaria adecuación de la legislación interna por parte de los órganos legislativos, deben conformar su conducta de acuerdo con el objetivo de procurar para el niño o joven, a quien eventualmente se le imponga una pena o de una medida, con prescindencia de la forma en que se la denomine, a que ella sea el resultado adoptado en el marco un procedimiento tal que respete todas y cada una de las garantías generales y particula-



res que presiden aquello que hoy se concibe como “debido proceso” o derecho a un “juicio justo” frente a un tribunal imparcial.

## **REFERENCIAS NORMATIVAS**

*Convención sobre los Derechos del Niño*, Resolución 44/25, Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 20 de noviembre de 1989.

*Declaración Universal de Derechos Humanos*, Resolución 217 A (III), Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948.

*Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad*, Resolución 45/113, Asamblea General de las Naciones Unidas, 14 de diciembre de 1990.

# CONSIDERACIONES SOBRE LA INCIDENCIA DE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN EL URUGUAY<sup>1</sup>

JORGE A. MARABOTTO<sup>2</sup>

Es para mí, por cierto, un gran honor participar –en nombre de la Suprema Corte de Justicia de la República Oriental del Uruguay– en este Segundo Curso de Especialización “Protección Jurisdiccional de los Derechos del Niño”, destinado a Jueces, Abogados y Fiscales del Cono Sur, por la importancia que el tema tiene, especialmente al cumplirse diez años de formulada la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), y por la jerarquía de las organizaciones que lo impulsan: el propio Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF) y la Universidad de Buenos Aires, en cuyo ámbito, naturalmente, un docente de la Facultad de Derecho de la Universidad estatal uruguaya se encuentra como en casa.

Y bien, resulta muy claro que la CDN supuso un cambio copernicano en el tratamiento de la situación de niños, niñas y adolescentes. Ya no se los trata –como nunca debió tratárselos– como meros “objetos” de un proceso para, supuestamente, y a partir de su *situación irregular*, protegerlos (más bien, aparentemente protegerlos). Por el contrario, son –como debieron serlo siempre– sujetos de derechos ya que son personas y de su propia dignidad de tales derivan sus derechos y deberes en la convivencia social. Es decir, cuentan con los mismos derechos y los mismos deberes que tienen quienes han sobrepasado el límite de edad respectivo, por cuanto, sin la más mínima duda, no es admisible un tratamiento diferencial en ese sentido. Los derechos esenciales de los niños, niñas y adolescentes, como dijera Antígona en la tragedia de Sófocles, “no son de hoy ni ayer, sino que viven en todos los tiempos y nadie sabe cuándo aparecieron”. Nadie tiene el derecho a ignorarlos ni tiene la potestad de desconocerlos.

Si bien siempre debió ser así, es fundamentalmente a partir de la eclosión producida luego de la Segunda Guerra Mundial que el tema adquiere la relevancia que ontológicamente se le debe adjudicar. No puede haber dudas de que el ser humano –hombre y mujer, niños, niñas y adolescentes o mayores– tiene derechos que le son inherentes a su dignidad de personas. No es concebible, desde nuestra visión, otra concepción

---

<sup>1</sup> Ponencia a cargo del Dr. Jorge A. Marabotto, en la sesión de apertura del 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 realizado en noviembre de 1999.

<sup>2</sup> Ministro de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay, miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, miembro de los Institutos Uruguayos de Derecho Procesal y de Técnica Forense.

que no sea ésta. No es admisible ninguna causa de discriminación. Y más allá de la discusión sobre la naturaleza de tales derechos, versada sobre si tienen arraigo en la naturaleza humana o son el resultado de un proceso histórico, lo cierto es que no puede desconocerse que esos derechos fundamentales pertenecen al hombre y a la mujer –cualquiera sea su edad– dada su condición de ser digno. Siguiendo a Hübner Gallo, en la vida del hombre existe la posibilidad de ejercicio de todas las facultades propias a su naturaleza.

Sobre el tema se ha discutido fervorosamente; aunque haya sido un enfoque realizado desde un plano político al que no interesa –ni importa– ingresar. Lo que interesa es la vigencia de esos derechos y de esos deberes, límites naturales de aquellos. Sí corresponde señalar que sólo desde una perspectiva iusnaturalista es posible hablar –y pensar– acerca de los derechos humanos; y que incluso, sólo si se acepta la tarea de fundar los derechos humanos, de modo tal que su existencia no se reduzca a meras expresiones en el papel o en la oratoria y se transformen –dentro de los límites de la condición humana– en un positivo elemento del bien humano social. Del mismo modo, naturalmente, el niño, la niña y el adolescente no podían quedar excluidos de esa visión que se tiene hoy sobre los derechos y los deberes de los seres humanos. Si como lo afirma la Declaración Universal de Derechos Humanos, “la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana”,<sup>3</sup> no se advierte la razón de esa discriminación que se hacía –¿o aún se hace?– con respecto a quienes no son mayores de edad.

Al *menor* se lo consideraba en *situación irregular* con relación a otra que era, por cierto, la regular, normal o deseada. De tal manera, en función de esa visión, se equiparaba al *menor abandonado* o en verdadera *situación de riesgo* –para él– con los *menores infractores* de la ley. En ese sentido, había una gran ambigüedad. En tanto no se distinguían situaciones que son esencialmente diferentes, se vulneraban en forma grave sus derechos. No es igual la posición de quienes se encuentran abandonados por sus progenitores –tanto material como moralmente–, a la de quienes han violentado las reglas mínimas que se consideran válidas en una sociedad, en cierto tiempo y hasta en cierto espacio.

Precisamente, en el Uruguay, ha sido la Suprema Corte de Justicia –la que tengo el honor de integrar y presidir interinamente– la avanzada en la consideración de que la adhesión a la CDN suponía un cambio paradigmático. El órgano máximo del Poder Judicial fue el que percibió, inmediatamente, la necesidad de apreciar toda esta temática de la minoridad desde una perspectiva diferente, para hacer realidad que los niños y los adolescentes fueran tratados como lo que son: como personas. La Acordada

---

<sup>3</sup> Considerando primero del Preámbulo de la Declaración Universal de Derechos Humanos adoptado por la Asamblea General de las Naciones Unidas, por Resolución 217 A (III) el 10 de diciembre de 1948.

7.236, del 29 de julio de 1994, fue un gran esfuerzo sistematizador de lo que se entendió debía ser la normativa para regular los procesos en que se debatiera si un menor había sido o no, efectivamente, el autor material y subjetivo de una figura prevista en el código penal como delito. Pero yo diría que fue más allá: centró esta temática en su justo lugar.

Por encima de la circunstancia de si hay o no un *menor infractor*, esta acordada supuso un cambio mental de importancia: fue un mensaje a todos los jueces y demás intervinientes en el quehacer jurisdiccional y aun fuera del ámbito forense, de que en el país, dada la ratificación de la CDN, los *menores* ya no eran un mero "objeto" sino que eran sujetos de derecho. Y por tal, tenían derechos y obligaciones como cualquier otra persona. Incluso más. Esos derechos –derechos humanos de los niños y de los adolescentes– tienen un rango superior. Si en el Uruguay "la enumeración de derechos, deberes y garantías hecha por la Constitución no excluye los otros que son inherentes a la personalidad humana o se derivan de la forma republicana de gobierno", tal como los indica el artículo 72, es claro que toda normativa que introduce, reconoce –o ¿descubre?– *otros derechos*, tiene esa misma jerarquía en el ordenamiento jurídico.

Estos derechos a los que se refiere la Constitución, son derechos, deberes y garantías del hombre y de la mujer, pero también de los niños, de las niñas y de los adolescentes. Sólo por su edad –y no por otra razón que suponga una verdadera *capitis diminutio*–, merecen la tutela y protección de la ley. Lo que no era así cuando se los trataba desde la perspectiva de la *situación irregular*, circunstancia ésta que les significó una verdadera desventaja. Con tal tratamiento se producía una *capitis diminutio* inadmisibles, por contraria a la dignidad humana y a los derechos esenciales que les corresponden y a las garantías indispensables para hacerlos efectivos, si es preciso. En ese sentido, como el *menor* no era un "delincuente" ni podía ser sometido a un proceso en que se juzgara una conducta de esa naturaleza, se lo excluía de las garantías que la Constitución Nacional consagra cuando regula el proceso "criminal" –según lo denomina siguiendo la terminología de la época–. No obstante, al ser el proceso de menores un proceso especial cuya previsión es de rango constitucional pues, conforme el artículo 43 de la Constitución uruguaya, "la ley procurará que la delincuencia infantil esté sometida a un régimen especial", se cargaba con sus consecuencias. En efecto, de ello se extrae una serie de criterios consecuenciales. Así, el *menor* no estaba sometido a un verdadero proceso contencioso. Bien se podía decir que había una judicialización formal pero no sustancial. Más que un proceso, lo que se seguía era un mero trámite ante un tribunal que carecía de las características propias de un proceso: el ser obra de tres sujetos que ejercen recíprocos controles.

Tampoco se daba en aquel proceso el principio de contradictorio, entendiendo tal como un sistema de controles en el que cada uno de los sujetos que actúan en él fiscaliza el quehacer de los demás. Es decir, una situación igual o similar a la que se advierte en el régimen de separación de poderes, que no es otra cosa que un sistema

de "frenos y contrapesos". Aún, se le podía categorizar como un "proceso voluntario", realizado o llevado adelante por un "buen padre de familia", pero no por un verdadero juez. Como se ve, la figura del juez todopoderoso y sin controles opacaba a la de los demás sujetos que podían intervenir. Por ello mismo, entonces, al *menor* no se le aplicaban penas, sino que se lo protegía a través de "medidas educativas", muchas veces, disponiéndose su internación, olvidando que tanto la internación como la prisión son distintas denominaciones de un mismo fenómeno: la grave limitación de la libertad ambulatoria.

Cuando un mayor es excarcelado, recupera esa libertad, lo que le permite desplazarse por todo el territorio nacional y aun puede solicitar autorización para salir del país, lo que no ocurría respecto de los *menores*. A éste, muchas veces, se lo "desterraba" de un sitio al que no podía regresar. Era una forma de "exilio" en el propio país. Y así, podríamos seguir. Como se puede advertir, una serie de contradicciones en perjuicio de estos *menores*, a los que, incongruentemente, se decía proteger. ¡Una tutela en perjuicio! Esta es una *contraditio in adjectio*. Si tutelar es "amparar, proteger o defender", el ejercicio de una potestad que va en contra de los intereses del "protegido" es sin duda lo contrario de aquello que se afirma se está haciendo.

La adhesión a la CDN, ratificada por Ley 16.137 del 28 de septiembre de 1990, no había significado cambio alguno. Y fue, como dije anteriormente, la Suprema Corte de Justicia la que tuvo –diríase– el coraje de cambiar el rumbo y seguir sus exactos postulados. Introdujo lo que era indispensable. No ya adecuó –y en el límite de sus facultades– la normativa aplicable al *menor* infractor y puso orden en la confusa normativa existente, sino que, fundamentalmente, propugnó la concientización y el cambio de mentalidad de los operadores que actúan en el ámbito de la justicia vinculada con los niños, niñas y adolescentes. Se partió de un hecho que nos resultaba esencial: cualquier cambio de la normativa aplicable puede ser desconocido si en la realidad de los hechos –y como ocurría hasta ese momento– quienes deben aplicar la nueva legislación continúan, por natural inercia, interpretándola conforme a parámetros propios de las disposiciones anteriores.

Siempre puede darse un desfase entre norma y realidad. De lo que se trataba –y de lo que se trata– es que esa distancia entre la regla de conducta dictada y la realidad de cómo es verdaderamente aplicada no tuviese una extensión tal que la hiciera ilusoria. Una de las maneras más propias o naturales de que ello sea así es, precisamente, el propugnar la concientización y el cambio de mentalidad de quienes están situados en el poder-deber de aplicar esas normas. Dicho de otro modo: no sólo cambiando las normas, creando nuevas disposiciones o detectando otros derechos hasta el momento desconocidos u olvidados, se mejora la realidad de un país, sino buscando un cambio mental, siempre indispensable para dejar atrás criterios arcaicos o fuera de época que tienen la fuerza propia que da el tiempo o su uso permanente.

Como hemos dicho, la Acordada 7.236 –luego recogida en norma de rango superior (Ley 16.707)– abogó por esa mudanza de visión. Esto ha significado en los hechos un salto cualitativo de tremenda importancia. Podríamos hacer una larga enumeración de esos cambios positivos, pero baste recordar que ahora se diferencian los roles de cada uno de los sujetos del proceso, es decir, del Juez, del Ministerio Público y de la Defensa. Ahora, se sigue un debido proceso, un proceso justo o un proceso limpio, según la diversa terminología usada actualmente.

El proceso tiene estructura contradictoria y, al menos en parte, es acusatorio. Aunque quizás no tenga –ni siquiera en el Proyecto de Código de la Niñez y de la Adolescencia a estudio del Parlamento– la extensión que debiera tener. Pero dada la discusión que se suscitó en torno al Código del Proceso Penal, pareció más conveniente no pretender un proceso gobernado por ese principio, con una estructura propia de un sistema de semejantes características –indudablemente libertario– por temor a que fracasara la reforma, la que considerábamos –y seguimos considerando– necesaria e imprescindible.

Sin ninguna duda, se puede constatar un adelanto significativo, relevante o sustancial. Para afianzar ese cambio cultural es imprescindible –como dijimos– que la normativa de la CDN “prenda” o “se haga carne” en la mentalidad de todos los operadores. Esto debe ser así ya que si la nueva normativa se aplica con la vieja mentalidad, aquella no tendrá los efectos buscados y la situación de los niños y niñas y adolescentes no cambiará sustancialmente o, al menos, con la intensidad que se pretende. Lo que realmente se requiere es que todos los operadores y quienes tienen que aplicar la normativa aludida, actúen convencidos de que ellos no son meros “objetos” sino que son verdaderos “sujetos” de derechos y de obligaciones.

Por cuanto, para nosotros, el concepto de “interés superior del niño”, no puede desconocer la bilateralidad del derecho. No es, entonces, solamente el reconocimiento de esos derechos, porque afirmarlo así, únicamente, no le da el carácter formativo que debe tener y no lo coloca en la vida, en las mejores condiciones. No podemos olvidar que las normas jurídicas no son sino reglas de conducta humana para que los hombres y mujeres estén en condiciones de convivir en sociedad y puedan desarrollar sus planes de vida. Y ello supone, claro está, derechos y deberes.

La alteridad del derecho es muy clara y no necesita, en un ámbito como éste, de mayor fundamentación. Si esas reglas tienen aplicación en sociedad, resulta patente que “mis” derechos no pueden ser ejercidos “como si” viviera solo y no existiera ninguna otra persona. Porque existen “otros” con sus derechos, de igual jerarquía que los “míos”, es evidente que se debe tener conciencia de ello. De otra manera no se prepara a los niños y a las niñas, ni a los adolescentes, para una vida en la que el compartir y tolerar el ejercicio del derecho ajeno es esencial. En este sentido, no creo que se pueda dar por sentado que el derecho tiene, en sí, el germen de la bilateralidad. Se debe educar en esa dirección, de una manera clara y contundente.

Insisto: el derecho es bilateral, no puede existir sin que haya "alteridad", en tanto las relaciones son interindividuales. Si tengo derechos, los demás tienen el deber de respetarlos. Los niños y las niñas y aún más, podría decirse, los adolescentes, tienen que ser conscientes, deben ser formados para afrontar esta situación. Por ello, recientemente, en ocasión de la entrega del Premio Poder Judicial, en el ámbito estudiantil, certamen que lleva adelante la Suprema Corte de Justicia de mi país, en uno de los trabajos presentados, un grupo de estudiantes liceales dice categóricamente:

*"Esta sociedad de hoy y el hombre allí inmerso, hoy más consumista, interesado, ausente por sus problemas, se encuentra ignorante frente a sí mismo por no saber o no percatarse que ese derecho a vivir que tenemos, también es nuestra obligación con nosotros mismos, no le fallamos sólo al mundo, sino a nosotros mismos que es peor".*

Para más adelante afirmar:

*"Nuestra opinión es que los medios de comunicación se refieren a nuestros derechos como adolescentes, a los derechos del niño, pero nunca escuchamos los deberes de los adolescentes y niños".*

Esto es, los propios adolescentes se quejan de que se enseñan los derechos, pero no los deberes. En último término afirman:

*"Oímos hablar de derechos, pero nunca nos recuerdan los deberes".*

Creo que esta reflexión es por demás categórica. Son los mismos jóvenes quienes nos recuerdan que los deberes no deben darse por sobreentendidos o por supuestos y que, no siempre, al hablar y enfatizar en los derechos lo estamos haciendo –aunque tácitamente– al mismo tiempo respecto de los deberes. De ninguna manera, ello es claro.

Corresponde recordar que al derecho nada importa si estamos solos. Tiene relevancia, adquiere toda la dimensión que abarca su concepto, cuando estamos viviendo con otras personas, pues el "derecho de cada uno termina, cuando empieza el de los demás". Y esto hay que recalcarlo. Ése es, para mí, el verdadero "interés superior del niño". El de formarse con clara conciencia de cuál habrá de ser su papel en la sociedad en que le ha tocado nacer y vivir, pues de otro modo resultará un ser extraño y ello se puede transformar en un grave inconveniente en el futuro.

Está bien que se enfatice en los derechos. Pues queremos seres conscientes de sus derechos, ¡cómo no habría de ser así! Según lo dijimos hace tiempo, no queremos seres prescindentes, encerrados en sí mismos, sino que reclamen y exijan –¡por supuesto!– los derechos que les correspondan, porque son de ellos y a ellos les pertenecen y no es legítimo que los cedan, aunque sea de hecho, por su propia omisión. Pero que también, naturalmente, cumplan con los deberes y con las obligaciones que se les impongan legítimamente, sin esfuerzo, reconociendo que, de esa manera, se respeta el derecho de los demás.

Es preciso además inculcar en los niños –y, en general, en todas las personas– la idea de la democracia. Si se tiene el derecho esencial y humano de exigir el cumplimiento de todas las consecuencias propias que derivan de la condición de ser digno que tiene el hombre, y si el derecho de aprender constituye un instrumento indispensable para la supervivencia de la humanidad (y, por ejemplo, para evitar la guerra es preciso aprender a vivir en paz), también es imperioso educar para la vida en democracia. Y para ello se necesita colocar a cada ciudadano en situación de poder reclamar el cumplimiento de los derechos de que es titular y hacerlo comprender que, del mismo modo, está en posición de cumplir con los deberes que se le impongan. No es legítimo recordar siempre los “derechos”, dejando en el olvido los “deberes”.

Ésa no es una buena vía y no es una razonable posición. Los derechos se aprenden; pero, también ello ocurre con los deberes. Un buen ciudadano no es aquel que solamente reclama derechos, pues el vecino también los tiene. El primero, entonces, tiene que tener clara conciencia de ello. Solamente una razón histórica ha llevado a que se aluda a los derechos, sin poner el mismo énfasis en los deberes. Pero ese desconocimiento de los derechos, motivo de esa actitud que señalamos, no nos puede llevar, ahora, a insistir en un criterio que consideramos equivocado e inconveniente. El esfuerzo que debe hacerse es ingente.

Las cifras sobre la situación de los niños y niñas en el mundo que todos, en general, conocemos, pero en particular las que se han divulgado en este décimo aniversario de la Declaración de Derechos del Niño, son tremendas. Tienen necesariamente que herir la sensibilidad de toda persona, tienen necesariamente que violentar la conciencia de todo ciudadano honesto que quiere un mundo mejor.

No es posible aceptar que más de 12.000.000 de niños mueran por enfermedades que se pueden prevenir o curar; que más de 167.000.000 de niños padezcan grave desnutrición y que, en caso de sobrevivir, sufran secuelas de por vida; que 250.000.000 se vean obligados a trabajar en condiciones que amenazan su desarrollo y que, de ellos, 60.000.000, lo hagan en actividades peligrosas, incluida la prostitución. Tampoco es posible permanecer indiferentes cuando se sabe que 135.000.000 no van a la escuela y no tendrán acceso al conocimiento mínimo; de los cuales, además, los dos tercios son niñas. Sin recordar, por lo demás, la enorme deserción que se constata: 150.000.000 dejan de asistir a clase antes de aprender a leer o contar. Terrible panorama. Frente a ello, los gastos superfluos, innecesarios, el derroche enorme que se constata diariamente. ¡Un verdadero horror!

Por ello, estamos convencidos de que la CDN solamente dará sus frutos cuando logremos cambiar la mentalidad de quienes deben aplicarla en todos los ámbitos de la vida social de un país. Hacerla realmente efectiva y que no sea un mero avance en el papel es el objetivo. Sin duda, la CDN ha significado un cambio y un progreso, razón por la cual compartimos estas expresiones de la Directora Ejecutiva del UNICEF, Ca-



rol Bellamy, cuando dice que ha ayudado a mejorar la vida de millones de niños y hacer del mundo un lugar mejor. Pero no es bastante. Debemos comprometernos todos, cada uno desde su ámbito, para que la vida de los niños, de las niñas y de los adolescentes sea cada día mejor, para que esas cifras –que hacen temblar porque la libertad con hambre, no es libertad; porque la libertad de que gozan seres enfermos y analfabetos, tampoco es libertad– sean cada día menores. No podemos olvidar que libertad y justicia son simplemente y nada menos que aspectos parciales derivados de un mismo fenómeno: la dignidad del hombre. Y respecto de ellos, debemos hacer el mundo menos hostil.

## **REFERENCIAS NORMATIVAS**

*Convención sobre los Derechos del Niño*, Resolución 44/25, Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 20 de noviembre de 1989.

*Declaración Universal de Derechos Humanos*, Resolución 217 A (III), Asamblea General de las Naciones Unidas, 10 de diciembre de 1948.

# SISTEMAS DE PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

MÓNICA PINTO<sup>1</sup>

## 1. Aspectos generales de los mecanismos de protección

La noción de derechos humanos es una creación del derecho de posguerra que incorpora diversos valores agregados a conceptos consagrados en los distintos momentos libertarios del mundo. A las libertades de los hombres libres continuaron las de los ciudadanos, luego las libertades públicas y, finalmente, los derechos humanos.

De todas las notas que caracterizan *sine qua non* los derechos humanos, la universalidad es una de las que más significativamente los caracterizan. En efecto, el concepto de derechos humanos –cualquiera sea la posición jusfilosófica que se adopte– puede predicarse respecto de todo ser humano por el solo hecho de ser tal y en cualquier sociedad. De allí, la universalidad de la noción. Para ello también fue necesario universalizar las normas que protegen derechos y establecen su contenido y alcance, las restricciones legítimas y las eventuales suspensiones en caso de excepción o emergencia. En rigor, hubo que universalizar la preocupación por estos derechos y la decisión de hacer de ellos una cuestión de interés común para los Estados.

Al consagrar la cooperación internacional en el respeto universal de los derechos humanos y en su efectividad, la comunidad internacional sentó las bases para un sistema normativo de derechos humanos y para la adopción de mecanismos que permitieran controlar su efectividad. Se crearon así los fundamentos de un sistema de protección.

Los consensos entre los Estados se lograron primero respecto del catálogo de los derechos, de su contenido, y ello se reflejó en las declaraciones internacionales de derechos. Más tarde se adoptaron tratados obligatorios para las partes que establecieron su propio sistema de protección.

El esquema europeo occidental conseguido muy poco después de la segunda posguerra se erigió como modelo de los esfuerzos universales. Las atrocidades de la guerra determinaron a los líderes de Occidente a concebir un esquema mundial como el de las Naciones Unidas y a considerar que la cuestión de los derechos humanos no podía quedar librada a las decisiones discrecionales de los gobiernos de turno. En este con-

---

<sup>1</sup> Mónica Pinto es profesora de Derechos Humanos y Garantías y Derecho Internacional Público de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, autora de numerosas publicaciones sobre el tema y ex experta independiente para el examen de la situación de Derechos Humanos en Guatemala.

texto, rápidamente se adoptó una convención para la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales. En 1953, en Roma, se celebró un tratado que instauraba un mecanismo en dos etapas sucesivas: la primera, consistía en una instancia no jurisdiccional que tramitaba reclamaciones internacionales ante la Comisión Europea de Derechos Humanos; la segunda etapa, decidía las reclamaciones no resueltas en la etapa anterior, el organismo a cargo de esta instancia fue el Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Los casos que llegaban a este Tribunal eran remitidos por la Comisión al Comité de Ministros del Consejo de Europa que intervenía con el objeto de determinar cuáles de las reclamaciones presentadas y no resueltas ante la Comisión eran susceptibles de trámite judicial. Hoy, este esquema ha cambiado en razón de la entrada en vigor del Protocolo 11 al Convenio Europeo. Éste prevé un solo órgano de control de tipo jurisdiccional, el Tribunal Europeo, cuyas dimensiones se han ampliado.

En todo caso, y esto es lo importante en este punto de nuestro análisis, Europa y su mecanismo de derechos humanos influyeron en los esquemas universales aunque éstos se detienen en los umbrales de los tribunales. El mismo camino, con distintos matices, recorrió el sistema africano hasta que en 1998 se estableció un Tribunal Africano de Derechos Humanos.

Por su parte, el sistema interamericano enfrentó los reclamos en este sentido con las normas jurídicas. En este continente se declamaba la democracia representativa y el respeto por los derechos humanos con instrumentos jurídicos básicos, pero aún se carecía de asignación de competencias en el tema. Por ello, con base en la experiencia europea –aunque prescindiendo de un tratado que la enmarcara– la V Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores creó una Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), como organismo subsidiario. Desde 1966, la CIDH conoció en las reclamaciones individuales en las que se alegara la violación de los derechos –previstos y protegidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre– por parte de un estado miembro de la Organización de Estados Americanos. En 1969, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, “Pacto de San José de Costa Rica” (CADH), adoptó la CIDH preexistente y creó una Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante, Corte Interamericana).

Los tratados establecen dos tipos de órganos de control. Se trata de órganos de tipo ejecutivo con un número pequeño de miembros que deben reflejar los distintos grupos regionales, criterio surgido de la práctica de las Naciones Unidas que resume la equitativa distribución geográfica, las grandes civilizaciones y los principales sistemas jurídicos. Ellos son:

a) un *Comité*, si se trata de los órganos de control universales o adoptados bajo los auspicios de las Naciones Unidas. En este orden se inscriben el Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial de 1969,<sup>2</sup> el Comité de Derechos Humanos de

---

<sup>2</sup> Establecido en la primera reunión de los Estados Partes en la Convención para la eliminación de la discriminación racial.

1976,<sup>3</sup> el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer, en funciones desde 1982,<sup>4</sup> el Comité contra la Tortura establecido en 1987,<sup>5</sup> el Comité de los Derechos del Niño, constituido en 1991. En 1985, por vías pretorianas, el Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas transformó un grupo de trabajo existente en lo que denominó Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ECOSOC) creado por el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales dado que en 1966 no se había previsto órgano *ad hoc* alguno;

b) una *Comisión*, término aplicado a los órganos de control para ámbitos regionales. La comisión sesiona sin representar a ningún Estado en forma específica y está integrada por expertos, propuestos por los Estados Partes, elegidos por votación.

Además, se cuenta con las comisiones regionales: la europea, establecida por primera vez en 1954 y hoy superada por el mecanismo judicial instaurado por el Protocolo 11; la africana, que consta de once miembros elegidos por períodos de seis años en escrutinio secreto por la Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno sobre una lista elaborada con las propuestas de los Estados Partes; la interamericana, integrada por siete miembros elegidos por cuatro años por la Asamblea General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) a partir de una lista propuesta por los Estados Miembros.

## 2. Modalidades de control internacional

Tres son las modalidades de control que surgen de la práctica internacional: 1) un sistema de informes periódicos relativos a las medidas legislativas o de otro carácter que los Estados Partes hayan adoptado para dar efectividad a los compromisos contraídos por vía contractual; 2) un sistema de peticiones interestatales e individuales para la alegación de violaciones de los derechos protegidos en los distintos instrumentos internacionales; y 3) un sistema judicial en el que un tribunal de justicia ejerce su jurisdicción respecto de un reclamo que ya tramitó por el sistema de peticiones, para los ámbitos regionales.

### 2.1. El sistema de informes periódicos

El sistema de informes periódicos rige en el ámbito de todos los tratados adoptados bajo los auspicios de las Naciones Unidas y consiste en la materialización de la obligación de informar periódicamente sobre las medidas adoptadas para dar efectividad a los derechos protegidos y a toda práctica relacionada con el tratado. Sus funciones son

---

<sup>3</sup> Creado en el marco del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

<sup>4</sup> Creado en el contexto de la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

<sup>5</sup> Dado en la primera reunión de las partes para la formulación de la Convención contra la tortura y otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes.

variadas e importantes. Obliga a revisar la legislación en vigor para adecuarla a los compromisos asumidos en los tratados y, en esta medida, conduce a identificar tanto las normas que se oponen a lo pactado internacionalmente – y, por tanto, deben ser derogadas o modificadas– como la ausencia de norma en algún terreno y, por consiguiente, la necesidad de su adopción.

Este sistema de informes devela una toma de razón que por su carácter periódico abre un ejercicio permanente que facilita reconocer aquellos ámbitos en los cuales se generarán los problemas constituyéndose en un importante mecanismo de prevención. Esta aduetez del mecanismo de informes no es adecuadamente mensurada por los Estados –que enfrentan problemas de infraestructura e información para elaborarlos– ni por los órganos de control –que padecen de atrasos crónicos en el tratamiento de los informes–. Asimismo, la presentación de la práctica acorta las distancias entre el discurso y los hechos y contribuye a la formulación de políticas a largo plazo, sobre todo cuando ellas están vinculadas con cambios culturales o sociales, lo que es especialmente evidente para la superación de la discriminación de todo tipo.

Los informes de los Estados se confrontan con los que elaboran las organizaciones no gubernamentales (ONG) y con toda otra información de fuente fidedigna que posea el órgano de control. La vocación de diálogo de los informes se materializa en ocasión de la comparecencia del Estado ante el órgano de control. En este sentido, es frecuente no sólo el pedido de informes sobre cuestiones concretas que son de público y notorio conocimiento sino también las aclaraciones sobre el alcance de normas y sentencias.

## 2.2. El sistema de peticiones

El sistema de peticiones, por su parte, persigue un objetivo más limitado: solucionar la situación específica de uno o más afectados por supuestas violaciones de derechos protegidos. Se lo reconoce como un método de carácter cuasi judicial que funciona *ex post facto*, esto es, luego de acaecido el hecho o acto que se considera lesivo.

Las partes en la petición son dos: el peticionario –Estado o persona física– y el Estado –al que se atribuye la alegada violación a los derechos humanos–. La denuncia debe versar sobre la aducida violación de un derecho humano protegido y no comporta una revisión de lo actuado en sede nacional sino en la medida necesaria para determinar que ello configura una violación de derechos humanos. Por ello, tratándose de un mecanismo subsidiario de los mecanismos de protección nacionales, requiere el agotamiento previo de sus recursos internos.

Este derecho del Estado de subsanar con sus propios recursos lo que *prima facie* es una violación a los derechos humanos conlleva la obligación de proporcionar recursos internos de conformidad con los principios de derecho internacional generalmente reconocidos. Se trata de la previsión de los recursos ordinarios, el *habeas corpus*, el amparo y cualquier otro remedio legal que ofrezca el sistema democrático, todos los cua-

les deben ejercerse dentro del marco del debido proceso legal. Lo que se exige no es sólo la existencia formal de los recursos sino que sean adecuados –que tengan idoneidad para proteger la situación jurídica infringida– y efectivos –que sean capaces de producir el resultado para el que han sido concebidos, en los términos de la CADH–.

El no agotamiento de los recursos internos es, en general, la primera defensa que opone el Estado concernido en una denuncia. Ello debe suceder en la primera oportunidad procesal, normalmente cuando se confiere el traslado de la petición al Estado para que informe. A él incumbe la carga de la prueba sobre la existencia de recursos adecuados y efectivos en el caso de especie.

La presunción *iuris tantum* de que los recursos existen y son adecuados y efectivos se desvirtúa cuando el peticionario alega la inexistencia de recursos, la denegación o el retardo injustificado de justicia. En estos casos se invierte la carga de la prueba y corresponde al peticionario acreditar las razones que justifican el no agotamiento. Si se comprueban los extremos denunciados por el peticionario, no se exige el agotamiento de los recursos internos pues, en esos términos, configura una violación a los derechos humanos distinta de la alegada en el caso de especie y concurrente con ella.

En esquemas en los que existe un poder judicial independiente e imparcial, el agotamiento de los recursos internos debe tener el sentido de un elemento de garantía en favor de la víctima. La exigencia del agotamiento de los recursos internos determina la existencia de un plazo para la presentación de las peticiones: seis meses desde la fecha de la notificación de la sentencia firme que agota la instancia interna o un plazo razonable cuando se alega cualquiera de las excepciones.

Otro de los requisitos del sistema de peticiones es que la materia de la petición no esté pendiente de resolución en otro procedimiento de arreglo internacional ante un órgano con competencia semejante a la del que analiza su admisibilidad. Ello ha sido conceptualizado como una aplicación de las reglas *non bis in idem*. Se trata de un criterio de economía procesal que apunta a evitar la litispendencia.

Las denuncias tramitan por un procedimiento contradictorio, es decir, una suerte de mecanismo de ida y vuelta entre el peticionario y el gobierno en el que cada una de las partes tiene la oportunidad de brindar su versión de los hechos y de formular observaciones respecto de lo informado por la otra dentro de plazos razonables. En casos urgentes, cuando son verosímiles los hechos denunciados y con el objeto de evitar daños irreparables a las personas en momentos en que una petición está en trámite, los órganos de control pueden adoptar medidas cautelares.

### 2.3. El sistema judicial

Los tres tribunales de justicia que entienden sobre cuestiones relacionadas únicamente con violaciones de derechos humanos son: el Tribunal Europeo de Derechos Huma-

nos, establecido en Estrasburgo el 21 de enero de 1959 y ampliado a partir del Protocolo 11; la Corte Africana, instalada en 1998; y la Corte Interamericana, con sede en San José de Costa Rica, elegida por vez primera en 1969.

En los sistemas regionales, en los que se incluye la Corte Interamericana, las peticiones forman parte de las funciones que asumen los órganos de control en tanto que en el ámbito universal la competencia debe ser aceptada en cada caso. Asimismo, el trámite de reclamo se prevé entre Estados.

La nota en este punto corresponde al sistema interamericano que consagró un sistema de aceptación de competencias exactamente inverso al existente en Europa. Así, con la entrada en vigor del tratado se acepta la competencia para tramitar reclamaciones individuales en tanto que las interestatales deben ser aceptadas expresamente. Ello, porque desde 1966 la Corte Interamericana puede tramitar denuncias individuales respecto de todo Estado Miembro de la OEAcon base en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre.

El sistema interamericano aporta como novedad las medidas provisionales que no están previstas en ningún otro sistema de protección.<sup>6</sup> Ellas solamente pueden ser solicitadas respecto de Estados Partes en la CADH que hayan aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana, ante la que se debe estar tramitando el caso. Durante el trámite de una petición, las comisiones pueden ponerse a disposición de las partes a fin de llegar a una solución amistosa del asunto fundada en el respeto de los derechos humanos. Finalizado el trámite de la petición, corresponde al órgano de control emitir su opinión sobre los hechos informados y su alegada virtualidad para constituirse en violatorios de los derechos humanos de la víctima. En el sistema universal, esta decisión es, por ahora, última y definitiva. A los efectos de un eventual seguimiento, el Comité de Derechos Humanos ha designado un relator especial para el seguimiento de las decisiones. No sucede lo mismo en los ámbitos regionales en los que la instancia judicial es una posibilidad cierta.

En este sistema, en el plazo de tres meses desde la remisión del informe a las partes,<sup>7</sup> pueden suceder varias situaciones. O bien que el caso se solucione a satisfacción y, por ende, se cierre; que no se solucione y la CIDH decida remitirlo a la Corte Interamericana porque el Estado involucrado ha aceptado la jurisdicción de ésta y el caso es susceptible de solución judicial; o que el caso no se solucione y no sea remitido a la Corte Interamericana porque el Estado no ha aceptado su jurisdicción o porque no es susceptible de solución judicial. Esta última alternativa da lugar a un segundo informe, esta vez definitivo, que debe obligatoriamente incluir recomendaciones a ser cumplidas en un plazo fijado, transcurrido el cual la CIDH debe decidir si lo publica o no.

---

<sup>6</sup> Las medidas cautelares fueron inauguradas en 1990 en el caso del asesinato de dos periodistas en el Perú y desde entonces han sido solicitadas con cierta frecuencia.

<sup>7</sup> En rigor, a partir de 1993, el informe previsto en el artículo 50 sólo se remite al Estado interesado.

Las únicas pautas que brinda la CADH para que proceda la remisión de casos a la Corte Interamericana, son formales: que el Estado concernido haya aceptado la jurisdicción del tribunal y que se haya agotado el procedimiento ante la CIDH. En los últimos diez años, el volumen de casos ante la Corte Interamericana ha crecido notablemente.

La Corte Interamericana es un órgano de la CADH, que tiene por objeto su aplicación e interpretación en lo que hace a la temática. Su jurisdicción es voluntaria y requiere ser aceptada expresamente por los Estados Partes a través de una declaración unilateral de aceptación incondicionada o sujeta a condición de reciprocidad, que puede formularse en el momento de depositar el instrumento de ratificación o en cualquier oportunidad posterior. Esta última se denomina "cláusula opcional", aunque nada obsta a que la jurisdicción pueda aceptarse respecto de un caso concreto mediante un "compromiso judicial".

El procedimiento ante la Corte Interamericana consta de dos etapas, una escrita y otra oral. En la primera, las partes se presentan ante el Tribunal, acreditan a sus agentes o delegados y asesores, constituyen domicilio y presentan sus escritos en los que describen los hechos, alegan el derecho y acompañan la prueba documental. En la segunda etapa, la oral, se reciben los testimonios, la exposición de peritos y las partes alegan sobre el mérito de la prueba.

La Corte Interamericana tiene la facultad de decidir sobre las excepciones de carácter previo que eventualmente opongan las partes; puede ordenar medidas provisionales en los casos sometidos a su jurisdicción y conocimiento, en las mismas circunstancias en las que la CIDH puede solicitárselas cuando el caso no le ha sido transmitido. La sentencia se adopta por mayoría y a ella se adjuntan las opiniones disidentes o individuales de los jueces; su valor jurídico es obligatorio. Cuando la sentencia impone una indemnización puede ser ejecutada en el ámbito interno por el procedimiento previsto para ejecutar sentencias contra la Nación.

En virtud de su competencia consultiva, la Corte Interamericana puede dar su opinión respecto de la interpretación de la CADH o de cualquier cláusula relativa a derechos humanos contenida en un tratado, sea éste bilateral o multilateral, regional o universal, siempre y cuando un Estado del sistema interamericano sea parte del mismo. La solicitud puede formularla cualquier Estado Miembro de la OEAo alguno de sus órganos que se lo soliciten y acrediten un interés. En este sentido, la Corte Interamericana ha decidido que tanto la Asamblea General de la OEA como la CIDH tienen naturalmente acreditado tal interés. Asimismo, cualquier Estado Miembro puede solicitar una opinión consultiva respecto de la compatibilidad de su legislación interna con la CADH.<sup>8</sup>

---

<sup>8</sup> Hasta la fecha, la Corte Interamericana ha emitido dieciséis opiniones consultivas lo que le permitió profundizar en aspectos sustanciales de la CADH, tales como el alcance de su competencia consultiva, el sistema de reservas, las restricciones a la pena de muerte, los límites del derecho de asociación, el sentido del término "leyes" cuando se trata de imponer restricciones al ejercicio de determinados derechos, la exigibilidad del derecho de rectificación o respuesta, el hábeas corpus y las garantías judiciales en los estados de excepción, la interpretación de las cláusulas de la Declaración Americana de



### **3. Extensión del ámbito de aplicaciones de la Convención Americana de Derechos Humanos en países no suscriptores**

Si de universalizar se trata, no puede concebirse que el mecanismo de protección de derechos humanos quede acotado a la disponibilidad de las personas que sufren violaciones bajo la jurisdicción de Estados Partes en los tratados. De allí la necesaria búsqueda de mecanismos que permitan el reclamo con independencia de todo tratado en vigor. Para ello, las Naciones Unidas brindan el escenario. Todo el sistema internacional de protección de los derechos humanos encuentra algún fundamento en la Carta de las Naciones Unidas. Con el propósito de realizar la cooperación internacional en el desarrollo y estímulo de los derechos humanos la Carta de las Naciones Unidas impone a estas la obligación de promover el respeto universal de estos derechos, sin discriminación, como también su efectividad. Para ello, distribuye competencias entre sus órganos.

Así, la Asamblea General de las Naciones Unidas es la encargada de efectuar estudios y recomendaciones para ayudar a hacer efectivos los derechos humanos; la Tercera Comisión es el escenario del debate; el ECOSOC es el encargado de formular recomendaciones para promover el respeto y la efectividad de los derechos humanos. A tal fin, se prevé expresamente en la Carta de las Naciones Unidas la existencia de una Comisión de Derechos Humanos, como organismo subsidiario de éste, integrado por representantes de los Estados –hoy son cincuenta y tres– con competencia para presentar propuestas, recomendaciones e informes al ECOSOC sobre cualquier cuestión relativa a los derechos humanos. La CIDH está facultada desde sus orígenes a designar expertos a título individual para formar grupos de trabajo especiales no gubernamentales.

La CIDH tiene como organismo subsidiario una Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías cuyas funciones se definen por la realización de estudios y la formulación de recomendaciones para prevenir en la materia en procura de la protección de los derechos humanos y las libertades fundamentales.

Todo el proceso de creación de mecanismos de protección en el seno de las Naciones Unidas se ha caracterizado por ser una acabada muestra del procedimiento ensayo y error que ha conducido a superar en cada ocasión los yerros anteriores.

#### **3.1. La resolución E/1503 (XLVIII) de 1970**

En 1967, la contundente presencia de los nuevos Estados en las Naciones Unidas se tradujo en heterogeneidades múltiples pero con una convergencia sustancial respecto

---

*Derechos Humanos o las excepciones al agotamiento de los recursos internos, como también se pronunció respecto de la compatibilidad de leyes internas con la CADH, el derecho a la asistencia consular, y respecto de cuestiones de procedimiento ante la CIDH.*

del repudio al *apartheid*. Como consecuencia de esta política, la creación del Grupo Especial de Expertos sobre el África Meridional, que funcionó hasta la asunción del poder por el presidente Mandela. Sin embargo, la convergencia no pudo ampliarse para considerar cuestiones graves como las situaciones imperantes en Grecia luego de la revuelta de los coroneles y en Haití bajo el régimen de Duvalier. La negativa a extender el sistema originó la decisión de revisar la manera en que deben considerarse las comunicaciones particulares. El resultado es un procedimiento –resolución E/1503 (XLVIII) de 1970– para examinar las comunicaciones que parezcan revelar un cuadro persistente de violaciones manifiestas y fehacientemente probadas de los derechos humanos y las libertades fundamentales. Este procedimiento se aplica a todos los Estados sin considerar su carácter de parte en algún tratado de derechos humanos. Las comunicaciones pueden ser presentadas por personas, grupos de personas u organizaciones no gubernamentales que afirmen tener conocimiento fidedigno directo o indirecto de situaciones que impliquen violación a los derechos protegidos en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH). No se trata de solucionar casos específicos sino de considerar situaciones globales. Recibida la comunicación, se corre traslado de las partes pertinentes al gobierno concernido solicitándole su informe al respecto y se acusa recibo al denunciante, en lo que es el único contacto que se mantiene con él.

En todo caso, las Naciones Unidas se reservan la posibilidad de filtrar adecuadamente las denuncias que caen bajo el espectro de esta resolución. El procedimiento consiste en una primera selección por parte del Grupo de Expertos de la Subcomisión de Prevención de Discriminaciones y Protección a las Minorías –Grupo de Comunicaciones–; luego, la selección por la Subcomisión de alguna de ellas y, finalmente, la preparación de un informe a la Comisión de Derechos Humanos (CDH). Desde 1974, el denominado Grupo de Situaciones, integrado por cinco Estados Miembros de la CDH, efectúa el examen preliminar de la CDH, la que finalmente estudia los casos que le llegan en sesión privada. La decisión que se adopta tiende a concitar la cooperación del Estado para superar la situación planteada o, ante la verificada reticencia del Estado, a su tratamiento público, lo que requiere de la mayoría absoluta de presentes y votantes respecto de los cincuenta y tres Estados Miembros.

### 3.2. Surgimiento de los grupos de trabajo *ad hoc*

Con la caída del régimen de Allende en Chile en 1973, se iniciaron los procedimientos especiales geográficos o por países de la CDH. La imposibilidad de reclamar la observancia de tratados y la necesidad de soslayar la confidencialidad del procedimiento 1503 conducen al establecimiento de un grupo de trabajo *ad hoc* para investigar esa situación. En 1978, fue reemplazado por un relator especial que cesó en sus funciones en vísperas de la asunción al poder del Presidente Aylwin.

### 3.3. Instauración de los procedimientos temáticos

El gobierno militar del Proceso de Reorganización Nacional de la Argentina supo obviar la etapa pública del procedimiento 1503 así como cualquier intento de nombramiento de un relator especial para el país. Empero, la práctica sistemática de desapariciones forzadas exigió creatividad. De resultas de ello se instauraron los procedimientos temáticos, esto es, la investigación de fenómenos que producen graves violaciones a los derechos humanos en todo el mundo. Así se constituyó un grupo de trabajo sobre desapariciones forzadas o involuntarias con el mandato de recibir denuncias en la especie y de solicitar a los gobiernos involucrados las explicaciones e informes pertinentes de modo de aclarar el destino de las víctimas.

En 1982, el establecimiento de un relator especial sobre ejecuciones sumarias o arbitrarias continuó el avance en el enfoque temático. A ello se sumó el relator especial sobre la cuestión de la tortura. En 1986, se abrió el campo de los procedimientos temáticos a las libertades fundamentales, se designó un relator especial sobre la aplicación de la declaración sobre la eliminación de todas las formas de intolerancia y discriminación fundadas en la religión o las convicciones. En 1991, la creación del grupo de trabajo sobre la detención arbitraria combinó todos los elementos del mandato temático con una práctica de tratamiento de peticiones proveniente del sistema de tratados. Su mandato consiste en investigar los casos de detenciones impuestas arbitrariamente o que por alguna otra circunstancia sea incompatible con las normas internacionales pertinentes establecidas en la DUDH o en los instrumentos jurídicos internacionales propios aceptados por los Estados interesados.

La creación de los procedimientos especiales de la CDH ha acotado sensiblemente el margen de acción del procedimiento 1503 que se ha transformado en el residual: todo lo que no se considera en los procedimientos especiales y que reúne los requisitos fijados cae en el ámbito del 1503.

El mandato de cada uno de estos órganos especiales se define teniendo en cuenta el contexto que motiva su creación y los objetivos que con ella se persiguen. En este sentido, todos ellos reciben información de fuentes fidedignas, celebran audiencias con testigos y, en muchos casos, llevan a cabo visitas *in loco*. Además, algunos de estos órganos especiales tramitan comunicaciones individuales y están facultados para emprender acciones urgentes de protección, suerte de medidas cautelares o amparos oficiosos.

La realización de misiones para la determinación de los hechos (*fact finding*) requiere el consentimiento del Estado involucrado. A su vez, el gobierno debe brindar facilidades y garantías al experto internacional de modo de asegurar su libre desplazamiento, su posibilidad de entrevistarse con autoridades y privadamente con las víctimas y la sociedad civil. Este contacto directo que se busca y, en general se obtiene durante las mi-

siones *in situ*, es invaluable para la consecución del trabajo de quienes tienen a cargo los procedimientos especiales de la CDH.

### 3.4. Operaciones para el mantenimiento de la paz

La década del noventa aportó dos novedades importantes a los mecanismos existentes en el seno de las Naciones Unidas: la creación del Alto Comisionado para los Derechos Humanos y los componentes de derechos humanos de las operaciones para el mantenimiento de la paz. El mandato sustancial confiado al Alto Comisionado consiste en la responsabilidad primordial respecto de las actividades de las Naciones Unidas en materia de derechos humanos. Ejerce sus funciones bajo la dirección y la autoridad del Secretario General en el marco de competencia, autoridad y decisión de la Asamblea General, el ECOSOC y la CDH.

En 1991, el establecimiento de la Misión de Observación de las Naciones Unidas en El Salvador (ONUSAL) constituyó el inicio de una nueva generación de operaciones para el mantenimiento de la paz. Las Naciones Unidas remodelaron las operaciones creadas en la década del cincuenta de modo de hacerlas útiles en los conflictos internos en los que, además, asumen la verificación de todos los compromisos contraídos por las partes, incluido el seguimiento de la situación de los derechos humanos. Se trata de una verificación activa llevada a cabo por voluntarios civiles.

El Acuerdo de San José de Costa Rica sobre Derechos Humanos, del 26 de julio de 1990, confirió a la ONUSAL el mandato de posicionarse respecto de hechos o situaciones de vulneración de derechos existentes a partir de su instalación; adoptar toda iniciativa que estimara apropiada para la promoción y defensa de los derechos humanos; prestar especial atención a la observancia de los derechos a la vida, a la integridad y a la seguridad de la persona, al debido proceso legal, a la libertad personal, a la libertad de expresión y a la libertad de asociación; esclarecer cualquier situación que pudiera revelar una práctica sistemática de violación de los derechos humanos y recomendar a la parte a la que el asunto concerniera, las medidas apropiadas para erradicar esa práctica.

Para el cumplimiento del mandato, la ONUSAL gozó de las competencias de constatar activamente la observancia de los derechos humanos; recibir comunicaciones emanadas de cualquier persona, grupo de personas u ONG que contuvieran denuncias de violaciones a los derechos humanos; visitar libremente cualquier lugar o establecimiento sin aviso previo; asentarse libremente en cualquier lugar del territorio nacional; entrevistar libremente a cualquier persona o grupo de personas; formular recomendaciones a las partes e informar regularmente al Secretario General y por su intermedio a la Asamblea General.

El Acuerdo Global sobre Derechos Humanos celebrado entre el gobierno de Guatemala y la Unidad Revolucionaria Nacional Guatemalteca en mayo de 1994 determinó que

tanto su entrada en vigor cuanto su verificación fueran inmediatas. De esta suerte, por resolución 48/267 del 19 de septiembre de 1994, la Asamblea General estableció la Misión de Verificación de Derechos Humanos y del cumplimiento de los compromisos del Acuerdo Global (MINUGUA), que se instaló el 21 de noviembre de 1994. Al momento de suscribir el Acuerdo sobre Identidad y Derechos de los Pueblos Indígenas se requirió a MINUGUA que verificara aquellos aspectos relativos a derechos humanos considerados de aplicación inmediata. A tres años de la firma del Tratado de Paz Firme y Duradera, la MINUGUA continúa en Guatemala.

# EL PERFIL DEL JUEZ EN EL NUEVO DERECHO DE LA INFANCIA Y LA ADOLESCENCIA<sup>1</sup>

JOÃO BATISTA COSTA SARAIVA<sup>2</sup>

## 1. Introducción

A partir de la sanción de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN)<sup>3</sup> 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

---

<sup>1</sup> 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.)

<sup>2</sup> 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.

<sup>3</sup> 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 *menor* y 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".<sup>4</sup>

En esta línea de razonamiento, propongo la disertación sobre el perfil del juez en este nuevo derecho e ilustro con lo que el propio Mialle 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?"<sup>5</sup>

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 Adolescente<sup>6</sup> (ECA)<sup>7</sup> 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.

---

<sup>4</sup> Michel Mialle, Uma introdução crítica do Direito, Lisboa, Moraes Editores, 1979, p. 12.

<sup>5</sup> *Ibidem*, p. 13.

<sup>6</sup> Ley Federal 8069 del 13 de julio de 1990.

<sup>7</sup> 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)”.*<sup>8</sup>

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:

---

<sup>8</sup> 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 vigentes 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 infractores.<sup>9</sup>

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”.<sup>10</sup>*

<sup>9</sup> 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 primer 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.

<sup>10</sup> 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 Streck<sup>11</sup> 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 Maximiliano,<sup>12</sup> 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.

---

<sup>11</sup> Lênio Luiz Streck, *Hermenéutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenéutica da construção do Direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

<sup>12</sup> 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, *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.

Bobbio, Norberto, *A era dos direitos*, Río de Janeiro, Campus, 1992.

García Méndez, Emilio, "Legislación de menores en América Latina: una doctrina en situación irregular", en: *Cuadernos de Derecho del Niño y del Adolescente*, vol. 2, 1998.

Maximiliano, Carlos, *Hermenêutica e aplicação do direito*, Río de Janeiro, Forenses, 1994.

Miaille, Michel, *Uma introdução crítica do Direito*, Lisboa, Moraes Editores, 1979.

Streck, Lênio Luiz, *Hermenêutica jurídica e(m) crise: uma exploração hermenêutica da construção do Direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, 2000.

## REFERENCIAS JURISPRUDENCIALES

"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, 1999.

# EL MINISTERIO PÚBLICO Y LOS DERECHOS DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE EN EL BRASIL<sup>1</sup>

PAULO AFONSO GARRIDO DE PAULA<sup>2</sup>

## 1. Organización del Ministerio Público en el Brasil

La Constitución Nacional de la República Federativa del Brasil (CF) define al Ministerio Público como la institución<sup>3</sup> permanente y esencial en la función jurisdiccional del Estado a la que incumbe la defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales indisponibles. Su intervención es insoslayable dado el carácter fundamental en la función jurisdiccional del Estado y la obligatoriedad de la aplicación de la norma abstracta en el caso concreto, siempre que esté involucrado el interés público.

Así, el Ministerio Público actúa en procura de la concreción de los valores fundamentales de la sociedad: la defensa del orden jurídico, del régimen democrático y de los intereses sociales e individuales indisponibles. De modo que se lo caracteriza como el verdadero guardián de las libertades públicas y del Estado democrático de derecho en la medida en que el ejercicio de sus atribuciones judiciales o extrajudiciales busca, en su esencia, el respeto a los fundamentos del modelo social pretendido (la soberanía, la ciudadanía, la dignidad de la persona humana, los valores sociales del trabajo y de la iniciativa libre, el pluralismo político)<sup>4</sup> y la promoción de los objetivos fundamentales del país (la construcción de una sociedad libre, justa y solidaria como garantía del desarrollo nacional, la erradicación de la pobreza y de la delincuencia; la reducción de las desigualdades sociales y regionales; y la promoción del bien común, sin discriminación por cuestiones de origen, raza, sexo, edad y cualquier otra forma en que la discriminación pueda darse).<sup>5</sup>

---

<sup>1</sup> Basado en la ponencia de Paulo Alfonso Garrido de Paula, en el marco del II Curso de Especialización "Protección Jurídica 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), del 22 al 26 de noviembre de 1999. (Traducido al español por María Karina Valobra.)

<sup>2</sup> Paulo Alfonso Garrido de Paula es procurador de Justicia y Maestro Regente de la Cátedra de Derecho del Niño y del Adolescente de la PUC/SP. Es uno de los autores del proyecto que creó el Estatuto de los Niños y de los Adolescentes del Brasil (ECA).

<sup>3</sup> Debemos entender aquí el término institución en el sentido de estructura organizada para el logro de los fines sociales del Estado. Permanente por cuanto las necesidades básicas cuya protección entran en la órbita de su competencia revelan los valores intrínsecos que conlleva el mantenimiento del modelo social pactado: el Estado democrático de derecho (art. 1 de la CF).

<sup>4</sup> Art. 1 de la CF.

<sup>5</sup> Art. 3 de la CF.

Es importante señalar que la expresión “guardián de las libertades públicas” importa la defensa de los intereses individuales indisponibles, por los que el hombre no puede ser entendido en toda su dimensión social si no se tiene en cuenta el carácter necesario de la materialización de esos derechos individuales fundamentales, expresión de aquellas necesidades cuya carencia impide el propio desarrollo colectivo. Así, los derechos individuales indisponibles traen consigo una inmensa carga de interés público cuya preservación interesa, por un lado, al individuo, y por otro, a la sociedad que reconoce y exige la conservación de ciertos intereses de suma importancia para el desarrollo colectivo.

De esta manera, el Ministerio Público, a cargo de la defensa de los intereses individuales indisponibles en razón de su relevancia social, actúa en el entendimiento de que el desarrollo de la sociedad no es posible sin que el conjunto de sus miembros pueda disfrutar de una vida saludable y armoniosa. Para ello, se basa en tres principios fundamentales: la unidad, la indivisibilidad y la independencia funcional.<sup>6</sup> Se trata de una institución única con funciones que le son privativas, ejercidas por representantes que actúan en su nombre y gozan de absoluta libertad en la formación de la convicción jurídica y de una amplia autonomía en su actuación. Esta independencia funcional es asegurada por las garantías de permanencia y de inamovilidad en los cargos y de intangibilidad de los sueldos.<sup>7</sup>

El Ministerio Público está organizado según las leyes de la Unión y los estados, se ingresa a la carrera por concurso público y sus principales funciones institucionales se centran en: a) la promoción de la acción penal pública; b) la preservación del efectivo respeto de los Poderes Públicos y de los servicios de relevancia pública en pos de los derechos asegurados en la Constitución promoviendo las medidas necesarias para su garantía; c) la promoción de la encuesta civil y de la acción civil pública para la protección del patrimonio público y social, del ambiente y de otros intereses difusos y colectivos; d) la promoción de la acción de inconstitucionalidad o representación a fin de intervenir en los casos previstos en la Constitución; e) la defensa judicial de los derechos e intereses de las poblaciones indígenas; f) las notificaciones en los procedimientos administrativos de su competencia y la recolección de la información y los documentos necesarios para su instrucción; g) el ejercicio del mando externo de la actividad policial; h) el cumplimiento de todas las diligencias necesarias para las investigaciones y su prosecución policial; i) el ejercicio de otras funciones que le fueran legalmente conferidas.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Art. 127, primer párr. de la CF.

<sup>7</sup> Art. 128, párr. 5°, inc. 1° de la CF.

<sup>8</sup> Art. 129 de la CF.



## 2. Historia y orientación ideológica del Estatuto de los Niños y de los Adolescentes

El 13 de julio de 1990 fue sancionada la Ley Federal 8069 mediante la que entró en vigencia el Estatuto de los Niños y de los Adolescentes (ECA). Este instrumento legal nació de la indignación. La indignación de todos aquellos que veían a los niños, niñas y adolescentes, sobre todo los provenientes de las clases populares, como sujetos de derechos y no como objetos de intervención del mundo adulto.

Esta ley fue el producto de la historia de la lucha de la apropiación del conocimiento jurídico por personas aparentemente extrañas al mundo del derecho y que no detentaban un saber científico específico. Ellos descubrieron y aceptaron que la ley también puede servir como instrumento de la transformación. El ECA fue gestado por líderes comunitarios, militantes de la universalización de la ciudadanía, que supieron convocar sus fuerzas para vivir junto con las divergencias, superar las derrotas y soñar con lo que parecía imposible. Ellos vivieron una experiencia única, verdaderamente democrática y de complementariedad de sus fuerzas que difícilmente pueda repetirse.

El esfuerzo básico de sus idearios consistió en crear una disciplina jurídica que protegiera los intereses de la infancia y la adolescencia, al tiempo que creó los mecanismos para efectivizar tales derechos, por medio de las garantías, e impidió así que el mundo adulto no considerase tales conquistas. En pos de ello fueron asentadas ciertas premisas, algunas quedaron consignadas expresamente en los instrumentos, otras, fueron consecuencia de la convivencia y la práctica. Se privilegiaron las opciones propuestas por los destinatarios principales de las normas (niños, niñas y adolescentes) y, subsidiariamente, a otras, apuntadas por los ejecutores de la ley, los juristas, las ONG, consideradas al solo efecto de garantizar efectivamente aquellos intereses manifestados por los niños y los adolescentes. Así se dio cumplimiento cabal al principio constitucional de prioridad absoluta, que indica que el niño y el adolescente tienen primacía, preferencia o anterioridad en el servicio de sus derechos básicos, y esta consigna es válida para lo que ellos son en el presente y no para lo que podrán ser en el futuro.<sup>9</sup>

Luego, se encontraba la preocupación de que la nueva ley debía ser un instrumento para la transformación. La conservación de la realidad, perversa y desidiosa, no interesaba. Debía ser una ley disconforme con la situación de degradación social y moral que caracterizaba –y caracteriza– un segmento significativo de nuestra niñez y juventud, de manera de atreverse, avanzar y probar por caminos que pudieran servir como medio para la transposición de los sectores marginales a los umbrales de la ciudadanía.

---

<sup>9</sup> Art. 227 de la CF.

La tercera premisa fue tener en cuenta, en el momento de las definiciones y la incorporación de cualquier dispositivo, que sus destinatarios eran personas en proceso de desarrollo. No se estaban regulando relaciones entre adultos sino entre sujetos diversos, relaciones en las que uno de los sujetos, al menos, atravesaba un proceso único, mágico e intrincado, de rápidas y constantes modificaciones físicas, sociales y culturales.

La cuarta premisa fue la necesidad de crear los mecanismos para regular los modos de participación popular en la administración de los asuntos relacionados con la niñez y la juventud. Las normas programáticas constitucionales que proclamaban la democracia participativa no eran suficientes, fue indispensable propiciar los ámbitos para que se produjera la participación mancomunada de la población, tanto en la definición de objetivos o en la instauración de acciones potencialmente eficaces como forma de concretar el respeto a los niños y adolescentes.

### **3. Fundamento constitucional de los derechos del niño y del adolescente**

La Constitución de 1988 reconoció la existencia de relaciones jurídicas desarrolladas en forma autónoma entre los niños y adolescentes con la familia, la sociedad y el Estado al decir que es deber de estos últimos asegurar al niño y al adolescente, con prioridad absoluta, sus derechos fundamentales como la vida, la salud, la educación, etcétera.<sup>10</sup> El legislador constituyente admitió expresamente que los niños y adolescentes son titulares autónomos de intereses jurídicamente protegidos. Así, se adjudicó al ECA la competencia de regular las principales relaciones jurídicas entre los niños y adolescentes, por un lado, y la familia, la sociedad y el Estado, por el otro.

Los derechos del niño y del adolescente en el Brasil son, por consiguiente, una consecuencia natural de su Constitución, que al adoptar la concepción de protección integral de sus derechos impulsó la necesidad de un reglamento apropiado al nuevo orden. El mismo debía partir de la idea central de que los niños y adolescentes son reconocidos como titulares de intereses jurídicamente protegidos.

### **4. Naturaleza indisponible de los derechos del niño y del adolescente**

Todos los derechos del niño y del adolescente tienen un componente individual y otro público que los caracteriza como irrenunciables e inalienables; son, en consecuencia, indisponibles. Esta indisponibilidad de los derechos surge de la condición de especial

---

<sup>10</sup> *Idem.*

de sus titulares –niños y adolescentes– y de la protección integral que les es debida, esta protección involucra la totalidad de esos derechos y su exigibilidad ancla en el interés social de garantizar las necesidades básicas a la niñez y a la juventud.<sup>11</sup>

## **5. El papel del Ministerio Público en la defensa de los derechos del niño y del adolescente**

El Ministerio Público es defensor, por mandato constitucional, de los derechos de los niños y adolescentes en la medida de su indisponibilidad. La defensa de los derechos no se confunde con la defensa del niño y del adolescente; ni tampoco con la que pueda ser ejercida en el marco del proceso por la asistencia técnica propia del abogado, a quien se le asigna la defensa de los intereses particulares en un conflicto y presta su conocimiento técnico para que se dicte una decisión jurisdiccional favorable a su representado. Resulta necesario que esto sea así pues es la manera en que se materializa el principio constitucional del contradictorio, indispensable en la administración de la justicia.<sup>12</sup>

El Ministerio Público defiende los derechos en la medida exacta en que la ley suprema le confiere tal atribución. Su compromiso está directamente asociado a la efectividad de la norma, de suerte que incida en lo cotidiano como una realidad tangible, susceptible de ser percibida, aprehendida y materialmente utilizada por los beneficiarios de la protección jurídica.

La distinción sirve, por ejemplo, para explicar el papel del Ministerio Público en la promoción de la acción socioeducativa pública. Si fuera el defensor particular del adolescente o el Promotor de Justicia no podría perseguir la actuación de una norma que hiciera posible la privación de la libertad del autor del acto infraccional grave, por cuanto ésta, por definición, no le interesa personalmente al sujeto activo del delito. Al adolescente no se le reconoce el derecho de eximirse sin motivo de su responsabilidad por el acto infraccional, luego, el Ministerio Público no lo defiende. Al contrario, al tener la atribución de defender también el interés social, materialmente lo acusa e intenta hacer efectivas las sanciones previstas en la regla que el adolescente desató.

Aun así, y a fin de que lo aseverado precedentemente no se interprete fuera de su contexto, en el ejercicio de las funciones que le fueron atribuidas, el Ministerio Público defiende al mismo tiempo los intereses indisponibles del joven imputado de haber cometido un delito, pues debe velar por la legalidad del proceso y la efectividad de la defensa, a la vez que insta a la aplicación de la medida adecuada.

---

<sup>11</sup> *Aun los derechos de naturaleza patrimonial son indisponibles, en tal sentido el Código Civil (art. 386) subordina a la decisión judicial la enajenación de los bienes pertenecientes a las personas menores de 21 años, no emancipadas, a excepción de que se demuestre la necesidad o utilidad de la mismas.*

<sup>12</sup> Art. 133 de la CF.

En suma, el Ministerio Público tiene el deber constitucional de defender todos los derechos indisponibles del niño y del adolescente, indisponibilidad conferida a la sazón de la condición peculiar de sus titulares y de la protección integral que les es debida.

## **6. El Ministerio Público en el Estatuto de los Niños y de los Adolescentes**

A la luz de la organización constitucional del Ministerio Público, el legislador ordinario, al elaborar el ECA, le confirió a esta institución atribuciones que, en su esencia, buscan la protección integral del niño y del adolescente, sobre todo, a través de la promoción –judicial o extrajudicial– de sus derechos indisponibles y fundamentales. Con tal fin, el legislador tuvo a bien garantizar el acceso de todos los niños y adolescentes al Ministerio Público,<sup>13</sup> factible mediante la creación de un servicio adecuado para que la población infanto-juvenil acceda directamente, a través de sus padres o responsables o del representante de las entidades de la defensa facultado para llevar adelante las acciones y los reclamos en sede judicial.

Las funciones de Ministerio Público serán ejercidas en los términos de la ley orgánica del Ministerio Público y de acuerdo con el reglamento dado en los respectivos estados para sus propios Ministerios (de la Unión, de los estados y del Distrito Federal). Así, las atribuciones del Ministerio Público en cada estado, previstas en el ECA, son ejercidas por los órganos de ejecución definidos en las leyes complementarias que organizan la institución en el orden estadual. En la regla, las atribuciones del Ministerio Público con relación al niño y al adolescente son conferidas a los promotores de justicia de primera instancia o primer grado, nominados Promotores de Justicia de la Niñez y de la Juventud.

## **7. La diversidad de la actuación ministerial**

Si consideramos la extensión de los derechos del niño y del adolescente y las maneras tradicionales de organización del Ministerio Público es posible vislumbrar dos grandes vertientes de actuación ministerial especializada: a) la intervención judicial; y b) la intervención administrativa. La intervención judicial entiende: a) la intervención civil en la defensa de los intereses individuales del niño o adolescente; b) la intervención civil en la defensa de los intereses colectivos o difusos que afectan a la niñez y la juventud; c) la intervención civil en la defensa de la regularidad de entidades y programas, y d) la intervención en el área de infracciones. La actuación extrajudicial, a su vez, comprende la facultad de: a) instar procedimientos administrativos; b) instar investigaciones y encaminar la demanda policial; c) ejercer la función del ombudsman en el área de la ni-

---

<sup>13</sup> Art. 141 del ECA.

ñez y la juventud; d) fiscalizar el proceso de elección de los miembros de Consejo Tutelar; e) fiscalizar el ingreso al registro de adopciones, y f) fiscalizar las entidades y programas del servicio.

## 8. La intervención judicial

### 8.1. Intervención civil en la defensa de los intereses individuales del niño o adolescente

#### 8.1.1. Generalidades

En razón de la indisponibilidad que caracteriza los derechos individuales del niño y el adolescente, la intervención del Ministerio Público siempre es obligatoria. Intervendrá en el proceso civil como parte o como *custos legis* del procedimiento. Cualquiera sea el carácter de su intervención tiene el deber de velar por la efectividad de los derechos del niño y del adolescente en la medida exacta en que la ley los protege. Cuando actúa con legitimación extraordinaria<sup>14</sup> sustituye al niño o adolescente, titular del interés individual jurídicamente protegido, en el polo activo de la relación procesal. Como sustituto procesal defiende, en nombre propio, cualquier derecho del niño y del adolescente que, como quedó dicho, siempre son indisponibles.

Para conformar su convicción en cuanto a la necesidad de instar la acción civil pública, o bien, propiciar acuerdos que materialicen los derechos individuales de los niños y adolescentes, el Ministerio Público puede valerse de la encuesta civil, según lo acuerda el ECA.<sup>15</sup> A diferencia de lo establecido por la Ley de Acción Civil Pública y el Código de Defensa del Consumidor, el ECA prevé una legitimación más amplia del Ministerio Público destinada no sólo a la preservación de derechos individuales homogéneos, colectivos o difusos sino, también, a la procura de la efectividad de los intereses individuales relativos a la infancia y a la adolescencia. Con ello se manifiesta la voluntad del legislador de adoptar la teoría de la protección integral de derechos, pues facultó al Ministerio Público a valerse de todos los instrumentos conocidos para efectivizarlos.

Como custodio de la ley el Ministerio Público debe intervenir en todos los procedimientos donde están en discusión los derechos de las personas menores de 21 años no emancipadas,<sup>16</sup> oficiando en todos aquellos bajo la competencia de la Justicia de la Infancia y de la Juventud.<sup>17</sup> La obligatoriedad de su intervención se constituye en un requisito procesal

---

<sup>14</sup> Art. 201 inc. 5° del ECA.

<sup>15</sup> *Idem*.

<sup>16</sup> Art. 82, inc. 1 del Código Procesal Civil.

<sup>17</sup> Arts. 201, inc. III, in fine y 202 del ECA.

objetivo que otorga validez al juicio de manera que su eventual ausencia acarrea la absoluta nulidad de lo actuado, sanción ésta expresamente prevista en la ley en los arts. 84 y 246 del Código Procesal Civil (CPC) y 204 del ECA. En razón de la magnitud de los intereses que tiene a su cargo defender, la exigencia legal es que las intimaciones del Ministerio Público sean siempre personales,<sup>18</sup> a fin de evitar cualquier excusa para su exclusión de los procesos que versen sobre los derechos del niño y el adolescente.<sup>19</sup>

También es necesario apuntar que el ECA exige que las manifestaciones del Ministerio Público siempre sean fundadas, de modo que se pueda valorar la equidad de sus manifestaciones con relación a los intereses sociales e individuales indisponibles cuya defensa le fue encomendada.<sup>20</sup>

### 8.1.2. Ejemplos legales de intervención

#### a) Promoción y acompañamiento de las acciones de alimentos

Como suplente procesal del niño o del adolescente carente de prestación alimentaria, el Ministerio Público puede entrar con una acción propia en cualquier juicio. Su legitimación extraordinaria está dispuesta en el art. 201, inc. III del ECA y se complementa con la regla general del inc. V. A primera vista, surge que la legitimación del Ministerio Público para la promoción de la acción de alimentos estaría circunscrita a aquellos casos de competencia de la justicia especial, puesto que la parte final de este dispositivo consigna que su intervención se requiere *"en todos los demás procedimientos de competencia de la Justicia de la Infancia y la Juventud."*

De modo preliminar, su legitimación en este caso estaría justificada en que el derecho a los alimentos se encuentra entre los que quedan bajo el espectro de la justicia especial, puesto que su efectivización hace al respeto de los intereses individuales, indisponibles y fundamentales del niño y del adolescente, con asiento en la propia Constitución de la República.<sup>21</sup> También es posible encontrar en el artículo analizado la legitimación extraordinaria para la defensa judicial de cualquier derecho individual del niño y adolescente. Esta regla no encuentra limitación en ninguna de las normas de competencia pues es propia de la atribución jurisdiccional conferida al representante del Ministerio Público.

Finalmente, cabe mencionar que la facultad conferida al Ministerio Público para *oficiar* en los demás procedimientos de competencia de la Justicia de la Infancia y de la Juventud debe interpretarse como una norma de la extensión a su carácter de custodia

<sup>18</sup> Art. 203 y 236, inc. 2° del ECA.

<sup>19</sup> No basta con la mera intimación al Ministerio Público para dar un cabal cumplimiento a la manda legal; es necesario que realmente intervenga, para que la eventual negativa pueda corregirse por el juez, en caso de discordancia con el representante del ministerio. Esto es así en base a una interpretación analógica de los arts. 28 del CPC y 181, inc. 2° del ECA.

<sup>20</sup> Art. 205 del ECA.

<sup>21</sup> Art. 127 de la CF.

de la ley, entendiendo el término *oficiar* como una asignación de intervención obligatoria en todos los asuntos relacionados con la justicia especial. Esto no significa que el Promotor de Justicia en ejercicio ante los tribunales de la Justicia de la Niñez y de la Juventud pueda instar una acción de alimentos ante la Justicia de Familia. Quien puede ejercerla es el Ministerio Público por medio de uno de sus representantes designados, de acuerdo con la ley orgánica local, para el ejercicio de tales funciones para ese tipo de procedimientos. En síntesis, los casos de amenaza o violación del derecho a los alimentos deben instarse ante la Justicia de la Infancia y la Juventud; y aquellos casos en los que no se constata la hipótesis (existe el derecho a los alimentos por parte del niño o el adolescente pero no se encuentra privado de ese derecho fundamental pues cuenta con el socorro de terceros, o existen otros obligados a la prestación alimentaria, etc.), la acción debe interponerse ante la justicia ordinaria.

En el procedimiento especial de la Ley 5478/68 no existe el requisito de la intervención del Ministerio Público, cualquiera sea el procedimiento, sino que basta con la intervención de un defensor de pobres. Ésta es sin embargo una hipótesis reservada a los casos en que el titular del derecho a alimentos es una persona mayor de edad. Como suplente procesal del niño o adolescente, la intervención en la acción de alimentos es independiente de la condición económica del sustituido. Aun cuando la parte interesada sea patrocinada, representada o asistida en sus derechos, la intervención del Ministerio Público continúa siendo obligatoria pues tiene en cabeza el control de la legalidad del procedimiento, por lo que su falta de intervención acarrea la nulidad absoluta de lo actuado. Esta nulidad deberá ser declarada de oficio por el juez o a requerimiento de cualquier interesado.<sup>22</sup>

#### b) Promoción y asistencia en los procedimientos de destitución o suspensión de la patria potestad

La legitimación del Ministerio Público para ingresar con la acción de destitución de la patria potestad estaba ya prevista en los arts. 97 y 104 del derogado Código de Menores.<sup>23</sup> Aunque sólo promovía acciones de esta naturaleza cuando el *menor* se encontraba en *situación irregular*, en las hipótesis de carencia o abandono se preveía un procedimiento contradictorio y acciones ordinarias en las otras hipótesis de situación irregular. Por su parte, el Código Civil (CC), en el art. 394, restringía la legitimación del Ministerio Público a las demandas de suspensión de la patria potestad, si bien las hipótesis previstas en el art. 395 del mismo cuerpo legal (que autorizaban la pérdida de tales derechos y deberes) contemplaban igualmente casos de *situación irregular*, razón por la cual se encontraba legitimado para actuar.

Hoy, la legitimación del Ministerio Público está prevista en los arts. 155 y 201 inc. III del ECA; el primero dispone que el procedimiento para la pérdida o la suspensión de la patria

---

<sup>22</sup> Art. 204 del ECA.

<sup>23</sup> Ley 6697, del 10 de octubre de 1979.

potestad "será promovida a instancias del Ministerio Público o de quien tenga legítimo interés". El aspecto problemático en este punto se centra en la naturaleza de esa intervención. Entiendo que el Ministerio Público en estos casos actúa sobre la base de su legitimación extraordinaria pues sustituye a la propia comunidad, interesada en la defensa de los derechos del niño o del adolescente. Su accionar es el correlato de una relación jurídica de derecho material en la cual sustituye a la propia comunidad (en tanto ella resulta ser sujeto de intereses jurídicamente protegidos) que tiene interés en que, en aquellos casos que estipuló a través de la ley, los padres violadores, omisos o negligentes sean condenados con la grave sanción civil que importa la pérdida de la patria potestad.

Sin embargo, también sería aceptable atribuir una legitimación ordinaria al Ministerio Público en estos casos, pues estaría defendiendo un derecho propio –derecho a promover la destitución de la patria potestad–, aunque materialmente esta acción beneficie a un tercero. Aun así, considero más razonable el argumento de la sustitución procesal. Es que el Ministerio Público cuando insta una acción de esta índole carece de algún interés propio y por eso su legitimación no es exclusiva sino concurrente con quien materialmente tenga legítimo interés, como puede serlo el padre respecto de la madre (o a la inversa), o el guardador, o quien pretenda la adopción del niño. En esta hipótesis no se sustituye al niño o adolescente dado que, de antemano, no es de suponer la colisión de intereses. Raramente el hijo quiere que sus padres pierdan los derechos inherentes a la patria potestad, independientemente de que hayan cometido faltas graves que ameriten la necesidad y justicia de la medida. Estará sustituyendo, entonces, a la propia colectividad que convino exigir a los padres una conducta compatible con los deberes de la maternidad y paternidad. Por consiguiente, su labor se sitúa entre la comunidad y los padres del niño y del adolescente, y responde a la verificación de un injustificable incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, cuyas hipótesis encontramos en los arts. 395 del CC y 22 y 24 del ECA. En la medida en que otros legitimados hayan provocado la actividad jurisdiccional, el Ministerio Público no está obligado a instar la acción.<sup>24</sup>

#### c) Promoción y asistencia en los procesos de designación y remoción de tutores, curadores y guardadores

El requerimiento de la tutela también está previsto bajo la modalidad de acción civil y la intervención del Ministerio Público es aquí bajo la figura de legitimación extraordina-

<sup>24</sup> Así también lo inició el Procurador General de Justicia del Estado de San Pablo, en el caso en que un magistrado solicitaba la designación del Promotor de Justicia para instar una acción de destitución de la patria potestad, entonces entendió que la parte interesada podía directamente proponer la acción mediante un abogado y que competía al Ministerio Público decidir sobre si era o no un caso de ejercicio de la acción civil pública (previsto en el art. 155 del ECA.). Finalmente, consideró recomendable que ante la existencia de una persona, ya conocida, que tiene un interés legítimo para dar inicio a la demanda de destitución de la patria potestad y, al mismo tiempo, puede acumular a ésta el pedido de tutela del niño, en pos del principio de celeridad de la Justicia, no es menester que el Ministerio Público dé inicio al proceso pues en tal circunstancia no se encuentra en mejores condiciones que esta persona de alcanzar un fin tan satisfactorio como el que ella podría alcanzar de iniciar la acción y ejercer efectivamente la tutela del niño (DOE, 13 de marzo de 1991, p. 34).



ria.<sup>25</sup> La demanda debe fundarse en que ocurra alguna de las hipótesis previstas en el artículo 406 del CC (muerte de los padres, declaración de ausencia o pérdida de la patria potestad). A su vez, el ECA hace remisión, en este punto, al art. 36 de la legislación civil. Si bien el único párrafo de este artículo establece que el discernimiento de la tutela presupone una sentencia anterior en la que se haya determinado la pérdida o suspensión de la patria potestad, nos permite inferir que el ECA suma otra causa de discernimiento de la tutela, a saber, la suspensión de la patria potestad. En esta hipótesis, y dado que la suspensión de la patria potestad siempre es temporaria, al momento en que sus titulares recobran sus derechos y obligaciones, *ipso facto* cesa la tutela, en razón de que se restituye al niño o adolescente al régimen de la patria potestad.<sup>26</sup>

Es de observar que en las condiciones previstas por el derecho civil, el Ministerio Público podrá indicar a quién corresponde ejercer la tutela, independientemente del consentimiento de la persona sindicada para tal fin quien, en su caso, podrá presentar una excusa.<sup>27</sup> Sin embargo, toda vez que la tutela prevista en el ECA constituye una modalidad de colocación del niño en una familia sustituta, lo que implica necesariamente el deber de guarda,<sup>28</sup> alguna forma de coerción en la atribución de la misma sería contraproducente para la convivencia entre el tutor y el tutelado, razón por la cual deben ser agotadas todas las posibilidades de inserción del niño o el adolescente en una familia donde sea querido, no sólo teniéndose en cuenta la relación de parentesco,<sup>29</sup> sino también, teniendo en consideración la relación de afinidad o de afectividad, a fin de evitar o mitigar las consecuencias resultantes de la medida. Es importante enfatizar el requisito de oír al niño y al adolescente, en la medida de lo posible, para verificar la conveniencia de la concesión de lo requerido.<sup>30</sup> El procedimiento a adoptar para la colocación del niño en familia sustituta es el previsto en el ECA,<sup>31</sup> salvo que el Ministerio Público, independientemente de la voluntad de quien haya sido indicado como tutor, requiera la tutela, resultando de aplicación las normas relativas al procedimiento de jurisdicción voluntaria.<sup>32</sup>

La modalidad de la colocación en familia sustituta se lleva a cabo mediante la guarda y está destinada a regularizar la posesión de hecho.<sup>33</sup> Evidentemente, el Ministerio Público sólo está legitimado para acompañar los procedimientos de designación de la guarda, no así, para hacer la demanda en nombre de un tercero, desde que no puede sustituir el interés o la voluntad personal. En la medida en que existe representación o cualquier otro

---

<sup>25</sup> Art. 201, inc. III del ECA y art. 1104 del CPC.

<sup>26</sup> Art. 442, inc. II del CC.

<sup>27</sup> Cf. arts. 406, 410 al 416 del CC y 1192 del CPC.

<sup>28</sup> Art. 36, párr. único del ECA.

<sup>29</sup> Como está establecido en el art. 409 del CC.

<sup>30</sup> Art. 28, inc. 2° del ECA.

<sup>31</sup> Arts. 165 al 170.

<sup>32</sup> Arts. 1187 al 1193 del CPC.

<sup>33</sup> Arts. 28 del ECA y 33 inc. 1° del ECA.

medio que evidencia la intención inequívoca del candidato a la guarda, como puede ser suscribir la petición inicial, será entonces el Ministerio Público el legitimado para sustituir al interesado en el proceso, siendo capaz de provocar la actividad jurisdiccional.

En los casos de solicitud de remoción del guardador, toda vez que importa una medida aplicable al responsable por incumplimiento de sus obligaciones como guardador (en los términos del art. 33 del ECA), en el proceso el Ministerio Público estará sustituyendo a la colectividad que tiene interés de mantener la consonancia y la regularidad de la responsabilidad que importa el cargo, siendo de aplicación los mismos argumentos indicados en los casos de pérdida de la patria potestad.

El Ministerio Público está legitimado para instar la demanda de remoción del tutor, no sólo en razón del dispositivo *sub examine* sino también por lo dispuesto en el CPC, que en su art. 1194 le asigna esa posibilidad a este órgano o a quien tenga interés legítimo –en los casos previstos en el derecho civil–. De acuerdo con el art. 164 del ECA, el procedimiento a ser observado es el de la ley procesal civil<sup>34</sup> y resultan de aplicación en lo pertinente las disposiciones relativas al procedimiento de la pérdida y de la suspensión de la patria potestad.<sup>35</sup> También podrá el Ministerio Público formular el requerimiento de nombramiento del curador especial cuando los intereses del niño o del adolescente sean contrapuestos con los de uno de sus padres o responsables y en los casos en que carezca de representación o asistencia legal, aunque ello sea eventual.<sup>36</sup> Estas hipótesis genéricas comprenden los casos referidos en el art. 148, párr. único, inc. f) del ECA, en tanto establece la competencia de la Justicia de la Infancia y la Juventud en los casos de designación de curador especial para las presentaciones de queja o representación o de otros procedimientos judiciales o extrajudiciales en los que se comprometan intereses del niño o del adolescente. Este dispositivo revoca parcialmente el art. 33 del Código de Proceso Penal en cuanto atribuía al juez penal competencia para su nombramiento.

#### d) Promoción de la especialización y registro de hipoteca legal

De acuerdo con el derecho civil, el padre, la madre, el tutor o el curador, antes de asumir la administración de los bienes del incapaz, debe pedir el registro y la especialización de la hipoteca legal. A falta de aquéllos es el Ministerio Público el legitimado para hacerlo,<sup>37</sup> encontrándose igualmente legitimado en los casos en que el tutor o el curador no requieran, dentro del plazo de diez contados desde su asignación, la indicada especialización.<sup>38</sup> Estos dispositivos permanecen íntegramente en vigor y son una innovación en lo que hace a la ampliación de las posibilidades de dispensas para pro-

---

<sup>34</sup> Arts. 1194 al 1198 del CPC.

<sup>35</sup> Arts. 155 al 162 del ECA.

<sup>36</sup> Art. 142 párr. único del ECAY art. 9, inc. 1 del CPC.

<sup>37</sup> Art. 840 del CC.

<sup>38</sup> Art. 1188 del CPC.

veer la especialización de la hipoteca legal.<sup>39</sup> El momento de proceder con la especialización de la hipoteca legal es el indicado en los arts. 1205 al 1210 del CPC y subsidiariamente se procederá conforme lo establecido por el art. 153 del ECA.

e) Promoción del pedido de rendición de cuentas a los tutores, curadores o cualquier administrador de bienes de los niños y adolescentes

En lo que concierne a los niños y adolescentes puestos bajo la tutela de una persona que deba rendir cuentas, la legitimación del Ministerio Público, admitida por la doctrina y la jurisprudencia, se infería de la analogía que se hacía en los casos de curaduría especial.<sup>40</sup> En cuanto a los padres, administradores legales de los bienes de los hijos menores, la legitimación conferida estaba subsumida a los casos de administración ruinosa.<sup>41</sup> El art. 201 inc. IV) del ECA despeja cualquier duda confiriendo la legitimación al Ministerio Público para las acciones de rendición de cuentas. La remisión al art. 98 del mismo cuerpo legal inserta en el dispositivo referida a la facultad del Ministerio Público de solicitar rendición de cuentas de los tutores, curadores o cualesquiera de los administradores de los bienes de los niños y adolescentes, en los casos allí comprendidos, a primera vista, puede leerse como una legitimidad restringida, no aplicable a los padres del niño o adolescente. Pero no es el caso, pues el mencionado artículo trata de la pertinencia de la medida de protección siempre que los derechos de los niños o adolescentes se encuentren amenazados o violados por falta, omisión o abuso de los padres o responsables, lo que evidencia que la falta de rendición de cuentas, por lo menos, indica una amenaza al patrimonio del incapaz.

En esa línea, es lógico inferir que el ECA amplió los casos de intervención del Ministerio Público en los casos de administración de los padres respecto de sus hijos menores de edad, a los casos de amenaza de lesión al patrimonio del incapaz y facultó para la acción, también en esos casos. Debe destacarse que la misma ley obliga a los tutores a rendir cuentas.<sup>42</sup> En estos casos se aplica el principio de subsidio de los procedimientos.<sup>43</sup> La rendición de cuentas se rige, entonces, por el procedimiento especial de jurisdicción contenciosa previsto en el CPC y en los casos de tutela o curatela especial deberán rendirse en el proceso en que fueron ellas discernidas.

### *8.1.3. Promoción de verificación judicial de las infracciones administrativas relacionada al deber de prevención*

Las infracciones administrativas se encuentran inventariadas en los arts. 245 al 258 del

---

<sup>39</sup> Art. 37 del ECA.

<sup>40</sup> La representación judicial de incapaces está prevista en el art. 9, párr. único del CPC.

<sup>41</sup> Art. 394 del CC

<sup>42</sup> Art. 434 del CC.

<sup>43</sup> Art. 153 del ECA.

ECAy están íntimamente relacionadas a la prevención, resumida en el deber de todos de prevenir el acaecimiento de una amenaza o violación de los derechos del niño y del adolescente.<sup>44</sup> Estas tipifican conductas proclives a facilitar la degradación personal y moral del niño o adolescente de modo que, una vez que se incurrió en ellas, se ha establecido para sus responsables una serie de medidas distintas de las que eventualmente les es aplicable por su responsabilidad delictiva.<sup>45</sup>

El Ministerio Público tiene la legitimidad para instaurar el procedimiento de verificación de la infracción administrativa de las normas de protección del niño y el adolescente.<sup>46</sup> Tal legitimación no es exclusiva; el procedimiento también podrá ser instado mediante la representación del Consejo Tutelar, hipótesis ésta en la que el Promotor de Justicia, al no resultar parte, subsumirá su actuación obligatoria a la defensa de los derechos e intereses contemplados en el ECA.<sup>47</sup>

#### *8.1.4. La actuación residual en la defensa de los intereses individuales*

El Ministerio Público interviene en todos los procedimientos de competencia de la Justicia de la Niñez y de la Juventud, genéricamente enunciados en los arts. 148 y 149 del ECA. También interviene en los procedimientos de exclusión del hogar de los autores de maltratos, opresión o abuso sexual, en las autorizaciones de viaje, así como en cualquier otro hecho cuya medida a ser aplicada no encuadre en alguno de los procedimientos previstos en el ECAu otra ley vigente.<sup>48</sup> En este último caso, la autoridad judicial debe dar intervención al representante del Ministerio Público, quien lo hará en forma personal.

#### *8.1.5. Medios de defensa de los intereses individuales del niño y del adolescente*

La legitimación extraordinaria conferida al Ministerio Público para la defensa de los derechos individuales del niño o adolescente, lo faculta a provocar la actividad jurisdiccional. El ECA prevé la posibilidad de instaurar la encuesta civil para la averiguación de los hechos relacionados con presuntas violaciones o amenazas a los derechos individuales, lo que podrá redundar en un reclamo administrativo destinado a la recolección de pruebas o indicios que hagan viables una posible acción civil, o bien, sirvan de an-

---

<sup>44</sup> Art. 70 del ECA.

<sup>45</sup> Así, si el mozo de un restaurante sirve una bebida alcohólica a un menor de 18 años incurrirá personalmente en el tipo previsto por el art. 63, inc. I, de la Ley de Contravenciones Penales, mientras que el responsable del establecimiento en donde se produjo la infracción, debido a la prohibición contenida en el art. 81 inc. II del ECA, será susceptible de ser multado conforme lo prevé el art. 249 del mismo cuerpo legal, por los actos de sus dependientes.

<sup>46</sup> Art. 194 del ECA.

<sup>47</sup> En tales casos se adoptará el procedimiento previsto en los arts. 194 al 197 del ECA, pudiendo culminar el mismo con la imposición o no de la sanción correspondiente.

<sup>48</sup> Art. 153 del ECA.

tecedente para celebrar eventuales acuerdos con el infractor. A tal fin, el Ministerio Público tiene a su disposición la posibilidad de instar cualquier acción adecuada para dar cabal cumplimiento a su labor relativa a la tutela jurisdiccional.

Es necesario enfatizar que la Ley de la Acción Civil Pública preconiza que la acción civil pública puede tener por objeto condenas de carácter patrimonial o la ejecución de obligaciones de hacer o no hacer, así como prevé la posibilidad de ordenar medidas cautelares. El ECA, por su parte, prescribe que para la defensa de los derechos e intereses por él protegidos son admisibles todas las especies de acciones pertinentes.<sup>49</sup> En la sucesión cronológica, éstas son las que prevé el Código de Defensa del Consumidor (CDC) que establece que para la defensa de los derechos e intereses allí protegidos son aceptables todos los tipos de acciones capaces de propiciar su adecuada y efectiva tutela<sup>50</sup> lo que, en concordancia con lo establecido en la Ley de Acción Civil Pública, es de aplicación vigente. Estos dispositivos son corolarios de la propia CF, que, al garantizar el acceso a la justicia, expresa el principio de improrrogabilidad de la jurisdicción,<sup>51</sup> de aplicación genérica para todos y cada uno de los derechos existentes o por existir.

Si el legislador protege integralmente los derechos relativos a la niñez y juventud se hace necesaria la legitimación extraordinaria del Ministerio Público para defenderlos, desde que la acción se constituye en un derecho público subjetivo ejecutable contra el Estado para proteger los derechos que él mismo reconoce. De esta manera, todas las especies de tutela de los derechos del niño y del adolescente son viables en tanto sean necesarias y apropiadas para su protección.

## 8.2. Intervención civil en la defensa de los intereses colectivos o difusos de la niñez y la juventud

### 8.2.1. Generalidades

Con la vigencia de la Ley de la Acción Civil Pública<sup>52</sup> aparece orgánicamente en el paisaje jurídico nacional la posibilidad de defensa judicial de los intereses difusos de la colectividad. Con la CF del año 1988 la acción civil pública adquirió *status* constitucional como uno de los remedios para la defensa de cualquier interés difuso y colectivo.<sup>53</sup>

---

<sup>49</sup> Art. 211 del ECA.

<sup>50</sup> Art. 83 del CDC.

<sup>51</sup> Art. 5, inc. XXXV de la CF.

<sup>52</sup> Ley 7347, del 24 de julio de 1985.

<sup>53</sup> Art. 129 inc. III de la Constitución. Además de la ley original (7347/85), la normativa básica se ve consolidada en nuestro ordenamiento a través de las leyes 8069, del 13 de julio de 1990 (ECA), y 8078, del 11 de septiembre de 1990 (CDC). La legitimidad para la promoción de la encuesta civil y de la acción civil pública está contenida en la expresión "otros intereses difusos y colectivos". Allí, el constituyente faculta al legislador ordinario para que éste atribuya al Ministerio Público el rol de protector de esos intereses respecto de la niñez y la adolescencia (art. 201 inc. V del ECA.)

En el CDC, el legislador se ocupó de definir qué se entiende por derechos colectivos y difusos al crear, además de los intereses individuales, una cuarta categoría: los intereses individuales homogéneos. En suma, contamos con: 1) los derechos individuales, o sea, los que pertenecen a un individuo, en el caso, niño o adolescente. Ellos son, por su naturaleza, indisponibles y su protección es de interés general de la sociedad como expresión inherente a la doctrina de la protección integral; 2) los derechos individuales homogéneos son aquellos de origen común; 3) los derechos colectivos transindividuales de naturaleza indivisible, que se encuentran en cabeza de grupos, en tanto categoría de personas ligadas entre sí por una relación jurídica de base, y 4) los derechos difusos transindividuales de naturaleza indivisible, cuya titularidad fue puesta en cabeza de personas indeterminadas o ligadas por circunstancias de hecho.

El ECA<sup>no</sup> hace referencia a intereses o derechos individuales homogéneos para justificar este tipo de acciones para la defensa de los derechos individuales. Es que ante la indisponibilidad de estos derechos y la facultad conferida del Ministerio Público para instar la encuesta civil y promover la acción civil pública ello se tornó innecesario. La conceptualización introducida por el CDC posibilita la instauración de acciones colectivas estrictamente para la defensa de intereses individuales homogéneos. Con ello quedaron atrás las dificultades propias del litisconsorcio a través del sistema de legitimación extraordinaria. Considero que la indisponibilidad que caracteriza los derechos del niño y el adolescente hace que aquellos que tengan base común se transformen en intereses de la colectividad.

### *8.2.2. Ejemplos legales de intervención*

Tales derechos se encuentran enunciados en los diversos incisos del art. 208 del ECA y ellos involucran los casos de falta de oferta u oferta irregular de: a) enseñanza obligatoria; b) servicios de educación especializados a los portadores de alguna deficiencia; c) servicios de guarderías y establecimientos de nivel preescolar; d) enseñanza nocturna regular; e) programas suplementarios, oferta de material didáctico escolar, transporte y asistencia a la salud del estudiante del nivel de enseñanza fundamental; f) servicios de asistencia social; g) acciones y servicios de salud, y h) educación y profesionalización a los adolescentes privados de libertad.

El *no ofrecimiento* involucra la evaluación de los aspectos cuantitativos. En la expresión *oferta irregular* se pretende evaluar los aspectos cualitativos de las acciones y los servicios existentes, de modo que el conflicto colectivo puede originarse por situaciones indicadoras de su falta de calidad como de la falta de ejecución de las obligaciones comprendidas en tales derechos de la infancia y la adolescencia.

### *8.2.3. Otros intereses difusos o colectivos*

La lista del artículo 208 del ECA<sup>no</sup> es taxativa, tal como lo prevé en su párrafo único

al indicar que *“las hipótesis previstas en este artículo no excluyen la protección judicial de otros intereses individuales, difusos o colectivos, propios de la infancia y de la adolescencia, protegidos en la Constitución y por la ley”*. De tal modo, se torna adecuada la instauración de la encuesta civil y de la acción civil pública en vista de los intereses ligados a la prevención, información, cultura, ocio, deportes, entretenimientos, muestras, productos y servicios que desatiendan la condición peculiar del niño y del adolescente como personas en el desarrollo.<sup>54</sup>

De igual forma, el Ministerio Público tiene legitimación activa para instaurar la encuesta civil y promover la acción civil pública en procura de la protección de los intereses definidos en la Constitución Federal, en tanto reza que compete a la ley federal *“establecer los medios legales que garanticen a la persona y la familia la posibilidad defenderse de programas o programaciones de radio y televisión que contraríen lo dispuesto en el art. 221, así como de la propaganda de servicios, prácticas y servicios que puedan ser nocivos a la salud y el ambiente”*.<sup>55</sup>

#### *8.2.4. Acciones contra el Poder Público y la discrecionalidad administrativa*

Algunas acciones civiles contra el Poder Público encuentran los obstáculos en el argumento de discrecionalidad administrativa. En la norma se trata de acciones conminatorias por obligaciones de hacer y su rechazo se fundamenta en que el administrador tiene la facultad de escoger qué iniciativa debe instar en beneficio de la comunidad, atendiendo a las prioridades presupuestarias. La validez de tal argumento encuentra sus límites en las acciones de gobierno ya consideradas legalmente prioritarias y que, en consecuencia, se sustraen de la esfera de opción del administrador, así como no puede oponerse el argumento de que es necesaria su expresa previsión en el presupuesto.

Como quedó dicho, el Poder Público tiene una serie de deberes destinados a tornar segura la vida del ciudadano en las áreas de salud, educación, etcétera. También debe propiciar las condiciones para la actualización de las potencialidades del ser humano. Tales obligaciones (y considero aquí sólo aquellas referidas en la ley, sobre todo en las Constituciones de la República y de los estados) exigen costos de inversiones y mantenimiento y, por consiguiente, se subordinan a los réditos del impuesto y los gastos correspondientes que son definidos a través de los presupuestos respectivos. La discrecionalidad administrativa, en este aspecto, comprende un derecho/deber para el administrador. Derecho a escoger las prioridades de gobierno, entre aquellas que puedan escogerse por delegación del voto (incluso en cuanto a sus costos de inversión y

---

<sup>54</sup> Art. 71 del ECA.

<sup>55</sup> Art. 220, párr. 2° de la CF. (En el particular, ante la ausencia de ley federal que regule el asunto, es menester dar énfasis a que la actuación del Ministerio Público se encuentra limitada a aquellas hipótesis en que los programas o programaciones violen reglas insertadas en los arts. 71, 76, 253, 254 y 255 del ECA.)

mantenimiento); y el deber de considerar obligaciones públicas ineludibles a aquellas relacionadas a los objetivos fundamentales del Estado.

Vemos aquí que el primer punto a discutir concierne al discernimiento de la naturaleza de la obligación pública. Es preciso verificar si el gobernante se encuentra compelido por la ley a realizar alguna acción, independientemente de su voluntad, vale decir, si está sometido o no a su criterio llevar a cabo alguna política o desarrollar algún programa. Si esto es así, es necesario remitirnos a la cuestión presupuestaria a fin de verificar si el costo de la inversión, su mantenimiento o la implementación de determinado programa puede garantizarse con el presupuesto. Con ello, verificar si el ingreso permite la previsión del gasto del servicio legalmente impuesto, a tal fin, debe evaluarse si se efectuaron otros gastos públicos que no estaban en la prioridad legal. Verificadas la obligación legal del gobernante y su posibilidad de costear el gasto que ello le implica, se torna procedente la acción civil a fin de constreñirlo a cumplir con su deber.

Es que en un Estado democrático de derecho, caracterizado por la participación del ciudadano, de las instituciones y de las entidades independientes en la conducción de los destinos de la cosa pública, la actuación política no se limita al voto, comprende también el ejercicio del derecho de llevar ante la Justicia acciones que denuncien resistencias impropias, caracterizadas, principalmente, por la omisión del gobernante a cumplir con obligaciones previamente establecidas por la ley. Por consiguiente, la acción tiende a obligarlo a incluir la asignación dineraria pertinente a la obligación incumplida y no está dentro de sus facultades eludir. Por ende, deberá incluir esa asignación en el próximo presupuesto, al menos, para dar inicio a su cumplimiento.<sup>56</sup>

En síntesis, en un Estado democrático de derecho, la discrecionalidad administrativa no sirve como disculpa al gobernante en dispensa de su omisión de cumplir con prioridades legales desde que el legislador las consideró indispensables para el desarrollo social.

### 8.3. Intervención civil en la defensa de la regularidad de entidades y programas

#### 8.3.1. La averiguación judicial de irregularidades e imposición de sanciones

Cuando el Promotor de Justicia toma conocimiento de la irregularidad en alguna institución o programa de servicios destinado a los niños y adolescentes, sea por el resul-

<sup>56</sup> Es bueno que se diga que la eventual sentencia no importaría interferencia de la Magistratura en los asuntos del Ejecutivo pues al considerar al gobernante obligado a actuar en la implementación o financiamiento de un programa o servicio; el Estado, por medio del juez, simplemente estaría asegurando la eficacia de la norma previa y legítimamente establecida por el Poder Legislativo y, a veces, por el propio Poder Constituyente, en nombre del interés público primario, poniendo en evidencia que el cálculo de sus costos era posible, desde que se verifica la existencia del ingreso para asumir esos gastos, como también, el dispendio presupuestario en gastos que no involucran obligaciones vinculantes. Ejemplificando: la norma obliga a un municipio a atender a niños menores de seis años en guarderías y establecimientos preescolares, si el gobierno lo omite, y existen gastos de propaganda oficial, el Poder Judicial está facultado a determinar la implementación o el mantenimiento del programa, desde que es prioridad legal que escapa de la discrecionalidad del administrador y existen suficientes recursos para cumplir con la obligación legal.



tado de una fiscalización o por las resultas de un procedimiento administrativo, está facultado a requerir la averiguación judicial de tales faltas y la imposición consecuente de las sanciones pertinentes.<sup>57</sup> El requerimiento deberá contener un resumen de los hechos con indicios del acaecimiento de la irregularidad y la mención de los medios por los que piensa demostrar esa verdad con una nómina de los posibles testigos. También puede incluir en la demanda preliminar la solicitud de remoción temporal del directivo de la entidad donde fue constatada la irregularidad, con indicación de las razones que justifican una medida de tal envergadura. Esta medida cautelar es aplicable tanto a entidades gubernamentales como no gubernamentales (ONG), aunque la remoción definitiva sólo es posible respecto de las primeras, dado que en el caso de ONG la remoción queda supeditada al procedimiento específico para la disolución de las sociedades civiles.

### 8.3.2. Disolución de las sociedades civiles de fines asistenciales

El Ministerio Público se encuentra legitimado para pedir la disolución de las sociedades civiles de servicios asistenciales<sup>58</sup> que perciban subsidios del Poder Público o que se mantengan en todo o en parte con contribuciones populares periódicas.<sup>59</sup>

Las causas de disolución de estas sociedades son: a) que haya dejado de desempeñar las actividades asistenciales a las que estaba destinada; b) que haya distraído las ayudas, subsidios o contribuciones populares en fines diversos a los previstos en sus actos constitutivos o en sus estatutos sociales, y c) que sea administrada en forma ineficaz por abandono u omisión continua de sus órganos directivos. Además de estos casos el ECA prevé la hipótesis de disolución para el caso en que la sociedad haya incurrido, en forma reiterada, en infracciones que importen un riesgo a los derechos asegurados en la ley. Por último, también se encuentran sujetas al poder de policía administrativo, en otros términos, al control estatal de la actividad.

## 8.4. La intervención en el área infraccional

### 8.4.1. Acción socioeducativa pública

En principio, es necesario consignar que el ECA introdujo la llamada acción socioeducativa pública que resulta de un acto infraccional en que haya incurrido un adolescente (delito o contravención).<sup>60</sup>

---

<sup>57</sup> Art. 97 del ECA.

<sup>58</sup> El proceso de disolución de la liquidación de las sociedades civiles resulta del art. 3°, párrafo único del Decreto Ley 41/66, que se rige por las disposiciones de los arts. 655 al 674 del viejo CPC (Decreto Ley 1608/39), cuya eficacia en la materia se mantuvo por lo dispuesto en el 1218, inc. VII del CPC.

<sup>59</sup> Ex vi Decreto Ley 41, del 18 de noviembre de 1966.

<sup>60</sup> Art. 103 del ECA.

El acto infraccional revela una acción socialmente disvaliosa, consustanciado en la ofensa seria al orden jurídico, y, al mismo tiempo, una respuesta infante juvenil a las adversidades propias que supone enfrentar los desafíos cotidianos, a veces, como resultado de la irreflexión propia de la inmadurez. Las consecuencias jurídicas de los delitos y contravenciones deben calibrarse de acuerdo con su autor. En el caso de los niños o adolescentes deben respetar la condición peculiar de tratarse éstos de personas en desarrollo. Tal característica no sólo los excluye de la responsabilidad penal sino que tal como recomendaron las Naciones Unidas en *"los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual"*,<sup>61</sup> lo que determina la previsión de medidas apropiadas y de reglas procesales peculiares. Así, la comunidad internacional lucha por un sistema jurídico capaz de satisfacer las necesidades de la sociedad y también las de los infractores al proteger sus derechos básicos.

#### *8.4.2. La remisión de casos como forma de exclusión del proceso*

Al sancionar el ECA, el legislador recogió los principios precedentemente indicados. A diferencia de como lo había hecho en ocasión de sancionar el derogado Código del Menor,<sup>62</sup> estableció un procedimiento de averiguación del acto infraccional de naturaleza formal, de manera de materializar las garantías del debido proceso (citación, contradictorio, etc.) e invirtiendo al Ministerio Público como titular de la acción socioeducativa pública. Si en el sistema procesal penal rige el principio de la naturaleza compulsiva de la acción penal, en el ECA, al instituirse la remisión de casos como la forma de exclusión del proceso, expresamente fue adoptado el principio de la oportunidad, que importa conferir al titular de la acción penal la facultad de invocar o no la actividad jurisdiccional.

La decisión nace de la confrontación de los intereses protegidos en cada una de las normas sociales e individuales insertas en el ECA, ya que si bien a la sociedad le interesa defenderse de los actos infraccionales, aun aquellos cometidos por los adolescentes, también le interesa proteger integralmente al adolescente, aunque sea infractor de la ley. Así, en cada caso concreto, el Ministerio Público dispone de la acción socioeducativa pública a través de la remisión de casos, cuya resolución se da de las formas más diversas de acuerdo con su particularidad: desde el puro y simple perdón hasta algún tipo de transacción.<sup>63</sup>

La exclusión de la acción socioeducativa pública en los casos de remisión en que se resuelva el puro y simple perdón, se justifica cuando el interés de defensa social asume

<sup>61</sup> Regla 4 de la Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing), adoptadas por la Asamblea General de las Naciones Unidas, por resolución 40/33, del 29 de noviembre de 1985.

<sup>62</sup> En el que había instituido un sistema marcado por el informalismo y la discrecionalidad.

<sup>63</sup> Queda expresamente exceptuada cualquier aplicación de medidas privativas de libertad, por consiguiente se excluyen la semilibertad y la internación.

un valor inferior que aquel que representan el costo, la viabilidad y la eficacia del proceso. Así, los delitos menores e infracciones leves atribuidos a los adolescentes, en los que se prevén las dificultades en la recolección de la prueba –algo característico de este tipo de infracción–, cuyo resultado además de incierto consistirá en una simple advertencia, pueden ser remitidos plenamente por el representante de la sociedad. Para que poner en funcionamiento la maquinaria judicial en los casos menores y luchar por un resultado incierto o ineficaz como instrumento de protección de los intereses sociales si, además, el autor de la ofensa es un adolescente que se encuentra integrado perfectamente a la familia y a la sociedad. Por otro lado, la concesión de la remisión es aplicada a infracciones cuyas acciones por lo general no autorizan la internación.<sup>64</sup> El mérito de adelantar la medida de la acción socioeducativa sin la necesidad de la instauración de un procedimiento formal resulta del menor costo y la mayor celeridad que representa este procedimiento y se aplica siempre que el adolescente y su representante legal estén de acuerdo con la decisión ministerial.<sup>65</sup>

En atención al principio constitucional que indica que ninguna lesión o amenaza a un derecho puede excluirse de la apreciación del Poder Judicial, sabiamente el legislador incluyó la posibilidad de revisión judicial para los casos en que se resuelve la remisión, de modo que quien se vea afectado por esta providencia pueda invocar la protección jurisdiccional, en cualquier tiempo.<sup>66</sup>

Además, si consideramos los intereses sociales e individuales en juego, en los casos de remisión se ha impuesto un control judicial obligatorio, que se lleva a cabo por medio de su homologación. Con ello, en los casos de discordancia con la decisión del Promotor de Justicia, la autoridad judicial puede remitir los autos al Procurador General de Justicia, autoridad máxima de la institución, encargada de cuidar de los intereses sociales e individuales indisponibles.<sup>67</sup>

Así, la concesión de la remisión como modo de exclusión del proceso constituye un instrumento fundamental del Ministerio Público para la disposición de la acción pública socioeducativa de manera de alcanzar, por la vía administrativa, una forma rápida de composición amistosa del conflicto entre la sociedad y el adolescente.

#### *8.4.3. Promoción y asistencia en procedimientos relativos a las infracciones atribuidas a los adolescentes*

El procedimiento de averiguación del acto infraccional atribuido a un adolescente se inicia con el ofrecimiento de la representación del Ministerio Público a la autoridad judicial.

---

<sup>64</sup> Art. 122 del ECA.

<sup>65</sup> Se tuvo por fuente de inspiración la regla 11 de las Reglas de Beijing, pues la remisión asume las formas de una transacción, como ocurría también en el Anteproyecto del Código Procesal Penal de Federico Marques.

<sup>66</sup> Art. 128 del ECA.

<sup>67</sup> Art. 181 del ECA.

La misma debe ofrecerse por petición que contendrá un breve resumen de los hechos, la tipificación de la infracción y, cuando corresponda, la nómina de los testigos, la que puede presentarse oralmente en audiencia fijada por la autoridad judicial.<sup>68</sup> Como se dijo, a todos los procedimientos regulados en el Estatuto se le aplican subsidiariamente las normas generales previstas en la legislación procesal pertinente, de ello que el número máximo de testigos, conforme el tipo de infracción, será de tres, cinco u ocho, según lo indica el Código Procesal Penal (CPP),<sup>69</sup> conforme el criterio de sanciones previsto en el tipo de que se trate respectivamente: contravenciones, delitos en los que se prevea alternativamente la pena de prisión o delitos que importen pena privativa de la libertad.

Dado que el proceso se instaura precisamente para la investigación del hecho, no existe la figura de la encuesta policial previa. La representación es instruida con copia del auto de aprehensión, o del acta de procedimiento, o de un informe sobre las investigaciones y demás antecedentes. La ley establece que el ofrecimiento de la representación del Ministerio Público para instar la acción no depende de prueba preconstituida acerca de la autoría y materialidad del supuesto delito, la que será producida durante el proceso.

El Ministerio Público, como parte del procedimiento, está obligado a intervenir en todos los actos del mismo. La inobservancia de este requisito importará la nulidad absoluta de lo actuado y será declarada de oficio o a instancia de parte. También podrá promover el archivo de los autos por inexistencia del hecho, o porque el mismo no constituye una hipótesis tipificada en la ley o porque el adolescente no es su autor.<sup>70</sup>

Una vez más se hace necesario decir que su calidad de parte en el proceso no desnaturaliza su función primordial de defensor de los intereses fundamentales del adolescente, aunque el mismo resulte ser el autor de la infracción, y en razón de ello, el Ministerio Público debe velar por el respeto de las garantías del debido proceso legal, sobre todo en lo que involucra el derecho de defensa. Sus peticiones deben tener en cuenta los intereses sociales indisponibles relativos a la seguridad como también los intereses indisponibles del adolescente, sobre todo su libertad, en procura de la solución más adecuada para la composición del conflicto.

El Ministerio Público interviene obligatoriamente también en todas las incidencias que se den en el marco de la ejecución, y debe pronunciarse en forma previa en los casos de sustitución de medidas,<sup>71</sup> sobre todo la medida de internación,<sup>72</sup> semilibertad<sup>73</sup> y libertad asistida.<sup>74</sup>

---

<sup>68</sup> Art. 182 inc. 1° del ECA.

<sup>69</sup> Arts. 398, 539 y 533 del CPP.

<sup>70</sup> Art. 180 inc. I y 181 del ECA.

<sup>71</sup> Art. 113 en función del art. 99 y 100 del ECA.

<sup>72</sup> Art. 121 inc. 6° del ECA.

<sup>73</sup> Art. 102 inc. 2° del ECA.

<sup>74</sup> Art. 118, inc. 2° del ECA.

#### 8.4.4. Entrevista con los adolescentes privados de libertad

Uno de los derechos del adolescente privado de su libertad, es decir, sometido a una medida socioeducativa denominada internación, consiste en entrevistarse personalmente con el representante del Ministerio Público.<sup>75</sup> Esto supone la obligación del Promotor de Justicia de visitar los establecimientos de internación periódicamente a fin de mantener entrevistas con los adolescentes internados de manera de verificar las condiciones en que se da cumplimiento a la medida. En caso de constatar alguna irregularidad que signifique la inobservancia de los derechos reconocidos por la ley (en especial los pautados en el art. 124 del ECA), deberá instar la acción judicial o extrajudicial para remover el obstáculo, sin perjuicio de las eventuales consecuencias penales.

## 9. La intervención administrativa

### 9.1. Promoción de procedimientos administrativos

El Ministerio Público puede establecer los procedimientos administrativos a fin de formarse convicción sobre hechos, para eventualmente presentarlos en instancias judiciales o extrajudiciales. Así, por ejemplo, antes de establecer una encuesta civil puede buscar formalmente los elementos de convicción para promulgar la acción, de modo que su consecuente actuación descansa en una causa justa. Estos procedimientos pueden consistir en requerimientos de providencias, investigaciones previas, etc.<sup>76</sup> Se trata de facultades propias de la actuación ministerial a fin de remover los obstáculos que eventualmente obstan la instauración de la encuesta civil o la promoción de acción civil o la iniciativa extrajudicial a la vez que conforman el camino más rápido para el alcance del *desideratum* público. Estos procedimientos administrativos pueden fundarse también en sus funciones de “defensor del pueblo” en el área de la niñez y de la adolescencia.<sup>77</sup>

Para la instrucción de esos procedimientos el Ministerio Público está facultado a: a) enviar notificaciones, tomar testimonios o requerir explicaciones; b) pedir comparendos compulsivos por medio de la policía civil o militar; c) requerir informes, exámenes, pericias y documentos a cualquier autoridad; d) promover inspecciones y diligencias de investigación; e) solicitar información y documentos a particulares e instituciones privadas. Puede incluso requerir documentos considerados confidenciales (como las informaciones bancarias), y es responsable por el uso indebido de las informaciones y documentos por él requeridos, en las hipótesis legales de sigilo. Todas estas exigencias

---

<sup>75</sup> Art. 124 inc. I del ECA.

<sup>76</sup> Art. 201 inc. VI del ECA.

<sup>77</sup> Art. 201 inc. V del ECA.

son mandatos de la ley y su incumplimiento implica incurrir en el delito de desobediencia, sin perjuicio de que proceda el cumplimiento de la medida mediante el uso de la fuerza pública.

## 9.2. Promoción de diligencias de investigación y formulación de investigaciones policiales

Las diligencias de investigación son sustitutivas de las investigaciones policiales. El Ministerio Público, titular exclusivo de la acción penal pública,<sup>78</sup> puede no realizar la encuesta penal para promover, directamente, la acción penal por los delitos cometidos contra niños o adolescentes, para el caso en que lo considere oportuno. En tales hipótesis puede valerse de todos los medios legales para obtener el esclarecimiento de los hechos y demandar cualquiera de los procedimientos administrativos tratados precedentemente, también se encuentra facultado para requerir diligencias de investigación a la autoridad policial.<sup>79</sup>

## 9.3. El ejercicio de la función de ombudsman en el área de la niñez y de la juventud

La función de ombudsman o defensor del pueblo viene definida en la CF<sup>80</sup> y en el ECA, cuando le impone el deber de *“velar por el efectivo respeto a los derechos y garantías legales asegurados a los niños y adolescentes, promoviendo las medidas judiciales y extrajudiciales del caso”*.<sup>81</sup> Tal dispositivo faculta al Ministerio Público en la función de defensa de los derechos y garantías de la población infanto-juvenil en la medida exacta en que la ley los protege. El Promotor de Justicia vela por la efectivización de los derechos y garantías que el legislador entendió fundamentales y excluyó de su actividad la defensa de intereses parciales, aunque jurídicamente los haya protegido.<sup>82</sup>

El legislador distinguió entre la función de defensor del pueblo y las actividades judiciales y extrajudiciales a fin de reforzar la legitimación del Ministerio Público para actuar fuera del proceso, como intermediario en la composición de los litigios, y con ello evitar la evocación a la protección jurisdiccional. Por esta razón, puede y debe intentar resolver la controversia de una manera amistosa antes de decidir instar el proceso.

---

<sup>78</sup> Art. 129 inc. I de las CF.

<sup>79</sup> Art. 129 inc. VIII de la CF. El legislador constituyente no limitó la actividad policial a la persecución de crímenes y delitos menores, por lo cual las exclusiones referidas en el art. 144 inc. IV de la Constitución Federal, simplemente aportan una distinción entre las atribuciones de la policía federal y la policía estadual.

<sup>80</sup> Art. 129 inc. II de la CF.

<sup>81</sup> Art. 201 inc. VIII del ECA.

<sup>82</sup> Tal aclaración resulta de gran relevancia a fin de evitar una idea equivocada de la función atribuida al Ministerio Público, la que considere que la misma está destinada a la defensa absoluta y parcial de los intereses del niño o adolescente, que, como quedó dicho, es más bien propia del ejercicio de la asistencia técnica profesional.

Por otro lado, la legitimación para las medidas judiciales le confiere poder de coerción al Ministerio Público/ombudsman, pues de resultar infructuoso su intento de intermediación amigable, podrá valerse de la vía judicial. Por consiguiente, su función no se resume en la intermediación sino que puede redundar en un proceso con todas sus consecuencias. Además, si la intervención versa sobre algún derecho fundamental del niño o el adolescente, el legislador confirió al Ministerio Público instrumentos de comprobación para evaluar la necesidad y legalidad de su actuación judicial o extrajudicial.<sup>83</sup>

#### 9.4. Fiscalización del proceso de nombramiento de los miembros del Consejo Tutelar

El Ministerio Público tiene también el importante papel de fiscalizador del proceso de elección de los miembros del Consejo Tutelar,<sup>84</sup> órgano permanente y autónomo no jurisdiccional, al que la sociedad confió el cumplimiento de los derechos del niño y del adolescente.<sup>85</sup> Para el ejercicio de esta función el Promotor de Justicia debe estar atento a los dispositivos insertados en el ECAy en la ley municipal que instituye el Consejo Tutelar en cada sitio. La primera ley establece los requisitos básicos y generales, de observancia obligatoria en todos los distritos municipales brasileños; la segunda, de carácter local, además de crear el Consejo Tutelar y establecer las reglas en cuanto a su funcionamiento y organización, debe detallar el procedimiento de elección de los consejeros. El Ministerio Público debe controlar que se dé cumplimiento a las condiciones establecidas en la ley para que el proceso de selección sea uniforme con las determinaciones del legislador federal y municipal. En el caso de irregularidades, debe instar las medidas administrativas que conduzcan a la adecuación de la selección conforme los dictados legales, socorriéndose en su caso en la Magistratura cuando haya agotado los medios de recomposición de la legalidad.

#### 9.5. Fiscalización de la inscripción en el registro de adopciones

Con el fin de crear un mecanismo de control de las adopciones y democratizar el acceso a la modalidad de colocación de los niños en familias sustitutas, el legislador ordenó la obligatoria intervención de la autoridad judicial en cada distrito o foro regional, el cual deberá mantener un registro de niños y adolescentes en condiciones de ser adoptados y otro de personas interesadas en la adopción. Las inscripciones en estos registros se condicionan a la satisfacción de los requisitos legales y requieren un dictamen previo del Ministerio Público.<sup>86</sup>

---

<sup>83</sup> Esto se verifica en el ECA, que atribuye al Ministerio Público la facultad de: registrar las declaraciones de los reclamantes; establecer el procedimiento competente (el cual presidirá); entenderse directamente con la persona o autoridad reclamada, en el día, lugar y hora previamente establecidos; efectuar las recomendaciones con miras a la mejora de los servicios públicos relativos al niño y el adolescente, e indicar un periodo razonable para su perfecta adaptación.

<sup>84</sup> Art. 139 del ECA.

<sup>85</sup> Art. 131 del ECA.

<sup>86</sup> Art. 50, párr. primero e inc. 1°.

Al tratarse de la inscripción de un niño en condiciones de ser adoptado es necesario verificar, básicamente, la ocurrencia de las causas de extinción, o el acuerdo de sus padres de que su hijo sea colocado en una familia sustituta.<sup>87</sup> En el caso de los interesados, en la adopción debe verificarse si ellos pueden ofrecer al niño un ambiente familiar apropiado y si la adopción representa reales ventajas y se funda en motivos legítimos.<sup>88</sup>

## 9.6. Fiscalización de entidades y programas de atención

El Ministerio Público tiene la función de fiscalizar las entidades públicas y particulares de atención que ejecutan los programas de protección y socioeducativos; las primeras, destinadas a los niños y adolescentes privados o amenazados de privación de sus derechos fundamentales y, las segundas, destinadas a los adolescentes infractores.<sup>89</sup> El Promotor de Justicia tiene como tarea básica verificar, de oficio, si las entidades situadas en los límites de su competencia territorial atienden a los imperativos legales. Esta tarea la lleva a cabo el Ministerio Público en forma concurrente con el Poder Judicial y el Consejo Tutelar,<sup>90</sup> para dar mayor efectividad a la tarea fiscalizadora.

En caso de verificarse alguna irregularidad, el Ministerio Público puede entrar con su representación y mientras prepara la vía judicial pertinente podrá valerse del elenco de sanciones que prevé el ECA para tales casos<sup>91</sup> o incluso iniciar las acciones administrativas, sobre todo en el ejercicio de su función de ombudsman, destinadas a la remoción de las fallas verificadas. En ese sentido, nada obsta a que el Ministerio Público, en el caso de tratarse de una entidad gubernamental, previamente y valiéndose de las facultades previstas en la ley, oficie directamente a la autoridad administrativa con el objeto de recomendarle que emprenda las acciones que den fin a las irregularidades verificadas y fijar para ello un término para su implementación.<sup>92</sup> En su actividad fiscalizadora el representante del Ministerio Público, en el ejercicio de sus funciones, tendrá acceso libre a todo lugar donde se encuentre un niño o adolescente.

## 10. Palabras finales

El Ministerio Público es un instrumento primordial para la efectivización de los derechos del niño en la medida exacta en que la ley defiende imparcialmente sus intereses. En

---

<sup>87</sup> En esta hipótesis el Promotor de Justicia debe necesariamente oír a los padres de los niños o adolescentes (art. 166 párr. único del ECA).

<sup>88</sup> Arts. 29 y 43 del ECA.

<sup>89</sup> Las instituciones gubernamentales y no gubernamentales de servicio se encuentran enumeradas en el art. 90 del ECA y sus obligaciones principales se encuentran enunciadas en los arts. 92 al 94 del ECA.

<sup>90</sup> Art. 95 del ECA.

<sup>91</sup> Art. 97 del ECA.

<sup>92</sup> Art. 201 inc. 5° del ECA.



un Estado democrático de derecho donde la ley, legítimamente elaborada, define las condiciones esenciales para la actualización de las potencialidades de la persona humana, representa una herramienta importante en la remoción de las desigualdades. Los intereses sociales e individuales representan la suma de los elementos materiales y culturales de los que el ser humano puede disponer en su proyecto vital, asegurados por el Estado a través de políticas sociales básicas, como el salario, el alimento, la casa, la salud, la educación, desarrollados bajo la égida de la democracia y de la libertad.

El Ministerio Público, sea en su actuación administrativa o en su función de promotor de acciones civiles necesarias para la defensa judicial de los intereses individuales, difusos o colectivos, afines a la infancia y la juventud, puede promover que una mayoría indigente trasponga el umbral que la conduce a los beneficios de la ciudadanía, mediante el respeto y el ejercicio efectivo de sus derechos. Precisamente, su actuación se dirige a que, por medio del Poder Judicial, se hagan realidad los derechos negados en lo cotidiano. Al poner su fuerza al servicio de los más pequeños, el Ministerio Público equilibra las relaciones del mundo adulto haciendo de los niños y adolescentes verdaderos sujetos de derecho.

## REFERENCIAS NORMATIVAS

*Constituição da República Federativa do Brasil*, 1988.

*Estatuto da Criança e do Adolescente*, Lei Federal 8069, 13/6/1990.

*Lei Orgânica Nacional do Ministério Público* (Lei complementaria federal 40, 13/12/1981).

*Lei das Contravenções Penais*.

*Lei da Ação Civil Pública*, Lei 7347/85, 24/7/1985.

*Decreto Lei 41*, 18/6/1966.

*Código Processo Civil*.

*Código Civil*.

*Código de Defesa do Consumidor*, Lei 8078, 11/09/1990.

*Código Processo Civil*, Decreto Lei 1608/39 (derogado).

*Código de Menores*, Lei 6697, 10 de octubre de 1979 (derogado).

*Anteproyecto do Código Processo Penal*, Frederico Marques, convertido en PL633/75.

*Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la administración de la justicia de menores (Reglas de Beijing)*, Resolución 40/33, Asamblea General de las Naciones Unidas, 29 de noviembre de 1985.

# RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL Y DERECHOS HUMANOS<sup>1</sup>

MARY BELOFF<sup>2</sup>

## 1. Introducción

En esta presentación analizaré algunos aspectos del tema de la responsabilidad penal juvenil y los derechos humanos, específicamente, en el marco que aporta la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN).<sup>3</sup> La estructura que daré al abordaje del tema es formal y los aspectos que me interesa destacar son los fundamentos de los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina; los aspectos críticos de ciertas instituciones específicas de los sistemas de responsabilidad que considero importantes en el debate sobre la seguridad ciudadana y algunas conclusiones sobre la reforma penal juvenil en América Latina.

En el debate acerca de la relación entre derecho y cambio social aparecen, generalmente, dos clases de reacciones posibles que reflejan la opinión de dos clases de personas: por un lado, las que creen que el derecho siempre llega tarde al cambio social porque la realidad y los movimientos sociales toman la delantera y que torpemente el derecho diseña dispositivos para poder reproducir o estar a la altura de ese cambio social; por otro lado, están las reacciones de las personas que consideran que el derecho es el promotor y lidera el cambio social.

Las explicaciones dicotómicas son una forma de abordar la problemática, y aunque no soy particularmente afectada a ellas, plantearé la cuestión en estos términos de modo de simplificar inicialmente la exposición. Es posible decir que hay dos clases de personas: aquellas que creen que hay dos clases de personas y las otras. Y es entre esas "otras" que se ubica la discusión sobre el derecho y su vinculación con el cambio social en el contexto actual de América Latina.

No es posible sobrestimar la función de la ley ni subestimarla como históricamente se hizo en nuestra región, que estuvo al margen de la legalidad por décadas. Hay cosas

---

<sup>1</sup> Basado en la ponencia de Mary Beloff en el marco del 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, que se llevó a cabo en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la UBA entre los días 22 al 26 de noviembre de 1999.

<sup>2</sup> Mary Beloff es abogada egresada de la Universidad de Buenos Aires y LL.M. egresada de la Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard. Enseña Derecho Penal, Derecho Penal Juvenil y Derechos del Niño en la Facultad de Derecho, en el Centro de Estudios Avanzados de la Universidad de Buenos Aires y en la Universidad de Palermo.

<sup>3</sup> Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, sancionada por el Congreso de la Nación Argentina como ley 23.849 el 27 de septiembre de 1990 y promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990.

que la ley puede hacer y entre estas cosas, sobre todo, destaco la posibilidad de crear mecanismos de exigibilidad para la vigencia de los derechos. En otras cuestiones, la ley puede proveer un marco para el camino que hay que andar, pero no basta.

Cuando abordamos el tema de la responsabilidad penal juvenil verificamos la existencia de esta vinculación entre el derecho y el cambio social. Es así que esta cuestión, que en principio es una cuestión jurídica, está emparentada para los latinoamericanos con la del cambio social. Esta vinculación cobra una vitalidad especial a la hora de las discusiones *calientes* que se están dando sobre la seguridad ciudadana.

La responsabilidad es uno de los argumentos que aún falta elaborar en las discusiones sobre reforma legal y seguridad ciudadana en nuestros países. La CDN viene a solventar, de alguna manera, esta cuestión. Si tuviera que definir en una palabra la CDN, esa palabra sería "responsabilidad".

El sistema preconvencción era el sistema de la irresponsabilidad: un sistema en el que nadie se hacía cargo de nada, pero que funcionaba como una profecía que se autocumplía porque era incapacitante de todos los involucrados. Incapacitante de la familia pobre; del Estado –que de paso justificó así su omisión en la implementación de las políticas adecuadas–; y de los adolescentes que cometían delitos y no respondían formalmente por ellos.

El tema de la responsabilidad fue y es un obstáculo muy firme en los procesos de reforma legal. Uno de los argumentos que se usó –y que de hecho es el argumento que los Estados Unidos usan formalmente para no ratificar la CDN– tiene que ver con el supuesto que considera que al reconocer derechos se debilitan ciertos deberes y ciertas nociones de responsabilidad. Sin embargo, a esta altura del desarrollo de nuestras democracias se sabe que es una falacia absoluta, pues negando sus derechos específicos y manteniéndolos al margen de su responsabilidad específica, lo único que se logró históricamente con los jóvenes y los niños fue mantenerlos al margen de la idea de sujetos de derecho.

## **2. Los fundamentos de los sistemas de responsabilidad penal juvenil en la Convención sobre los Derechos del Niño**

La CDN resuelve el tema de la responsabilidad penal de acuerdo con el autor involucrado. Existe una responsabilidad propia del adulto y otra, propia de los niños y adolescentes.

En América Latina el tema de la responsabilidad penal de los niños y los adolescentes no surgió como consecuencia de un intenso y preciso trabajo de técnicos o penalistas para quienes tradicionalmente el tema de los menores fue considerado, precisamente,

un tema menor al que sólo trataron en un esfuerzo por traducir algunos dispositivos legales y resolver la cuestión de los niños infractores de la ley penal. El sistema de responsabilidad penal juvenil tiene que ver estrictamente con las formas de organización de la respuesta estatal frente a los delitos cometidos por los adolescentes. Es en este sentido que no existe construcción doctrinaria acerca de lo que debería ser.

El concepto de responsabilidad penal juvenil se conforma así como un criterio que se construye cotidianamente y su punto de partida involucra la noción de sujeto. El ingreso al *status* de sujeto conduce a una aproximación a la noción de ciudadanía y a la idea de responsabilidad, una responsabilidad específica con estricta relación con los delitos que se cometen. Este punto de partida es algo que todavía no se logró comunicar bien en nuestros países. Aquí, el tema suele debatirse desde aspectos falaces de la problemática: que los jóvenes y adolescentes “entran por una puerta y salen por la otra” o la creencia de que la discusión tiene que ver con bajar y subir gradas de imputabilidad. Esto no es así.

Como concepto, el modelo de la responsabilidad penal juvenil procede –por lo general– de algún modelo copiado de Europa. No obstante, considero que la discusión acerca de este tema está mucho más avanzada en América Latina que entre los anglosajones y más aún que las que se dieron dentro del sistema continental europeo. Los sistemas de responsabilidad penal juvenil sólo existen en América Latina y están dados en el marco del sistema de protección integral de derechos. En ese marco quiero anclar tres fundamentos de estos sistemas.

El primero es el fundamento filosófico, relativo a la concepción de lo que el derecho penal es y lo que resulta ser la única justificación posible a un sistema de responsabilidad penal juvenil. En el contexto de la protección integral de derechos este fundamento es el que se conoce como derecho penal mínimo. Para comprender este punto es recomendable la obra de Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*,<sup>4</sup> en la que se ocupa, primordialmente, de establecer la manera de disminuir la violencia de los sistemas penales. En esa dirección deben ser contruidos los argumentos que fundamenten los sistemas de responsabilidad penal juvenil en nuestros países.

Cuando hablamos de un sistema de responsabilidad penal juvenil estamos hablando de algo que nada tiene que ver con el “bien” ni con “hacer el bien”. Hay que asumir que estos sistemas de responsabilidad son sistemas penales, y como tales, implican un mal que el Estado dirige con la intención de provocar sufrimiento en la persona que infringió la ley penal. Es de suma importancia reconocer que este sistema se encuentra dentro del orden de ideas en que opera el sistema penal, de otro modo, se lo descontextualizaría como se hacía en el viejo modelo tutelar en el que las cosas se llamaban de otro modo.

---

<sup>4</sup> Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995.

Hecha esta aclaración y asumiendo, entonces, que cualquier ejercicio estatal coactivo/punitivo lleva implícita la violencia, y en este sentido es un mal; el punto es cuándo se justificará esa violencia. En este contexto, sólo se justifica cuando la violencia que se evita con su ejercicio es mayor que la que se infringe. Ésa es la única justificación posible. No obstante, si ella no está latente en forma clara durante la tramitación del proceso ni al momento de dictar la sentencia, si el adolescente no visualiza que infringió cierta violencia que activó el dispositivo coactivo estatal y, por ende, puede oponer todas las defensas que tiene a su disposición, se forma en una idea errónea de la real significación de este proceso y de su conducta. Por el contrario, se forma en la idea –que está presente en los procesos represivos/tutelares– de que por cometer un delito “lo mandan a la escuela”, es protegido. Esto así también es percibido por la sociedad. Esta justificación lleva a considerar, erróneamente, que estos son sistemas blandos, ocultándose así su real carácter inquisitivo y lesivo de los derechos humanos.

Ahora bien, cuando la reacción estatal coactiva es mayor que la violencia del conflicto que pretende reprimir entonces, señores, no existe allí ninguna justificación posible para que se ponga en marcha un sistema de responsabilidad penal juvenil.

El segundo fundamento es el fundamento legal, y aparece en las Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad),<sup>5</sup> que específicamente demuestran que las Naciones Unidas están adoptando el modelo de derecho penal mínimo.<sup>6</sup>

El tercero, es el fundamento criminológico del modelo, y en este sentido, son claros los instrumentos internacionales, en especial –nuevamente– las Directrices de Riad. Al comparar estas directrices con las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)<sup>7</sup> resulta interesante verificar el cambio que se produce entre uno y otro instrumento (las Reglas de Beijing son anteriores a las Directrices). En efecto, en las primeras se abandona definitivamente toda idea sobre la existencia de tal cosa como una ontología del comportamiento desviado.<sup>8</sup>

<sup>5</sup> Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas [sobre la base del informe de la Tercera Comisión (A/45/756)] en la sexagésima octava sesión plenaria, celebrada el 14 de diciembre de 1990.

<sup>6</sup> Esta filiación con el derecho penal mínimo se advierte en la directriz número 5 que establece que “deberá reconocerse la necesidad y la importancia de aplicar una política progresista de prevención de la delincuencia, así como de estudiar sistemáticamente y elaborar medidas pertinentes que eviten criminalizar y penalizar al niño por una conducta que no causa graves perjuicios a su desarrollo ni perjudica a los demás”.

<sup>7</sup> Aprobadas por resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas el 29 de noviembre de 1985.

<sup>8</sup> En especial en la directriz 5.b, e y f, que establece que la política y las medidas de prevención de la delincuencia juvenil deberán incluir: la formulación de doctrinas y criterios especializados para la prevención de la delincuencia, basados en las leyes, los procesos, las instituciones, las instalaciones y una red de servicios, cuya finalidad sea reducir los motivos, la necesidad y las oportunidades de comisión de las infracciones o las condiciones que las propicien y el reconocimiento del hecho de que el comportamiento o la conducta de los jóvenes que no se ajusta a los valores y normas generales de la sociedad es con frecuencia parte del proceso de maduración y crecimiento y tiende a desaparecer espontáneamente en la mayoría de las personas cuando llegan a la edad adulta; y la conciencia de que, según la opinión predominante de los expertos, calificar a un joven de ‘extraviado’, ‘delincuente’ o ‘prelincuente’ a menudo contribuye a que los jóvenes desarrollen pautas permanentes de comportamiento indeseable”.

Si uno es cliente del sistema de justicia penal esto resulta de la fórmula de haber sido tratado así por el sistema de justicia penal y no por alguna característica personal, por el tatuaje o por vivir en la calle. Esto quedó explícitamente expuesto en los instrumentos internacionales. Cualquier dispositivo jurídico que se aleje de esta concepción de la desviación está operando todavía en el modelo tutelar.

A partir de estas características podría entenderse que no existen mayores diferencias entre el sistema de responsabilidad penal juvenil y el de adultos. Pero no es así. La discusión no acaba con sólo incorporar las garantías del derecho penal de adultos y eliminar las instituciones tradicionales de menores. Esto lo aprendió la comunidad internacional de la dolorosa lección del caso norteamericano. La lucha por los derechos del niño en los Estados Unidos se dio en el marco del movimiento por los derechos civiles en la década de 1960. En el pacto de ampliación de la ciudadanía a los americanos excluidos, los últimos en llegar a esta condición fueron los niños. El precio que pagó la infancia en los Estados Unidos por ser reconocidos como sujetos de derecho fue, precisamente, ser tratados igual que los adultos. Éste es el motivo real por el que los Estados Unidos no ratifican la CDN. Así, por ejemplo, el sistema norteamericano permite la ejecución de personas menores de 18 años.

Pero la CDN no quiere decir esto. No pretende que los Estados reconozcan al niño como sujeto de derecho y entonces lo traten como adulto. Si se tratara de algo semejante sería la peor pesadilla realizada, tanto como la de los "salvadores del niño".<sup>9</sup> Pero, como dije, la comunidad internacional aprendió la lección y estos sistemas de responsabilidad penal juvenil tienen que ver con otra cosa.

La pregunta es, entonces, qué significa ser sujeto de derecho en el marco de la CDN. Significa que niños, niñas y adolescentes son titulares de los mismos derechos de los que gozan todas las personas más un "extra" de derechos específicos que se motiva en su condición de ser personas que están creciendo. Ni media persona ni persona incompleta ni incapaz, simplemente se trata de una persona en las circunstancias de estar creciendo. Las personas son completas en cada momento de su crecimiento.

En este contexto, el supuesto que pondría en funcionamiento el sistema de responsabilidad juvenil y de reacción estatal coactiva sería –por mandato de las constituciones nacionales, de todos los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos, en especial, por mandato de la CDN–<sup>10</sup> la comisión de un delito. En esto le hago una pequeña crítica a la CDN y a las Directrices de Riad porque se ve en ellas que todavía cuesta admitir que la reacción estatal coactiva sólo tiene que ver con la comisión de un delito.

---

<sup>9</sup> Sobre el movimiento de los "salvadores del niño", véase Anthony M. Platt, *Los "salvadores del niño" o la invención de la delincuencia*, México, Siglo Veintiuno, 1997.

<sup>10</sup> En especial el art. 40.2 de la CDN.

Al leer estos instrumentos encontramos que se justifica alguna clase de intervención coactiva en el ámbito de la protección. Aunque los instrumentos internacionales todavía son un poco tibios en ese tema, el principio de legalidad es categórico y, en consecuencia, lo único que habilita en el estado de derecho el ingreso de los adolescentes al dispositivo penal es una formal imputación por la comisión de un delito.

En el caso de contravenciones y faltas, dado que significan mínimas afectaciones al orden jurídico y regulan cuestiones de convivencia social, debe primar aquí la minimización de la violencia, que es precisamente la que justifica el sistema de responsabilidad penal juvenil. Los desórdenes entre vecinos, en mi opinión, son los típicos temas que deberían quedar excluidos y deberían ser administrados a nivel comunitario o en otro ámbito, fuera de la lógica del castigo y la lógica penal. Éste es también un aspecto que crítico de todas aquellas leyes nuevas que incorporaron las faltas y las contravenciones en el sistema penal juvenil porque no responden a la pauta del minimalismo penal.

Otro tema para el debate es el de la justicia especializada, el de una justicia juvenil en América Latina. En este aspecto, sabemos que las Reglas de Beijing están a mitad de camino entre el modelo de la "situación irregular" y el de "protección integral".<sup>11</sup> En la regla tres, que delimita el ámbito de aplicación de las Reglas de Beijing, se establece que la justicia juvenil no es sólo para las infracciones sino también para todos los procedimientos relativos al bienestar.<sup>12</sup>

En cuanto al ámbito de aplicación en razón de la edad, del artículo primero de la CDN surge claramente que el límite superior o techo son los 18 años. El piso de la edad también lo encontramos en la CDN,<sup>13</sup> y lo contienen además otros instrumentos internacionales y las Reglas de Beijing.<sup>14</sup> De acuerdo con sus diversas circunstancias, los países han variado entre los 12 y los 14 años este piso.

Lo que se ve en las leyes nuevas es que están funcionando por fuera de ese piso dispuesto por estos instrumentos, por debajo del cual están obligados a renunciar a toda intervención estatal coactiva. El punto es que cuanto más alto colocan el piso de edad más preocupante resulta. Lo que advierto en el funcionamiento de las leyes de muchos países es que se da una derivación automática al sistema de protección.

<sup>11</sup> Para un análisis y caracterización de estos modelos, véase Mary Ana Beloff, "Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar", en Justicia y Derechos del Niño, núm. 1, Santiago de Chile, UNICEF, 1999.

<sup>12</sup> La regla 3.2 de la Reglas de Beijing establece que "Se procurará extender el alcance de los principios contenidos en las Reglas a todos los menores comprendidos en los procedimientos relativos a la atención del menor y su bienestar".

<sup>13</sup> 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 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".

<sup>14</sup> Regla 4.1: "En todos los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse a una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental".

Vale aquí la observación de que si el Estado asumió renunciar a la intervención coactiva, excepto en los casos en que se ha cometido un delito, este capítulo debe darse por cerrado: lo único que lo habilita a intervenir –y no coactivamente– es que se trate de un supuesto de amenaza o violación de derechos del niño, adolescente o joven de que se trate. Ahora bien, presumir que detrás de la imputación de un delito dirigida a un niño hay siempre un derecho amenazado responde a cierta concepción tutelar que por lo menos debe preocuparnos.

Entiendo que, como mínimo, habría que invertir la regla. En lugar de funcionar con esta derivación automática, habría que verificar la supuesta situación de amenaza y, recién entonces, efectuar la derivación. Ocurre que cuando los delitos los cometen niños que están por debajo de la edad de responsabilidad penal hay mucha demanda social de que “algo hay que hacer”.

En el tema de subir o bajar la edad penal importa definir qué significa, en este contexto, ser inimputable. Este aspecto está muy confundido en la discusión en América Latina. Considero que en las leyes nuevas, los conceptos de inimputabilidad e imputabilidad tienen dos posibles lecturas en el marco de los sistemas de responsabilidad penal juvenil.

La primer lectura es la que enseñó el Brasil y vemos ejemplos parecidos en Honduras y en algunos textos constitucionales en los que la inimputabilidad es entendida como una garantía constitucional. Esta garantía consiste en que las personas menores de 18 años son inimputables. Así lo manda la CDN, pero no lo hace en el sentido tradicional en que hemos comprendido la inimputabilidad sino como barrera político criminal, esto es, como prohibición del ingreso de personas menores de 18 años al sistema penal de adultos. Este es el significado del concepto en el Estatuto de los Niños y de los Adolescentes del Brasil.

El segundo nivel en el que tradicionalmente se ubica el asunto de imputabilidad e inimputabilidad es el de la incapacidad para ser susceptible de reproche jurídico penal. De no considerarse capaz de reproche jurídico a un joven o adolescente, no tendría ningún sentido un sistema de responsabilidad penal juvenil.

El aspecto comunicacional del conflicto debe tenerse presente en esta discusión. Cuando uno comunica los términos en esta cuestión, lo que debe establecerse es que la prohibición está como mandato en la CDN y que ningún país puede bajar la edad porque la CDN así lo manda (este aspecto será desarrollado más adelante).

El techo de los 18 años impone que los niños no son susceptibles de ingresar al sistema penal de adultos o de ser objeto de un reproche en términos del sistema penal de adultos. Pero esto, no es lo mismo que conocemos como su incapacidad histórica, en los mismos términos en que fuimos incapaces las mujeres o en que lo son los locos; pues en un sistema de responsabilidad penal juvenil es perfectamente plausible proclamar o predicar que un adolescente es capaz de ser sujeto de reproche jurídico penal.



Ése es el fundamento de las sanciones en este sistema, de otro modo careceríamos de fundamento alguno para aplicarles sanciones a los jóvenes. Y sólo para el caso de que algún joven sujeto a proceso penal padezca de una "alteración morbosa de sus facultades" o algún otro supuesto de inimputabilidad por demencia, diremos que es inimputable, lo que significa que debe ampliarse allí el ámbito de sus garantías.

### 3. Aspectos críticos

#### 3.1. Sanciones penales juveniles o medidas socioeducativas

Se torna necesario diferenciar los conceptos de responsabilidad y culpabilidad; esto es muy complejo y denso de hacer desde lo que llamo el aspecto comunicacional. En América Latina se empezó a plantear la cuestión de la responsabilidad como algo diferenciado de la respuesta coactiva que se daba a los adultos en el sistema penal. Pero, si se sigue el entendimiento aquí desarrollado en un sentido estricto, se advierte que la idea de responsabilidad está vinculada con la de sujeto responsable y sujeto de derecho; la culpabilidad, en cambio, se relaciona con la capacidad para ser sujeto de reproche jurídico penal. No estamos hablando de una misma cosa.

Este discernimiento define, a su vez, las consecuencias de la conducta del transgresor. Primero, cabe preguntarse si las consecuencias jurídicas son medidas socioeducativas o punitivas. Los instrumentos internacionales no hablan de penas sino de sanciones penales juveniles. En América Latina aún prima el fetichismo de la palabra y, desde el punto de vista comunicacional, hablar de sanciones más que de medidas beneficiaría a la discusión. Es que, de otro modo, se visualiza la medida como algo beneficioso para el adolescente y se pierde la dimensión de reproche que conlleva. Es por eso que las leyes más recientes ya están hablando expresamente de sanciones y sanciones penales juveniles.

El fundamento de la sanción, su finalidad, es la prevención especial positiva, lo que en términos penales tiene que ver con la resocialización y reeducación. Educar es una asignatura que, como concepto –en el ámbito del derecho–, aún tenemos pendiente. Pero lo cierto es que en los instrumentos internacionales la justificación de la sanción sigue siendo la prevención especial positiva en su sentido clásico y sobre esto no hemos avanzado demasiado.

Si esto es así, entonces, hay que tener mucho cuidado con las diferencias entre las sanciones y las medidas de protección porque también éstas, en algún nivel, están operando para remover los obstáculos que hacen que los adolescentes o los niños tengan "problemas". El conflicto en los términos "sanciones" y "medidas" se ve cuando en algunas leyes se da la superposición entre ambas, es decir, se aplican medidas educativas por la infracción; pero si a su vez se visualiza que este adolescente tiene sus derechos vulnerados, también se prevén medidas de protección en el marco del proceso penal.

Con esta superposición se genera un problema para tener en cuenta en la administración de estas leyes, que nada tienen que ver entre sí en cuanto a los ámbitos que regulan una y otra, pero que a causa de sus fundamentos podrían dar lugar a confusión. El ejemplo que aquí se tiene en mente es el de cuando la ley prevé como medida socioeducativa que el adolescente vaya al colegio. Nos encontramos, en verdad, ante una tradicional medida de protección porque la educación es un derecho del niño. Entonces, la sanción al niño se fundamenta en que sus derechos fueron lesionados y continuamos en el modelo tutelar.

Lo que hay que evitar es la confusión conceptual y que a la hora del debate acerca de la seguridad ciudadana es beneficioso, desde el punto de vista de las garantías, incorporar la idea de reproche. Y si de la reacción estatal coactiva, en forma concomitante, surgiera algún beneficio para los derechos del adolescente, esto sería un valor agregado de la sanción, pero no su corazón. Es que suponiendo esto se vuelve a la esquizofrenia de que la sanción es que el niño vaya al colegio, cuando ésta es una herramienta típica de la medida de protección.

Si el fundamento de la sanción está en el acto habría que ver entonces en qué sentido operan las circunstancias personales del niño a las que refieren todas las leyes. Siguiendo esta línea, las circunstancias personales sólo podrían operar en clave de vulnerabilidad como disminución del reproche por el acto. Ninguna circunstancia personal puede ir más allá, como lo hemos visto en algunas sentencias en nuestros países en las que el hecho no reviste gravedad, pero como el muchacho es conflictivo o violento se le aplica una medida que excede ampliamente el reproche por el acto. Esto es algo que en las normas internacionales no está claro y que debería ir construyéndose en la práctica.

En otro orden de ideas, las sanciones en un sistema de responsabilidad penal juvenil son diversificadas por lo que es incorrecto hablar de alternativas a la pena privativa de libertad. Hablar en estos términos sería comprensible en el sistema penal de adultos porque en él la centralidad es la cárcel. En cambio en éste, la centralidad la tienen todas las otras sanciones. Al hablar de alternativas a la prisión, seguimos considerando que la privación de libertad es el eje del sistema.

Esto, que en realidad es la práctica que todavía tenemos en América Latina, debemos trabajarlo también haciendo lenguaje en la semántica: dejemos de hablar de alternativas; aquí las sanciones son otras y lo alternativo, excepcional y por tiempo breve y determinado, es la privación de la libertad en un centro especializado. Como vemos, en este aspecto –una vez más– prevalece la confusión.

### 3.2. Alternativas al proceso penal y alternativas en el proceso penal

En cuanto al tema procesal debemos discriminar entre lo que es una solución alternativa al conflicto jurídico penal y alternativas dentro del proceso penal. La primera, diga-

mos, que es una solución abolicionista.<sup>15</sup> En estos casos el conflicto directamente es administrado en otro ámbito. Si esto no es posible, podremos recurrir a las variedades con las que se cuenta dentro del ámbito judicial.

Estas formas pueden ser modos anticipados de terminación del proceso, como lo son la aplicación del principio de oportunidad,<sup>16</sup> la suspensión del juicio a prueba, el juicio abreviado o la conciliación durante el proceso.

Quiero dedicarle un párrafo aparte al juicio abreviado. Este instituto –a mi entender– es al menos problemático en su aplicación porque riñe con la preservación cabal de las garantías. Sobre todo porque está siendo agregado en todos los códigos penales de América Latina al solo efecto de descomprimir el sistema de justicia penal. Así, las garantías desaparecen. Me opongo enfáticamente a cualquier utilización de juicio abreviado para adolescentes. La dimensión pedagógica del rito penal es precisamente el reto que se propone el sistema de responsabilidad penal juvenil. El reto está en el proceso. La dimensión pedagógica es central y esto es así especialmente en el caso de los adolescentes. Sin rito de proceso, sin instancia simbólica de conflicto para que el adolescente pueda visualizar a quién le causó dolor y cuánto, pero para que también se pueda desprender de esto. En el marco del juicio abreviado toda la temática pedagógica pierde sentido.

Otro punto conflictivo que me interesa destacar con relación a todos estos institutos es la adopción de medidas como consecuencia de las negociaciones. ¿Cómo se ejerce allí el control de legalidad de esos acuerdos o medidas? Si no se establece acabadamente la necesidad de la asistencia técnica o si no se prevé el abogado defensor no hay control de legalidad y volvemos al problema de la derivación automática.

Este aspecto crítico de la implementación de las leyes en el tema de la defensa no sólo se advierte en estos institutos específicos. Si bien las leyes la prevén, vemos que el Ministerio Público aparece mencionado todo el tiempo y no es así con la defensa. En estos términos no hay acusatorio real y no hay derechos si no hay defensa. Y esto porque en países donde el Ministerio Público Fiscal trabaja en turnos de 24 horas y la defensa, que depende de la Corte, reduce su horario al turno de tribunales (como si los chicos no cometieran delitos o no tuvieran que ser defendidos también los sábados y domingos) debilitan así notablemente la garantía.

Por eso, otra cuestión central en todos los países es fortalecer la defensa pública y, eventualmente, donde no haya servicio de defensa pública, defender los patrocinios ju-

---

<sup>15</sup> *Expresamente prevista en la CDN en el artículo 40.3 b) en cuanto establece que siempre que sea apropiado y deseable "se adoptarán medidas para evitar recurrir a procedimientos judiciales, respetando plenamente los derechos humanos y las garantías legales".*

<sup>16</sup> *En el contexto latinoamericano no se entiende por principio de oportunidad lo mismo que en el anglosajón, porque aquí se lo aplica en la medida en que la oportunidad es acordada y opera como excepción de la regla de legalidad procesal. En el sistema anglosajón, al ser acusatorio puro, el principio de oportunidad es la regla sin límite, no existe el principio de legalidad procesal. Creo que la legítima preocupación que se plantea en cuanto a la aplicación del sistema anglosajón, en el ámbito latinoamericano, no debería asustarnos y sí creo que sería un instrumento fundamental del que el Ministerio Público podría valerse para la administración de estos conflictos.*

rídicos gratuitos a través de ONG, colegios de abogados o quienes presten servicio legal, porque es evidente que los clientes de este sistema no son personas que puedan proveerse su defensa con recursos propios.

Éstas son ideas para seguir trabajando en el marco de la reforma de la justicia penal juvenil en todos nuestros países en los que vemos que esta reforma se da junto con la de la justicia penal. En algunos casos la antecede, pero se la ubica en el marco de la reforma de la justicia en general que se da, casi sin excepción, dentro de los procesos de democratización de los países. Por eso, ubico la discusión de los sistemas de responsabilidad penal juvenil en el contexto del debate en torno a la ampliación de la democracia en nuestra región.

#### **4. Conclusiones: el sistema de responsabilidad penal juvenil y el cambio social**

La implementación de un sistema de responsabilidad penal juvenil debe ser comprendido en el contexto de la ampliación de la democracia: ambas cuestiones se encuentran entre lo que serían dos consignas político-culturales. La tarea no sólo consiste en desmantelar el modelo tutelar como modelo cultural que determinó nuestro modo de percibir a la infancia durante cien años, sino que a esto debe sumarse el desmantelamiento del sistema inquisitivo que determinó y permeó nuestra forma de percibir la cuestión criminal y hasta la propia concepción de “la verdad”.

En nuestro contexto, estas son dos tareas extremadamente complejas que no necesariamente tienen que ver con cambiar modelos de justicia sino modelos, prácticas, actitudes y patrones cognoscitivos, aquellos por los que conocemos y aprehendemos la realidad, vinculados directamente a patrones culturales. No puede pretenderse que sea modificado sólo por medio de la ley porque ya vemos que el problema que tenemos en la implementación de las leyes nuevas, por más garantistas que se propongan ser, está relacionado con el hecho de que están operando con unos modelos culturales por detrás que aún no cambiaron.

Otra asignatura pendiente es el desarrollo de programas de ejecución de sanciones penales juveniles y esto es importante al momento del lanzamiento de las campañas de ley y orden. No existen en la región experiencias sostenidas en este campo, quizás por el poco tiempo que llevamos, pero las experiencias exitosas y convincentes de la opinión pública sobre buenos programas de educación para infractores juveniles que ya han sido condenados son inexistentes. Al no trabajar sobre esto, el reclamo y la alarma social presionan a los jueces que recurren al instrumento tradicional que es la privación de libertad. Es así que la consecuencia directa de la ausencia de estos programas es el reclamo por más privación de libertad.

En cuanto al funcionamiento de sistemas penales juveniles, no existen indicadores precisos (en términos de cifras) referidos a infractores de estos programas, no existen estudios de medición de impacto de las sentencias. Considero que construir estos indicadores también es tarea de todos. Es que si no podemos medir, no podemos salir a dar respuesta y confrontar con una campaña de ley y orden porque carecemos de datos reales.

Finalmente, y entre las asignaturas pendientes, se encuentra la responsabilidad de construir un discurso convincente en la discusión de seguridad ciudadana desde la perspectiva de las garantías. La falta de este discurso convincente se advierte en los medios de comunicación. Cuando en un programa de televisión quien habla desde la perspectiva de "ley y orden" (propia de los conceptos de defensa social en que se erigió el modelo de la situación irregular) da respuestas más efectistas y simplifica la problemática. Así, se produce un discurso más fácil de asimilar por la opinión pública, frente a aquel que pretende explicarlo desde las garantías y, por lo general, queda enredado en su discurso porque no se desarrolló una forma convincente de comunicarlo que dé respuesta a las preocupaciones que, ciertamente, se plantean en torno a este tema. A esto me refiero con la necesidad de construir un discurso. Es esto a lo que yo llamo el problema comunicacional.

Por fin, y conociendo la finalidad de la CDN, vale una última salvedad. Cuando un país inicia un proceso de adecuación legislativo y crea un sistema de responsabilidad penal juvenil, lo que está haciendo es adecuar su derecho a dos artículos del tratado que suscribió y que son los 37 y 40 de la CDN. En esos dos artículos se hace referencia a la responsabilidad penal juvenil. Ahora bien, por cumplir con ello no es posible que en ese país se crea que se está cumpliendo con todos los compromisos asumidos al firmarla. Si ese país no prediseña las instituciones y no reconvierte sus políticas en términos de garantías de derechos para todos los niños clientes del sistema, por más garantista que sea su sistema de responsabilidad penal juvenil, no está cumpliendo con todos esos compromisos.

La circunstancia de que esos niños sean clientes del sistema de justicia penal no responde a ninguna "normalidad", a ninguna condición natural que les sea propia, sino que por lo general responde a que los que históricamente han sido clientes del sistema de justicia penal tienen sus derechos amenazados o violados. Entonces, si no se construye el sistema de responsabilidad juvenil en el marco de otras políticas para las garantías de todos los demás derechos previstos en la CDN, cada vez habrá más niños clientes del sistema de responsabilidad penal juvenil y este sistema colapsará en dos o tres o cinco años. Éstas son, de alguna manera, las demandas que se recogen hoy de ciertos países en donde se implementó la justicia penal juvenil en estos términos.

Derecho y cambio social. Si esto no es así, las leyes que estamos haciendo y los sistemas de responsabilidad penal juvenil que estas leyes están creando están predestinados al fracaso. Pero, es claro, este fracaso no es un fracaso de la ley.

## BIBLIOGRAFÍA

Beloff, Mary, "Modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular: un modelo para armar y otro para desarmar", en *Justicia y Derechos del Niño*, núm. 1, Santiago de Chile, UNICEF, 1999.

Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón*, Madrid, Trotta, 1995.

Platt, Anthony M. *Los "salvadores del niño" o la invención de la delincuencia*, México, Siglo Veintiuno, 1997.

## REFERENCIAS NORMATIVAS

*Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing)*, Resolución 40/33, Asamblea General de las Naciones Unidas, 29 de noviembre de 1985.

*Convención sobre los Derechos del Niño*, Resolución 44/25, Asamblea General de las Naciones Unidas, Nueva York, 20 de noviembre de 1989 (sancionada por el Congreso de la Nación Argentina como ley 23.849 el 27 de septiembre de 1990 y promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990).

*Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad)*, Resolución 45/112, Asamblea General de las Naciones Unidas, 14 de diciembre de 1990.

## 1. ¿Delincuencia juvenil? y derechos humanos

Debo confesar que no me ha gustado la primera parte del título que se ha asignado a mi intervención en este curso, y comienzo peleándome con ella. A riesgo de que esto pueda tomarse como una desconsideración hacia los organizadores –que no está en mi ánimo, por cierto–, prefiero decirlo porque ello me da pie para iniciar esta exposición.

Hablar de delincuencia juvenil supone cierta corporeización de la infracción en el niño adolescente de tal suerte que el delito *lo atraviesa*, un poco se vuelve él y un poco él se vuelve el delito. Con esa expresión, un episodio contamina toda su personalidad y ésta se reduce a él; se transforma en una ventana de acceso, desde cuya perspectiva, el ser humano resulta visualizado fragmentariamente. En cierta medida, es contradictorio hablar de delincuencia juvenil y de derechos humanos como no sea para señalar la incoherencia. Con la primera frase accedemos a un ser humano virtual, estereotipado, que no es. Considerar a alguien como algo que no es supone una postura de la que no emergen buenos auspicios para el considerado y sus derechos.

Desbaratar la compleja trama que lleva a que alguien sea contemplado como delincuente juvenil, es, por tanto, una primera tarea que me impongo en este encuentro. Desarmar una expresión tan fuerte como ésta, requiere un comienzo tanto o más fuerte, una especie de contra expresión que comience por colocar las cosas en su lugar, que puede ser la siguiente: el delito no existe. No hay nada en el mundo del sujeto que tenga esencia de delito. No existe el delito natural. En Derecho Penal nos hemos regodeado cuestionando a Rafael Garófalo y su malogrado delito natural, con el que emprendió una tarea digna de emular a *Ícaro*, y así le fue. Pero: ¿le fue tan así?

En realidad, la onticidad del delito es algo incorporado al paisaje de la socialización en la modernidad. Es algo incorporado en matrices fuertemente fijadas en nosotros, que funge como un equipamiento actitudinal y conceptual que piensa por nosotros. No quiero decir con esto que Garófalo esté en nosotros, afirmación que puede resultar ofensi-

---

<sup>1</sup> Basado en la ponencia del Dr. Carlos Uriarte, en el marco del 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), del 22 al 26 de noviembre de 1999.

<sup>2</sup> Carlos Uriarte es abogado, investigador de la Facultad de Derecho de Montevideo y profesor de Derecho Penal Juvenil y Criminología en el Centro de Formación y Estudios del INAME.

va, si se toman el trabajo –interesantísimo, por cierto– de leerlo; pero algo hay, algo de *delito natural* hay en nosotros.

Bien. El delito no existe. Parafraseando a Hülsman, preguntémosnos: ¿qué tienen en común un robo, una falsificación, un incendio, un atentado a la constitución, una asonada...? Lo único que los agrupa es que están descritas por la ley penal como delitos. Si transferimos la definición normativa al plano óptico “reificamos”, es decir, pasamos del mundo del deber ser al mundo del ser (*res*) sin solución de continuidad, con lo que caemos en un error metódico. Por ejemplo, podemos decir que una persona es agresiva y que de ella pueden esperarse manifestaciones de agresividad, pero no podemos pronosticar qué delito va a cometer; ni siquiera, quizás, podamos anticipar en qué tipo de episodios actuará (un golpe, un insulto, una picada automovilística, una autoagresión, etc.).

De la inexistencia óptica del delito se sigue la inexistencia del *delincuente juvenil*, por cuanto tampoco nada hay en común entre quienes cometen las infracciones y las infracciones que cometen. Claro está que ello no quiere decir que entre la clientela que convoca el sistema penal juvenil no existan patrones comunes reales (por ejemplo, pobreza y torpeza) por los cuales, precisamente, son vulnerables a él. En consecuencia, hablemos de niñez y adolescencia en infracción, o de jóvenes en infracción, por usar expresiones más neutras para aludir a la cuestión.

Que el delito no exista no significa tampoco que no existan conductas dañosas, aunque con relación al Derecho Penal bueno es tener presente que: a) no todos los daños provocados por conductas humanas están en la ley penal; b) no todas las conductas penalmente relevantes producen daño; c) existe asimetría entre delitos y daños (por ejemplo, en el Código Penal uruguayo se castiga con mayor gravedad la rapiña –el robo– que el homicidio).

## **2. La atmósfera institucional y los derechos humanos**

Hoy, mi problema no será la violación abierta y descarada de derechos humanos de jóvenes que se exponen al sistema penal juvenil, sino la que se presenta bajo cobertura discursiva. Me interesa ocuparme de un ámbito de cuestiones que discurre antes o un costado de ciertas afecciones a los derechos humanos. Me ocuparé de ciertas atmósferas en las cuales la visualización de afectaciones de derechos humanos es baja, pero que en los hechos opera como “caldo de cultivo” que prepara el camino para violaciones abiertas.

¿Qué discursos en la *praxis* institucional –y en la teoría– están dando cobertura a la violación de derechos humanos? ¿De qué discursos depende el *quantum* y el *qualitur* de realización y vigencia de derechos humanos? ¿Qué hojarasca discursiva impide una mejor visualización de la afectación de derechos humanos en el sistema penal juvenil?



O, lo que es igual: ¿qué discursos impiden o coartan mejores niveles de vigencia del garantismo penal, que es también un discurso?

Este tema forma parte de uno más general que se refiere al complejo entramado de discursos que operan en el campo semántico del derecho, que lo determinan y fijan sus condiciones. Allí, se propone ver de qué manera el discurso jurídico los “entrelaza y criba”, a decir de Marí. Éste será el campo de mi reflexión de hoy, donde las preguntas a contestar son: ¿de qué manera ciertos discursos (no jurídicos, propiamente) impulsan, promueven, articulan y orientan la intervención punitiva sobre los jóvenes?; ¿cómo fijan las condiciones de esa intervención y cómo contribuyen a regular su intensidad?; ¿qué discursos compiten –y cómo lo hacen– con las normas jurídicas o discursos jurídicos que proveen de garantías ante el sistema penal juvenil?; ¿es posible ensayar una hermenéutica de los discursos que acolchonan, amortiguan o anestesian la violación de derechos humanos, o que provocan fisuras o resquebrajamientos en el garantismo penal, haciéndole perder eficacia en su función de contención y limitación del poder punitivo que se ejerce sobre los jóvenes?

Todo esto supone que los juristas y los saberes que discurren en lo cotidiano del sistema penal juvenil acceden a un campo más general y común de problemas; para, desde allí, posicionarse y lograr referencias más adecuadas para visualizar afectaciones a derechos humanos de los jóvenes. Debemos convocarnos a pensar en términos más complejos, algo tan complejo como el sistema penal juvenil: su operativa, sus ideologías y discursos.

### 3. Discurso y realidad

El garantismo penal es un discurso jurídico. Para ver cómo se realiza en la realidad o cómo se vincula con la realidad y con otros discursos hemos de comenzar por salir de él. Éste es un planteo que nos lleva a operar en el plano epistemológico con el cual pretendo operar en el terreno *extrasistemático*. Es decir, acceder a un descampado jurídico que me genere la necesidad de elaborar otras conceptualizaciones, que llenen los intersticios que quedan entre el saber jurídico y otros. Y, desde ese *descampado*, convocar otros saberes y encontrar códigos comunes. La relación entre saberes, desde lo *intrasistemático* –propio de cada saber– es de dominio; la relación entre saberes en el *descampado* epistemológico es de recíprocos requerimientos, de complementariedad. En el *descampado* existe la necesidad de entablar relaciones sinérgicas entre saberes.

Institución y discurso. Ninguna institución hace exactamente lo que dice, ni dice exactamente lo que hace. Si se nos dice –parafraseo a Zaffaroni– que el cordero es un animal que tiene pelos, colmillos, mirada astuta y maligna; y que, de cuando en cuando aúlla, corremos el riesgo de que nos coma el lobo. Andar sólo por el campo de los fines explicitados de las instituciones de control social juvenil es caminar por un mundo *virtual*. Tarde o temprano vivimos la desagradable experiencia de aterrizar en su reali-

dad. Y ocurre que no estamos equipados para pensar esa realidad de la que el discurso no nos informa; estamos en el *descampado*.

Tengamos presente, además, que la vinculación entre discurso y realidad no sólo es perceptible en términos de coincidencia y contraste. El discurso jurídico penal –como todo discurso– también construye realidad, con lo cual desplaza o contamina otras intervenciones sobre la realidad. Es en este punto mismo donde debemos ubicar la vieja cuestión de las “ciencias auxiliares” del Derecho Penal, en especial la Criminología, y resolver lo siguiente: si el criminológico ha de discurrir *más acá* de la definición legal, o, por el contrario, debe desplazar su mirada hacia los procesos de definición del delito y del *delincuente*,<sup>3</sup> esto es, operar *más allá* de la definición legal. Hay que resolver si los saberes del sistema penal juvenil operan cautivos de la definición del crimen o rompen con ella y miran lo que ella excluye. Se trata de compartir territorios ónticos con ellos, respetando particulares accesos y no de quedar bajo el ala de la construcción punitiva de los conflictos sociales. Esto implica revisar la *cuestión criminal*.

Debemos pensar en términos *complejos*. Sugiero, primero, pensar en términos de paradigmas para desde allí mirar al sistema penal juvenil y su relación con el garantismo penal y los derechos humanos.

#### 4. Paradigma I: la cuestión criminal

Hoy, definitivamente, se ha problematizado la cuestión criminal. Ha pasado mucha agua bajo el puente y ya no es posible operarla y discurrir sobre ella con la simplicidad que lo hacíamos hace veinte años. Y creo que esa problematización llega algo más tarde y distinto al ámbito de los jóvenes. Llega algo tarde con respecto a lo que ha ocurrido con los mayores, aunque más vale tarde que nunca. Y también llega distinto: en el caso de los mayores, primero se problematizó la cuestión en la criminología o en la política criminal, y luego llegó al derecho, al garantismo penal; en el caso de los jóvenes, primero se problematizó el derecho de los menores y luego, la cuestión criminal, aunque en realidad, aún se está problematizando.

Esta asimetría se recoge en las que a mi juicio son las dos grandes obras colectivas de la criminología y el derecho penal latinoamericano: *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina*, dirigida (coordinada) por Eugenio Raúl Zaffaroni, y *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina*, compilada por Emilio García Méndez y Elías Carranza (edición a cargo de Mary Ana Beloff). En la primera se recogen los grandes aportes de la criminología crítica y se los inserta en el dere-

---

<sup>3</sup> Utilizo la palabra *delincuente* para aludir a él como producto institucional construido. La construcción institucional del delincuente es la que “corporiza” el crimen.

cho penal; en la segunda, por la vía del derecho se critica la situación de la infancia en América Latina –en lo que me interesa, ante el sistema penal juvenil–.

Esto nos enseña algo muy importante, que los *menores* tienen historia propia; discurrir sobre la criminalidad juvenil hoy, a fin de milenio, sin reparar en su especificidad, puede tener consecuencias desastrosas respecto de los derechos humanos. Entonces, hoy existen dos grandes enfoques de la *cuestión criminal*: el paradigma positivista y el paradigma crítico. Veámoslos a vuelo de pájaro.

El paradigma positivista parte del enfoque causal explicativo (etiológico) del crimen; recoge y realimenta la idea del delito con la que todos nos incorporamos a la vida social. Es el saber común del crimen. Parte de la base de entender que el delito ocurre por la incidencia de factores que llevan al criminal a realizarlo. En respuesta, el sistema penal reacciona contra él –ora para reprimir, ora para prevenir– en defensa de la sociedad, institucionaliza al autor, lo somete a tratamiento buscando su rehabilitación, con el objetivo de disminuir la reincidencia.

El paradigma crítico, en cambio, desplaza su mirada hacia la definición del crimen y del criminal y hacia la operativa selectiva, criminalizante y violenta del sistema penal. Se problematizan varios aspectos: la definición del crimen como hecho político de control social; la definición selectiva del criminal como hecho político y social; la eficacia del sistema porque en realidad él crea y reproduce criminalidad; en fin, la violencia del sistema.

No es lo mismo visualizar el garantismo penal y los derechos humanos desde la defensa social y su versión pública de fines de milenio, la seguridad ciudadana, asumiendo que con el sistema penal defiende a la sociedad y prevengo el crimen, que visualizarlos desde una perspectiva crítica, asumiendo –al contrario– que el sistema penal no defiende a la sociedad ni previene el crimen, sino que selecciona crímenes y criminales y reproduce criminalidad. Desde el primer punto de vista, el garantismo penal es un obstáculo que, en el mejor de los casos, interactúa con el sistema penal en un *delicado equilibrio* entre la eficiencia del sistema y las garantías. Desde el segundo punto de vista, el garantismo penal es una necesidad social y política para contener la violencia del sistema penal; en este enfoque, el garantismo penal no está en equilibrio con el sistema, sino que está en conflicto con él. Si hay algún equilibrio entre sistema y garantías es más bien dialéctico.

## 5. Paradigma II: la cuestión criminal

Como anuncié, la cuestión criminal juvenil tiene historia y contenido propios. Con la superación del paradigma tutelar hemos comprendido que el sistema penal juvenil es punitivo, pues infiere dolor, reduce groseramente espacio social y restringe severamente derechos y necesidades humanas (pautando lo punitivo desde la realidad). Hemos descubierto las *penas* de los jóvenes y la necesidad de proveerlos de garantías penales;

hablamos de derecho penal juvenil, derecho procesal penal juvenil y derecho de la ejecución de la *pena* juvenil.

Pero, además, el niño y el adolescente en infracción enfrentan a la vez al sistema penal juvenil y al mundo adulto (el sistema penal juvenil es adulto). Entonces, no se trata sólo de reproducir las garantías pensadas para los mayores en infracción ante el sistema penal juvenil, sino que se trata de desarrollar garantías específicas. Si trasladamos el garantismo penal de mayores al mundo joven sin solución de continuidad, caemos en ineficacias específicas; pero también caemos en algo más grave: utilizar un equipamiento jurídico pensado para mundos diferentes puede derivar en una suerte de terrorismo penal diferente y quizás peor que la ideología tutelar, porque negamos la condición del joven.

De allí, la necesidad de pensar estas cuestiones gobernadas por un principio de especificidad que las ata a una especie de estructura óptica (en el mejor sentido wezeliano) inconfundible: el niño adolescente como ser humano en desarrollo, en proceso de conformación de su identidad, en proceso de *duelo*, etc. El garantismo penal juvenil, para quienes discurrimos desde el mundo adulto (porque la defensa del joven ante al sistema penal juvenil es también una cuestión adulta), es un ejercicio, un difícil ejercicio de alteridad.

## 6. Paradigma III: la perspectiva axiológica

Mi propuesta de “pensamiento complejo” introduce ahora otro paquete de problemas: ¿qué está bien y qué está mal en el sistema penal juvenil?; ¿desde dónde nos posicionamos para ver lo bueno y lo malo?; ¿con qué claves de lectura valoramos al sistema penal juvenil? En la *cuestión criminal* y en la *cuestión criminal juvenil*, inevitablemente hemos hecho valoraciones. Volvamos sobre ellas, específicamente.

Ya hace muchos años, Zaffaroni convocó a pensar el Derecho Penal y la cuestión criminal desde dos perspectivas: la realidad y los derechos humanos. El Derecho Penal, como cualquier *ciencia*, requiere de una antropología, de una concepción del hombre. Desde el punto de vista jurídico, los derechos humanos consagran la tutela exigible de aquellos espacios que el ser humano requiere para su realización personal.

Es conocida la historia de los derechos humanos, planteada en tres momentos: derechos de la primera generación (individuales y políticos, *ante* el Estado), derechos de la segunda generación (económicos y sociales, *desde* el Estado) y derechos de la tercera generación (a escala planetaria). No es tan conocido otro momento de la historia de los derechos humanos, la historia de su especificación.

En la segunda mitad del siglo pasado ocurrió un doble proceso: el de la internacionalización de los derechos humanos y el de su especificación, que en buena medida han

ido de la mano. El primero fue impulsado por las Naciones Unidas, en una especie de *globalización* de la cuestión de los derechos humanos, y comenzó con la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948. En el segundo, los derechos humanos ya no son considerados o, por lo menos, no sólo son considerados ante o desde el Estado, sino a nivel de entramado social. Es decir, en conflictos que ocurren en la sociedad *civil*: por ejemplo, entre mayores y niños, ancianos y adultos, hombres y mujeres, negros y blancos, inmigrantes y nacionales, desviados y normales, presos y libres, jefes y subordinados, etc. En estas bipolaridades donde se establecen relaciones de poder, de dominación, de abuso, es que se han visualizado derechos humanos donde antes no se los percibía. Éste es el campo específico de los conflictos entre la niñez y el mundo adulto, que ha exigido una especial sensibilidad para percibir y formular derechos humanos específicos, los de la niñez y la adolescencia.

Pensar los derechos humanos en clave de especificidades, entonces, introduce otras dimensiones de complejidad: por un lado, porque estamos adoptando criterios de valoración, y por otro lado, porque esa valoración recibe un nuevo baño de complejidad, que le da otro espesor, el de su especificidad. La percepción específica de los derechos humanos demanda un ejercicio de alteridad, de percepción del otro, sin el cual el otro no es. Esta alteridad es un aspecto esencial en la percepción de la dignidad humana del niño adolescente, sin la cual la mirada desde el mundo adulto cae en el paternalismo de la doctrina de la situación irregular, o bien en nuevos terrorismos, como el que se propone desde la seguridad ciudadana y la lucha contra la delincuencia juvenil.

Entonces, cuestión criminal, cuestión criminal juvenil y cuestión de los derechos de los jóvenes se imbrican en este pensar complejo, que nos permite su mejor visualización.

## 7. “Pensar complejo” y la institución

La construcción punitiva de los conflictos sociales requiere inevitablemente una institución de control, *continentadora*. Definir una conducta como delito, adscribirle una pena, determinar un responsable y *extraer* de su medio a ese responsable supone una institución punitiva que *instituye* el conflicto (lo “expropia”) y se lo lleva para *adentro*; la institución sustrae el conflicto de su medio. Todo lo que hace después es control social, lo que se realiza bajo el signo de lo punitivo, no es política social (pese a que existen márgenes para el trabajo social en la institución, el mismo está severamente condicionado por ella y transido por lo punitivo).

Los discursos de la institución, en especial los discursos “re” –¿qué son?– siempre van a operar cautivos de lo punitivo y de esa particular aproximación a los conflictos sociales. No perciben la complejidad de los conflictos sociales, que el enfoque punitivo simplifica proponiendo cambiar a un protagonista para *solucionarlos*, y tampoco perciben la complejidad de la institución, que genera nuevos conflictos que conspiran contra

aquellos discursos "re". Una lectura de la institución desde los discursos "re" nos da una institución *virtual*, aséptica, que no existe, y que estructuralmente decodifica y pervierte esos discursos.

Entonces, aquí se percibe aquel entrelazamiento de discursos que anunciaba al principio. El discurso penal describe como delito una conducta e institucionaliza al responsable; los discursos "re" lo retoman en la institución y pretenden *cambiarlo*, trasladando al mundo del ser una definición jurídica, *corporeizándola*; y la institución, omnipresente, desnaturaliza todo trabajo orientado en el sentido "re".

En el caso de la institucionalización de jóvenes, un elemental ejercicio de *alteridad* requiere, además, percibir la específica relación entre la institución y el joven. Por ejemplo, la dimensión subjetiva de sus tiempos, la *lentitud* del tiempo del joven; lo lento que para el joven transcurre el tiempo en la institución. El encierro del joven es mucho más extenso, y por ende, mucho lo expone a un mayor deterioro.

## 8. La situación irregular encapsulada

En general, en los países de la región –con las particularidades de cada país–, en donde se ha fustigado muy duramente la doctrina de la situación irregular, estamos transitando una situación híbrida, a medio camino entre aquella y el garantismo penal, que puede caracterizarse como "situación irregular *encapsulada*". En efecto, distintos discursos que se deslizan en la *praxis* institucional actual, que tradicionalmente acompañaron a la vieja doctrina de la situación irregular, hacen que en los hechos, se la deje ingresar por la ventana al tiempo que se le cierra la puerta, hablando de garantías para el joven en infracción.

Así, por ejemplo, la existencia de jóvenes presos sin condena y la indeterminación de la privación de libertad; el cómputo de situaciones como la vagancia, el riesgo, la fuga del hogar, los "problemas de conducta", las "anotaciones", la peligrosidad, la incorregibilidad (los *refractarios*), la *incontinencia familiar*; los pronósticos institucionales; la *educatividad* de la institución punitiva; la severidad del encierro, etc., constituyen un heterogéneo, inorgánico y caótico conjunto de discursos o situaciones que hacen vano cualquier intento de introducir garantías en la administración de la justicia penal juvenil. Las garantías se escurren por ellas como el agua entre las manos.

Al entrar en crisis esas garantías, se banalizan los derechos y se los mistifica con esa hojarasca discursiva, lo que impide su adecuada visualización. En cambio, si llegamos al derecho del joven, problematizando la cuestión criminal, particularmente la cuestión criminal juvenil, específicamente, y pensando en términos más complejos la institución punitiva, tendremos una mejor base para la elaboración de un paquete de garantías individuales más eficiente.

En los años ochenta –post dictadura– se lanzó la doctrina de la protección integral de las Naciones Unidas, y se está positivizando, al mismo tiempo que se discute el alcance y la calidad de las garantías que se pretenden para la niñez y la adolescencia en infracción. Las opciones que aquí he presentado abren a la consideración un abanico de problemas que convocan a pensar en forma más compleja algo tan complejo como el sistema penal juvenil.

# ADOLESCENTES Y SISTEMA PENAL. PROPOSICIONES DESDE LA CONVENCION SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO

MIGUEL CILLERO BRUÑOL<sup>1</sup>

## 1. Introducción

Es característico de los sistemas jurídicos modernos establecer un sistema diferenciado de atribución de consecuencias jurídicas a las infracciones a la ley penal según si las infracciones son cometidas por *menores* o por adultos. Ya desde la antigüedad se aprecia la existencia de disposiciones destinadas a excluir a los niños de ciertas penas o atenuar las mismas, situación que se mantiene en la Edad Media.<sup>2</sup>

Un análisis retrospectivo general, nos permite reconocer tres grandes sistemas que se suceden y entrelazan. La primera respuesta es un régimen penal mitigado de profundas raíces históricas que se consolida con los Códigos decimonónicos que incorporan el criterio del discernimiento;<sup>3</sup> a este régimen lo sucede un sistema tutelar, entre cuyos fundamentos está responder a la antigua aspiración humanitaria de otorgar al *menor* un trato diferenciado al del adulto. Este sistema tiene cierta presencia en instituciones jurídicas del siglo XVIII, pero su máxima expresión se verifica en los sistemas tutelares de menores desarrollados a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX en toda América y parte de Europa. Durante el siglo XX se formula también un Derecho Penal Juvenil, cuyo mayor exponente se encuentra en la Ley Penal Juvenil de la ex Alemania Occidental y que pretende reunir la tradición derivada de la dogmática penal con las corrientes humanitarias y correccionalistas predominantes en los sistemas tutelares.

Este panorama general se mantiene invariable hasta la incorporación progresiva –en los sistemas jurídicos destinados a la infancia– del enfoque de los derechos humanos y, en particular, de la recepción de instrumentos específicos sobre los derechos de los niños, en especial de la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), aprobada por la Asamblea General de Naciones Unidas en 1989, que considera como niños a las personas menores de 18 años. Una clasificación, cada vez más común en la región,

---

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

<sup>2</sup> Sobre el tema véase R. Cantarero, *Derecho Penal y Procesal de Menores*, Madrid, Montecorvo, 1985, pp. 85 y ss.; M. Barberos Santos, *Delincuencia juvenil*, Universidad de Compostela [s.l.], 1973; y J.R. Mendoza, *La protección y el tratamiento de los menores*, Buenos Aires, 1969, pp. 1-7.

<sup>3</sup> Véase A. Bunster, "Sobre el régimen tutelar para menores infractores", en: *Escritos de Derecho Penal y Política Criminal*, México, 1994, p. 237; y R. Cantarero, *ibidem*, pp. 92 y ss.



habla de niños y adolescentes, y entre estos últimos, quedan comprendidas las personas mayores de 12 y menores de 18 años.

Es posible afirmar que el análisis histórico jurídico aporta suficientes evidencias de que el sistema de atribución de consecuencias jurídicas a la comisión de infracciones a la ley penal, cometidas por niños y adolescentes, se ve radicalmente modificado a partir del reconocimiento progresivo de sus derechos.<sup>4</sup> En consecuencia, la argumentación que se desarrollará se basa en la observación de que el sistema de control social de las conductas penalmente punibles cometidas por niños y adolescentes se encuentra fuertemente influido –entre otras múltiples consideraciones– por la concepción jurídica dominante sobre la infancia y la correspondiente posición normativa que el ordenamiento jurídico le reconoce al niño y al adolescente.

Así, los sistemas penales mitigados y los sistemas tutelares, más allá de sus diferencias, tienen como característica común el hecho de reconocer en el menor de edad a un sujeto incapaz, definido por lo que no es, es decir, por aquello que no tiene para ser considerado jurídicamente adulto.

En el ámbito penal, la teoría de la incapacidad se expresa en la consideración del niño como inimputable y en la elaboración de un complejo sistema de control y protección en que el niño es un sujeto pasivo de la intervención del Estado, dotado de ínfimas garantías frente a un sistema judicial que investiga y resuelve sin contrapeso. Con la consolidación del sistema tutelar se sobreponen dos tipos de respuestas que, pese a parecer contrapuestas, se convierten en complementarias: la respuesta punitiva y la tutelar.

En las legislaciones de menores, especialmente en América, al amparo del positivismo naturalista<sup>5</sup> se fundamenta la aplicación de métodos propios del sistema punitivo (con fines de corrección y enmienda), que se administran en el marco de una jurisdicción centrada en la autoridad del juez y la aplicación discrecional del criterio de peligrosidad social. Además, se produce una notable confusión entre la función asistencial y jurisdiccional del Estado.

<sup>4</sup> Véase E. García Méndez, *Derecho de la infancia y adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral*, Bogotá, Forum-Pacis, 1994; P.H. Veerman, *The Rights of The Child and The Changing Image of Childhood, The Netherlands*, Martinus Nijhoff Publishers, Ad Dordrecht, 1992, pp. 3-11; G. Therborn, "Los Derechos de los Niños desde la constitución del concepto de menor. Un estudio comparado de los países occidentales", en: L. Moreno (comp.), *Intercambio social y desarrollo del bienestar*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas. Instituto de Estudios Sociales Avanzados, 1993, pp. 77-143; M. Cillero, "Leyes de menores, sistema penal e instrumentos de derechos humanos", en: *Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones de Chile en materia de derechos humanos*, Santiago de Chile, C. Medina y J. Mera editores, 1996, pp. 477-543.

<sup>5</sup> Al hacer referencia al positivismo naturalista, se alude a la corriente de pensamiento que se estructura a partir del evolucionismo sociológico de corte organicista y a las explicaciones del fenómeno de la criminalidad de la denominada "antropología criminal". Tanto en Europa como en los Estados Unidos existe evidencia de la influencia de las teorías de autores como Herbert Spencer, Cesare Lombroso, Enrico Ferri, Rafael Garófalo y otros, en el surgimiento de la legislación especial de menores a fines del siglo XIX y comienzos del siglo XX. Véase para los Estados Unidos, A. Platt, *Los salvadores de los niños o "la invención de la delincuencia"*, México, Siglo Veintiuno, 1982, pp. 44 y ss. y para el caso italiano, G. De Leo, *La Justicia de Menores*, Barcelona, Teide, 1985.

La irrupción del enfoque de los derechos humanos de los niños y adolescentes significa que aquella concepción, basada en identificar la infancia y la adolescencia con la incapacidad, ceda su lugar a una concepción del niño y del adolescente como sujeto de derecho. En el ámbito penal esta transformación se expresa en el reconocimiento de una responsabilidad especial a partir de cierta edad (inicio de la adolescencia), en el reforzamiento de la posición jurídica del niño y del adolescente ante la jurisdicción y, en general, en la incorporación de un conjunto de garantías que limitan el poder punitivo del Estado y orientan una reacción ante el delito juvenil que promueva la integración social y la vigencia de los derechos del niño y adolescente.

Un rol fundamental en esta evolución le cabe a la CDN, que constituye un “cambio de paradigma fundamental [...] un salto cualitativo en la consideración social de la infancia”.<sup>6</sup> En toda América Latina luego de la ratificación de la CDN se produce un interesante y aún inacabado proceso de reforma legislativa, uno de sus componentes principales es el establecimiento de un nuevo sistema de reacción ante las infracciones a la ley penal cometidas por adolescentes.<sup>7</sup> La clave del nuevo sistema es la incorporación de la idea de responsabilidad, de la que se colige la legitimidad del reproche jurídico de los actos constitutivos de infracciones a la ley penal aunque, simultáneamente, se reconozca la ausencia de exigibilidad de los efectos penales propios de los adultos.

El enfoque de los derechos del niño, aplicado al ámbito de las infracciones a la ley penal lleva a la proposición de un nuevo modelo jurídico, alternativo al “correcional” o “proteccional de menores”, al que es posible denominar como “modelo jurídico de la responsabilidad”, cuyo fundamento se encuentra en la *Doctrina de la Protección Integral de los Derechos de la Infancia y Adolescencia* emanada de la CDN e instrumentos afines.

## **2. Legislaciones de menores en el siglo XX. Surgimiento y crisis de los sistemas tutelares de menores**

Prácticamente toda la literatura especializada sobre el tema reconoce como el momento que marca el inicio de las legislaciones tutelares o protectoras de menores, la creación del Tribunal de Menores de Chicago en 1899 aunque, como se dijo, antes de su funcionamiento existieron múltiples expresiones de un trato diferenciado de menores y adultos en la aplicación del sistema penal.<sup>8</sup>

---

<sup>6</sup> Emilio García Méndez, *ob. cit.* p. 82.

<sup>7</sup> Ejemplos de este movimiento de reforma legislativa, son entre otras –y con distinto éxito–, las nuevas leyes de Brasil, Perú, Ecuador, Bolivia, El Salvador, Costa Rica, Venezuela, todas dictadas a partir de 1989 y bajo la inspiración de la CDN.

<sup>8</sup> Véase al respecto, A. Platt, *ob. cit.*, pp. 120 y ss.; G. De Leo, *ob. cit.*, pp. 8 y ss.; E. García Méndez, *ob. cit.*, p. 44; E. Giménez-Salinas, “La Justicia de Menores en el siglo XX. Una gran incógnita”, en: J. Bustos Ramírez (director), *Un derecho penal del menor*, Santiago de Chile, Conosur, 1992, pp. 11 y ss.; Luigi Fadiga, “Cento anni di giustizia minorile: un centenario da ricordare”, en: Cittadini in Crescita, anno 1, núm. 1, 2000, pp. 11 y ss.

El modelo desarrollado en Chicago obtiene rápida difusión y se crean prontamente, en América y Europa, sistemas de protección a la infancia que reúnen aspectos legislativos, judiciales y administrativos. El elemento distintivo de la conformación del nuevo sistema es la creación de Tribunales de Menores.<sup>9</sup> Sin embargo, estos Tribunales de Menores no responden a los principios que estructuran modernamente a los Tribunales de Justicia –en especial en el ámbito criminal–; más que Tribunales destinados a atribuir consecuencias jurídicas a infracciones a la ley, ellos se estructuran para el control/protección de una determinada categoría residual de niños que es definida como problemática o irregular.

Con este razonamiento, se desarrolla un sistema de justificación del tratamiento jurídico del conjunto de las infracciones a la ley penal con otras derivadas del riesgo social o la amenaza o violación de los derechos de los niños. La legislación asimila jurídicamente al infractor de la ley penal con el niño víctima de la negligencia familiar o el descuido social. Esta característica se encuentra, con algunas variantes de no mayor relevancia, en todas las legislaciones de la época. A modo de ejemplo se citan las siguientes disposiciones:

El Estatuto de Illinois (1907) señalaba que:

*“Es delincuente el menor que infringe cualquier reglamentación del Estado; o es incorregible; o conocidamente se asocia con ladrones; o sin justa causa, ni permiso de sus padres o guardadores, se aleja de su casa; o crece en la ociosidad o el crimen; o manifiestamente frecuenta una casa de mala reputación, o donde se venden bebidas tóxicas; o vaga de noche”.*

La Ley de Patronato Argentina (1919):

*“A los efectos de los artículos anteriores, se entenderá por abandono material o moral o peligro moral, la incitación por los padres tutores o guardadores a la ejecución por el menor de actos perjudiciales a su salud física o moral, la mendicidad o la vagancia por parte del menor, su frecuencia a sitios inmorales o de juego o con ladrones o gente viciosa o de mal vivir, o que no habiendo cumplido dieciocho años de edad, vendan periódicos, publicaciones u objetos de cualquier naturaleza que fuesen, en las calles o lugares públicos o cuando en estos sitios ejerzan oficios lejos de la vigilancia de sus padres o guardadores o cuando sean ocupados en empleos perjudiciales a la moral o la salud”.*

La Ley de Protección de Menores chilena (1928) es aplicable a los menores de 20 años que se encuentren en situaciones especiales como ser: a) menores inimputables inculcados de cometer un crimen, simple delito o falta (art.18); b) menores abandonados (art. 22); c) menores cuyos padres se encuentren en caso de inhabilidad física o moral (art. 22); d) menores en peligro material o moral –caso en que se entenderá que am-

<sup>9</sup> Los Tribunales de Menores se crean en 1905, en Inglaterra; 1908, en Alemania; 1911, en Portugal; 1912, en Francia; 1922, en Japón; 1924, en España; 1921, en Argentina; 1923, en Brasil; 1928, en Chile. En 1928 sólo dos estados de los Estados Unidos no los habían creado. Para mayor información véase: E. García Méndez, *ob. cit.*, p. 45; y A. Platt, *ob. cit.* p. 154.

bos padres se encuentran inhabilitados- (art. 22). Respecto de todos estos niños el Tribunal dispone de un mismo catálogo de medidas que incluye desde la devolución a sus padres hasta la internación en un reformatorio (art. 21).

La Ley de Tribunales Tutelares de Menores española de 1948, señala que:

*Art. 9: "La competencia de los tribunales se extenderá a conocer: [...] b) De las infracciones de cometidas por menores de la misma edad (16 años); c) De los casos de los menores de dieciséis años prostituidos, licenciosos, vagos y vagabundos siempre que a juicio del Tribunal respectivo, requieran el ejercicio de su facultad reformadora".*

*Art. 11: "Los indisciplinados menores de dieciséis años denunciados por sus padres, tutores o guardadores".*

Respecto de todos ellos es posible la aplicación de medidas privativas de libertad.

Un reflejo de la tendencia dominante en el Derecho Tutelar de Menores es la afirmación de Cuello Calón de que:

*"Tratándose de niños a quienes no se va a imponer una pena, a hacer un mal, si no a tomar una medida de protección y tutela, a tomar una medida buena, no cabe exceso ni abuso. En el bien no hay exceso".*<sup>10</sup>

En un mismo sentido se pronunciaba Jiménez de Asúa, al afirmar que:

*"Debe abolirse toda solemnidad y publicidad en el proceso [...] como no se trata de una litis no hay intervención de abogados, no cabe aquello de que haya un defensor, de que exista un juez que oiga a ambas partes. Allí no hay más que un hombre que estudia a los menores y que trata de ayudarles [al que] debe darse el más amplio arbitrio [...] para determinar la forma en que haga las investigaciones. [El Juez] no va a investigar hechos, no va a dilucidar si el crimen se cometió en tal o cual forma, si existía esta o aquella otra causa de justificación, si habían circunstancias agravantes o atenuantes. Lo que va a hacer es estudiar la personalidad del menor".*<sup>11</sup>

Este tipo de argumentos domina, por entonces, la discusión jurídica sobre el tema e incluso logra superar las dudas de constitucionalidad que se plantean ante la flexibilidad de los procedimientos<sup>12</sup> hasta que, en 1967, con la resolución de la Suprema Corte de los Estados Unidos en el caso Gault, se objeta, entre otras materias claves, la falta de garantías en el procedimiento y, en particular, la ausencia de defensa jurídica.<sup>13</sup> Esta resolución marca un hito decisivo para el inicio del desarrollo de una nueva época consagrada a fortalecer la protección de los derechos de los jóvenes.

<sup>10</sup> C. Cuello Calón, *Tribunales para Niños*, Madrid, 1917, p. 38.

<sup>11</sup> L. Jiménez de Asúa, *Cuestiones de Derecho Penal*, Quito, Talleres Gráficos Nacionales, 1953, p. 85.

<sup>12</sup> En este sentido véase Platt, A., *ob. cit.*, p. 153, en su cita a los casos de la Corte de Pensilvania y de Illinois respaldando la constitucionalidad de la Ley.

<sup>13</sup> In *Re Gault*, 378, USA, 1967, citado en A. Platt, *ibidem*, pp. 173 y ss.

El Comité de Derechos Humanos, en 1979, reafirma esta nueva doctrina. Efectivamente, el Comité dispone que lo que determina la aplicabilidad de los derechos y garantías, que deben ser reconocidos a las personas frente al sistema penal, no se mide por la circunstancia de que el derecho interno reconozca determinado procedimiento como sistema penal, ni que por medio del mismo se determine o no el carácter delictual de ciertas conductas. Lo que define la aplicabilidad imperiosa de los derechos y garantías son las consecuencias que la aplicación de ese sistema puedan implicar para el interesado<sup>14</sup> y por ello, las garantías penales, sustantivas y procesales, deben respetarse en todo proceso en que pueda afectarse a la libertad personal o aplicarse al interesado alguna otra consecuencia de tipo punitivo. De este modo, no es posible excluir a la persona menor 18 años de las garantías procesales, bajo el fundamento de que a ellas no se aplican penas sino medidas de protección. Con lo dicho, se pone término al fraude o estafa de etiquetas en que caía la legislación de menores.

También se pronuncia en favor de las garantías el Tribunal Constitucional español que, en Sentencia 36/1991, declara inconstitucional el art. 15 de la Ley Tutelar de Menores, que sustraía la aplicación de las garantías procesales de rango constitucional en los procesos seguidos a menores infractores.<sup>15</sup>

En América Latina, a las críticas constitucionales y doctrinarias, se suma la existencia de un conjunto de investigaciones sobre el sistema penal que abordan, desde una perspectiva multidisciplinaria, los sistemas de justicia en la región. Estas investigaciones revelan a la justicia de menores como uno de los sectores más deficitarios.

En 1985 el Instituto Interamericano de Derechos Humanos emite un informe<sup>16</sup> sobre los sistemas de justicia penal. En este informe se destacan, como características fundamentales de la legislación tutelar de menores, su dispersión y falta de coherencia así como la existencia de grandes diferencias entre los fines que se proclaman y los medios para realizarlos. Un ejemplo característico es que, pese a que desde hacía mucho tiempo se habían consagrado los Tribunales de Menores, no se encuentran, por entonces, lo suficientemente extendidos. Toda la argumentación que sustenta la flexibilidad de procedimientos en la supuesta especialidad del juez y de las medidas que aplica, tiene su revés más fuerte en la inexistencia de recursos para establecer tribunales y medidas especiales. Los estudios específicos sobre el sistema tutelar también revelan que, en la práctica, se trata de una justicia que no consigue, aún a fines de la década

<sup>14</sup> Así resolvió el problema de la aplicación de las garantías procesales a los menores que, por ser "inimputables", no podían ser "personas acusadas de delito", el Comité de Derechos Humanos al interpretar el art. 14.2. del Pacto sobre Derechos Civiles y Políticos, en *Salgar de Montejo con Colombia (64/1979)*, párr. 10.4, citado en: E. O'Donnell, *Protección internacional de los derechos humanos*, Lima, 1989, p. 327.

<sup>15</sup> González Zorrilla, C. "Los menores entre protección y justicia. El debate sobre la responsabilidad", en: J. Bustos Ramírez (director), *Un derecho penal del menor*, Santiago de Chile, Conosur, 1992, p. 133.

<sup>16</sup> E. R. Zaffaroni (coordinador), *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. Informe final*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (s.l.), Depalma, 1986, pp. 239 y ss.

de los ochenta, el ideal de especialización judicial y ostenta una extremada carencia de medios en los sistemas de "tratamiento especializados para menores".<sup>17</sup>

El informe de 1985 critica que se trate de una legislación basada en el concepto de "irregularidad social" –término vago e impreciso que sirve para reunir un conjunto de situaciones disímiles– y aboga por la consagración de una legislación dirigida hacia la infancia en su conjunto. Esta crítica debe unirse a la numerosa evidencia existente en cuanto a que los sistemas tutelares de menores sólo se utilizan para controlar socialmente a los sectores de niños y jóvenes pertenecientes a los sectores más marginales de la sociedad. En los aspectos normativos, como principales defectos del sistema, aparecen la falta de garantías procesales y la indeterminación de los presupuestos y duración de las medidas de protección. En general, los estudios demuestran que en el sistema tutelar de menores se aplican nociones abandonadas en la teoría penal por considerárselas contrarias a los derechos humanos. En este orden se encuentran: la responsabilidad de autor, las medidas predelictuales, los criterios de peligrosidad y los procesos inquisitivos.<sup>18</sup>

En síntesis, se puede afirmar que en la década de los ochenta las críticas al sistema tutelar de menores evidencian una crisis de legitimidad jurídica, debida a la inconstitucionalidad de sus preceptos fundamentales; y una crisis de legitimidad social, en vista de los resultados deficitarios del sistema tutelar y a partir de la conciencia –cada vez más arraigada– que lo considera profundamente discriminatorio y autoritario, destinado al control de un sector de la infancia. Asimismo, surge en el amplio universo de las ciencias sociales y de la conducta, un movimiento de aguda crítica y denuncia a los sistemas de control y tratamiento de las distintas formas de "desviación".

La crítica que emprende este movimiento demuele los fundamentos del positivismo naturalista que sustentaba, hasta entonces, el ideal de tratamiento puesto en práctica por el movimiento de los Tribunales de Menores. Obras como "*Estigma*" e "*Internados*" de Goffman,<sup>19</sup> representativas del interaccionismo simbólico, continuador de la *Escuela de Chicago*, producen un profundo impacto en la consideración de los beneficios del internamiento y la vigilancia como formas de control y tratamiento.

---

<sup>17</sup> Al respecto véase: E. García Méndez, E. Carranza (compiladores), *Infancia, adolescencia y control social en América Latina*, UNICRI/ILANUD (s.l.) De Palma, 1991. También véase: F. Pilotti e I. Rizzini, *A arte de governar crianças*, Rio de Janeiro, IIN, 1995. M. Cillero, "Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia en Chile" en: F. Pilotti (coordinador), *Infancia en riesgo y políticas sociales en Chile*, Montevideo, IIN, 1994, pp. 75-138. H.D. Mc. Kay, *Report on the criminal careers of Male Delinquents in Chicago*. Task Force Report, *Juvenile Delinquency and Youth Crime (s.f. y s.l.)*, pp. 107-13, citado en A. Platt, *ob. cit.* p. 173. M. Cillero y P. Egenau, "Administración de justicia juvenil y daño psicosocial", en: *Los Derechos del Niño en una Sociedad Democrática*, Santiago, SENAME (s.f.), pp. 272-289.

<sup>18</sup> En este sentido véase: M. Cillero "Leyes de menores, sistema penal e instrumentos de derechos humanos", en: "Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones de Chile en materia de derechos humanos", Santiago de Chile, C. Medina y J. Mera Editores, 1996, pp. 477-543; R. Schurmann, "El grado de eficiencia en Uruguay del sistema penal minoril como límite del control social"; y R. Maxera, "La legislación penal de menores a la luz de los instrumentos internacionales: el caso de Costa Rica". Ambos en AAVV, *Del revés al derecho*, Buenos Aires, UNICEF/UNICRI/ILANUD, Galerna, 1992.

<sup>19</sup> E. Goffman, *Asylums. Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Imates*, Nueva York, Doubleday, 1961; y *Stigma. Notes on the Management of spoiled identify*, Nueva York, Doubleday, 1964

En esta línea, Franco Basaglia<sup>20</sup> desarrolla en Italia una fuerte oposición teórica contra los manicomios y lleva estos conceptos a la práctica mediante el impulso de nuevas formas de intervención que rompen con los paradigmas tradicionales. En la base del pensamiento y práctica contrarios a la internación hay en Basaglia una honda crítica a la forma de construir el concepto de *marginado*, que parte del presupuesto de la existencia de “personalidades originariamente anormales” y delinea la tendencia que lleva a agruparlas bajo este concepto:

*“Entre nosotros [se entiende al] marginado como aquel que se encuentra fuera o en el límite de la norma, se mantiene en el seno de la ideología médica o judicial que consiguen abarcarlo, explicarlo y controlarlo”.<sup>21</sup>*

Para estos autores existe una relación directa entre el control de la desviación y la construcción de dispositivos médico judiciales. Nadie mejor que Foucault pone de manifiesto esta relación entre la pericia médica y el juez y, probablemente, en ningún ámbito del derecho este análisis adquiera tanta realidad como en la práctica de los Tribunales de Menores. Foucault señala que gracias a la pericia:

*“[El juez] podrá darse el lujo, la elegancia, o la excusa, como lo prefieran, de imponer a un individuo una serie de medidas correctivas, de medidas readaptativas, de medidas de reinserción. El bajo oficio de castigar se convierte así en el hermoso oficio de curar”.<sup>22</sup>*

En este contexto legislativo, científico y social, la promulgación como Ley de la CDN, que en los países de América Latina se da en el marco de los procesos de recuperación y transición democráticas, son fenómenos que confluyen hacia fines de los años ochenta y comienzos de los años noventa. Por aquellos años se provoca un movimiento de reforma legislativa que puede caracterizarse como un vigoroso proceso de expansión de los derechos humanos que favorece a las personas menores de 18 años, quienes constituyen una importante porción de los habitantes del continente.

### **3. El debate actual: seguridad ciudadana, políticas públicas y reforma legislativa**

En la realidad de América Latina es posible observar que el sistema de reacción ante la criminalidad o delincuencia juvenil es un asunto que despierta alto interés en los medios de comunicación, en los círculos científicos y jurídicos, en los estamentos políticos y judiciales, y en la opinión pública en general. Aquella crisis –ya descrita– de los sis-

---

<sup>20</sup> F. Basaglia y F. Basaglia Ongaro, La mayoría marginada. La ideología del control social, Turín, G. Einaudi, 1971.

<sup>21</sup> Basaglia y Basaglia, *ibidem*, p. 16.

<sup>22</sup> M. Foucault, Los anormales, Buenos Aires, FCE, 2000, p. 35.

temas tutelares de menores, genera dos efectos negativos de signo diverso: por una parte, una sensación de inseguridad y de impunidad frente a la delincuencia juvenil y, por otra, un descrédito de los mecanismos de reacción estatal debido a la falta de racionalidad de las sanciones y a la inexistencia de garantías.

Estos efectos tornan urgente el debate, la formulación de nuevas políticas al respecto y la reforma del sistema legal institucional. Lamentablemente esta discusión es muchas veces deformada y reducida a un debate marginal acerca de la seguridad ciudadana y a los mecanismos policiales o de corrección; parece ser que la alarma social –producida por delitos graves, desórdenes en las cárceles o centros especializados para menores– es el detonante de nuevas medidas y, lo más inconveniente, el impulso principal para nuevas propuestas legislativas.<sup>23</sup> Por ello, para enfocar adecuadamente este asunto es conveniente prescindir de esta imagen de “tema de impacto público”, objeto de múltiples interpretaciones, deformaciones y mistificaciones y adentrarse en los fundamentos más profundos del fenómeno, aquellos que permiten justificar una preocupación jurídica y política del más alto nivel.<sup>24</sup>

Los fundamentos de una política específica acerca de la criminalidad juvenil no pueden ser sino aquellos que justifican la convivencia social y el control del delito en una sociedad democrática, esto es, aquellos que remiten directamente a los elementos constitutivos del orden jurídico: el reconocimiento y la protección efectiva de los derechos, la organización del poder estatal, los modos de solución de conflictos y los límites de la intervención del Estado. En este sentido, las políticas públicas destinadas a la prevención y control de la criminalidad juvenil son mecanismos complejos que integran componentes valorativos, políticos y jurídicos, que se influyen recíprocamente.

En el plano de las valoraciones, como muy bien señala Antonio Carlos Gomes Da Costa,<sup>25</sup> sólo una sociedad que aprende a respetar a los “peores” es capaz de respetar a todas las personas. Por eso, el grado de desarrollo ético de una sociedad puede medirse según cómo trata a los considerados “peores” entre sus miembros, a los que cometen hechos definidos como contrarios al sistema normativo. De ahí, que la forma en que el sistema jurídico de control social reacciona ante la criminalidad, y en particular ante la crimi-

---

<sup>23</sup> Véase: E. García Méndez, *ob. cit.*; G. De Leo, *La justicia de menores*, Barcelona, Teide (s.f.), pp. 4 y 5. Igualmente la mayor parte de los estudios existentes sobre historia de las leyes de menores revelan como uno de los fundamentos para las reformas legislativas es la existencia de indicios de aumentos en la criminalidad juvenil. Véase: M. Cillero, *ob. cit.*; A. Platt, *ob. cit.*; y, E. García Méndez y E. Carranza, *ob. cit.*

<sup>24</sup> Lechner plantea que el miedo a la violencia delictual puede ser, más allá de su dimensión real, el reflejo de los miedos interiores de una sociedad. Probablemente ninguna representación del imaginario colectivo es tan funcional a esta interpretación como la delincuencia juvenil, que resulta emblemática –por su irracionalidad e imprevisibilidad– de una sociedad que se tensiona por una violencia sin sentido, de la cual se ignoran sus causas reales y que brota, según las explicaciones dominantes, desde la sociedad, la ciudad y las familias con una fuerza que parece irresistible. Ésta puede ser una explicación del impacto social de los hechos delictivos cometidos por los adolescentes y su fuerte repercusión pública, que en muchas ocasiones excede los marcos de proporcionalidad respecto de la preocupación por la criminalidad adulta, la corrupción, el comercio ilícito de drogas y otras expresiones de violencia que afectan a nuestra región. Para una mayor profundización sobre el tema: N. Lechner, *Los patios interiores de la democracia. Subjetividad y política*, México, FCE, 1988.

<sup>25</sup> Distinguido educador del Brasil, experto en políticas de infancia.



nalidad juvenil, es un reflejo del grado de respeto que la sociedad tiene por la dignidad personal de sus miembros y un indicador del grado de desarrollo de su sistema jurídico.

Una segunda valoración recae sobre la consideración del adolescente infractor. Durante mucho tiempo, en especial en el siglo XX, este asunto divide las opiniones de los especialistas. En un extremo, se ubican los que califican al adolescente como culpable y peligroso por lo que es lícito (y ven necesario) castigarlo y reprimirlo; en el otro extremo, la posición se estructura sobre la consideración del adolescente infractor como una víctima del abandono social y, por lo tanto, debe ser protegido y, eventualmente, corregido. El contenido de estas valoraciones define el carácter y el énfasis de los sistemas de reacción ante la criminalidad juvenil.

El componente político refiere a la relación concreta, jurídicamente determinada, entre el adolescente y el Estado que se replantea a partir de la CDN, pues regula en forma expresa los derechos de niños y adolescentes ante el sistema de reacción y control de las infracciones a la ley penal. Esta relación entre el adolescente y el Estado se vincula con las concepciones acerca del orden y con el respeto a las normas de convivencia socialmente aceptadas, a su vez, se relaciona también con los sistemas sancionatorios establecidos jurídicamente.

Sin embargo, la democratización de la sociedad lleva a que la cuestión de la conformación del orden pase desde la esfera exclusivamente político estatal a la social –al control de la sociedad desde sus raíces– y que este orden tenga representaciones normativas e institucionales, es decir, que se exprese a través de estructuras jurídicas.<sup>26</sup> En consecuencia, bajo el concepto de orden subyacen, conjunta e indisolublemente, aspectos sociales, políticos y jurídicos.

Siguiendo esta argumentación, el problema de la construcción del orden, y en particular de la respuesta a las transgresiones al orden social y a la violencia, puede articularse desde una concepción jurídico normativa que tiene dos fundamentos: el poder y los derechos de las personas. Los sistemas de reacción y control social de la delincuencia pueden clasificarse según el elemento predominante.

Un sistema que pone el énfasis en el concepto de soberanía, entendida como autorización a la autoridad para el uso de la fuerza, tenderá hacia formas autoritarias de con-

---

<sup>26</sup> Véase: D. Melossi, *El Estado del control social, México, Siglo Veintiuno, 1992, pp. 15-20. En este argumento Melossi se basa en Kelsen que establece como única definición posible de "Estado" la que se fundamenta en una conceptualización jurídico normativa de éste. Kelsen refutó la aspiración de los sociólogos de distinguir entre "Estado jurídico" y "Estado sociológico", argumentando que: "de modo especial puede decirse que las acciones humanas no son consideradas como 'Estado' más que en el caso que el criterio valorador sea el orden jurídico normativo estatal. Según esta teoría (sociológica) existe un 'Estado', desde el punto de vista 'sociológico'—es decir, como complejo de un específico obrar común—, en tanto que determinados hombres orientan su obrar en el sentido de representarse que existe el Estado como orden jurídico normativo, es decir, de admitir que hay un sistema de normas dotadas de validez ideal [...] En lugar de la contraposición corriente de Derecho y Estado, se ofrece aquí la distinción entre un 'Estado jurídico' y un 'Estado sociológico', concluyendo que 'nada puede justificar una terminología que designa con la misma palabra dos objetos supuestos totalmente como diferentes'. Sobre el tema, también véase: H. Kelsen, *Teoría general del Estado, México, Editora Nacional, 1979, pp. 24-25.**

tol reactivo que se centran en la idea del poder de la autoridad para inhibir o censurar las conductas de los sujetos; por el contrario, un sistema que se base en las ideas de ciudadanía, de los derechos de los individuos, tenderá hacia formas de control social activo, que buscan producir un comportamiento en lugar de prohibirlo.<sup>27</sup>

El sistema tutelar de menores negaba o debilitaba el carácter de ciudadanos de los niños y los adolescentes, por lo que eran sometidos, en general, sin contrapeso ante un sistema autoritario centrado en reprimir sus actos ilícitos y promover, por la vía de tratamientos coactivos, la modificación de su conducta.<sup>28</sup>

La historia política muestra que existe una tensión permanente entre “poder soberano” y “derechos de los individuos”, entre violencia legitimada por el derecho y derecho a limitar la violencia.<sup>29</sup> Los niños, en la medida en que la CDN refuerza su posición jurídica de sujetos de derecho, pueden aspirar a transitar desde sistemas autoritarios que actúan ilimitadamente sobre su persona y derechos, hacia sistemas limitados por un conjunto de garantías que sirvan de control a la actuación del Estado.

En el contexto latinoamericano, algunos de los componentes fundamentales de una política específica destinada a los adolescentes infractores son: estimular la construcción del orden pacífico –en oposición al orden de la violencia que impone la criminalidad– y consolidar el orden democrático –en oposición al orden autoritario impuesto por legislaciones basadas en la idea del niño como un sujeto incapaz–. Se trata de una política jurídica basada, en primer lugar, en el reconocimiento del derecho de todas las personas a la protección jurídico estatal frente a actos de violencia y, como consecuencia de ello, en el reconocimiento del derecho de los niños a limitar y oponerse jurídicamente a la pretensión estatal de castigarlos o corregirlos. En síntesis, se trata de la creación de un sistema de garantías, tanto para los autores, como para las víctimas.

Sin embargo, el potencial transformador político jurídico de la CDN no se agota en el reconocimiento de un catálogo de derechos. Permite, además, enfrentar el problema de las infracciones a la ley penal desde la perspectiva de la participación del niño y del adolescente en la vida social y de su evolución progresiva como “ciudadano” con derechos y responsabilidad. En este ámbito, se considera que el logro del desarrollo y la in-

---

<sup>27</sup> Sobre el control social activo y reactivo, véase D. Melossi, *ibidem*, p. 17.

<sup>28</sup> En este plano se han aplicado preferentemente técnicas provenientes de la criminología positivista de imposibilitar al delincuente, amputándole las características que lo llevan a delinquir, o bien, las técnicas correccionales centradas en el ideal de rehabilitación. Al respecto véase: N. Morris, *El futuro de las prisiones, México, Siglo Veintiuno, 1978*; A. Platt, *ob. cit.*; R.E. Zaffaroni, *Criminología. Aproximación desde un margen*, Bogotá, Temis, 1993; y el clásico de M Foucault, *Vigilar y castigar*, México, Siglo Veintiuno, 1975.

<sup>29</sup> La relación entre violencia y reacción estatal, la ponen de manifiesto diversos enfoques de justificación de la actividad punitiva del Estado. Hegel afirma que “la violencia se anula a través de la violencia; por tanto ella no está condicionada jurídicamente, sino necesariamente; es decir, como segunda violencia ella es la eliminación de una primera violencia”, G. F. Hegel, *Fundamentos de la Filosofía del Derecho*, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1987, parág. 93. E. Resta, por su parte, pone de relieve el carácter ambivalente de la violencia, asimilándola al “pharmakon” griego: la violencia como veneno y como antídoto, “la violencia del soberano [...] como el único remedio, el único antídoto eficaz contra la violencia”. Sobre esta postura, véase: E. Resta, *La certeza y la esperanza. Ensayos sobre el derecho y la violencia*, Buenos Aires, Paidós, 1995, pp. 28-30.

tegración social del adolescente requiere la adquisición progresiva de un sentimiento de propiedad y responsabilidad por los propios actos, que debe favorecerse a través de un sistema de reacción formalizado frente a las infracciones a la ley penal.

Estas razones, contenidas en la CDN, constituyen la orientación clave de cualquier conceptualización sobre el tema, no sólo por su valor jurídico de garantía en el ámbito de los límites al poder punitivo, sino también, por su valiosa contribución para el desarrollo de una respuesta social que favorezca la integración del adolescente infractor y la convivencia social.

Así, frente al modelo de "Ley y Orden" que a veces se impulsa a cualquier costo (rebajas de la edad de la imputabilidad, ingreso de adolescentes a cárceles de adultos, desconsideración de factores sociales), la CDN insinúa la existencia de una solución diferente que pasa por una redefinición del tema de la "seguridad ciudadana" como un problema de reconstrucción de la convivencia en un orden que, si bien puede tornarse severo en algunos casos, se funda en el reconocimiento de la dignidad humana y de la resolución jurídica y legítima de los conflictos originados en la vida social; un orden social en que el niño y el adolescente son reconocidos, en todos los ámbitos, como sujetos de derechos y de responsabilidad.

Otro criterio de análisis importante es que el fenómeno de la delincuencia juvenil se debe abordar desde el ámbito jurídico de los derechos civiles y políticos y no desde el de los derechos sociales y de la justicia social. Éste es un rasgo central en el modelo de responsabilidad que deriva de la Convención y demás instrumentos de derechos humanos, pues marca la diferencia con la fundamentación jurídica usada normalmente para conceptualizar el problema de los llamados "menores infractores" en las leyes de menores de la región. La realidad de la región nos muestra que, bajo los fines asistenciales, concurren mecanismos de "protección" disímiles que van desde el apoyo social hasta la privación de libertad.<sup>30</sup>

Esta confusión de planos provoca un doble ocultamiento, por un lado el discurso asistencial social niega el control jurídico penal y por otro lado el discurso jurídico protectorial niega los conflictos jurídicos reales, al asimilar, bajo el concepto de irregularidades, situaciones tan diversas como el abandono y la infracción a la ley penal.

Al develar el contenido –y el rol– económico social de las leyes de menores, es posible separar el ámbito judicial del ámbito de las políticas sociales y por eso se promueve la desjudicialización de la resolución de conflictos de exclusivo contenido económico social. Posibilita también la separación de competencias penales y protectoriales que, en el ámbito judicial y administrativo, tradicionalmente se encuentran confundidas.<sup>31</sup>

<sup>30</sup> Un caso extremo en ese sentido lo constituía Chile, que debió dictar en 1994 una ley específica que prohibiera el ingreso de personas menores de 18 años en cárceles de adultos por motivos de "protección", situación que se producía al amparo de la Ley de 1967, aun cuando el adolescente o niño no haya sido siquiera imputado de haber cometido un ilícito penal.

<sup>31</sup> Para una mayor precisión, véase: J. Couso, "Problemas teóricos y prácticos del principio de separación de medidas y pro -

Por tal motivo es importante reformar las políticas y la legislación destinadas a las infracciones a la ley penal, y hacer esto desde la perspectiva de los derechos civiles entendidos en un contexto social también regido por derechos sociales. Al centrar el punto de vista en los derechos civiles, se hace necesario construir un sistema de garantías que regule los límites de la actuación del Estado: cuáles son sus presupuestos y la licitud o ilicitud de los mecanismos que utiliza.

En resumen, la política pública específica para la prevención y reacción ante la criminalidad juvenil pasa, necesariamente, por el restablecimiento del principio de legalidad<sup>32</sup> y la construcción de un complejo sistema de garantías para la adjudicación de consecuencias jurídicas a los adolescentes que sean declarados responsables de cometer actos considerados en la ley como infracciones a la ley penal. Este sistema de garantías permitirá orientar y limitar las decisiones del Estado, y se constituye en un marco de referencia de gran utilidad para el resto de las políticas públicas. El marco asistencial aplicado a la criminalidad juvenil, en cambio, no permite tomar decisiones jurídicamente racionales.

No existe fundamento para "asistir" mejor, más o menos, al autor de un homicidio que al de un hurto; en la lógica asistencial, el hecho cometido –la violación de un bien jurídico protegido por el sistema penal– es indiferente, es un mero síntoma de la desviación del sujeto e, incluso, no es exigido como requisito para legitimar la intervención del Estado. Lo que interesa para la asistencia es determinar las necesidades para, según su carácter, proveer beneficios sociales.

#### **4. El aporte de la Convención sobre los Derechos del Niño: el modelo jurídico de la responsabilidad de los adolescentes**

El enfoque de los derechos del niño llevado al ámbito de las infracciones a la ley penal permite superar la crisis a la que había llegado la justicia tutelar de menores. Este enfoque vehiculiza la proposición de un nuevo modelo jurídico al que es posible denominar como "modelo jurídico de la responsabilidad", cuyo fundamento se encuentra en la *Doctrina de la Protección Integral de los Derechos de la Infancia y Adolescencia*. En América Latina se dio el nombre de *doctrina de la protección integral* al conjunto de principios, directrices y derechos contenidos en los instrumentos internacionales de las Naciones Unidas para la protección de los derechos de la infancia. En general se reco-

---

gramas. *Entre la vía penal juvenil y la vía de protección especial de derechos*, en: AAVV, *De la tutela a la justicia*, Santiago de Chile, Opción/UNICEF, 1998, pp. 71 y ss.

<sup>32</sup> La vigencia del principio de legalidad es clave porque en el sistema de control penal positivista a través de la pericia se legitima "en la forma de conocimiento científico, la extensión del poder de castigar a otra cosa que la infracción", M. Foucault, *Los anormales*, ob. cit., p. 31.

nocen cuatro instrumentos como los que configuran esta nueva doctrina que viene a reemplazar a las antiguas concepciones sobre la infancia. Ellos son:

- 1) La CDN, de 1989, que por la universalidad de su contenido y rango normativo es el instrumento de mayor jerarquía y ordenador del conjunto.
- 2) Las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing), aprobadas por resolución 40/33 de la Asamblea General del 29 de noviembre de 1985.
- 3) Las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad (Reglas de Riad), aprobadas por resolución 45/113 de la Asamblea General del 2 de abril de 1991).
- 4) Las Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil de 1991 (Directrices de Riad) aprobadas por resolución 45/112 de la Asamblea General del 2 de abril de 1991).

El punto de partida del modelo de la responsabilidad basado en la CDN es la consideración del niño y del adolescente como sujeto de derecho al que se le reconoce una particular posición ante el sistema normativo. Esta posición surge de los instrumentos particulares de derechos humanos. En la estructuración de este modelo es esencial considerar que sólo es aplicable a los adolescentes, no a los niños, ya que ellos, de acuerdo con la propia CDN, deben ser excluidos de toda reacción a través del sistema penal (art. 40.3.a).

El modelo emanado de la Convención supera propuestas garantistas limitadas, como las del derecho penal juvenil tradicional o las de un derecho penal mínimo de menores, porque les agrega una concepción jurídica –reconocida normativamente– del sujeto a quien se aplica: el adolescente. No es posible construir un derecho penal mínimo para adolescentes, que reconozca todas las limitaciones y garantías, sin una correcta comprensión del *status* jurídico del adolescente ante el Estado.

Este aporte insustituible de la CDN es recogido por los códigos, estatutos o leyes integrales para la infancia y adolescencia dictadas en América Latina, que aportan un reconocimiento explícito de la situación jurídica del niño y del adolescente ante el Estado, la familia y la sociedad. Los componentes esenciales del *status* jurídico de los niños y adolescentes son: su posición frente a las normas que prohíben –bajo la amenaza de la pena– la realización de determinados ataques a bienes jurídicos y las consecuencias que se derivan de la realización de ese particular grupo de actos.

Sin embargo, estas definiciones no pueden desvincularse de la situación global de niños y adolescentes ante el derecho en una sociedad determinada; la cuestión de las reacciones ante la delincuencia juvenil no es un asunto que se pueda resolver, exclusivamente, desde la teoría del derecho penal y sus límites sino que debe abordarse en el marco de una perspectiva jurídica, social y política amplia. Esta perspectiva es la que constituye lo que modernamente se entiende por Estado Constitucional de Derecho. Si el sistema de

reacción ante la delincuencia juvenil se limita a señalar la inimputabilidad para efectos penales, y no considera la perspectiva jurídica del adolescente como sujeto de derecho dotado de una cierta autonomía en el ejercicio de sus derechos, se estructura una respuesta jurídica que se desentiende del acto ilícito y se centra en consideraciones psicologistas del sujeto, de su capacidad de querer o de entender, de su "peligrosidad".

La ausencia de una verdadera política jurídica y social, destinada a proteger y favorecer el ejercicio de los derechos de los niños y adolescentes, produce una hipertrofia de los sistemas de control y reacción ante la delincuencia juvenil que excede los límites de su acción hacia ámbitos sociales y, en pos de una supuesta función educativa, pretenden convertirse en sistemas complejos orientados a lograr la socialización adecuada de niños y adolescentes definidos como desviados o necesitados.<sup>33</sup> De este modo no se sancionan hechos sino la subjetividad desviada de la persona,<sup>34</sup> el reproche implícito en la atribución de medidas a los inimputables, sea que se las llamen educativas o sanciones, se desplaza del acto al autor, de la desvalorización de un acto concreto del adolescente hacia el reproche de sus características personales.

Esta concepción deriva en sistemas de control que pueden ser más o menos humanitarios, según las circunstancias en que se apliquen, pero que, por lo general, privilegian la segregación del sujeto de su medio social cuyo reintegro sólo podrá (o debería) producirse una vez que el sistema haya logrado corregir o amputar las características inadecuadas o desviadas por las que se dispuso su ingreso.<sup>35</sup>

Como se revisó, el sistema tutelar de menores contiene gran parte de estas ideas; también ellas se pueden encontrar en el sistema de derecho penal juvenil alemán. Este último, si bien se basa en las ideas de responsabilidad juvenil y protección de bienes jurídicos, justifica la intervención estatal por fines educativos. Así, se ve debilitado el régimen de garantías al no reconocer, en los derechos del joven, los límites a la intervención estatal sino que los desprende de los fines educativos del propio Estado: el Estado puede intervenir en cuanto estime que puede educar.

Este debilitamiento del régimen garantista se revela, por un lado, en la existencia de disposiciones sobre la imposición de las penas en las que se prescinde del hecho y se

---

<sup>33</sup> Ya V. Listz en 1892 dejaba de manifiesto el problema al señalar que "no se puede dudar de que la bondad del mejoramiento es independiente de la perpetración de una acción punible. ¿No es más que equivocado impartir únicamente el cuidado estatal a aquellos que han caído en delito?". Citado por P.A. Albrecht, *El derecho penal de menores*, ob. cit. p. 95.

<sup>34</sup> Ferrajoli desarrolla ampliamente lo que denomina una epistemología inquisitiva o genéricamente antigarantista que se "reflejan en una desvalorización del papel de la ley [...] que desembocan en una disolución del propio comportamiento criminoso como presupuesto de la pena hasta identificar más allá de aquél, al tipo de sujeto o de autor como delincuente desde un punto de vista ético, naturalista o social, y en todo caso, ontológico". L. Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995. pp. 41 y ss.

<sup>35</sup> Ferrajoli describe tres vertientes doctrinarias de estas ideas: las doctrinas pedagógicas de la enmienda, las doctrinas terapéuticas de la defensa social y las del pragmatismo teleológico resocializador entre los que ubica a Von Listz. "Los resultados de estas tres tendencias doctrinales son singularmente convergentes. Los tres consideran el delito como patología, poco importa que sea moral, natural o social y las penas como terapia política a través de la curación o la amputación". Ferrajoli, *ibidem*, pp. 264-270.

enfoca en el autor, por lo que –según Maurach– la pena juvenil pasa de ser una pena de acto a una pena de autor; y por el otro, paradigmáticamente, su debilitamiento se revela en la consagración de penas indeterminadas, que se justifican por ser consideradas la expresión de la adaptación del sistema penal a metas preventivas especiales en el marco educativo.<sup>36</sup>

En cambio, si el sistema de reacción ante las infracciones a la Ley Penal se encuentra en consonancia con una verdadera teoría de la “ciudadanía” de la infancia y la adolescencia expresada en el reconocimiento de derechos ante el Estado y del derecho a participar como un sujeto activo en las decisiones que lo afectan, se tendrá un sistema basado en la existencia de garantías específicas que orientan y limitan el control del Estado. Esto significa una creciente diferenciación del derecho de la infancia y adolescencia y un repliegue de la intervención coactiva penal del Estado que, en este contexto, sólo puede operar, como máximo, ante las mismas conductas que autorizan su intervención en el caso de los adultos, e idealmente, debería reducir aún más su intervención y limitarla sólo a hechos que, siendo posibles de punir en el sistema de adultos, tengan especial significación antijurídica para los adolescentes.

Por su parte, y esto es lo más innovador y difícil de lograr, el objetivo de la intervención pública será el desarrollo de la responsabilidad y el fortalecimiento del sujeto para que pueda ejercer adecuadamente sus derechos y cumplir con las obligaciones emanadas de los derechos de las demás personas (art. 40 de la CDN), es decir, promover lo que Albrecht llama el “comportamiento legal”, en lugar de la “socialización” o reeducación, que no son fines que, legítimamente, puedan obtenerse con recursos propios del derecho penal.<sup>37</sup>

El modelo jurídico de la responsabilidad supone que, en un ámbito paralelo y diferenciado, el sistema jurídico desarrolle mecanismos que garanticen a los niños y adolescentes el ejercicio integral de sus derechos, es decir, su desarrollo integral a través de un conjunto de dispositivos que no tienen relación alguna con el sistema de adjudicación de responsabilidad por infracciones a la ley.

El segundo elemento central de la propuesta de la CDN se deriva del reconocimiento que los derechos subjetivos de niños y adolescentes importa un límite para el Estado,

<sup>36</sup> R. Maurach, *Tratado de Derecho Penal*, Barcelona, Ariel, 1962, pp. 603 y ss. En una visión más reciente y crítica de la legislación alemana Albrecht señala que la consagración legal de la pena de menores relativamente indeterminada (de 6 meses a 4 años) es un símbolo “del derecho penal educativo de autor” de la Ley alemana. Este tipo de pena, desconocido en el derecho penal general, lo introdujo el legislador nacionalsocialista, y tiene por presupuestos las “tendencias dañinas” del penado y la imposibilidad de determinar “qué tiempo es requerido para educar al menor”. Sostiene también que la indeterminación de la pena es un mal adicional al de la pena, utilizado en los casos en que parece que los jóvenes no serán influenciados por el sistema. Concluye recomendando su extinción ya que es una norma cuestionable en un Estado de Derecho. Sobre el tema, véase: P.A. Albrecht, *El derecho penal de menores*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1990, pp. 351 y ss.

<sup>37</sup> P.A. Albrecht, “Respecto del futuro del derecho penal de menores –peligros y chances–”, en J. Bustos (director), *Un derecho penal del menor*, ob. cit., p. 63. “El único objetivo defendible constitucionalmente del derecho penal de menores es la dirección parcial del comportamiento en el sentido del comportamiento legal. Desde una perspectiva científico social esto último no es ‘educación’(socialización) sino exclusivamente control social”.

de modo que el sistema de reacción ante las infracciones a la ley penal se construye a partir de la identificación del sistema de responsabilidad con un sistema de garantías. Se entiende por tales en este trabajo, según las define Ferrajoli, los vínculos normativos idóneos para asegurar efectividad a los derechos subjetivos.<sup>38</sup> Los derechos subjetivos que hay que asegurar o proteger efectivamente son, además de los derechos humanos que al niño le corresponden por ser persona humana, los que se agregan por el hecho de ser niño.

Propongo el nombre de “modelo jurídico de la responsabilidad” por dos razones: la primera, y menos importante, para distinguirlo de cualquier rastro positivista de responsabilidad social y enfatizar el carácter jurídico de la intervención frente a los modelos asistenciales, terapéuticos o educativos; la segunda, y fundamental, porque la idea de una responsabilidad jurídicamente definida exige considerar integralmente la condición jurídica del niño, el conjunto de sus derechos y obligaciones y el de sus relaciones con el Estado, la familia y la sociedad.

## **5. Los fundamentos del modelo jurídico de la responsabilidad**

### **5.1. El niño sujeto de derechos. Principio de la progresividad. Distinción entre niños y adolescentes**

Mucho se ha proclamado que la CDN y las legislaciones que la implementan permiten que el niño deje de ser un objeto de protección y se constituya en sujeto de derechos. Al aplicar esta idea a los infractores de la ley penal hay que señalar no sólo que el niño es portador de derechos sino, además, que el ejercicio de esos derechos es progresivo según la evolución de sus facultades (art. 5 de la CDN). De modo que a la progresiva autonomía en el ejercicio de los derechos va unida una creciente responsabilidad por sus actos.

Si el niño es sujeto de derechos y los ejerce autónomamente de un modo progresivo según la evolución de sus facultades, también su responsabilidad es progresiva. Aquí se trata de valorar o juzgar los actos de los niños en relación con su realidad jurídica y no en comparación con la de los adultos, por lo que ya no es posible considerar, como lo hacen las *leyes de menores* –basadas en la idea de incapacidad–, que existe una inimputabilidad jurídicamente equivalente entre los 0 y los 18 años (o respecto de cualquier otra edad que se establezca).

Ante el derecho penal de adultos, tan inimputable es una persona de 3 años como la que se encuentra en el límite superior del rango de la inimputabilidad; en cambio, ante

---

<sup>38</sup> L. Ferrajoli, *ob. cit.*, p. 28.



el derecho de la infancia y la adolescencia, muy diferente es su situación jurídica tanto en sus derechos como en su responsabilidad. Para una mayor precisión conceptual, la CDN establece que debe ser garantizado por los Estados "el establecimiento de una edad mínima antes de la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad para infringir las leyes penales" (art. 40.3.a). Este límite no se refiere al asunto de la imputabilidad penal de adultos sino al de la atribución de un hecho material a un niño. Esto es así porque, según se desprende del art. 40.1, se supone la distinción entre infringir la ley penal y ser responsable de su violación.<sup>39</sup>

La interpretación conjunta de estas disposiciones permite aseverar que la idea de una franja de responsabilidad especial se encuentra contenida en los instrumentos internacionales sobre los derechos de la infancia, que recomiendan que, bajo cierta edad, se declare que existe incapacidad de realizar actos típicos (violar la ley en un sentido objetivo o material) y que sobre esa edad, y hasta la edad de 18 años, se establezca un sistema de responsabilidad especial.

Para recoger esta distinción jurídica en América Latina se desarrolla, como se dijo, una tendencia legislativa de diferenciar entre niños, generalmente hasta los 12 o 14 años, y adolescentes, para los mayores de esas edades y menores de 18 años. El modelo jurídico de la responsabilidad se basa en esta distinción y por ello sólo es aplicable a los que la ley califica como adolescentes; se hace necesario, además, que se declare que son incapaces de infringir la ley penal a los niños (menores de 14 o 12 años) y se garantice que sólo se les podrá aplicar a los adolescentes las medidas derivadas de la declaración de su responsabilidad por la infracción a la ley penal.

## 5.2. El principio de la atribución de responsabilidad por actos determinados legalmente

El segundo fundamento del modelo es el reconocimiento de que el mismo se estructura sobre la técnica jurídica de asignar o atribuir determinadas consecuencias a ciertos hechos. Es decir, se está en presencia de un sistema formalizado (judicial) de atribución de responsabilidad por la participación en un hecho legalmente descrito. Esta responsabilidad se traduce en la aplicación de determinadas consecuencias jurídicas contenidas en la ley, a las que comúnmente se las denomina medidas o sanciones.

La nueva tendencia legislativa, que se expande en América Latina desde la ratificación de la CDN, tiende a afirmar la responsabilidad del adolescente, intentando "reconciliar" su derecho a la protección con el carácter de titular en el ejercicio de sus derechos.<sup>40</sup>

<sup>39</sup> Para la historia de la redacción de esta parte del art. 40 véase: Sh. Deetrick, *The United Nations Convention on The Rights On The Child, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1992, pp. 478-479.*

<sup>40</sup> Al respecto véase el interesante trabajo de J. Eekelaar, *"The Interests of The Child and The Child's wishes: The role of Dynamic self-determinism"*, en: *The Best Interests of The Child (s.l.) UNICEF/Oxford University Press, 1994, pp. 42-61.*

Se superan, de tal forma, los sistemas tutelares basados en las ideas de irresponsabilidad y educación. En el ámbito penal esto se expresa en el reconocimiento de un sistema de responsabilidad juvenil por actos que, de haber sido cometido por adultos, serían objeto de sanción penal.

El paso teórico más complejo es superar la identificación de niño o menor con "inimputable"; para ello se propone una distinción entre inimputabilidad y ausencia de responsabilidad, posición explorada por Bustos, Baratta y García Méndez, entre otros.<sup>41</sup> Desde el punto de vista normativo, esta distinción ya se encontraba presente en los sistemas de derecho penal juvenil, en particular el alemán y, en mi opinión, no cabe duda de que es la asumida por la CDN (art. 40) y demás reglas dictadas por las Naciones Unidas antes citadas.

Esta distinción es consistente con la formulación del niño como un sujeto de derecho, que participa activamente en la vida social con derechos y obligaciones cuyo ejercicio adquiere progresivamente. Además, ella permite modificar la terminología y pasar, no como un mero ejercicio semántico, de la idea de menor inimputable (de 0 a 18 años) a la de adolescente responsable. El niño es inimputable penalmente e irresponsable, en cambio el adolescente no es imputable desde un punto de vista penal de adultos, pero sí es responsable de sus actos.<sup>42</sup>

Para aclarar el debate propongo una aproximación desde una perspectiva general, desde la teoría del derecho, y no desde alguna de las disciplinas que tradicionalmente se han ocupado del asunto: derecho penal o derecho de menores.

Hans Kelsen destaca que la vinculación entre delito y sanción no se basa en una relación de causalidad sino de imputación, que consiste en que la sanción debe seguir al acto ilícito, esto es, al acto ilícito se le atribuye –por medio de la norma– una consecuencia jurídica: la sanción. La relación entre acto ilícito, imputación y responsabilidad es explicada por Kelsen de la siguiente forma:

*"Hemos dado a esta relación (entre acto ilícito y sanción) el nombre de Zurechnung y proponemos en francés el de imputation, puesto que la sanción es imputada al*

---

<sup>41</sup> Sobre esta diferencia véase J. Bustos, "Imputabilidad y edad penal" en: Homenaje a Antonio Beristain, San Sebastián, 1989, pp. 449-452, en donde distingue entre responsabilidad penal criminal y no criminal; A. Baratta, "Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia a propósito del estatuto del niño y del adolescente de Brasil", en Capítulo Criminológico, vol. 23, núm. 1, enero-junio de 1995. También véase: E. García Méndez, Adolescentes en conflicto con la ley penal: seguridad ciudadana y derechos fundamentales, Bogotá, 1997, pp. 209-227.

<sup>42</sup> El problema de la definición de la naturaleza de la responsabilidad que se le atribuye al joven ha sido, y probablemente seguirá siendo, uno de los puntos más arduos en el debate del modelo. En todo caso, parece importante considerar la rotunda afirmación de Albrecht en el prólogo de la edición alemana al libro Derecho penal de menores (ob. cit.): "El derecho penal de menores es derecho penal. No es derecho social, no está programado para la 'ayuda' sino que sirve al 'control social'. En nuestra opinión las características propias de los medios que puede utilizar (en particular la privación de libertad) y los presupuestos normativos objetivos de su actuación (el injusto penal) sitúan a lo que denominamos modelo jurídico de la responsabilidad, dentro del ámbito del sistema penal del Estado, por lo que deben aplicarse todas las garantías que limitan el poder punitivo y, aún más, reforzarlas".

*acto ilícito. También decimos que un sujeto es zurechnungsfähig (responsable) cuando una sanción puede ser dirigida contra él, o unzurechnungsfähig (irresponsable) cuando una sanción no puede ser dirigida contra él, por tratarse de un niño o un alienado. Importa, pues, precisar que la relación entre un acto ilícito y una sanción supone que el autor del acto es responsable de su conducta".*<sup>43</sup>

Por ello, a decir de Kelsen:

*"El verdadero problema que la imputación debe resolver es el de determinar quién es responsable de una buena acción, un pecado o un crimen; en otros términos, quién debe ser recompensado, hacer penitencia o ser penado [...] Esa imputación no puede, en verdad, hacer abstracción del autor de la buena acción, del pecado o el crimen, puesto que él es quien debe ser recompensado, hacer penitencia o ser sancionado".*

De este modo se concluye que, para poder vincular el acto, la sanción y el autor, es necesario considerar al sujeto en relación con su acto tanto como con el acto delictivo en sí mismo. La pena no es una reacción al delito, es una consecuencia del delito imputado válidamente al sujeto responsable de él.

En consecuencia, la condición de imputable de un individuo es una condición determinada jurídicamente por un acto, generalmente legislativo o, en ocasiones, judicial, como ocurre en aquellos sistemas en que se prevé que el juez resuelva qué sistema se aplica en cada caso concreto según los rangos de edad.<sup>44</sup> En este sentido, es posible afirmar que la imputabilidad cumple la función de barrera o frontera político criminal entre dos sistemas de reacción: el penal de adultos y el de reacción ante infracciones cometidas por adolescentes. Se supera así la visión más tradicional de inimputabilidad del *menor* entendida como la incapacidad de conocer la ilicitud del acto y de actuar conforme a ese conocimiento. Este modo de entender la inimputabilidad como incapacidad supone desconocer al adolescente como una persona a la que el ordenamiento jurídico le reconoce derechos y responsabilidad.

Esta necesidad en reconocer a los jóvenes derechos y responsabilidad se deriva de la evolución de la noción culpabilidad en la teoría del delito. Desde la adopción de una teoría normativa de la culpabilidad, la declaración de culpabilidad no se funda en la relación anímica del acto al autor (como sostenían las teorías psicológicas de la culpabilidad) ni en la subjetividad desviada del sujeto (negación de la culpabilidad sostenida por el positivismo). Finalmente, se funda en un criterio "normativo" de culpabilidad que, en definitiva, refiere a la posición jurídicamente reconocida del sujeto frente los sistemas normativos y de consecuencias jurídicas.<sup>45</sup>

<sup>43</sup> H. Kelsen, *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1971, p.19.

<sup>44</sup> El ejemplo característico de estos sistemas es el de responsabilidad basada en el discernimiento, aún vigente en Chile. También el sistema argentino permite la aplicación alternativa (sucesiva) de penas o medidas a los mayores de 16 años, aun que no recurre al criterio del discernimiento para justificarlas.

<sup>45</sup> Véase al respecto una breve síntesis de este debate en: E. R. Zaffaroni, *Manual de Derecho Penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 1991, pp. 511-515.

Esta conclusión concuerda con las observaciones hechas anteriormente sobre la necesidad de considerar integralmente la situación jurídica de un adolescente al momento de declararlo responsable de una infracción a la ley penal. En el mismo sentido, Juan Bustos propone definir la idea de culpabilidad como responsabilidad a través de la construcción de un concepto crítico de culpabilidad que denomina del “sujeto responsable”:

*“Al plantear que culpabilidad es responsabilidad, necesariamente hay que descender al individuo concreto y, por tanto, se trata de examinar al sujeto responsable en esa actuación. Por eso hay una teoría del injusto (delito) y en forma diferente y autónoma una teoría de la responsabilidad (el sujeto o delincuente), en que ambas están unidas por un mismo elemento común, que tanto el injusto ha de referirse a un hecho (no al autor) y la responsabilidad ha de ser también en relación al sujeto respecto de su hecho (y no respecto al sujeto en relación a su personalidad, carácter o forma de vida)”.<sup>46</sup>*

Para culminar el análisis de la imputabilidad conviene revisar un criterio proveniente de la teoría del delito y del estudio de las leyes penales de América Latina. La noción “imputabilidad”, entendida como capacidad penal o conjunto de condiciones biopsíquicas de la persona menor de edad, no tiene fundamentos normativos claros en los códigos penales de la región que, normalmente, se limitan a señalar “quienes no son punibles o están exentos de responsabilidad”, sin diferenciar categorías como las causales de justificación o de exculpación. Así, hay autores que señalan que la edad, en las concretas formulaciones legales, sería una “causa personal de exclusión de responsabilidad”.<sup>47</sup>

Esta diversidad de argumentos permite afirmar el carácter de “barrera” o “frontera” de la edad penal. Esta “barrera” puede fundarse en un criterio de madurez (inimputabilidad en sentido clásico) y ser, entonces, una causal personal de exclusión; o puede fundarse también en algún criterio político criminal. Tampoco hay que olvidar que la finalidad de la estructuración de la teoría del delito es entregar elementos para limitar el poder punitivo del Estado y garantizar los derechos subjetivos de los individuos y no para crear categorías segregadas de sujetos, basadas en la posibilidad o imposibilidad de dirigirles una sanción. Por esta razón el concepto de edad penal no tiene por finalidad negar al adolescente el carácter de persona autónoma con derechos y responsabilidad sino impedir que una determinada sanción –la penal de adultos– pueda ser dirigida contra él.

Esta argumentación teórica encuentra su fundamento normativo más claro y rotundo en la mencionada fórmula utilizada por la CDN para referirse a las infracciones a la ley penal cometidas por adolescentes, en el encabezado del art. 40, alude a “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” y precisar en el –también citado– art. 40.3.a, que

---

<sup>46</sup> J. Bustos, Manual de Derecho Penal español. Parte general, Barcelona, Ariel, 1984.

<sup>47</sup> E. R. Zaffaroni, Manual de Derecho Penal. Parte general, ob. cit., p. 109.

es necesario establecer una edad bajo la cual se presumirá que los niños no tienen capacidad de infringir las leyes penales.

En estas aproximaciones al concepto de responsabilidad es posible encontrar las claves esenciales del "modelo":

- a) el concepto de responsabilidad es un mecanismo que permite limitar el poder sancionatorio del Estado, es decir, cumple una función de garantía;
- b) la responsabilidad permite vincular jurídicamente el acto a su autor y a este último con la consecuencia jurídica atribuida; y
- c) el "sujeto responsable" debe ser considerado en su concreta situación jurídica y social. El adolescente responsable no es una abstracción teórica sino que un sujeto jurídico que se constituye a partir del reconocimiento efectivo de que sus relaciones sociales se estructuran a partir de la atribución de derechos y obligaciones.<sup>48</sup>

Como garantía, la noción de responsabilidad exigirá la plena aplicación de los requisitos estructurados por el derecho penal general en la atribución de responsabilidad: realización probada de la conducta tipificada en la ley penal; ausencia de una causal de justificación que borre la antijuricidad del hecho; ausencia de alguna causal de exclusión de culpabilidad distinta a la menor edad y exigibilidad de otra conducta.

Igualmente, la idea de responsabilidad garantiza que la sanción tenga vinculación, e incluso su máximo se determine proporcionalmente, con el hecho probado.

Finalmente, la concreta situación del infractor permite asegurar que la responsabilidad del sujeto es correspondiente con la evolución efectiva de sus facultades jurídicas y la situación social en que se realizó el hecho.

En síntesis, la noción de responsabilidad tiene como función primordial permitir la incorporación, de un modo particularmente extenso e intenso, de las garantías que el sistema jurídico ha elaborado para restringir el poder del Estado.

### 5.3. Principio de reconocimiento de un conflicto jurídico penal.

#### Principio de legalidad

En el sistema tutelar de menores son funcionalmente intercambiables las categorías de "menor abandonado" con la "de menor infractor", ya que ambos pueden ser objeto de las mismas consecuencias jurídicas. El fundamento de esta equiparación es la concepción del delito como patología y de la pena como tratamiento. El sistema de responsabilidad, en cambio, se basa en la estricta tipificación de las infracciones a la ley penal

<sup>48</sup> Esta idea del sujeto responsable deriva del reconocimiento de que la noción de culpabilidad no es una cualidad o atributo esencial sino que, como concluye Hassemer, "el objeto del reproche de culpabilidad deja de ser un dato evidente y mensurable para convertirse en una construcción". Al respecto, véase: W. Hassemer, Fundamentos de derecho penal, Bosch, 1984, p. 288.

como hipótesis exclusiva de aplicación de las consecuencias jurídicas (medidas) de la declaración de responsabilidad.

Tan importante como el reconocimiento del niño como sujeto de derecho y el reconocimiento del principio de responsabilidad es considerar que los hechos que motivan la intervención del Estado son constitutivos de un conflicto regulado por la ley penal. En estos conflictos están en juego bienes jurídicos protegidos a través de la amenaza de la pena y acciones específicas atentatorias o dañinas de estos bienes, que se encuentran expresamente tipificadas en la ley penal. Señalar, entonces, como lo pretendieron los defensores del sistema tutelar de menores, que los “menores salieron del derecho penal”,<sup>49</sup> es un eufemismo insostenible. Lo que realmente ocurre es que estos conflictos se encuentran definidos –o identificados– en la ley penal, mientras que sus consecuencias y condiciones en que ellas se aplican, se encuentran en otros instrumentos legales como el derecho penal juvenil o las leyes de menores. Entonces, se trata de conflictos jurídicos regulados a través de un conjunto de normas heterogéneas provenientes de distintos ámbitos del ordenamiento legal.

El reconocimiento de la existencia de un grave conflicto de derechos exige que el Estado actúe ya que, como indica Hassemer:

*“La administración de justicia se justifica por la formalización de la elaboración del conflicto, es decir, por su capacidad para desarrollar y elaborar graves conflictos interpersonales con una tranquilidad relativa, con distanciamiento y garantizando los derechos de los protagonistas”.*<sup>50</sup>

Al establecer que el Estado debe intervenir para dar solución al conflicto de intereses, ese conflicto debe ser considerado por el Estado en su globalidad, tanto desde el punto de vista del adolescente como de los intereses sociales y particulares involucrados. La respuesta jurídica ante la delincuencia juvenil no puede ser parcial o unilateral sino que debe integrar, dentro de lo posible, los distintos componentes del conflicto. Por esta razón la respuesta debe ser jurisdiccional, ya que el juez, a través de un debido proceso, puede efectivamente dar protección a este conjunto de intereses contrapuestos, jerarquizándolos y declarando la primacía de unos sobre otros, sin perder de vista los especiales derechos del niño y su responsabilidad.

Esta consideración del conflicto permite separar dos ámbitos tradicionalmente confundidos en las leyes de infancia: el de la tutela de los derechos de los niños amenaza-

---

<sup>49</sup> Frase muy recurrida y que fue asumida como slogan por el correccionalista español Dorado Montero: “el Derecho Penal ha desaparecido con respecto a los niños y jóvenes delincuentes, y se ha convertido en obra benéfica y humanitaria, en un capítulo, si se quiere de pedagogía, de la psiquiatría y del arte del buen gobierno”. Véase: Dorado Montero, Los peritos médicos y la justicia criminal, Madrid, 1906, p. 211. Actualmente, este slogan fue retrucado al señalarse que los menores salieron sólo de las garantías del derecho penal, por lo que el sistema tutelar de menores constituiría un sistema penal reforzado. Sobre esta posición, véase: Andrés Ibáñez, “El sistema tutelar de menores como reacción penal reforzada”, en: F. Jiménez Burrillo y M. Clemente (compiladores), Psicología social y sistema penal, Madrid, Alianza Universidad, 1986, pp. 209-228.

<sup>50</sup> W. Hassemer, ob. cit., p. 300.

dos o vulnerados en sus derechos y el de la reacción ante las infracciones a la ley penal. La justicia y la asistencia social deben ser definitivamente separadas en atención a la naturaleza de los hechos que originan la intervención del Estado en cada uno de sus ámbitos.

Sólo una exacta y precisa construcción del conflicto jurídico que debe resolver el Tribunal permite limitar las posibles consecuencias jurídicas que serán atribuidas al adolescente. En particular, la consideración de la privación de su libertad como último recurso, será efectiva en la medida que la ley sólo autorice su utilización ante los más graves conflictos jurídico penales: aquellos que pongan en peligro concreto o dañen la vida o integridad física de las personas.

El nexó entre conducta punible y principio de legalidad es puesto de manifiesto por Ferrajoli:

*“La desviación punible [...] no es la que por características intrínsecas u ontológicas es reconocida en cada ocasión como inmoral, como naturalmente anormal o como socialmente lesiva. Es más bien la formalmente indicada por la ley como presupuesto necesario de la aplicación de una pena, según la fórmula clásica nulla poena et nullum crimen sine lege”.<sup>51</sup>*

La aplicación del principio de legalidad, en el ámbito de la delincuencia juvenil, limita absolutamente la posibilidad de aplicar sanciones en casos que no se encuentren previamente tipificados y sancionados en forma estricta y precisa por la ley, con anterioridad a la ocurrencia del hecho concreto que se trata de sancionar. Este mandato se extiende tanto a los jueces (principio de mera legalidad o de reserva legal) como al legislador, a quien prescribe taxatividad y precisión empírica de las formulaciones legales (principio de estricta legalidad).<sup>52</sup> En virtud de este principio son ilegítimas las descripciones legales como *irregularidad*, *conductas desviadas* y otras que contienen las leyes de menores.

El principio de legalidad pretende establecer un grado mínimo de certeza jurídica, impidiendo que la consideración del disvalor –y, por lo tanto, de la posibilidad de sanción– quede entregada a la discrecionalidad de la autoridad. La CDN reconoce de modo expreso el principio en su art. 40.2.a):

*“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”.*

En el art. 37.b, se aplica el principio, y se limita con él el uso de los recursos punitivos:

---

<sup>51</sup> Ferrajoli. L., ob. cit., p. 34.

<sup>52</sup> Ferrajoli. L., ob. cit., p. 35.

*“Se garantiza [...] que ningún niño será privado de libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo en conformidad con la ley y se utilizará tan solo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”.*

La Convención Americana de Derechos Humanos, en su art. 9, también dispone que nadie podrá ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no eran consideradas delictivas según el derecho aplicable, disposición semejante a la que se encuentra en el art. 15.1 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos.

En este sentido, los instrumentos específicos reconocen y recomiendan una “tipificación delegada”, es decir, la aplicación de los tipos penales de adultos para definir las infracciones del sistema juvenil. La correcta aplicación de esta técnica requiere consagrar la prohibición de establecer conductas que sólo son objeto de sanción cuando son cometidas por menores de edad (conocidos como delitos en razón de la condición de su autor).

Por el contrario, cada vez existe una posición más clara de la doctrina para reducir el catálogo ilícitos para los jóvenes y descriminalizar, respecto de ellos, conductas definidas como punibles para los adultos. En consecuencia, el catálogo de hechos punibles de los jóvenes nunca podrá ser más amplio que el de los adultos, pero sí se recomienda que sea más restringido. Las razones para postular esta descriminalización primaria para adolescentes se derivan de su particular situación jurídica frente al Estado y sus normas.

La existencia de derechos humanos específicos de los niños y adolescentes constituye una protección normativa especial para ellos. La amplitud de este programa normativo de protección a la infancia, del que la CDN es el instrumento fundamental, tiene por finalidad proteger su desarrollo integral a través del disfrute de los derechos, los cuales son estrictamente interdependientes, y exige su satisfacción conjunta para la consecución efectiva del desarrollo de los más jóvenes. Esta interdependencia exige una protección integral de los derechos del niño.<sup>53</sup> A su vez, obliga a evaluar cualquier situación de vulneración, amenaza o restricción de derechos en la perspectiva de los efectos que producen sobre el conjunto de los derechos protegidos, como también impone al Estado la promoción y protección del desarrollo del niño y el adolescente.

De este modo la infancia y adolescencia, como etapas vitales, se encuentran protegidas especialmente por el derecho que exige una tolerancia mayor ante las transgresiones de los adolescentes, especialmente, en atención a que ellos tienen una competencia de acción social delictiva disminuida; que los delitos que realizan, en gran medida, son simples y poco meditados y que, por regla general, si se trata de conductas com-

---

<sup>53</sup> A esto alude la afirmación, común en América Latina, de que son legislaciones basadas en la “Doctrina de la Protección Integral”. Al respecto véase: E. García Méndez, Derecho de la infancia adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral, *ob. cit.* A nivel normativo, se puede revisar el “Estatuto da Criança e do Adolescente” del Brasil, aprobado por Ley Federal el 13 de julio de 1990.



plejas, cuentan con escasas posibilidades de conducir los cursos causales propios de la acción delictiva.<sup>54</sup>

#### 5.4. Aplicación del principio de oportunidad

El cuarto elemento fundamental del modelo es que la "persecución" o la "pretensión" del Estado, en materia de infracciones a la ley penal cometidas por adolescentes, se rige por el principio de oportunidad y no por el de legalidad. Según el principio de legalidad, las autoridades estatales tienen el deber absoluto de perseguir y castigar a los culpables por lo que se excluye toda discrecionalidad por parte de los órganos encargados de la persecución.

En el ámbito de la justicia tutelar de menores, ni siquiera se pretendió la aplicación del principio de legalidad de la persecución, sin embargo, no se hizo una regulación racional de la selección de casos. La mayoría de las leyes de menores contenía alguna norma de descarte referida a las condiciones sociales o materiales del niño: "familia bien constituida", "peligro material o moral" u otros similares.

Es decir, se alentó una selectividad en el sistema (que ha sido suficientemente documentada) que se tradujo en la absoluta impunidad de los hechos delictivos cometidos por adolescentes de sectores sociales medios o altos y en un control punitivo ampliado o reforzado para los adolescentes que provienen de sectores marginales.

Las legislaciones tributarias de la CDN abordan este asunto al disponer la aplicación del principio de oportunidad como regla o excepción, teniendo como modelo la "remisión de casos" prevista por la Regla 11 de las Reglas de Beijing y la disposición del art. 40.3.b, de la CDN, que señala la posibilidad de adoptar medidas relativas a infractores "sin recurrir a procedimientos judiciales, respetando plenamente los derechos humanos y las garantías legales".

En este caso, se trata más de una remisión del procedimiento que de una aplicación del principio de oportunidad, porque se llega a un sistema de adjudicación de medida, sin proceso. Es importante señalar, sin embargo, que la propia CDN restringe la posibilidad de aplicar determinadas medidas al margen de revisión judicial, como por ejemplo la separación de los padres (art. 9 de la CDN) y las restricciones a la privación de libertad (art. 37).

Para una correcta aplicación del principio es importante que las leyes nacionales contengan dispositivos expresos sobre su procedencia. Esto, a fin de que las consecuencias jurídicas que se derivan de la declaración de responsabilidad, por la comisión de una infracción a la ley penal, sólo puedan ser establecidas por sentencia judicial, a la que se arribe

<sup>54</sup> En un sentido similar véase: P. A. Albrecht, "Respecto del futuro del derecho penal de menores -peligros y chances-", *ob. cit.*, p. 63. Para una completa visión sobre delincuencia juvenil, sus causas y sistemas de control, véase: M. Rutter y H. Giller, *Delincuencia juvenil*, Barcelona, Martínez de Roca, 1988.

luego de un debido proceso. Como consecuencia, que ninguna medida coactiva pueda aplicarse por autoridad alguna a causa de la comisión de un acto descrito como infracción a la ley penal, al margen de una sentencia judicial emanada de un debido proceso.

Es importante destacar que existe evidencia de que la aplicación del principio de oportunidad no es una influencia negativa para el incremento de la criminalidad juvenil, como lo demuestra el que, durante su aplicación en Alemania en la década de los ochenta, disminuyó la criminalidad de menores, tal como fue reconocido por el Gobierno Federal.<sup>55</sup>

Sin embargo, es claro que la aplicación del principio de oportunidad puede dar lugar, y de hecho existen investigaciones que lo demuestran, a prácticas arbitrarias que agudizan el carácter selectivo del sistema penal juvenil. El principio de oportunidad no puede traspasar los estándares mínimos de igualdad que se exigen para la legitimidad del sistema punitivo. Por esta razón el principio de oportunidad es sólo un complemento a la acción descriminalizadora del legislador que, como se dijo, no puede extender la punibilidad para adolescentes más allá que la de los adultos, pero sí restringirla.

### 5.5. La aplicación intensiva de las garantías penales y procesales.

#### El debido proceso

Las garantías penales y procesales se encuentran estrictamente relacionadas entre sí y constituyen un conjunto de técnicas de definición y comprobación de los presupuestos de la reacción del Estado. Tienen por objeto reducir lo más posible la arbitrariedad por vía de establecer los presupuestos del juicio de responsabilidad y las condiciones para que este juicio no sea arbitrario, de modo que se funde en juicios que recaigan sobre hechos y normas susceptibles de verificación empírica.<sup>56</sup> El sistema de responsabilidad que aquí se propone exige la utilización intensiva de estos mecanismos que permiten asegurar los derechos de los adolescentes.

En el ámbito sustancial, es necesario asumir los principios de legalidad y humanidad y construir, de una manera específica, un principio garantista de culpabilidad. Del principio de humanidad se hablará al analizar las medidas; de la legalidad y sobre la responsabilidad ya se desarrollaron las ideas fundamentales.

El uso de las garantías procesales llevará a la construcción de un debido proceso en materia penal de adolescentes. La CDN consagra expresa y taxativamente un conjunto de garantías que aseguran la vigencia del debido proceso: a) presunción de inocencia (40.2.b.i); b) prueba legal como derecho a presentar pruebas para su defensa y a debatir las pruebas de cargo (40.2.b.i y iv); c) atribución y notificación de cargos

<sup>55</sup> P. A. Albrecht, "Respecto del futuro del derecho penal de menores -peligros y chances-", *ob. cit.*, p. 57. Sobre este punto es interesante revisar los artículos contenidos en AAVV, El Ministerio Público en el Proceso Penal (s.l.), 1993. En particular, en esta compilación, véase: F. O. Guariglia "Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad", pp. 83-95.

<sup>56</sup> Véase Ferrajoli, *ob. cit.*, pp. 36 y 40.

(40.2.b.ii); d) derecho a la defensa jurídica u otra asistencia adecuada (40.2.b.ii.y 37 d); e) órgano jurisdiccional competente, independiente e imparcial (40.2.b.iii); f) resolución sin demora de la causa (40.2.b.iii); g) audiencia equitativa en conformidad a la Ley (40.2.b.iii); h) derecho a ofrecer testigos, solicitar que se interroguen y participar en su interrogatorio (40.2.b.iv); i) derecho a no ser obligado a prestar testimonio o declararse culpable (40.2.b.iv); j) derecho a la revisión e impugnación de lo obrado (40.2.b.v); k) derecho a que se respete su integridad e intimidad personal durante el procedimiento (40.2.b.vii); l) derecho a que existan medidas alternativas a la internación durante el proceso (37.b y 40.4); m) principio de la proporcionalidad de la reacción tanto respecto del delito como de las circunstancias del niño (principios reguladores de la sentencia); n) derecho a ser juzgados de acuerdo a leyes, procedimientos y autoridades aplicables específicamente a los niños que sean considerados, acusados o declarados culpables de infringir las leyes penales.

El amplio catálogo contenido expresamente en la CDN unido a la aplicación, en virtud del principio de la norma más favorable, de cualquier otra garantía contenida en otro instrumento nacional o internacional que contenga garantías procesales, permite afirmar que el modelo jurídico de la responsabilidad se encuentra suficientemente dotado de mecanismos normativos como para estructurar un debido proceso.

La existencia de este conjunto de mecanismos hace suponer que es posible superar los procesos inquisitivos autoritarios predominantes en los sistemas tutelares de menores, basados en el poder del juez de decidir y construir soluciones jurídicas sin participación del afectado, que refieren referencia a categorías vagas y no susceptibles de verificación empírica como peligrosidad, irregularidad, capacidad de readaptación y otras semejantes.

Así como el elemento central del sistema tutelar de menores fue el tribunal, como órgano de poder y de decisión, toda la construcción garantista del modelo jurídico de la responsabilidad debe desembocar en un proceso que se estructure en la lógica de la participación del afectado, del reconocimiento de las garantías, del conocimiento de la verdad empírica y de estricto encuadre de las decisiones judiciales a la ley.<sup>57</sup>

## **6. Las consecuencias jurídicas de la responsabilidad**

### **6.1. Fundamentos y directrices**

La CDN, en su art. 40, contiene lo que, considero, la síntesis más completa que se ha formulado sobre política criminal en el ámbito de la naturaleza y finalidades de las con-

<sup>57</sup> En este sentido véase: L. Ferrajoli, *ob. cit.*; y A. Binder, "Menor infractor y proceso... ¿penal? Un modelo para armar", en: *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal, San Salvador, 1995 pp. 83-98.*

secuencias jurídicas aplicables a adolescentes declarados responsables de infringir la ley penal. Este artículo contempla tres principios fundamentales que deben dirigir la intervención:

a) la intervención debe fomentar el sentido de la dignidad y el valor del adolescente, principio que puede traducirse en que las medidas no deben buscar su degradación o sometimiento, lo que lo convierte en una garantía complementaria a la prohibición de tortura u otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes (Principio de la humanidad o dignidad de la persona);

b) la intervención debe fortalecer el respeto del joven por las reglas de convivencia social fundadas en el respeto de los derechos de las demás personas; es decir, si el adolescente está inserto en relaciones sociales regidas por derechos y deberes, la infracción de estos últimos tiene que recibir un tipo de consecuencia que promueva su sentido de respeto a la convivencia social; y

c) la intervención tiene un objetivo específico a realizar: promover la integración social del joven y que éste asuma una función constructiva en la sociedad. Este principio es positivo, en cuanto ordena un contenido a la intervención, pero también es limitador, ya que impide que se apliquen medidas desocializadoras o despersonalizantes que atenten contra el desarrollo integral del adolescente.

De la propuesta general de la CDN es posible rescatar un último principio general que si bien no está explícitamente señalado se desprende de diversas normas: de que no se puede privar de más derechos que aquellos estrictamente restringidos por la sanción impuesta.

Este principio es de radical importancia en el momento en que el juez impone la medida, pues lo obliga a elegir la menos gravosa para la situación general de los derechos del adolescente y a restringir a casos calificados la privación de su libertad. Finalmente, el principio debe ser considerado para regular los derechos del adolescente privado de libertad, de modo que la privación de este derecho no se transforme en la privación o restricción de todos sus derechos. En consecuencia, el adolescente infractor, aun cuando se encuentre privado de libertad, no está privado de su derecho a la educación, al juego, a la profesionalización ni a ningún otro derecho más que los que expresamente se le restrinjan por sentencia judicial que declare su responsabilidad.

El fundamento de este conjunto de exigencias para el sistema de reacción ante las infracciones juveniles a la ley penal no está en que los adolescentes sean "menos culpables" que los adultos o que su conducta sea el resultado del abandono social o a que en ellos concurre alguna desviación o irregularidad. Los adolescentes tienen un sistema de consecuencias jurídicas ante las infracciones diferente al de los adultos, no sólo porque el sistema penal de adultos podría causar efectos dañinos determinantes en la vida de estos sujetos, sino, fundamentalmente, porque los adolescentes tienen una

condición jurídica diferente a la de los adultos, cuya máxima expresión es la necesidad de reconocer que el Estado tiene la obligación de asegurar el bienestar y el desarrollo integral del niño y procurar su adecuada integración social. Esta finalidad no debe entenderse en un sentido restrictivo (relativo a condiciones materiales o físicas, exclusivamente), sino en los términos más amplios posibles, es decir, en relación con la "dignidad humana" en general (arts. 6.2 y 27 de la CDN, entre otros).

## 6.2. Objetivos y clasificaciones. Medidas privativas de libertad y no privativas

La correcta aplicación del sistema propuesto requiere una adecuada conceptualización de las medidas susceptibles de ser aplicadas a los adolescentes infractores. Si se toman en consideración las finalidades dispuestas por el art. 40 de la CDN, recién analizadas, es posible señalar que el objetivo principal de las medidas es reforzar el sentido de responsabilidad del adolescente o, lo que algunos han llamado, la "responsabilización".<sup>58</sup>

La respuesta social ante las infracciones de adolescentes a la ley penal debe ser profundamente educativa en sí misma y no articularse por la vía de la represión o punición para culminar con una "medida educativa". El sistema debe dejar de ser un elenco de "medidas de protección" y convertirse en un sistema completo, que involucre desde la policía hasta los ejecutores de las medidas, y desde el Estado hasta la comunidad. No es posible seguir concibiendo el sistema de "rehabilitación y protección" como una fase reparadora terminal de un proceso de daño acentuado por la intervención del Estado.

Si antes se intentaba distinguir la eficacia y legitimidad de las medidas por su carácter educativo reformador –para los partidarios de un sistema terapéutico de fundamento médico sanitario– o por su carácter disuasivo o imposibilitador –para los seguidores de un modelo punitivo–, las medidas que se apliquen, en virtud del modelo derivado de la CDN, deberán ser legitimadas y valoradas según su capacidad de fomentar el sentido de dignidad personal, de responsabilidad y la integración social.

La dignidad personal del adolescente debe entenderse como el respeto a sus derechos y la posibilidad de ejercerlos autónomamente según la evolución de sus facultades. Se trata en estos casos de una limitación a cualquier forma abusiva de restricción de los derechos y de la limitación a su ejercicio autónomo. En particular, la CDN en su art. 37.a dispone que ningún niño sea sometido a torturas u otros tratos o penas crueles inhumanos o degradantes y la prohibición de la pena de muerte y la prisión perpetua para todos los menores de 18 años.

La integración social del adolescente puede definirse como el ejercicio de sus derechos y obligaciones basado en la adhesión a los valores predominantes en una sociedad de-

---

<sup>58</sup> Véase: J. Funes, y C. González, "Delincuencia juvenil e intervención comunitaria", en: *Menores*, núm. 7, enero-febrero, 1988; G. De Leo, *ob. cit.*, y R. Cantarero, *ob. cit.*

mocrática: el respeto de la dignidad humana, de los derechos de los demás y a los métodos lícitos para expresar sus diferencias y obtener los beneficios sociales. Las medidas no sólo deben intentar no impedir su integración social sino que, además, deben promoverla. Para ello deberá tomarse en consideración que el adolescente debe ser protegido en su desarrollo integral.

La responsabilidad puede ser entendida, siguiendo a De Leo, como:

*"[Un] esquema regulador de interacciones de respuesta tendientes a desarrollar sentimientos de propiedad sobre los propios actos y de autoridad sobre uno mismo, [que] constituye un derecho inalienable de los jóvenes".*<sup>59</sup>

El aprendizaje de la vida social regida por el Derecho no puede ser adquirido a partir de la idea de irresponsabilidad; debe ser desarrollado paso a paso a través de la adquisición paulatina de la conciencia de propiedad de los propios actos y del autodominio. Privar de este aprendizaje a los jóvenes es negarles la posibilidad de desarrollarse en el ámbito de la convivencia social. Las medidas deben tender a favorecerlo.

Si se asume que la idea de "desarrollo de la personalidad del niño", una de las directrices fundamentales de la CDN, tiene que ver con la formación de la "identidad" y que esta identidad personal es el resultado de un "proceso social" en que los universos valorativo (expresado en normas) y de convivencia (expresado en derechos, formas de control y obligaciones sociales) conforman un todo que interactúa sobre el sujeto, vemos que para el logro de su desarrollo el joven requiere adquirir un sentimiento de responsabilidad, cuya fuente no puede ser otra que la resultante de su experiencia social.

De este modo, es forzoso concluir que la adquisición de la responsabilidad personal dependerá, en gran medida, de la interacción del sujeto con sus agentes socializadores. En especial, adquirirá una gran importancia para el adolescente su relación con el mundo normativo y con el control social formal que se expresa fundamentalmente a través del sistema jurídico de dictado de normas y regulación de la vida social.

En síntesis, es posible caracterizar la declaración de responsabilidad en el ámbito de los adolescentes como una forma de vincular la respuesta social a un hecho que constituye, para las leyes de adolescentes –y de adultos–, un ilícito penal. Tiene como finalidad la adquisición de sentimientos de propiedad y relevancia social de los propios actos. Sentimientos que respeten (y promuevan) el desarrollo de la personalidad y la incorporación plena a la vida social, a través de la aplicación de consecuencias jurídicas determinadas, comúnmente llamadas medidas.

De aceptar esta caracterización se puede desprender que el concepto de responsabilidad o de "responsabilización", además de cumplir las funciones de garantía ya expresadas, puede también definir de un modo adecuado el contenido de la intervención: to-

---

<sup>59</sup> G. De Leo, Responsabilità: definizioni e applicazioni nel campo della giustizia minorile, *Milán*, 1985.

das las medidas posibles de utilizar –desde la amonestación hasta la privación de libertad– se encuentran limitadas y orientadas por este contenido responsabilizador.

Si desde esta perspectiva se pretende desarrollar una clasificación de las medidas, se observa que existen diversos tipos que, independientemente de otros fundamentos, pretenden lograr la adquisición de lo que aquí hemos denominado “responsabilidad”. En este sentido la ya clásica distinción proveniente del derecho alemán entre medidas educativas o formativas, disciplinarias o de corrección y penas, se distingue de la agrupación de todas las medidas bajo el rótulo de medidas “socioeducativas”, según el modelo seguido por el Estatuto del Brasil.

La ventaja de la distinción tripartita consiste en que permite expresar claramente la diferencia entre consecuencia jurídica y tratamiento, terapia o curación de un enfermo. Esta denominación tiende a marcar la incompatibilidad entre pena y asistencia, a mantener vigente la imposibilidad de resolver la paradoja del “tratamiento o la educación para la libertad” desde el encierro, es decir, desde la privación de libertad.

Por su parte, la denominación medidas “socioeducativas” tiene la virtud de expresar que todas las medidas, aun la privativa de libertad, si bien no se aplican para educar, deben respetar los principios de dignidad personal, responsabilidad y orientarse hacia la efectiva integración social. La dificultad adicional de esta noción es que el concepto “socioeducativo”, al no estar suficientemente definido, tiende a interpretarse como una intervención psicosocial destinada a modificar al sujeto, que no reconoce como límite la propia voluntad del afectado.

En este sentido, sugiero que la clasificación de las medidas debe hacerse en función del grado de restricción que importan. La clasificación principal es la que las divide en privativas y no privativas de la libertad. Este criterio parece ser el más adecuado en un enfoque de derechos y garantías, ya que permite superar cualquier fraude de etiquetas que encubra la verdadera naturaleza de las restricciones de derechos en discursos asistenciales o pedagógicos.

La CDN regula estrictamente las restricciones al derecho a la libertad personal y establece que su aplicación debe ser el último recurso, por el período más breve que proceda y que debe ordenarse y ejecutarse de conformidad con la ley (art. 37.b). La concreción práctica de esta prescripción se ve en las nuevas leyes para la infancia dictadas en América Latina, cuando requieren que exista proporcionalidad entre el hecho y la medida privativa de libertad. Esta última sólo se puede aplicar en los casos de infracciones graves que dañen a las personas y el juez nunca estará obligado a aplicarla, es decir, puede siempre disponer la aplicación de una medida no privativa de libertad. Además, el art. 37.c de la CDN dispone sobre la ejecución de la medida:

*“Todo niño privado de su libertad será tratado con la humanidad y 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 la CDN reconoce a todo niño privado de libertad el derecho a: a) estar separado de los adultos (art. 37.c); b) mantener contacto con su familia (art. 37.c); c) una pronta asistencia jurídica (art. 37.d); d) impugnar la legalidad de su privación de libertad ante un Tribunal u otra autoridad imparcial e independiente y a una pronta decisión sobre dicha acción (art. 37.d).

Estos mismos derechos son consagrados por las Reglas de Beijing, las que además señalan en su regla 13.3 que:

*“Los menores que se encuentren en prisión gozarán de todos los derechos y garantías previstos en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos aprobadas por las Naciones Unidas”.*

Las Reglas de Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad, por su parte, constituyen un catálogo completo de definiciones, principios y derechos de los privados de libertad, que debiera servir de orientación para las leyes y reglamentos que rigen la materia. En el plano de las definiciones, estas normas establecen que se entiende por “menor a toda persona de menos de 18 años”, sin hacer diferencias entre “imputables e inimputables”.

Para efectos de la aplicación de las Reglas se entiende por privación de libertad:

*“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 o administrativa, u otra autoridad pública” (regla 11.a y b).*

Esta definición tiene gran importancia en la materia, puesto que la mayor parte de las legislaciones nacionales contemplan medidas, como el internamiento o la colocación en instituciones, que son, en la práctica, privaciones de libertad.

Respecto a los requisitos para privar de libertad, señalan que ella deberá:

*“decidirse como último recurso y por el período mínimo necesario y limitarse a casos excepcionales. La duración de la sanción debe ser determinada por la autoridad judicial sin excluir la posibilidad que el menor sea puesto en libertad antes de ese tiempo” (regla 2).*

Las Reglas disponen sobre las siguientes materias: a) normas especiales aplicables a los menores en prisión preventiva (reglas 17 y 18); b) normas sobre administración, ingreso, registro, desplazamiento, traslado y clasificación (reglas 19-30); c) normas sobre las instalaciones físicas en que se cumple la privación de libertad (reglas 31-37); d) normas sobre educación, formación profesional, trabajo, actividades recreativas y religión (reglas 31-48); e) normas sobre atención sanitaria (reglas 49-58); f) normas que garantizan el contacto con la familia, el abogado y la comunidad (reglas 59-62); g) normas sobre limitación de la coerción física, el uso de la fuerza; sobre procedimientos disciplinarios y reclamaciones (reglas 63-78).



De igual forma, es posible caracterizar las medidas de acuerdo con: si son de aplicación extendida en el tiempo –como la libertad vigilada o asistida–, se agotan en el acto de dictarse –como la amonestación– o por un acto posterior –como la multa, la reparación del daño o la prestación de servicios a la comunidad–. Esta clasificación es fundamental para la estructuración del sistema judicial de control de ejecución de las medidas destinadas a garantizar su idoneidad y efectividad.

## **7. Conclusiones: la responsabilidad como garantía de los derechos de los adolescentes**

Del análisis expuesto se desprende que la categoría responsabilidad es más funcional a la lógica de las garantías que la idea de educación. Responsabilizar por el acto, garantizar el derecho al desarrollo y evitar la exclusión social son las orientaciones fundamentales de las medidas en relación con el adolescente.

En el extremo, el efecto limitador del modelo debe probarse en su capacidad de restringir la privación de libertad que, a decir de Albrecht, “es privación de vida social”.<sup>60</sup> La privación de libertad no se puede aplicar como una forma específica –un tratamiento– para lograr la responsabilización; al contrario, la categoría responsabilidad permite limitar su aplicación en virtud del principio de proporcionalidad y dotar de contenido su ejecución, impidiendo las injerencias excesivas en la personalidad del adolescente.

La noción “responsabilidad” como se ha tratado de demostrar tiene fuerte base jurídica y como tal es posible limitarla y regularla, con el avance de posiciones de mínima intervención, destinadas únicamente a favorecer en los adolescentes el comportamiento conforme a derecho y evitar que la intervención –punitiva o educativa– del Estado se transforme en una instancia de profundización del daño y la marginación de la vida social.

Por eso, un principio básico del nuevo modelo es la severa reducción de las posibilidades de encierro, haciendo explícito que nunca esta medida puede legitimarse en pretensiones educativas; el fundamento último del encierro, nos agrade o no, se encuentra en la imposibilidad de la sociedad de aceptar resolver determinados ataques a ciertos bienes jurídicos con medios menos intensivos que la privación de libertad y otras medidas punitivas.<sup>61</sup>

Hay que tomarse en serio las evidencias que indican que la segregación y la diferenciación no son respuestas que promuevan la integración social de adolescentes severamente dañados social y personalmente. Por el contrario, el modelo alternativo supone promover en los adolescentes un efectivo mejoramiento en su integración so-

---

<sup>60</sup> P. A. Albrecht, *Respecto del futuro del derecho penal de menores –peligros y chances–*, ob. cit.

<sup>61</sup> Véase W. Hassemmer, ob. cit., p. 300.

cial basado en el ejercicio de sus derechos, en la construcción de relaciones sociales fundadas en el respeto y la aceptación mutua, en síntesis, en el efectivo desarrollo personal.

Para concluir, es necesario señalar que el reconocimiento del adolescente como sujeto de derecho supone renunciar a establecer con él relaciones verticales centradas en un ejercicio autoritario de la tutela cuyo ejemplo más destacado es la internación en instituciones, reformatorios y cárceles.

El enfoque de los derechos supone, en cambio, reconstruir las relaciones con el adolescente, sustituyendo la intervención autoritaria por una reacción que, como se ha repetido tantas veces, tienda a aumentar el sentido de responsabilidad por la vía de integrarlo socialmente y promover el ejercicio de sus derechos.

Finalmente, es conveniente terminar estas ideas, señalando el contexto general en que ha de desenvolverse la justicia de infancia y adolescencia citando la Regla 1.4 de las Reglas de Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores:

*"La justicia de menores se ha de concebir como una parte integrante del proceso de desarrollo nacional de cada país y deberá administrarse en el marco general de la justicia social para todos los menores, de manera que contribuya a la protección de los jóvenes y al mantenimiento del orden pacífico de la sociedad".*

## BIBLIOGRAFÍA

Albrecht, P. A., *El derecho penal de menores*, Barcelona, Promociones y Publicaciones Universitarias, 1990.

———, "Respecto del futuro del derecho penal de menores –peligros y chances–", en: J. Bustos (director), *Un derecho penal del menor*, Santiago de Chile, Conosur, 1992.

Baratta, A., "Elementos de un nuevo derecho para la infancia y la adolescencia a propósito del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil", en *Capítulo Criminológico*, vol. 23, núm. 1, enero-junio de 1995.

Binder, A., "Menor infractor y proceso... ¿penal? Un modelo para armar", en: *La niñez y la adolescencia en conflicto con la ley penal*, San Salvador, 1995.

Barberos Santos, M., *Delincuencia juvenil*, Universidad de Santiago de Compostela, [s.l.], 1973.

Basaglia, F. y Basaglia Ongaro, F., *La mayoría marginada. La ideología del control social*, Turín, G. Einaudi, 1971.

- Bustos, J., *Manual de derecho penal español. Parte general*, Barcelona, Ariel, 1984.
- , "Imputabilidad y edad penal", en: *Homenaje a Antonio Beristain*, San Sebastián, 1989.
- Bunster, A., "Sobre el régimen tutelar para menores infractores", en: *Escritos de derecho penal y política criminal*, México, 1994.
- Cantarero, R., *Derecho penal y procesal de menores*, Madrid, Montecorvo, 1985.
- Carranza, E. y García Méndez, E. (compiladores), *Infancia, adolescencia y control social en América Latina* (s.l.), UNICRI/ILANUD, De Palma, 1991.
- Cillero, M., "Evolución histórica de la consideración jurídica de la infancia en Chile", en: Pilotti, F. (coordinador), *Infancia en riesgo y políticas sociales en Chile*, Montevideo, IIN, 1994.
- , "Leyes de menores, sistema penal e instrumentos de derechos humanos", en: *Sistema jurídico y derechos humanos. El derecho nacional y las obligaciones de Chile en materia de derechos humanos*, Santiago de Chile, C. Medina y J. Mera editores, 1996.
- y Egenau, P., "Administración de justicia juvenil y daño psicosocial", en: *Los derechos del niño en una sociedad democrática*, Santiago, SENAME (s.f.).
- Couso, J., "Problemas teóricos y prácticos del principio de separación de medidas y programas. Entre la vía penal juvenil y la vía de protección especial de derechos", en: AAVV, *De la tutela a la justicia*, Santiago de Chile, Opción/UNICEF, 1998.
- Cuello Calón, C., *Tribunales para niños*, Madrid, 1917.
- Deetrick, S. H., *The United Nations Convention on The Rights On The Child*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, 1992.
- De Leo, G., *La justicia de menores*, Barcelona, Teide, 1985.
- , *Responsabilità: definizioni e applicazioni nel campo della giustizia minorile*, Milán, 1985.
- Dorado Montero, *Los peritos médicos y la justicia criminal*, Madrid, 1906.
- Eekelaar, J., "The Interests of The Child and The Child's wishes: The role of Dynamic self-determinism", en: *The Best Interests of The Child* (s.l.) UNICEF/Oxford University Press, 1994, pp. 42-61.
- Fadiga, L., "Cento anni di giustizia minorile: un centenario da recordare", en: *Cittadini in Crescita*, anno 1, núm. 1, 2000.
- Ferrajoli, L., *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, Madrid, Trotta, 1995.
- Foucault, M., *Vigilar y castigar*, México, Siglo Veintiuno, 1975.

- , *Los anormales*, Buenos Aires, Fondo de Cultura Económica, 2000.
- Funes, J. y C. González, "Delincuencia juvenil e intervención comunitaria", en: *Menores*, núm. 7, enero-febrero de 1988.
- García Méndez, E., *Derecho de la infancia adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral*, Bogotá, Forum-Pacis, 1994.
- , *Adolescentes en conflicto con la ley penal: seguridad ciudadana y derechos fundamentales*", Bogotá, 1997.
- Giménez-Salinas, E., "La justicia de menores en el siglo XX. Una gran incógnita", en: J. Bustos Ramírez (director), *Un derecho penal del menor*, Santiago de Chile, Conosur, 1992.
- González Zorrilla, C., "Los menores entre protección y justicia. El debate sobre la responsabilidad", en: J. Bustos Ramírez (director), *Un derecho penal del menor*, Santiago de Chile, Conosur, 1992.
- Goffman, E., *Asylums. Essays on the Social Situation of Mental Patients and Other Immates*, Nueva York, Doubleday, 1961.
- , *Stigma. Notes on the Management of spoiled identify*, Nueva York, Doubleday, 1964.
- Guariglia, F. O., "Facultades discrecionales del Ministerio Público e investigación preparatoria: el principio de oportunidad", en: AAVV, *El Ministerio Público en el proceso penal*, (s.l.), 1993.
- Hassemer, W., *Fundamentos de derecho penal*, Bosch, 1984.
- Hegel, G. F., *Fundamentos de la filosofía del derecho*, Buenos Aires, Siglo Veinte, 1987.
- Jiménez Burrillo, F. y M. Clemente (compiladores), *Psicología social y sistema penal*, Madrid, Alianza Universidad, 1986.
- Jiménez de Asúa, L., *Cuestiones de derecho penal*, Quito, Talleres Gráficos Nacionales, 1953.
- Kelsen, H., *Teoría pura del derecho*, Buenos Aires, Eudeba, 1971.
- , *Teoría general del Estado*, México, Editora Nacional, 1979.
- Lechner, N., *Los patios interiores de la democracia. Subjetividad y política*, México, FCE, 1988.
- Maxera, R., "La legislación penal de menores a la luz de los instrumentos internacionales: el caso de Costa Rica", en: AAVV, *Del revés al derecho*, Buenos Aires, UNICEF/UNICRI/ILANUD, Galerna, 1992.

- Maurach, R., *Tratado de Derecho penal*, Barcelona, Ariel, 1962.
- Melossi, D., *El Estado del control social*, México, Siglo Veintiuno, 1992.
- Mendoza, J. R., *La protección y el tratamiento de los menores*, Buenos Aires, 1969.
- Morris, N., *El futuro de las prisiones*, México, Siglo Veintiuno, 1978.
- O'Donnell, E., *Protección internacional de los derechos humanos*, Lima, 1989.
- Pilotti, F. y Rizzini, I., *A arte de governar crianças*, Río de Janeiro, IIN, 1995.
- Platt, A., *Los salvadores de los niños o "la invención de la delincuencia"*, México, Siglo Veintiuno, 1982.
- Resta, E., *La certeza y la esperanza. Ensayos sobre el derecho y la violencia*, Buenos Aires, Paidós, 1995.
- Rutter, M. y Giller, H., *Delincuencia juvenil*, Barcelona, Martínez de Roca, 1988.
- Schurmann, R., "El grado de eficiencia en Uruguay del sistema penal minoril como límite del control social", en: AAVV, *Del revés al derecho*, Buenos Aires, UNICEF/UNICRI/ILANUD, Galerna, 1992.
- Therborn, G., "Los derechos de los niños desde la constitución del concepto de menor. Un estudio comparado de países occidentales", en: Moreno, L. (comp.), *Intercambio social y desarrollo del bienestar*, Madrid, Consejo Superior de Investigaciones Científicas, Instituto de Estudios Sociales Avanzados, 1993.
- Veerman, P. H., *The Rights of The Child and The Changing Image of Childhood*, The Netherlands, Martinus Nijhoff Publishers, Ad Dordrecht, 1992.
- Zaffaroni, E. R. (coordinador), *Sistemas penales y derechos humanos en América Latina. Informe final*, Instituto Interamericano de Derechos Humanos (s.l.), Depalma, 1986.
- , *Manual de derecho penal. Parte general*, Buenos Aires, Ediar, 1991.
- , *Criminología. Aproximación desde un margen*, Bogotá, Temis, 1993.

# LA CONSTRUCCIÓN PUNITIVA DEL ABANDONO

HÉCTOR EROSA<sup>1</sup>

*"Pero... si se viven situaciones en función de una verdad que sólo es una certeza subjetiva y en función de ella se excluye el Arte Abstracto, es necesario también un esfuerzo para reintegrarlo al proceso general de las ideas y a la vida cotidiana, aunque más no sea para sacudir la aparente quietud de esa 'verdad'."*

Jorge Galeano Muñoz

*"Todo es política, pero la política no es todo."*

Norberto Bobbio

## 1. La palabra generadora en el Código del Niño del Uruguay de 1934 y sus dos vertientes

Si tuviéramos que señalar cuál es la palabra generadora en el Código del Niño diríamos que es *tutela*.<sup>2</sup> De esta palabra surgen dos vertientes que responden a "una suerte" de doble discurso que se mantiene a lo largo de todo este cuerpo legal: a) la tutela vinculada al concepto de compasión y de protección; y, b) la tutela vinculada al concepto de defensa social, es decir, al control. Esta aseveración no implica que este doble discurso haya sido premeditado sino más bien aparece como el resultado de una confusión, de ciertas ambigüedades en el enfoque, del desconocimiento de saberes poco desarrollados en el momento de su sanción como la sociología, la criminología o la semiótica. Obviamente el concepto de "control social" –desarrollado con posterioridad– no pudo ser considerado por aquellos legisladores.

La predisposición a "respuestas defensivas" se mantiene en la actualidad y estas respuestas son el correlato de una cierta percepción de las imágenes de la infancia. En la investigación que realizaron para el "Comité de los Derechos del Niño", Alejandro Bonasso<sup>3</sup> y el sociólogo Javier Lasida se expresó lo siguiente:

---

<sup>1</sup> Héctor Erosa fue abogado, docente de la Universidad de la República del Uruguay e inspirador de la Comisión Niñez y Adolescencia del Colegio de Abogados del Uruguay.

<sup>2</sup> La palabra generadora es un elemento esencial de la metodología para la educación en adultos. Esto ya fue advertido por el pedagogo brasileño Paulo Freire quien lo planteó hace ya más de 30 años. Al respecto, véase: Paulo Freire, *La educación como práctica de la libertad*, Buenos Aires, Siglo XXI (s.d.) p. 109.

<sup>3</sup> Fue presidente del Instituto Nacional de Menores (INAME).

*“Si el comportamiento del niño en la vida cotidiana –en el transporte, en la calle, en el comercio, en los espectáculos públicos– no sigue los parámetros adultos será interpretado a la luz de la imagen del niño problema. Si el niño pertenece a estratos socioeconómicos bajos, además será visto también como un peligro o una amenaza social, reforzándose así un sentimiento persecutorio que predispone a respuestas defensivas”.*<sup>4</sup>

## 2. Positivismo y abandono

En la construcción del abandono domina la impronta ideológica de aquella sociedad uruguaya en la cual se aprobó el Código del Niño: el positivismo. Esta impronta es propia del fulgor que por entonces provocaron los avances logrados por las ciencias naturales y su método científico y su resultado es lo que algunos autores han dado en llamar la “medicalización de la sociedad”.<sup>5</sup>

La palabra generadora *tutela* abre dos vertientes, *tutela/compasión* y *tutela/defensa social*, que volverán luego a fundirse en la idea articuladora de gran parte de las normas contenidas en el Código: el concepto de abandono, en el que se plasma una nueva síntesis de estas dos vertientes de la *tutela*.

*“Las tipologías subjetivas de la desviación más directamente implicadas (por ende, también más controladas) en la política socioasistencial han sido aquellas que a su turno en las diversas situaciones podían aparecer como más necesitadas de auxilio, cuidado, de ayuda, que merecedoras de sólo control.”*<sup>6</sup>

## 3. Abandono y peligrosidad sin delito

De esta forma el abandono en la concepción tutelar merece un doble abordaje: a) desde la vertiente de la compasión y/o protección; y, b) desde la vertiente de la defensa social, del control.

El cuño positivista de Ferri aparece en la idea de “peligrosidad sin delito”. El abandono es una etapa de predelinuencia y el resultado de esta conceptualización es el tratamiento indiferenciado con el que se le da al infractor.<sup>7</sup>

<sup>4</sup> Alejandro Bonasso y Javier Lasida, *La niñez en el Uruguay*, (s.l.), Carlos Álvarez Editor, (s.d.), p. 21.

<sup>5</sup> AAVV, *La medicalización de la sociedad* (s.l.), Instituto Goethe y Ed. Nordan, 1993.

<sup>6</sup> Massimo Pavarini, *Los confines de la cárcel*, Montevideo, Carlos Álvarez Editor, 1995, p. 33.

<sup>7</sup> Héctor Erosa, “El derecho de menores y la ley de seguridad ciudadana en el contexto de la actual administración de justicia”, en: *Revista de Ciencia Penal* (s. núm), 1995, pp. 245 a 247.

*“Se confiere al Juez Letrado de Menores competencia privativa en todos los asuntos relativos a los menores que requieran la intervención del Estado, sin distinguir entre abandonados y delincuentes.”<sup>8</sup>*

El tratamiento indiferenciado genera confusión en cuanto al tipo de intervención. Es decir, confunde los enfoques de la intervención correccional/represiva y la asistencialista. Ambos modelos conviven a pesar de los discursos de los operadores que, generalmente, orientan su prédica al asistencialismo.<sup>9</sup>

La opinión actual de algunos técnicos –permeables a la ideología de la rehabilitación–<sup>10</sup> hace hincapié en que este sistema permite reducir la estigmatización del infractor en la medida que no se le brinda un tratamiento discriminado. Lo cierto –a nuestro entender– es que la discriminación principal se produce con la categorización indiferenciada de *abandonado/delincuente* y que se sintetiza en el sujeto peligroso de los positivistas como un sujeto con fuerte determinación al delito.

Así, los peligrosos surgirán de la tan mentada categoría residual del universo infancia: los menores.<sup>11</sup> Y esta estigmatización recaerá sobre toda la categoría residual de este universo, sobre todos los niños que desarrollen su vida en determinadas condiciones materiales.

*“El punto más crítico en el marco de la institucionalización de menores lo constituye el de la internación de los abandonados moral o materialmente que no han incurrido en infracción penal alguna, pero que, por sus condiciones de vida se les considera al más riguroso estilo positivista desadaptados sociales y, consecuentemente, socialmente peligrosos [...]. En suma, es la teoría del estado peligroso, de la peligrosidad sin delito.”<sup>12</sup>*

#### 4. Abandono moral

A su vez, desde el enfoque tutelar, la conceptualización del abandono –determinada por estas dos vertientes: la protectora y la de defensa social– imprime un fuerte sesgo moral, atravesado por las ideas que sobre el mundo, las relaciones sociales y el hombre, tiene el operador de turno. La connotación del abandono moral está dada por la *weltanschauung* de quien coyunturalmente esté en situación de dotarlo de contenido.

<sup>8</sup> Calanchini Rosenbaum, Código del Niño (s.l. y s.d.) p. 35 in fine.

<sup>9</sup> Antonio Carlos Gómez da Costa, “Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano-adolescente”, en: AAVV, *Del revés al derecho*, Buenos Aires, Galerna, 1992, p. 138.

<sup>10</sup> Raúl Cerviniu, *Los procesos de decriminalización* (s.l.), Ed. Universidad, 1993, pp. 24 a 29

<sup>11</sup> Los menores son el grupo residual del universo infancia para los cuales se establece la instancia de control del Tribunal de Menores, ya que por ser excluidos de la escuela carecieron del proceso de socialización y disciplinamiento escolar.

<sup>12</sup> Schurman Pacheco, “El problema de las garantías en el Derecho de Menores”, en: Gurises Unidos, núm 3 (s.l.) 1990, p. 20.



En momentos de auge positivista tuvo un contenido determinado, que una vez plasmado en ley, se construyó como realidad ontológica. El saber generó poder y el poder generó saber. El saber dominante en el Uruguay de 1933 se plasmó en ley que consolidó y reprodujo ese saber.

El artículo 121 del Código del Niño establece:

*“Se entenderá por abandono moral la incitación de los padres, tutores o guardadores a la ejecución por parte del menor, de actos perjudiciales para su salud física o moral; la mendicidad o la vagancia por parte del menor; su frecuencia a sitios inmorales o de juego o con gente viciosa o de mal vivir. Estarán comprendidos en el mismo caso las mujeres menores de 18 años de edad y los hombres menores de 16 que vendan periódicos, revistas u objetos de cualquier clase en calles o en lugares públicos, o ejerzan en esos sitios, cualquier oficio, y los que sean ocupados en oficios perjudiciales a la salud o la moral.”*

El concepto de abandono moral del artículo 121 del Código del Niño,<sup>13</sup> generó saber. Obviamente es muy difícil que desde las instancias de poder se promueva un espíritu crítico del saber generado. Las situaciones que se describen en el Código del Niño como de “abandono moral” hacen caer al “menor” en las llamadas “situaciones irregulares” que promueven respuestas desde el derecho en las cuales el “menor” es “objeto”.<sup>14</sup>

*“La declaración de abandono material o moral, facultad discrecional del Juez, constituye la columna vertebral de la doctrina de la situación irregular.”<sup>15</sup>*

Estas situaciones descritas como de abandono moral guardan gran similitud con el estado peligroso de los adultos.<sup>16</sup> En ambas la respuesta más frecuentemente adoptada es el encierro institucional.

*“El jus puniendi está limitado por el artículo 10 de la Constitución, esto nos parece importante señalar, pues aun los adeptos al concepto de ‘moral insanity’ no pueden proponer la intervención punitiva del Estado hasta que no se haya atacado el orden público o perjudicado a un tercero.”<sup>17</sup>*

A su vez, desde la concepción tutelar, la definición de estas situaciones como situaciones problemáticas merecedoras de ayuda justifican la intervención, desde la esfera asistencial/terapéutica, como algo natural. La valorización positiva de esta intervención,

<sup>13</sup> La enumeración de las situaciones descritas por el artículo 121, para peor, no es taxativa, según lo indica el legislador en la “Explicación de Motivos” del Código del Niño, ob. cit. p. 40.

<sup>14</sup> Emilio García Méndez y Carranza, “El derecho de menores como derecho mayor”, en: AAVV, Del revés al derecho, ob. cit.

<sup>15</sup> *Ibidem*, p. 16.

<sup>16</sup> Ofelia Grezzi y Carlos Uriarte, “Infancia, adolescencia y control social en Uruguay”, *ibidem*, p. 254.

<sup>17</sup> Dagoberto Puppo Bosch, “La peligrosidad y la psiquiatría forense”, en: Revista de Derecho Penal, núm. 10, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1995, p. 58.

considerada como proconizadora del *Bien*, no permite advertir la problemática del medio, la institucionalización, la segregación social.<sup>18</sup>

*"Esta polifacética difumación de la construcción del abandono, transida, además, de moral, es un poderoso instrumento de control social, operado para criminalizar la pobreza, en especial las modalidades que adopta la economía informal de sobre-vivencia marginal."*<sup>19</sup>

## 5. La construcción punitiva del abandono

Esa realidad construida socialmente –el *abandono*–<sup>20</sup> al ser confrontada con la realidad fáctica –a partir de una distinta conceptualización de *abandono*– desnuda la selectividad del sistema que institucionaliza y criminaliza exclusivamente aquel *abandono* vinculado a la pobreza.<sup>21</sup> Es que el enfoque tutelar no se puede librar de la vertiente de la defensa social. El componente positivista de la doctrina tutelar determina que el institucionalizado y criminalizado termine siendo aquel individuo que es definido como peligroso, explícita o implícitamente, en virtud de darse en su vida los "factores etiológicos del delito".<sup>22</sup>

*"Me ha parecido conveniente complementar la acción defensiva de las penas con las medidas de seguridad [...] Este medio de defensa no se concibe racionalmente sin el complemento de la sentencia indeterminada. No debe sobrevivir al peligro ni desaparecer antes que él."*<sup>23</sup>

El doble abordaje (*compasión/represión*) que se realiza en el *abandono* determina la respuesta a esa situación. La privación de libertad –internación– es la forma clásica dada por los técnicos, desde distintos lugares de poder, a la *situación* o *estado de abandono*.

El carácter punitivo se dirigirá:

a) hacia el niño en la medida que la respuesta puede ser la privación de libertad<sup>24</sup> o el desalojo de su grupo familiar y su adopción por terceros, y<sup>25</sup>

---

<sup>18</sup> Massimo Pavarini, *ob. cit.*, pp. 105-107.

<sup>19</sup> Grezzi y Uriarte, *ob. cit.*, p. 254.

<sup>20</sup> Peter Berger y Thomas Luckman, *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Amorrortu, 1968.

<sup>21</sup> El artículo 23 del "Estatuto del Niño y del Adolescente" del Brasil establece lo siguiente: "La falta o carencia de recursos materiales no constituye motivo suficiente para la pérdida o la suspensión de la patria potestad."

<sup>22</sup> Grezzi y Uriarte, *ob. cit.*

<sup>23</sup> Código Penal, *Exposición de motivos*, Amalio Fernández, Montevideo, 1980.

<sup>24</sup> Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (*Directrices de Riad*), Resolución 45/113 del 2 de abril de 1991.

<sup>25</sup> Luis Fernando Niño, "Aspectos socio-jurídicos de la declaración del estado de abandono: la vieja trampa para cazar niños", en: *Ser niño en América Latina* (s.l.), Unicri/Galerna, 1991, p. 65.

b) hacia los padres en la medida que se les podrá hacer perder, limitar o suspender la patria potestad e imputar de delitos.

En ambos casos la concepción punitiva desconoce los limitados espacios de alternativa en el marco de situaciones estructuralmente condicionadas.

*“Los datos sociales no se utilizan para situar y comprender al niño y a su familia como parte de una realidad social, de un grupo, de unas relaciones sociales determinadas. Contribuyen, en cambio, a la lista de lo que se considera desviaciones. Originan, de esta manera, nuevos estigmas o fortalecen los preexistentes.”<sup>26</sup>*

Los abandonados que capta el sistema de control institucional no dejan de ser víctimas de la violencia, entendida como insatisfacción de necesidades básicas.<sup>27</sup> La Dra. Jacinta Balbela en su disertación en el “Segundo Seminario sobre Minoridad y Derechos Humanos” se preguntaba –refiriéndose al estado de abandono– si era posible superar la situación estructural y señalaba la violación de derechos que se produce al despojar al niño de su grupo biológico.

La “Comisión investigadora sobre respuestas estatales a los problemas que plantean la minoridad carenciada y los menores infractores” de la Cámara de Representantes en su informe de septiembre de 1994<sup>28</sup> señalaba con relación al Poder Judicial:

*“Se ha acentuado en lo últimos años, la judicialización de los niños abandonados con el consiguiente perjuicio que esto significa para los menores”.*

La construcción punitiva aparece también en las corrientes funcionalistas sistémicas –expresiones del *aggiornamento* del positivismo– como una forma de prevención, de integración y fundamentación de los valores del sistema en pos de la preservación de su equilibrio.<sup>29</sup>

El artículo 285 inciso 7° del Código Civil<sup>30</sup> establece la posibilidad de pérdida de la patria potestad en caso de abandono culpable y durante un año de los deberes inherentes a la calidad de padres. Bajo la invocación de esta norma, repetidas veces, se fundamenta la quita del niño a sus padres biológicos y la posterior entrega a otra familia que, en condiciones económicas superiores a las de la familia de origen, demanda la entrega de un niño para su adopción. Esta dinámica genera una demanda de niños, es-

<sup>26</sup> Elinor Bisig, “Aspectos socio-jurídicos de la declaración de abandono”, *ibidem*, p. 70.

<sup>27</sup> Carlos Uriarte, “Los derechos del niño adolescente y violencia”, en: Niños y adolescentes en conflicto con la ley penal, Carlos Álvarez Editor, p. 72. Alessandro Baratta, “La niñez como arqueología del futuro”, Exposición realizada en el IV Seminario Latinoamericano sobre Niñez y Adolescencia, Santa Cruz –Bolivia–, 1995, mimeo, p. 3. Emilio García Méndez, Brasil: de infancias y violencias, Brasilia, octubre de 1991, mimeo. Héctor Erosa, Revista de Ciencias Penales, núm. 1, Montevideo, 1995, p. 249.

<sup>28</sup> Anexo I, al Repartido núm. 850, p. 6.

<sup>29</sup> Gonzalo Fernández, Ensayos de culpabilidad, Santa Fe, Fac. de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad del Litoral, p. 32.

<sup>30</sup> Agregado por ley del 15 de octubre de 1928 y modificado, en cuanto a plazo, por el actual art. 2 de la ley 14.766 del 18 de abril de 1978.

pecialmente bebés, que debe ser satisfecha. Ello hace que se salga a la búsqueda de niños para tales padres cuando lo que debiera hacerse es exactamente lo contrario: buscar padres adecuados para un niño determinado.

La misma lógica opera en la adopción internacional. El tráfico y la venta de niños: desde los países empobrecidos del sur se satisface la demanda de los países del norte, económicamente poderosos, pero con carencia de niños.

La calificación de *abandono culpable* del Código Civil no resiste el enfoque crítico. ¿Culpable de qué? ¿No estaremos ocultando el abandono al que sometimos a esas familias en una sociedad que produce marginación?<sup>31</sup>

## 6. El carácter selectivo del abandono

Por ello la selección de niños por causa de abandono moral se produce respecto de aquellos sujetos vulnerables y “diferentes” provenientes de familias vulnerables y “diferentes”. Quien sea “diferente”, para quienes tienen el poder de definir el abandono, es susceptible de institucionalización. Esta selectividad implica una flagrante violación al principio de igualdad –de rango constitucional– y demuestra la ineficacia en el objetivo tutelar, ya que la medida que se toma –la institucionalización– significa, en muchos, casos un real “abandono” de la protección de bienes jurídicos. Los criterios de selectividad que se utilizan para calificar una situación como *abandono*, reproducen y amplifican los mismos criterios de selectividad empleados en la definición de la clientela carcelaria.

*“Por tanto, el espectro de la peligrosidad –a veces entendido reductivamente en los términos positivistas, otras veces en los más sofisticados del juicio político– ha servido para seleccionar la desviación en función de la articulada pluralidad de respuestas de control social.”<sup>32</sup>*

El abandono que padece el niño que no es definido como “peligroso” por no ser “diferente” a quien define –en definitiva, el niño que no es *menor*– se resuelve por instancias de control social no formal, no penal. A estos niños se les procurará vías de resolución que no impliquen la privación de su libertad, la institucionalización. (Por ejemplo: atención terapéutica privada. Lo cual también deja en claro el carácter selectivo de la conceptualización tutelar y punitiva del abandono. En esta situación la selectividad opera negativamente.)<sup>33</sup>

---

<sup>31</sup> Art. 40 de la Constitución: “La familia es la base de nuestra sociedad. El Estado velará por su estabilidad moral y material, para la mejor formación de los hijos dentro de la sociedad”.

<sup>32</sup> Massimo Pavarini, *ob. cit.* p. 33.

<sup>33</sup> Emiro Sandoval Huertas, *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Temis, 1989, p. 29.

Es desde un lugar de poder, sustentado en un saber legitimador, que se define y, por ende, se selecciona:

*"Aquí se plantea un interrogante acerca de la legitimidad de las medidas de protección adoptadas, en tanto ignoran el derecho de los padres a recibir asistencia del Estado para la crianza de sus hijos, y lesionan su derecho a conservarlos dentro del seno familiar, como así también el derecho mismo de los menores a la preservación de su identidad y su pertenencia a una cultura".*<sup>34</sup>

## 7. Selectividad y punición en un caso concreto

Dos *menores* son conducidos al Juzgado imputados del homicidio al concubino de su madre. Se resuelve internarlos con "medidas de seguridad."<sup>35</sup> Por razones de edad, uno es internado en Miguelete (mayor de 15 años) y el otro en Burgues (menor de 15 años). Por entonces los expedientes de la Justicia de Menores son llevados por menor y no por hecho, algunas veces incluso nos encontramos con expedientes "familiares". Éste es uno de esos casos y acceder a él es encontrarse con la "crónica de una muerte anunciada", ya que la conflictividad familiar aparece en forma permanente a lo largo de los años de trámite del expediente. Dicha conflictividad llevó a que ambos hermanos se fueran de su casa, uno de ellos tenía 6 años de edad. Como antecedentes infraccionales tenían hurtos de muy poca cuantía.

Una vez internados, los correspondientes equipos técnicos del Instituto Nacional del Menor (INAME) comienzan a desarrollar su tarea. Se realizan visitas al ranchito donde vivía la familia y se llega a la conclusión de que el vínculo de la madre con los hijos era sumamente negativo. Al haber chicos en edad preescolar se decide su internación en la "División Amparo" del INAME. Luego, esos niños preescolares son trasladados a un establecimiento del INAME en la localidad de Soca, donde actualmente están alojados. Se le paga a la madre el pasaje en ómnibus para que los visite periódicamente. (¿Se habrá querido disminuir la "negativa" influencia materna con la distancia?)

De los dos hermanos internados por infracción uno se fugó y el mayor continúa internado en el INAME, desde mayo de 1994, con régimen de salidas laborales.

¿Por qué elegimos este caso? Porque resulta ilustrativo de lo que es el sistema de control social. La intervención del sistema a partir de la muerte del concubino de la madre de los chicos concluye con la internación de todos los *menores*, a unos, responsabilizándolos del homicidio; a otros, bajo la invocación de su tutela. La privación de la libertad alcanza a todos los niños del grupo familiar. Nunca hubo un equipo de técnicos que

<sup>34</sup> Elinor Bisig, *ob. cit.* p. 70.

<sup>35</sup> "Medidas de seguridad" es un término de creación jurisprudencial que no concuerda con las medidas de seguridad educativas de creación legal. La creación jurisprudencial atiende meramente a requisitos custodiales.

apoyara con continuidad desde el “afuera” a esta familia, como tampoco lo hay apoyando a las otras familias, vecinas a la del caso, que viven con las mismas vulnerabilidades. La mayoría de los técnicos del INAME sigue defendiendo el trabajo desde el encierro. En este sentido no hay diferencias entre las divisiones “Alta Contención”, “Rehabilitación” o “Amparo” del INAME. Las experiencias de trabajo en libertad y con el acuerdo voluntario de los menores son escasas. Conceptualmente en todas las divisiones del INAME se continúa construyendo punitivamente al abandono.

Si bien muchos técnicos plantean a los defensores trabajar en equipo no logran visualizarse como operadores del sistema de control social de los menores. Es decir, cuesta vivenciarse a sí mismo como controlador y prima la percepción de sí mismo como terapeuta, educador, etcétera, concepciones omnipotentes de la rehabilitación. Muchas veces hay operadores que logran comprender que cumplen con ese rol pero la internalización de eso ya es mucho más difícil y excepcionalmente se logra.

En los tres módulos del sistema de control de menores los operadores van recibiendo una formación –sistematizada o no–, a veces por ósmosis, que va desarrollando un perfil de técnico propio de cada uno de esos lugares (cultura institucional). El rasgo común –si tomamos en cuenta actitudes, no discursos– es la aceptación y el convencimiento de la eficacia de la institucionalización, del encierro.

Los programas de “prevención”, o mejor dicho, los programas de promoción de derechos y reducción de vulnerabilidades, que impliquen el abordaje de los niños en su medio –en libertad– y cuenten con su consentimiento son escasos; y tampoco se comprueba voluntad institucional de desarrollarlos, de potenciarlos, son meramente testimoniales. Si este tipo de trabajo queda en manos exclusivas de las ONG corremos el riesgo que el INAME sólo atienda aquella población de extremas dificultades: los que padecen problemas psiquiátricos y los infractores “peligrosos”.

En el caso presentado la selectividad y la construcción punitiva del abandono aparecen claramente en los chicos preescolares. En el caso de los infractores, su situación social y familiar extenderá el período de privación de libertad. Aunque en verdad debemos reconocer que no es la situación social y familiar sino la valoración de esa situación por lo técnicos<sup>36</sup> la que produce esa extensión (sólo azarosamente es considerada su situación de infractores).

## **8. El abandono determina un *plus* punitivo en la infracción**

Esta concepción de *abandono* abordado desde la perspectiva tutelar trasciende al marco de la peligrosidad sin delito, incuestionablemente deslegitimada, para influir

---

<sup>36</sup> Asistentes sociales, psicólogos, psiquiatras, educadores, jueces, fiscales, defensores, etcétera.

también en el ámbito de la infracción como se manifestó en el caso anteriormente señalado. En este ámbito el abandono incide de distintas maneras en el tipo de control a efectuarse.

Una de las maneras de incidir se relaciona con la elección de la medida de seguridad que se define en función del grado de *peligrosidad/abandono* en que sean comprendidos los niños. También incide en la prolongación temporal de las medidas. La prolongación de la medida puede ser pretendida por el fiscal o dispuesta por determinación del juez.

Pavarini –en su estudio de las pautas de selectividad para la admisión de un sujeto en el circuito de alternativas a la cárcel– advierte el criterio que asigna al grado de abandono que padece dicho sujeto el carácter determinante de un *plus* de internación del menor infractor:

*“Éste es un dato ya evidente y bien estudiado por la sociología que aquello en quienes se puede confiar son los más ‘ricos’ personalmente en recursos sociales externos (familia, educación, trabajo, etc.)”.*<sup>37</sup>

Esta concepción del abandono también opera como determinante del informe que los técnicos del organismo ejecutor elevarán al Juzgado. El tratamiento propuesto es de mayor duración si el técnico que lo define es sensible a las ideas y los pronósticos de peligrosidad siempre vinculados a la concepción tutelar de *abandono*, a su construcción punitiva, aunque esto no sea explícito. En consecuencia, el tiempo de internación es distinto y la pena mayor. En determinado momento puede llegar al Juzgado un informe que proponga un cambio en el régimen de la medida o que avale el egreso. Nos queda la duda de si en esa circunstancia el “peligro” se desvaneció por la evolución del menor, si el abandono fue superado o si el técnico entiende que se cumplió con el castigo por la comisión de un acto que moralmente vivía como reprochable. Obviamente que en este último caso la actuación del técnico no tiene por qué ser consciente de este significado. La medida es aplicada por sobre el otro que es “diferente” y que, lógicamente, por eso mismo, tiene una concepción del mundo, de las relaciones sociales, del hombre y de la moral, también diferentes. El acto infraccional aparece como la objetivación de esas diferencias “legitimando” la respuesta.

## 9. La responsabilidad en el abandono

En el plano de las responsabilidades la concepción tutelar del abandono tiene efectos únicamente sobre la familia. Desconoce la corresponsabilidad social en la medida que establece la responsabilidad estatal en forma subsidiaria. Con ello, se deja de lado la realidad de un marco estructural que fomenta estas situaciones –las que posteriormente serán las sancionadas– para dar respuesta a lo inmediato. Opera sobre las urgen-

---

<sup>37</sup> Massimo Pavarini, *ob. cit.*, p. 103.

cias en forma simbólica y pospone las alternativas reales. Opera sobre los efectos, lo que hace que siempre se marche atrás de la problemática. Crea la ilusión de que atiende al abandono pero la respuesta es sólo simbólica ya que de 290.000 niños que viven por debajo de la línea de pobreza interviene atendiendo solamente a 18.709.<sup>38</sup>

*“El Instituto Nacional del Menor (INAME) –organismo competente en esta materia– se encuentra desbordado por las urgencias y puede atender apenas una ínfima parte de la infancia más carenciada –los problemas más graves o explosivos– pero no tiene capacidad de respuesta ante situaciones sociales, familiares o culturales que determinan la emergencia de los problemas.”<sup>39</sup>*

Es así que la definición que realiza la doctrina tutelar del abandono –síntesis de criterios relacionados a la protección y la defensa social– se constituye en la gran trampa caza niños,<sup>40</sup> e involucra a gran parte de la infancia en razón del universo de niños que vive en condiciones de pobreza crítica. Para visualizar esto basta con atenerse a la definición de abandono moral que introduce el artículo 121 del Código del Niño, de cuyo cuño positivista emerge la etiología multifactorial,<sup>41</sup> de la cual es ejemplo el párrafo siguiente:

*“Lo que interesa es saber cuáles son los factores que han colocado al menor en la pendiente del crimen [...] la herencia, el abandono moral, la mendicidad, la prostitución, la irregularidad escolar, las deficiencias de higiene, los malos ejemplos, los malos tratamientos, etc.”<sup>42</sup>*

## 10. El concepto de riesgo: distinto perro con el mismo collar

Sin apartarse de la conceptualización punitiva del abandono, criminalizante de la pobreza, surge la terminología del riesgo social que actualiza las situaciones que se definían como de abandono moral. Las consecuencias son las mismas: bajo la voluntad honesta de la protección, con el concepto de riesgo, se abre una ventana por donde se

---

<sup>38</sup> Fuentes: Niños y mujeres del Uruguay. Compromiso de todos (s.l. y s.d.), UNICEF; Diario El Observador (s.l.), 14 de agosto de 1995, p. 27; Informe de la Comisión Investigadora sobre Respuestas Estatales a los Problemas que Plantean la Minoridad Carenciada y los Menores Infractores, Anexo al repartido núm. 850 (s.l.), septiembre de 1994, p. 1.

<sup>39</sup> Alejandro Bonasso y Javier Lasidas, La niñez en el Uruguay, Carlos Álvarez Editor (s.d.), p. 58. Lamentablemente el INAME no facilitó los datos solicitados para la realización de este trabajo, excusándose en la falta de tiempo para su obtención. La solicitud fue efectuada en carta presentada en el INAME el 1 de noviembre de 1995 y se pretendía que se suministrara la información en febrero de 1996, es decir, que la institución disponía de más de 3 meses para evacuar la consulta a su promcionado sistema computarizado. La democratización de los datos es una aspiración y una necesidad de todos los que estudiamos y trabajamos en torno a la temática de la minoridad. Se supone que, en democracia, la información no es propiedad de quien ocasionalmente está en poder de ellas y que la tolerancia con eventuales discrepancias conforma, de manera imprescindible, el espíritu pluralista, que, desde el fin de la dictadura, se supone que nos debe orientar.

<sup>40</sup> Luis Fernando Niño, ob. cit., pp. 61-66.

<sup>41</sup> Ofelia Grezzi y Carlos Uriarte, ob. cit.

<sup>42</sup> Código del Niño, ob. cit., p. 36.



cuela el enfoque penal de la defensa social. ¿A qué riesgo se atiende? ¿Al del menor o al riesgo de la sociedad?

El "abandonado moralmente" vuelve a correr el "riesgo".

*"La construcción social de la desviación que subyace al paradigma asistencial-terapéutico está tendencialmente llevada a dilatarse en razón directa a la "natural" expansión de las situaciones de problematidad social. No podría ser de otra manera: si y en cuanto la intervención administrativa de tipo asistencial-terapéutico está subordinada a las definiciones de una situación social como problemática, no puede escaparse a la potencialidad ilimitada de la categoría misma, su ontológica aptitud para reabarcarse espacios sociales cada vez más amplios [...] No existe límite alguno a la intervención, sino justamente el tautológico de definir la situación social como necesitada de intervención."* <sup>43</sup>

Esta amplificación de la "problematidad social" hace descubrir permanentemente nuevos "factores de criminalidad" que conllevan una expansión del control social. Esto debe entenderse también en términos de cambios cualitativos en la definición. Aquellas nuevas situaciones de "problematidad" que requieren la "ayuda" del sistema asistencial/terapéutico, al ser motivo de la intervención, son construidas como situaciones merecedoras de control. De allí que en la conceptualización de "riesgo" propuesta por algunos autores veamos una nueva producción social de la desviación, con los efectos expansivos del control social que ello supone. Dicha construcción participa, en el mismo grado, de la deslegitimación de la construcción punitiva del abandono aquí referida en relación con la doctrina tutelar, a partir de la "constatación social de su operatividad real".<sup>44</sup>

## 11. Pena y culpabilidad

Esta concepción punitiva del abandono o riesgo social no toma en cuenta los espacios de alternativa de que dispuso el sujeto llamado a responsabilidad.<sup>45</sup> Culpa a un sujeto mediante un juicio de reproche y desconoce la aplicación del principio de culpabilidad como reductor y limitador del poder punitivo –poder que trata igual a los desiguales–. Imputa la responsabilidad total al individuo o a la familia cuando lo cierto es que es de estricta justicia atender a otras coculpabilidades.

Como decíamos anteriormente, la construcción punitiva del abandono alcanza injustamente al niño, para quien no se maneja un criterio de no-exigibilidad social de comportamientos conformes a la ley que atienda a las distintas realidades desiguales de

<sup>43</sup> Massimo Pavarini, *ob. cit.*

<sup>44</sup> Eugenio Raúl Zaffaroni, *En busca de las penas perdidas (s.l.), Themis (s.d.), p. 223.*

<sup>45</sup> Alessandro Baratta, *"Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal", en: Criminología y Derecho (s.l.), I. FCU., 1987, p. 14.*

*status* sociales diversos. Sin embargo, cuando atiende a las distintas realidades desiguales lo hace con criterio punitivo de modo que criminaliza sólo aquel abandono vinculado a la pobreza.

De más está decir que en la construcción punitiva del abandono muchas veces asistimos a una culpabilidad que no está basada en un acto sino en las condiciones personales del menor, en su forma de vida, en su manera de ser. Y lo que es más grave todavía, en algunas circunstancias, la referencia no es el propio menor sino la cualidad o forma de vida de otro sujeto: el adulto responsable de aquél.

Es de destacar la necesidad de apreciar, con referencia al sujeto que se castiga, el grado de exigibilidad para actuar conforme a la norma y el alcance de la culpabilidad social (cocalpabilidad). No es posible en un Estado de Derecho castigar por sus actos a un individuo sin atender al grado de culpabilidad. Para ejemplificar, la pérdida de la patria potestad, castiga las omisiones de los padres en sus deberes frente a sus hijos, pero debe ser valorada en atención a sus posibilidades de participación y resolución en sus conflictos sociales.

La construcción del abandono que realiza la doctrina tutelar es coherente, en referencia a su carácter punitivo, con la concepción que maneja de la responsabilidad;<sup>46</sup> castiga a los padres, en un desconocimiento del hombre como actor social. Reconocer otras responsabilidades implica realizar una mejor valoración jurídica, con efecto reductor hacia los padres, a la vez que amplía el elenco de sujetos responsables del abandono: la comunidad, la sociedad y el Estado, quienes deben responder en la medida de sus omisiones. Recordamos que en forma voluntaria nuestro país asumió un compromiso muy preciso al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño (mediante ley 16.137), el que fue reafirmado en la cumbre de presidentes.

De alguna forma en la construcción punitiva del abandono hay una postura antropológica que percibe al hombre como sujeto libre y racional, pensamiento de neta influencia iluminista. Por cierto es que, en la actualidad,

*“una visión más realista del hombre, sin negar la libertad, nos muestra, de todas formas, su condicionamiento social, la coerción psicológica y social que pesa sobre el individuo al momento de escoger un patrón de conducta determinado”.<sup>47</sup>*

Estas consideraciones impiden asimismo aceptar la pérdida de la patria potestad por abandono *per se*, donde no hubo indagación y comprobación de la culpabilidad.<sup>48</sup>

Va de suyo que realizamos una valoración negativa del análisis de responsabilidad por el abandono en atención a una “culpabilidad por conducta de vida”, cuyo desarrollo fi-

---

<sup>46</sup> Véase en el punto 8, “La responsabilidad en el abandono”.

<sup>47</sup> Gonzalo Fernández, Culpabilidad y teoría del delito I (s.l., s.d.), pp. 71-72.

<sup>48</sup> Jacinta Balbela, exposición en el Segundo Seminario de Minoridad y Derechos Humanos, Intendencia Municipal de Montevideo, 1994.

nal concluye en las elaboraciones totalitarias de la Escuela de Kiel. Por su parte, la teoría del sujeto responsable de Bustos Ramírez asoma como un esfuerzo de adecuación de la culpabilidad al marco que aporta el Estado de Derecho.

## 11. Hacia una conceptualización garantista del abandono

Una concepción garantista parte del reconocimiento de:

- a) la importancia de la familia entendida como ente de crianza, lo que supone renunciar a hacer uso del patrón de “normalidad” de la familia tradicional de clase media;
- b) la ausencia de políticas sociales hacia la familia como causa del abandono. La mayor parte de los abandonos son fabricados por omisión de políticas públicas. Esta omisión genera una situación de exclusión social de la familia;
- c) el derecho del niño a tener su familia y vivir con ella, lo que implica considerar como grave la desvinculación de sus padres biológicos, lo cual viola su derecho a la identidad;
- d) en la judicialización del abandono, éste deja de ser una situación social para transformarse en jurídica. El paternalismo jurídico verifica una incompetencia básica: la imagen que construye es de niño/problema, niño en situación irregular;
- e) el Estado interviene en forma individual e inconveniente a través de la internación que convierte al niño en un ser sobre el que se interviene: como *objeto* de derecho.

Además, la consideración del abandono desde una visión garantista deberá tomar en cuenta que:

- a) no se realice bajo los presupuestos conceptuales de las llamadas “situaciones irregulares” de la doctrina tutelar,
- b) ni sea motivo de la intervención del control penal, ya que descartamos la construcción punitiva del abandono.

Ambas circunstancias (situación irregular y punición) van de la mano cuando se interviene desde el enfoque de la defensa social. Situación irregular y punibilidad son inseparables. La institucionalización es la forma de ejercicio del control social ante las llamadas situaciones irregulares. Ante ello, el saber jurídico debe utilizarse como “herramienta encaminada a limitar la violencia selectiva del sistema penal”.<sup>49</sup>

La “Comisión investigadora sobre respuestas estatales a los problemas que plantean la minoridad carenciada y los menores infractores” de la Cámara de Representantes en

---

<sup>49</sup> G. Fernández, Ensayos de culpabilidad, Santa Fe, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (s.d.), p. 23.

su informe de septiembre de 1994 propuso al Plenario como propuesta, que facilitara alternativas de solución, y entre otras, menciona:

*"Promover la desjudicialización de los menores carenciados, en estado de abandono moral o material, redefiniendo el art. 121 del Código del Niño. Sería preciso además, rever los procedimientos frente a situaciones que no constituyen figuras delictivas pero donde existe una tendencia a darles un tratamiento similar, es el caso por ejemplo de la fuga, la prostitución y la condición de ser HIV positivo por parte de un menor. De esta manera se lograría que la noción de infracción pueda ser una categoría jurídica precisa y no una vaga categoría sociológica [...] Se considera necesario que se promueva la desjudicialización de los menores abandonados. En opinión de esta Comisión, el tema no justifica que se encuentre en órbita del Poder Judicial. Se contribuirá de tal manera, a la labor de los jueces de menores permitiendo que se destinen sus esfuerzos a atender los problemas de la minoridad infractora".<sup>50</sup>*

Es importante que en el ordenamiento jurídico positivo exista una norma similar a la redactada por el legislador brasileño en el artículo 23 del "Estatuto del Niño y del Adolescente", el cual establece:

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

*Párrafo único: Si no existe otro motivo que por sí solo autorice que se decrete 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".<sup>51</sup>*

Tampoco debe ser la pobreza motivo suficiente para situaciones tales como la internación, la privación de libertad, la adopción, la legitimación adoptiva o la adopción internacional; en definitiva, para la separación del niño de su grupo familiar. Los institutos de legitimación adoptiva (adopción plena) y de adopción internacional deben ser considerados en casos estrictamente excepcionales ya que está en juego el derecho a la identidad familiar y cultural del niño. Además, es de advertir que muchas veces son el envase jurídico que encubre el tráfico y la venta de niños, expresión máxima del niño como objeto.

El modelo correccional y/o asistencialista, con fundamento en la ideología de la rehabilitación, difícilmente escape de su propio "encierro" si mantiene la centralidad de la privación de libertad como respuesta a los conflictos, pues así comienza el ciclo perverso de la institucionalización compulsiva.<sup>52</sup> Una concepción garantista debe plantear formas nuevas de trabajo:

---

<sup>50</sup> Anexo I, al repartido núm. 850, pp. 11 y 14.

<sup>51</sup> "Estatuto del Niño y del Adolescente", Secretaría de Prensa de la Presidencia de la República, Brasil, 1991, p. 19.

<sup>52</sup> Antonio Gómez da Costa, ob. cit., p. 139.

*“El niño deja de ser visto como un manojito de carencias y pasa a ser percibido como sujeto de su historia y de la historia de su pueblo, como haz de posibilidades abiertas para el futuro. Ahora se pregunta por lo que él es, por lo que él sabe, lo que él hace o lo que él es capaz”.*<sup>53</sup>

Una concepción garantista del abandono conlleva una metodología de trabajo en la propia comunidad de origen del niño, a la vez que aboga por el trabajo social y educativo en el marco de alternativas comunitarias de atención.

Una concepción garantista parte del reconocimiento de que el niño tiene todos los derechos de cualquier habitante, a los que se agregan algunos específicos en concordancia con la Convención sobre los Derechos del Niño. Esta concepción debe reconstruir los problemas de la infancia y reconocerlos como violación a sus derechos.

Hay situaciones, entonces, en que la intervención judicial puede ser necesaria; por ejemplo cuando se entiende que en la resolución del conflicto social se van a vulnerar derechos.<sup>54</sup> La desjudicialización del abandono no es “abandono” judicial de protección de derechos del niño. El sistema de justicia como protector de derechos del niño debe afirmar su rol. De lo que se trata entonces es de que no se le haga cumplir a la policía, al juez y al fiscal el rol de asistente social, de psicólogo, de que el juez no intente reparar lo que no resolvieron otros (los economistas, los legisladores, etcétera) pues cae en una mera intervención simbólica. La justicia debe resolver el conflicto jurídico, no otro. Cuando se le presenten conflictos de otra naturaleza debe devolverlos a la sociedad. El sistema de justicia no es omnipotente, sus operadores no son omnipotentes.

Si no devuelve a la sociedad aquellos conflictos no jurídicos que llegan a su conocimiento termina cumpliendo un rol funcional al ocultamiento de las reales soluciones a esos conflictos. El rol de ilusionista, consciente o inconscientemente, es orientado por el enfoque penal de la defensa social. Ese rol lleva a intervenir de la peor forma: vulnerando derechos del sujeto más débil, el niño. Así se reafirma la centralidad de la intervención con el grado de violencia que aparece al hacer uso del derecho como instrumento de control del niño, lo que descalifica el momento jurídico. Ésta es la actitud propia de la construcción punitiva del abandono, en la que se lo vincula a la pobreza y se lo define en función a una moral homogeneizada, lo que deja aparecer la selectividad del sistema. Sólo cuando existe un conflicto de derechos debe intervenir el juez en cumplimiento de su rol verdadero: y entonces sí resolver la contienda utilizando el derecho como instrumento de defensa de los derechos del niño. Aquí la fiscalización de los derechos del niño revaloriza el momento jurídico.

---

<sup>53</sup> *Ibidem*, p. 138.

<sup>54</sup> Por ejemplo: el derecho a la libertad y a vivir con su familia en el caso de las internaciones; el derecho a la identidad familiar, a la identidad cultural y el derecho a vivir con su familia en las adopciones, legitimaciones adoptivas y adopciones internacionales.

Por lo tanto, el ingreso al sistema de justicia no debe prevenir nada, no debe evitar nada, sino, simple e indefectiblemente, asegurar derechos.

## 12. Los riesgos de la desinstitucionalización

La desinstitucionalización a la cual se está tendiendo, sin duda y en términos generales, se ve como beneficiosa para los niños pero debe ser acompañada por programas concretos de apoyo integral. Uno de los riesgos al desinstitucionalizar es que el Estado y la sociedad civil no asuman los deberes de reducción de las vulnerabilidades del universo infantil. Otro de los riesgos posibles es que sólo se esté ante un cambio de estrategias dirigidas a un control más blando pero también más extenso, abarcativo de un universo mayor, por meras finalidades utilitarias. Habría un *continuum* disciplinario donde:

*“La posibilidad de encontrarse en un punto cualquiera del continuum está en función de la capacidad de responder adecuadamente a las expectativas disciplinarias que aquella posición importa”.<sup>55</sup>*

El riesgo consiste en que todo el espectro de medidas de desinstitucionalización quede rehén de las finalidades que históricamente legitimaron las prácticas segregativas (terapéuticas, resocializadoras, etc.) y emigre de lo institucional a lo social.<sup>56</sup> En este marco, las estrategias de máximo control asignadas en un polo del *continuum* pueden implicar la permanencia de la política de internación claramente vinculada a finalidades netamente custodiales y de defensa social contra aquellos niños y adolescentes ingobernables.

La historia del control social en el Uruguay demuestra que cada vez que se disminuyen los presupuestos destinados a políticas sociales se produce un endurecimiento del control penal en el ámbito de la minoridad. En esos momentos, en que prevalecen las políticas de reducción del Estado, la desjudicialización de algunas situaciones puede acompañar este objetivo. Aparentemente la política del INAME tiende a disminuir el número de niños atendidos directamente por su propia estructura y aumentar la cobertura de niños atendidos a través de ONG. Esto es notorio en las políticas preventivas y también es visualizado como política del Poder Judicial en ámbitos de infractores donde se produjo un crecimiento de la utilización de medidas alternativas a la internación supervisadas por ONG. El Estado parece derivar hacia la sociedad civil situaciones que atendía casi en exclusividad. Esas derivaciones no deben implicar el cese del control ante eventuales violaciones de derechos y, por otra parte, debe sostenerse un compromiso de asistencia financiera que asegure el trabajo a largo plazo desde la sociedad civil organizada.

---

<sup>55</sup> Massimo Pavarini, *ob. cit.*, p. 32.

<sup>56</sup> *Ibidem*, p. 34.

Abunda decir que en una conceptualización crítica del abandono se entiende sumamente inconveniente su judicialización. Aunque, en procura de la concordancia de opiniones en cuanto a los beneficios de su desjudicialización, es necesario insistir en el desarrollo de políticas sociales para que el Estado no se desvincule de la situación a la que son sometidos el 40% de nuestros niños.<sup>57</sup> Germán Rama expresaba la importancia de fortalecer el presupuesto de educación al señalar que si no construimos escuelas hoy, terminaremos construyendo cárceles mañana.

Sólo de esta manera evitaremos el riesgo de que en el futuro, a través de mecanismos ya estudiados y conocidos, comiencen nuevamente las campañas que aboguen por un endurecimiento del control de abandono. Que por ello se criminalicen, una vez más, aquellas situaciones vinculadas con la extrema pobreza en las que la judicialización opera –ilusoriamente– como una forma de solución y protección, pero encubre en realidad las causas estructurales de la pobreza y la marginación, y se genere una postergación de las acciones tendientes a comprometer esfuerzos en la reducción de las carencias de la niñez más vulnerable.

### **13. El derecho a la ciudadanía**

Lo conceptual y lo metodológico se unen en clave de derechos humanos. El concepto de menor –categoría inscrita en las leyes de control social de infancia– cede ante el concepto de niño como sujeto de derechos. Las metodologías fundadas en la ideología de la rehabilitación o en el autoritarismo de las corrientes correccionales quedan deslegitimadas ante la perversidad de sus prácticas y la ineficiencia de sus resultados. Una concepción garantista debe promover el respeto sustantivo del niño como sujeto de derechos y esto implica una metodología de trabajo en y para la libertad.

El derecho a ser diferente en el pluralismo democrático emerge en el derecho a la ciudadanía de todos. El derecho a la ciudadanía del niño es derecho a la ciudadanía de todos los niños.

La construcción punitiva del abandono estalla frente al niño-ciudadano.

### **BIBLIOGRAFÍA**

AAVV, *La medicalización de la sociedad* (s.l.), Instituto Goethe y Nordan, 1993.

AAVV, *Del revés al derecho*, Buenos Aires, Galerna, 1992.

---

<sup>57</sup> Investigaciones de la CEPALy el UNICEFcoinciden en cuanto a la población infantil que vive en condiciones por debajo de la línea de pobreza.

- Balbela, J., Disertación presentada en el *Segundo Seminario de Minoridad y Derechos Humanos*, Intendencia Municipal de Montevideo, 1994.
- Baratta, A., "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal", en: *Criminología y Derecho* (s.l.), I. FCU, 1987.
- Baratta, A., "La niñez como arqueología del futuro", Exposición realizada en el *IV Seminario Latinoamericano sobre Niñez y Adolescencia*, Santa Cruz –Bolivia–, 1995, mimeo.
- Berger, P. y Luckman, T., *La construcción social de la realidad*, Buenos Aires, Amorrortu, 1968.
- Bonasso, A. y Lasida, J., *La niñez en el Uruguay* (s.l.), Carlos Álvarez Editor (s.d.).
- Calanchini Rosenbaum, *Código del niño* (s.l. y s.d.).
- Cerviniu, R., *Los procesos de decriminalización* (s.l.), Universidad, 1993.
- Erosa, H., "El Derecho de menores y la ley de seguridad ciudadana en el contexto de la actual administración de justicia", en: *Revista de Ciencias Penales*, núm. 1, Montevideo, 1995.
- Fernández, G., *Ensayos de culpabilidad*, Santa Fe, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad del Litoral (s.d.).
- Fernández, G., *Culpabilidad y teoría del delito I* (s.l. y s.d.).
- Freire, P., *La educación como práctica de la libertad*, Buenos Aires, Siglo XXI (s.d.).
- García Méndez, E., *Brasil: de infancias y violencias*, Brasilia, octubre de 1991, mimeo.
- Niño, L. F., "Aspectos socio-jurídicos de la declaración del estado de abandono: la vieja trampa para cazar niños", en: *Ser niño en América Latina* (s.l.), Unicri/Galerna, 1991.
- Pavarini, M., *Los confines de la cárcel*, Montevideo, Carlos Álvarez Editor, 1995.
- Puppo Bosch, D., "La peligrosidad y la psiquiatría forense", en: *Revista de Derecho Penal*, núm. 10, Montevideo, Fundación de Cultura Universitaria, 1995.
- Sandoval Huertas, E., *Sistema penal y criminología crítica*, Bogotá, Temis, 1989.
- Schurman Pacheco, "El problema de las garantías en el derecho de menores", en: *Gurises unidos*, núm III (s.l.), 1990.
- Uriarte, C., "Los derechos del niño adolescente y violencia", en: *Niños y adolescentes en conflicto con la ley penal*, Carlos Álvarez Editor, 1992.
- Zaffaroni, E. R., *En busca de las penas perdidas* (s.l.), Themis (s.d.).



## **OTRAS FUENTES**

*Niños y mujeres del Uruguay. Compromiso de todos* (s.l. y s.d.), UNICEF.

*El Observador* (s.l.), 14 de agosto de 1995.

*Informe de la Comisión Investigadora sobre Respuestas Estatales a los Problemas que Plantean la Minoridad Carenciada y los Menores Infractores*, Anexo al repartido núm. 850 (s.l.), septiembre de 1994.

# ¿ES POSIBLE LA DEMOCRACIA CUANDO MUCHAS CRIATURAS NO PUEDEN JUGAR?

*Reflexiones acerca del trabajo infantil*

**ALICIA RUIZ<sup>1</sup>**

## **1. Presentación**

En los tiempos que corren nadie deja de pronunciar, al menos una vez por día, la palabra "globalización". Y nadie deja de escucharla un centenar de veces en boca de interlocutores cercanos, de periodistas, de políticos, desde luego de los economistas, en las voces en *off* de más de un anuncio publicitario... Se la asocia a los fenómenos más variados rodeándola siempre de cierta aura de aprobación: pareciera que sólo se globaliza lo positivo, lo prometedor, lo bueno, aquello de lo que debemos alegrarnos. Sin embargo, si nos detenemos un poco y ponemos algo más de atención, advertiremos que también se han globalizado las lacras de la época que nos toca vivir.

El presidente de la Conferencia sobre la Eliminación de las Formas Intolerables del Trabajo Infantil (Amsterdam, 1997) advirtió que el trabajo de menores es actualmente una de las fuentes más importantes de explotación y abuso de niños y que es un problema universal que exige solidaridad a escala mundial. La "globalización" también abarca a los niños y no justamente para colocarlos en un "mundo mejor" ni para prometerles un futuro feliz.

Está claro que no se trata de un problema aislado y su solución no es ajena a otras soluciones más generales que suponen enfrentar problemas que coexisten con la explotación y el abuso de los menores a través del trabajo. En el campo de las ciencias sociales, aislar un problema y tratarlo separadamente siempre supone un riesgo. Pero tampoco es posible abordar "la totalidad" en cada caso por lo que procuraré, en esta breve exposición, ceñirme al trabajo infantil y a sus efectos en relación con una problemática puntual: la subsistencia de la democracia.

## **2. Datos acerca del trabajo infantil en América Latina**

Los datos y referencias que se indican a continuación provienen de los Documentos Informativos del IPEC (Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil)

---

<sup>1</sup> Alicia Ruiz es profesora de Teoría General del Derecho de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y autora de numerosas publicaciones sobre el tema.

“La situación del trabajo infantil en América Latina” y “La situación normativa y del trabajo infantil en los países del MERCOSUR y Chile”.

En América Latina cada vez son más los niños y niñas (en número y en proporción) que empiezan a trabajar desde temprana edad. Es decir, se ha acentuado la precocidad en la vida laboral. Esto ha coincidido con la escasa creación de empleo en el sector moderno de la economía, la disminución del papel del Estado como empleador, el crecimiento de las actividades informales y una cierta desregulación en las actividades formales.

La mayor parte de los trabajadores prematuros urbanos se registra en el trabajo informal. De hecho, disminuyó la edad mínima de admisión al empleo tanto en las actividades formales como en las informales. Si bien en muchas regiones el trabajo infantil se asocia con prácticas ancestrales, su incremento guarda estrecha vinculación con el aumento de la desocupación y la subocupación de los adultos. Este dato se asocia al proceso de globalización mencionado y es uno de los efectos negativos de los que no se da cuenta. La aparición de nuevas formas de explotación económica infantil se da en circunstancias en que el mercado laboral se restringe crecientemente y se reducen el empleo y la protección social. Estas condiciones repercuten en la salud laboral del futuro adulto y en las perspectivas inmediatas de quienes trabajan prematuramente ya que no pueden formarse debidamente.

Para entender a quiénes se abarca cuando se habla de trabajo infantil es necesario advertir que el uso de las definiciones no es unánime. Para la Organización Internacional del Trabajo (OIT), las edades de los menores de edad son estipuladas por las disposiciones legales en relación con la edad mínima de admisión en el empleo. En América Latina, se considera “niños” o “niñas” a los menores de 14 años porque ése es el límite inferior de admisión en el empleo. “Adolescentes” son los menores de ambos sexos, de 14 años cumplidos y que aún no han alcanzado los 18 años.

“Trabajo infantil” es el “trabajo o actividad económica” realizado por niños o niñas, menores de 15 años, cualquiera que sea su condición laboral (trabajador asalariado, trabajador independiente, trabajador familiar no remunerado, etcétera). “Trabajo” es toda actividad destinada a la producción de mercancías, se utilice o no fuerza asalariada, o aquella destinada a la reproducción de fuerza de trabajo realizada por asalariados, es decir, fuerza de trabajo convertida en mercancía (servicio doméstico). “Actividad económica” significa producción de bienes y servicios según se definen en el sistema de cuentas nacionales de las Naciones Unidas: “toda la producción de mercado y algunos tipos de producción no de mercado incluyendo la producción y elaboración de productos primarios para autoconsumo, la construcción por cuenta propia y otras producciones de activos fijos para uso propio. No incluye las actividades no remuneradas, como son las tareas domésticas no retribuidas y los servicios voluntarios a la comunidad”.

Al excluirse las tareas domésticas realizadas por una persona de menos de 15 años en el domicilio de sus padres y familiares se elimina una actividad muy significativa en el

trabajo infantil. Conviene, entonces, distinguir entre una definición ampliada y una restringida de trabajo infantil. La primera se refiere a tres situaciones. Por un lado, a un niño que debe dedicarse de manera excluyente a tareas domésticas a fin de que sus padres puedan trabajar fuera del hogar por lo que se ve privado de concurrir a la escuela. Por otro lado, el niño o niña trabaja y las tareas productivas de la familia no pueden diferenciarse de las relativas a la reproducción familiar sea por el ámbito en que se cumplen o porque la producción y la reproducción están involucradas como ocurre en la economía campesina (cuidar la huerta o el corral para el autoconsumo, acarrear el agua, recoger la leña). Finalmente, cuando el niño o niña realiza trabajo no visible como lo es el trabajo a domicilio en talleres instalados en el hogar.

Habrá de tenerse en cuenta que no se incluye en el trabajo infantil el que se lleva a cabo con fines educativos en instituciones destinadas a ese fin o en empresas como parte de un programa de formación. En este último, la OIT condiciona la formación en empresas a que se trate de menores a partir de los 14 años.

Por lo tanto, la OIT define la infancia en función de la edad mínima de admisión en el empleo. En América Latina importa conocer la población económicamente activa menor de 14 años que es el límite inferior considerado en las estadísticas laborales. Pero sólo se dispone de información sobre los grupos de 10 a 14 años, en algunos sólo de 12 a 14 y casi no existe información sobre los trabajadores particularmente prematuros que aún no cumplieron 10 años. A esa edad mínima general establecida por la OIT se le reconocen dos excepciones. Primero, la de los trabajos ligeros que se establece a partir de los 12 años, siempre que el empleo se ejerza de modo tal que no impida completar la escolaridad a quienes no terminaron su ciclo obligatorio de escolaridad y contando, además, con condiciones apropiadas para realizar la labor. Segundo, la prohibición para, aun teniendo la edad mínima para trabajar, realizar trabajos pesados, penosos o peligrosos, inclusive trabajos subterráneos, trabajos nocturnos, por turnos u horas extras, que con frecuencia sólo pueden ser realizados a partir de los 18 años o, en algunos países, de los 16 años. También suele limitarse la jornada del menor trabajador, respecto de la jornada normal del adulto.

En los países en los cuales la obligatoriedad escolar comprende seis años de estudios primarios, la edad mínima legal de admisión en el empleo puede coincidir con la edad de conclusión del ciclo escolar. Pero en la práctica, la inscripción tardía, la repetición u otras causas inciden en el cumplimiento del ciclo escolar total.

El trabajo infantil es cuantitativa y cualitativamente importante en América Latina. Se estima que, en 1995, al menos 7.613.198 niños entre 10 y 14 años de edad trabajaban (según la definición "restringida"). Si se suman los niños y niñas que realizan trabajo doméstico excluyente (definición ampliada) esa proporción aumentará notablemente. En Brasil, al 29,4% (cifras del año 1990); en Colombia, al 28,5%; en Costa Rica, al 55% y en Panamá, el 44,4%. Advierte el Informe que no se dispone de datos precisos de otros

países, pero es posible inferir que el trabajo infantil es relativamente importante en todos aquellos en los que es significativa la participación de la mujer en el mercado laboral y no se cuenta con suficientes servicios sociales para la atención de niños y niñas de corta edad, educación preescolar y cuidado de ancianos. "Las cifras señaladas podrían indicar que la definición ampliada de trabajo infantil incrementa cuanto menos el 20% o 25% la estimación basada en la definición restringida".

Por otra parte, muchos niños comienzan a trabajar antes de los 10 años. Según el Instituto Brasileiro de Geografía y Estadísticas, trabajan 522.188 menores entre 5 y 9 años. Esta cifra representa el 12% de total de niños entre 5 y 14 años que trabajaban en 1993, el 13,6% de aquellos entre 10 y 14 años. En otros países, las proporciones son aún mayores. En Guatemala, los menores de 7 a 9 años representaban el 21% de la fuerza de trabajo en 1994; en Colombia, los niños de 6 a 9 años representaban el 34,5% de la población económicamente activa rural menor de 14 años en 1991. Los indicadores de los países del Mercosur y Chile varían notablemente. El porcentaje de la participación infantil en el trabajo es de tasas bajas en Chile (2%), y Uruguay (0,8%), de nivel intermedio en Argentina (6,7%), y Paraguay (8,15%); Brasil, con el 20,5%, es uno de los más altos de la región.

El número y la proporción de niños y niñas que trabajan aumentaron en la década del ochenta y continuaron aumentando en la primera mitad de los noventa. Ésta es una tendencia en alza en países como Brasil, Costa Rica, Ecuador, Guatemala, México y Perú; tendencia que coincide con el momento más álgido del proceso de globalización. Un dato que no debe despreciarse es la invisibilidad del trabajo infantil. En las encuestas es difícil visualizarlo en toda su magnitud. El jefe de familia, que es por lo común el entrevistado, puede preferir negar la actividad laboral del niño o niña. O éstos, si son los encuestados, muchas veces no distinguen su actividad como trabajo. Tampoco se advierte el trabajo infantil tratándose de tareas estacionales o discontinuas.

Si se toma la definición restringida, la proporción de niños y adolescentes que trabajan es mayor que la de niñas y adolescentes: entre 60 y 80% para los varones y del 10 al 40% para las mujeres. Pero la diferencia se reduce de modo relevante si se utiliza la definición ampliada dado que quienes realizan tareas domésticas excluyentes son las mujeres: "La división social del trabajo entre los sexos se muestra en América Latina desde temprana edad".

La mayor parte de niños, niñas y adolescentes que trabajan se encuentra en zonas rurales, en un promedio del 70%. Sin embargo, el intenso proceso de urbanización y el crecimiento de actividades urbanas informales en las últimas décadas implicó el aumento de niños trabajadores en las ciudades, en microempresas, en talleres informales, en tiendas familiares y a domicilio. El trabajo callejero de niños, niñas y adolescentes es el más visible en las ciudades latinoamericanas. Comprende dos categorías de "trabajadores": los "niños en la calle" que son aquellos que continúan viviendo con sus

familias y los “niños de la calle” que constituyen la mayor proporción y que son aquellos que viven en las calles la totalidad o la mayor parte del tiempo.

En la población indígena se registra la actividad laboral infantil más elevada. La tasa de actividad en Ecuador, en 1994, era del 34% en grupos de edades entre 10 y 17 años que hablaban español y de 87,7% entre los que hablaban un idioma nativo o eran bilingües. La realidad de los pueblos indígenas, configurada o reforzada por la ruralidad, explican esa mayor intensidad laboral “En América Latina ser indígena generalmente significa ser pobre”.

“De considerarse la definición ampliada de trabajo infantil, y de tenerse en cuenta a los niños que empiezan a trabajar antes de los 10 años, así como las subestimaciones del trabajo infantil por las estadísticas generales, el número de niños que trabajan es bastante superior al anteriormente señalado; cuanto menos el doble. **No es aventurado afirmar que en América Latina trabajan no menos de 15 millones de niños y niñas que aún no han cumplido 15 años de edad**”.

### 2.1. ¿Cuál es la condición sociolaboral de los niños y niñas que trabajan?

Son mayoritariamente asalariados los del grupo de 10 a 14 años (70%), incluidos los que prestan servicio doméstico, en casi todos los países en los que se dispone de información. Una parte no reconocida de estos asalariados precoces son los aprendices informales porque en general las legislaciones de la región no los autorizan hasta los 14 años (salvo en Brasil donde la edad mínima es de 12) y porque esa formación no recibe reconocimiento oficial. “Entre ellos son comunes las remuneraciones particularmente bajas; la prolongación del aprendizaje por el maestro jefe o el propietario del taller, con la finalidad de seguir pagando un salario reducido, a pesar de la calificación y de la destreza adquiridas; su utilización en otras tareas, incluso domésticas”.

El grupo de mayor importancia numérica es el de los más pequeños dedicados a trabajo familiar no remunerado, en el trabajo por cuenta propia son entre un 10 y un 15% de la fuerza de trabajo infantil. En el grupo de 10 a 14 años, la segunda categoría en importancia, es la de los trabajadores familiares no remunerados (entre el 40 y el 45%).

### 2.2. ¿En qué trabajan los niños y niñas que trabajan?

Los espacios en los que generalmente encuentran ocupación los niños y niñas que trabajan es la economía campesina, el sector informal y el servicio doméstico. Es decir, en la reproducción social y no en actividades productivas. La información es escasa en este aspecto, pero puede señalarse que menos del 10% lo hace en el sector moderno, entre el 5% y el 10% en el servicio doméstico y del 80% al 85% en la economía cam-

pesina y en actividades informales. "Sin embargo, la proporción de trabajadores precoces en el sector moderno puede ser mayor, si es ocultada la subcontratación a microempresas informales, el trabajo a domicilio u otros mecanismos; en especial en las plantaciones de pequeña y mediana dimensión, en donde son numerosos, pero en las que su participación es subestimada por ser empleados muchas veces como ayudantes no remunerados de sus padres, o clandestinamente".

### 2.3. ¿En qué condiciones trabajan los niños y niñas que trabajan?

Las legislaciones establecen, como ya se dijo, jornadas inferiores a las normales de los adultos, pese a lo cual los niños y niñas cumplen horarios más extensos que los permitidos. En Brasil 1,3 millones (46,4% de los menores trabajadores entre 10 y 14 años) trabajaron 40 horas semanales o más en 1990, en Colombia y Ecuador una parte importante (el 75% en el primero, 54,1% en el segundo) de los trabajadores precoces sobre los que se dispone información también realizaron jornadas superiores a las máximas legisladas.

Sus ingresos son en promedio bastante bajos, aunque muchos pueden obtener ingresos mayores que ciertas categorías de adultos. "Un indicador parcial del nivel relativo, es la proporción de niños y adolescentes trabajadores cuyos ingresos son iguales o menores que el salario mínimo. En Brasil 96,3% de los menores trabajadores con 10 a 14 años de edad, tenían ingresos iguales o inferiores a un salario mínimo en 1990; muchos de ellos (71,1%) sólo percibían medio salario mínimo. A conclusiones comparables llegan estudios realizados en Colombia, Ecuador y América Central. No debería inferirse de lo señalado que el trabajo infantil no es necesario para las familias. Menos aún que éstas podrían resignarse fácilmente a su pérdida. La contribución de niños y adolescentes a los ingresos familiares puede ser importante, en particular en hogares que confrontan pobreza extrema o en los hogares monoparentales liderados por mujeres. Por lo demás, muchas veces permite estudiar. Asimismo muchas veces un trabajo infantil complementa el trabajo de un adulto y al hacerlo, permite que éste exista".

La salud psicofísica de los trabajadores precoces está expuesta a mayores riesgos que la de los adultos. De ahí que la legislación fije edades mínimas de admisión en el empleo y condiciones más estrictas para la prestación de servicios. El incumplimiento de estas disposiciones, cuya frecuencia es harto elevada, implica un daño irreparable para cada uno de los afectados y para la sociedad que ellos integran. En el Mercosur y Chile el trabajo infantil en sectores de alto riesgo se concentra en ladrillería, minería, mercados y recolección de basura; para Argentina, Brasil y Chile, en el trabajo callejero y en el sector agrícola.

Si bien no es un obstáculo absoluto, el trabajo dificulta la escolaridad o la impide. Entre el 35% y el 72% de los niños y niñas que trabajan no estudian y entre el 28 y el

65% de los que lo hacen estudian. Por ejemplo, en Brasil el 57,1% de los niños y adolescentes trabajadores estudian al mismo tiempo; en Colombia, el 28%; en Perú, el 32,9%; en Venezuela, el 40,3%; en Panamá, el 31,4% (datos de 1990 a 1994). Los problemas se presentan no a temprana edad sino entre los 12 y 14 años "cuando se acumulan los déficits educativos y repeticiones de años escolares. En el otro extremo no todos los niños y las niñas que asisten a la escuela lo hacen por razones laborales. Muchas veces se debe a la carencia de oferta educativa. Siguen faltando escuelas, a pesar de los esfuerzos realizados, y la educación es generalmente de escasa o mediocre calidad".

#### 2.4. ¿Cuáles son las causas del trabajo del trabajo infantil?

La principal causa del trabajo infantil es la pobreza. El estudio Panorama Social de América Latina, efectuado en 1994 por la Comisión Económica para América Latina (CEPAL) sobre los niños y niñas y adolescentes trabajadores urbanos, muestra que en todos los otros países, salvo en Bolivia, en la categoría 12-14 años, la mayor parte de los niños y niñas que trabajan pertenecen a estratos pobres. Muchos de los hogares no afectados por la pobreza serían pobres de no contar con el concurso laboral de sus miembros infantiles; o muchos calificados como pobres no indigentes, serían indigentes sin ese concurso. Pero, no todos los niños pobres trabajan ni todos aquellos que trabajan son pobres.

La relación que se establece entre trabajo infantil y pobreza es compleja. Asimismo, influye la modalidad de trabajo de padres y adultos –cuando la actividad se realiza en el hogar, es más frecuente que participe el niño o la niña–; la proporción de adultos potencialmente activos; las posibilidades que ofrece el mercado de trabajo a niños y niñas; y la accesibilidad o no, a servicios sociales, que permitan al adulto con responsabilidades familiares, trabajar sin recurrir al concurso de un miembro infantil del hogar. Influyen igualmente pautas culturales –dada por la tradición, como puede ser la transferencia de conocimientos artesanales de padres a hijos; o relacionados con la migración del campo a la ciudad, que conserva la propensión al trabajo infantil y la refuerza con fines de supervivencia– y el nivel de desarrollo del sistema educativo, o la valoración que se haga de éste.

### 3. La relativa fuerza de los "datos"

*"– Sin duda es breve, querida mía. No obstante, está demostrado que la duración media de la vida humana ha aumentado en los últimos años. Los cálculos de diversas oficinas de seguridad, entre otras cifras que no pueden estar erradas, han confirmado este dato.*



– *Hablo de mi propia vida, padre.*

– *¿De veras? Aun así, huelga aclararte, Louisa, que tu vida está regida por las leyes que rigen las vidas de la suma total.*”

Charles Dickens, *Tiempos difíciles*<sup>2</sup>

Hasta aquí me he limitado a describir el estado de situación del trabajo infantil en América Latina a través de los datos suministrados por la OIT en dos documentos informativos. Las cifras y los porcentajes incluidos, sin duda, impresionan. Paradójicamente, producen una cierta distancia tranquilizadora respecto de los cientos de miles o de millones de seres humanos que son aludidos con las expresiones del tipo “niños y niñas que trabajan” o “trabajadores prematuros”. Aparecen en los cuadros y en el texto como números o porcentuales o como variables de una estadística y con ello nos evitamos enfrentarlos cara a cara. Sin embargo, hoy por hoy, pareciera que ningún intento serio en ese sentido pudiera prescindir de ellos sin perder objetividad y científicidad.

Los “datos” así procesados son útiles cuando se trata de reflexionar acerca de un problema social y político, pero no bastan. Para que se entienda mi afirmación voy a recurrir a las críticas que Martha Nussbaum formula a la mentalidad económica utilitarista porque sus efectos son similares a los que estoy cuestionando como metodología de la investigación social.

Al reducir las diferencias cualitativas a diferencias cuantitativas se borra cualquier particularidad histórica, sólo quedan “porciones de naturaleza humana” que son cuantificables. Se hace abstracción de cuanto no es matematizable, y para medir lo que se mide sólo se presta atención a lo que Nussbaum llama:

*“Una versión abstracta y general del ser humano [...] Las vidas son gotas en un mar indiviso, y la pregunta de cómo funciona el grupo es una pregunta cuya resolución económica requiere eliminar el infranqueable abismo que separa la desdicha de unos de la satisfacción de otros.”*<sup>3</sup>

Al ordenarse los datos en forma tabulada, todo parece reducirse a un problema matemático que tiene una solución definida,

*“Ignorando el misterio y la complejidad de cada vida humana, en su intriga y dolor frente a sus elecciones, sus enmarañados amores, sus intentos de enfrentar el enigmático y sobrecogedor hecho de la propia mortalidad.”*<sup>4</sup>

---

<sup>2</sup> Citado por en Nussbaum, Martha, *Justicia poética*, Santiago de Chile, Andrés Bello, 1997.

<sup>3</sup> Nussbaum, M., *ob. cit.*

<sup>4</sup> Nussbaum, M., *ob. cit.*

No discuto la utilidad y la necesidad de contar con información estadística y con los aportes de la economía, sino que me preocupa la “hipervaloración” de muchos científicos sociales en relación con ellos. Como sucede con ciertos modelos de la economía, estas perspectivas epistemológicas y estos criterios metodológicos no son neutrales éticamente. Suponen una concepción, a decir de Nussbaum:

*“Simple y elegante de las motivaciones de la conducta humana, más apta para un juego de cálculo que para la comprensión de la vida social y para la construcción de propuestas y soluciones que tengan en cuenta algo más que el interés personal de cada individuo; no distinguen en sus descripciones entre una vida humana y una máquina, y es bastante posible que, puesto que nos consideran iguales a objetos inanimados, nos traten con cierta obtusidad”.<sup>5</sup>*

Los *datos*, entonces, proporcionan información cuantificable y útil, pero insuficiente. Los *datos no son verdades irrefutables*, o dicho de otra manera, no conoceremos la porción del mundo en la que estamos interesados si simplemente nos munimos de muchos cuadros, muchas estadísticas y muchos porcentajes. Una vez que los tenemos a la mano debemos preguntarnos qué hacer con ellos, sabiendo que las lecturas posibles son múltiples y que nos serán imprescindibles otros elementos si queremos alcanzar una visión más abarcadora del problema que tenemos entre manos. Los 15.000.000 de niños que trabajan en este continente son más que la suma de todos ellos. Sus frágiles vidas, sus inciertos destinos, sus miedos, sus enfermedades, sus carencias, no se reflejan en el “dato”. De ahí apenas puede inferirse que son muchísimos y, si atendemos a las proyecciones, que su número está en camino de aumentar.

#### **4. Somos “los otros”**

*“No puedo ignorar al otro porque yo ‘soy’el otro.”<sup>6</sup>*

La gravedad de esta situación fue duramente denunciada y caracterizada desde otro ángulo en las Conclusiones de la Conferencia sobre la Eliminación de las Formas más Intolerables del Trabajo Infantil, convocada por la OIT en Amsterdam en 1997. La explotación de los menores –se dijo– es una violación de sus derechos humanos y una grave pérdida de potencial humano. Actualmente, el trabajo de menores es una de las fuentes más importantes de explotación y abuso. La Conferencia de Amsterdam sobre Trabajo de Menores es unánime en su condena de la explotación de los mismos y demanda acción inmediata para erradicarlo.

---

<sup>5</sup> Nussbaum, M., *ob. cit.*

<sup>6</sup> Massimo Cacciari, *Diálogo sobre la solidaridad (s.l. y s.f.)*.

La Conferencia insta a todos los países a lanzar de inmediato un programa de acción específico para eliminar el trabajo de menores y poner fin inmediatamente a sus formas más intolerables: esclavitud y prácticas similares, trabajo forzado u obligatorio, incluyendo esclavitud por deudas y servidumbre, el uso de menores en prostitución, pornografía y tráfico de drogas, y su empleo en cualquier tipo de tarea que resulte peligrosa, dañina o riesgosa o que interfiera en su educación. Debe existir la prohibición absoluta de trabajo para los más pequeños y protección especial para las niñas. *Un delito contra un menor debe considerarse delito en todas partes.*

Es preciso subrayar, antes de seguir adelante, la relación directa entre los niveles de pobreza y la presencia de trabajadores precoces. Debe tenerse en cuenta que los niños pobres presentan, en general, mayores problemas en su desarrollo. Las carencias de nutrición y el retraso aparecen enlazados a partir de los seis meses de vida y son observables la disminución del peso y de la estatura, la aparición de deficiencias en el aprendizaje y en la adquisición de aptitudes básicas para la vida en sociedad. Las criaturas mal alimentadas en raras ocasiones tienen sensación de hambre y su nivel de actividad se limita, están más expuestos a infecciones, que son más graves y prolongadas y originan el complejo malnutrición-infección. En la escuela primaria presentan un descenso uniforme de su capacidad de aprender, alteraciones de la atención, de la integración intersensorial, de la memoria asociativa, de la imaginación creadora (por ejemplo, para apreciar el ingenio y el humor), de la asociación de ideas por semejanzas, trastornos de la articulación del lenguaje: torpeza motriz de lengua y labios y un movimiento mandibular pobre.

*"Esto genera sentimientos de inseguridad que aumentan cuando comprueban sus dificultades para concentrarse y fracasan donde otros triunfan. Tienden a alejarse del grupo [...] replegándose [...] y convirtiéndose en el niño problema [...] son niños con mirada triste [...] desarrollan sentimientos de inferioridad y de desvalorización de sí mismos. Si bien su necesidad de amor es mayor que la de otros niños son, en general, menos aceptados. Es común que sean repitentes y terminen abandonando la escuela [...] La desnutrición crónica es una enfermedad silenciosa cuyas secuelas sobre el desarrollo mental y físico, que operan como mutilaciones invisibles, duran toda la vida."*<sup>7</sup>

Los que además trabajan, en condiciones de tan notoria inferioridad, son explotados –como lo muestran los indicadores ya citados– y esa explotación no podrá atenuarse cuando sean adultos. Definitivamente habrán de figurar entre la mano de obra más descalificada, la peor paga y la más carente de protección social. Los niños y niñas que no gozan de instrucción ni de esparcimiento ni de cuidados y que no se socializan en un período de disponibilidad mental con un mínimo de tensiones, envejecen prematuramente sin haber madurado como personas humanas.

<sup>7</sup> Barca, Verónica, "Hambre y desnutrición en la niñez. Una mutilación invisible", en: Políticas y niñez, Buenos Aires, Losada, 1997.

El trabajo infantil en las sociedades modernas está fuertemente acotado, limitado y aun prohibido por las legislaciones nacionales y por las normas de derecho internacional. No debería existir sino en mínima escala y bajo rigurosos controles. Sin embargo, hay niños y niñas que trabajan y la gran mayoría de ellos lo hace de manera ilegal, sin contar con ninguna de las tutelas que se reconocen a los trabajadores adultos y, como no poseen ni la capacidad ni la fuerza física de éstos, son económicamente rentables en proporción directa con su escaso salario y el mayor grado de desprotección que los afecta, porque están más sometidos por el sufrimiento y el abandono con que la pobreza los marca desde antes de nacer.

Paradójicamente, los trabajadores precoces están en los márgenes y no son reconocidos como sujetos de derecho. Constituyen un ejemplo espeluznante de hasta dónde puede llegar la discriminación y la indiferencia en las épocas que vivimos. Negados como se niega una enfermedad incurable, representan desde una molestia hasta una amenaza cuando deambulan por las calles pidiendo limosna o intentando vender alguna mercancía o cuando alguna noticia periodística da cuenta del descubrimiento de menores que, encerrados en depósitos con escasa ventilación, trabajan durante más de catorce horas por día, o alguna otra noticia que informa que son "comprados" a quince pesos en Bolivia y transportados a la Argentina como mano de obra barata.

Al margen de la ley, la explotación a la que se ven sometidos cierra, junto con la pobreza, la desnutrición y el retraso, el perverso círculo que los condena a una exclusión social insuperable.

¿Qué sucede en una sociedad donde niños y niñas y adolescentes pobres, malnutridos, con carencias fundamentales, desprovistos de protección y de cuidados son esa "mano de obra barata", expuestos a todo tipo de abusos y peligros? ¿Cómo puede pensarse su institucionalidad, la ciudadanía y la participación política en el marco del orden democrático?

Ernesto Laclau advierte que:

*"En muchos países del Tercer Mundo, por ejemplo, el desempleo y la marginalidad social desembocan en identidades sociales destrozadas en el nivel de la sociedad civil, y en situaciones en las cuales lo más difícil es constituir un interés, una voluntad a ser representada dentro del sistema".<sup>8</sup>*

La calidad de vida de la sociedad entera se resiente cuando amplios sectores de la población transitan su infancia y su adolescencia en condiciones de infrahumanidad, sin otra aspiración "realizable" que la de intentar sobrevivir a cualquier precio. La violencia, el miedo y la inseguridad atraviesan el fragmentado mundo social y todos sus miembros quedan definidos por las carencias y por la desigualdad, incluso los que parecen

---

<sup>8</sup> Laclau, Ernesto, "Deconstrucción, pragmatismo y hegemonía", en: *Agora*, núm. 6, 1997.

a salvo. Es que las identidades sociales e individuales se constituyen en el cruce de lo social, lo político y lo cultural aunque no son predeterminadas por esos factores. En el proceso de conformación de aquellas identidades se actualizan algunas de las posibilidades estructurales de la sociedad. Donde se niegan a muchos los derechos humanos declarados en los textos normativos y donde las tutelas legales no se garantizan, los demás pierden parte de su humanidad.

Toda identidad se diferencia de otras, que le son exteriores, pero cuya referencia es, a su vez, condición de la existencia de la primera.

*"En la configuración de una identidad siempre están en juego otras identidades [...] La aparición de nuevas identidades o su destrucción, amenaza la supervivencia de las ya existentes, tal como están dadas."*<sup>9</sup>

Es decir que los otros, los que nos rodean, son parte de la propia identidad. No se "es" sin los demás ni se es independientemente de cómo son aquellos que nos circundan. En ese juego complejo nada es estático ni permanente. Las identidades son históricas y cambiantes, producto de la contingencia y no de la necesidad. De ahí que no pueda pensarse ningún grupo ni individuo sino "frente a", "en relación con", "vinculado a" otro. *"Je suis l'autre"*.<sup>10</sup>

Sí, yo soy el otro y a su medida. Y no se trata de expresiones metafóricas sino de señalamientos en los que coinciden distintas disciplinas: la antropología, la ciencia política, la sociología, la psicología. En el proceso social de constitución de cualquier identidad, está presente la trama íntegra de las relaciones sociales y del poder. Las formas en que se reconoce y se desconoce a cada uno, las huellas de la discriminación, de la marginalidad y de las exclusiones quedan fijadas en todos y no únicamente en quienes son discriminados, marginados o excluidos. En cierto sentido, nadie escapa del estigma en un mundo que niega a algunos el derecho de vivir con dignidad.

Las criaturas y los adolescentes que para procurar su supervivencia deben dejarse explotar en el trabajo cuando deberían estar jugando o aprendiendo a leer, los que circulan por las ciudades, los que duermen en las estaciones de ferrocarril, o en los umbrales a la intemperie, los que en sus miradas tristes o llenas de rencor exhiben hambre, enfermedad y falta de amor, comprometen el futuro de todos, y no sólo su propia existencia. Por eso, en la Conferencia Internacional de Amsterdam de 1997 se denunció la explotación de los menores en el trabajo como una violación de los derechos humanos y como un delito. Al reclamar, simultáneamente, la adopción de programas y medidas efectivas para su eliminación, en el ámbito de los Países Miembros, se enfatizó tanto el costado ético como el aspecto político de esta cuestión.

<sup>9</sup> Ruiz, Alicia, "El infierno de los vivos no es algo por venir... Identidad, trabajo y democracia", en: Contextos, núm. 1, 1997.

<sup>10</sup> Rimbaud, A. -sin referencia sobre la obra- [s.l. y s.f.].

En igual sentido, dos pensadores, Paul Ricoeur y Pietro Barcellona, coinciden en la necesaria vinculación entre el reconocimiento del otro y las nociones de justicia y de institución. Dice Ricoeur:

*“En la noción misma del otro está implicado que el objetivo del bien vivir incluye, de alguna manera, el sentido de justicia. El otro es tanto el otro como el ‘tú’. Correlativamente la justicia es más extensa que el cara a cara [...] por ‘institución’ entendemos aquí la estructura de vivir juntos de una comunidad histórica [...] estructura irreductible a las relaciones personales, y sin embargo, unida a ellas en un sentido importante”.*<sup>11</sup>

Por su lado Barcellona afirma que:

*“El reconocimiento del diferente, del otro, no es ni un lujo ni una obra de caridad, sino la conciencia adquirida de que yo no puedo dar forma a mi identidad sin afirmar la diferencia del otro y custodiársela como una necesidad vital. Éste es el problema de la búsqueda de un terreno común más allá de la abstracción mutiladora del universalismo jurídico y de la economía dineraria. Acerca de este problema urgente debe hacerse la apuesta no sólo de nuestras propuestas políticas sino también de nuestra cultura y nuestros saberes”.*<sup>12</sup>

Todo niño desde que nace es sujeto de una cultura. Sin ese lecho cultural que lo sostiene no hay posibilidad de transmisión genética que alcance para generar humanos.

*“El psiquismo surge y se sostiene como resultado de muchos encuentros. Encuentro del cachorro humano, inerte por más tiempo que los de otras especies cercanas, con los gestos, el lenguaje, los valores, sentidos y argumentos que le adjudican a la vida, y a esa vida en particular, los que lo preceden en la existencia. Luego los encuentros que seguirá teniendo permanentemente, a lo largo de su vida, con los límites y los registros del cuerpo; con pensamientos, imágenes y recuerdos de los que será consciente o no. Siempre en relación con los otros y siempre en la tarea de discernir lo propio de lo compartido con sus semejantes. Estos, los ‘otros’ y ‘semejantes’, aparecen en concreto como los modelos y árbitros, como socios o adversarios, como objetos de amor y de odio, en juego, a veces vertiginoso, de oscilaciones, de mezcla de lugares y sentidos de alteridad. Esta densidad de vínculos humanos matisa y refracta los encuentros con las vicisitudes de la naturaleza y de las instituciones de la cultura. Comienza así el desarrollo de lo que va a ser una constante en la vida humana, dramáticamente visible en esos primeros tiempos de cada existencia: estar permanentemente confrontados con experiencias, lenguajes y realidades que se anticipan siempre a las posibilidades de respuesta.”*<sup>13</sup>

<sup>11</sup> Ricoeur, Paul, Si mismo como otro, Madrid, Siglo Veintiuno, 1996.

<sup>12</sup> Barcellona, Pietro, Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social, Madrid, Trotta, 1990.

<sup>13</sup> Galli, Vicente y Malfé, Ricardo, “Desocupación, identidad y salud”, en: Sin trabajo, Buenos Aires, Unicef/Losada, 1996.

Primero los padres y luego otras personas modelan las necesidades del niño. Son “dadores de lo que lo sostiene para vivir [y] enunciadores intermediarios de una forma de vida, con sus expectativas y prohibiciones fijan los límites para lo deseable, lo temible, lo posible y lo lícito”.<sup>14</sup>

Galli y Malfé destacan que la identidad se va organizando y sosteniendo en: a) el sentimiento o vivencia de elementos en general valorables para tener referencia de sí mismo, registrada con continuidad a través del tiempo; b) con ilusión de unidad, lo que es fundamental como condición de autorreconocimiento; y c) el reconocimiento por parte de los otros.

*“El niño es identificado desde estas urdimbres. Recibe un nombre, hablan de él, desde antes que pueda entender las palabras nominando sentimientos, lazos de parentesco, y proyectos; permanentemente inmerso en un mundo de sentidos que lo exceden, en historias, mitos creencias, valores, posibilidades, sufrimientos y obstáculos que lo preceden. Es soporte de proyectos para su futuro (Cuando seas grande serás... podrás... tendrás, etc.) y de exigencias presentes para ser aceptado y querido. Pero todos estos influjos se van adoptando y transformando en constituyentes del propio mundo interno del niño, por obra de complejas metabolizaciones en las que sensaciones, palabras, deseos, fantasmagorías, recuerdos y pensamientos, toman paulatinamente mayor espesor. Aquello que comenzó (sigue) con la labor de identificación desde los otros, se convierte así en anhelos identificatorios propios: tarea de apropiación de enunciados y modos de representar su propia vida y la de los demás (tanto como el resto de su mundo) que implica necesariamente posicionamientos como sujeto activo [...] En este punto se hace especialmente notoria la necesidad de articular la psicología individual con lo social, ya que el reconocimiento por parte de los otros, siempre transporta, como requisito, alguna forma de categorización social en relación con la cual esos otros nos ubican para ‘reconocernos’. Así, somos identificados (con todas las connotaciones que el término tiene) en uno u otro género, en una etnia o en una tradición religiosa –siempre con trapuestas a otras– en una nacionalidad, en un papel social y laboral a veces pre-determinados, etc.”<sup>15</sup>*

Las instituciones sociales y políticas, las responsabilidades que se asuman en forma conjunta, el papel que se asigne al Estado, los mecanismos que se escojan para distribuir el producto social, las prioridades que se identifiquen en el diseño de los programas de gobierno, la celosa custodia de las garantías y libertades son parte de ese lecho cultural que nos hace, de una cierta manera: humanos. Cuando sólo unos pocos son sus beneficiarios, la natural fragilidad de la democracia –que carece de todo fundamento último– se acentúa peligrosamente.

<sup>14</sup> Galli, Vicente y Malfé, Ricardo, ob. cit.

<sup>15</sup> Galli, Vicente y Malfé, Ricardo, ob. cit.

Piénsese, a partir de estas consideraciones, en cuál es el lugar desde donde se miran y miran a los demás un hombre o una mujer que fueron explotados desde que tenían 6 años, que nunca tuvieron oportunidad de imaginar ni de jugar, que no contaron ni con el abrigo materno ni con un techo, y tampoco con asistencia social, hospitales, escuelas o trabajo para sus padres; y en cuyo horizonte más cercano sólo se visualiza la droga, la desocupación, la prostitución, el delito y siempre la miseria de todo orden. Se han visto privados de un destino cargado de esperanzas y de un lugar en la sociedad respetable y legítima que aparece a la vista.

*"Un destino maleable y emocionante, cargado de esperanzas y miedos, es lo que se les ha negado y se niega a tantos jóvenes, muchachos y muchachas empeñados en habitar la única sociedad viable, respetable y legítima que aparece a la vista... Pero es sólo un espejismo, porque aunque es la única existente, los rechaza; aunque es la única que los rodea, les resulta inaccesible [...] Para estos jóvenes condenados de antemano el desastre no tiene solución ni límites ni siquiera ilusorios: toda una red estrechamente tramada, casi una tradición, les impide adquirir los medios legales de vida, así como la correspondiente razón para vivir. Marginales por su condición, definidos geográficamente antes de nacer, réprobos de entrada, son los 'excluidos' por excelencia. Por algo habitan esos lugares concebidos para convertirse en guetos. Antes guetos obreros. Hoy guetos de gente sin trabajo ni perspectivas. Sus señas indican esas tierras de nadie consideradas –sobre todo según nuestros criterios sociales– 'tierras de ningún hombre', o 'tierras de los que no son hombres' o son 'no hombres'. Tierras que parecen científicamente diseñadas para marchitarse en ellas."*<sup>16</sup>

¿Cuáles son las expectativas de estos ciudadanos? ¿Cuál el mundo en el que anhelan vivir? ¿Cuáles las "razones" que determinan sus opciones éticas y políticas?

No son preguntas baladíes si se trata de reflexionar acerca del modo en que las democracias contemporáneas pueden preservarse y ampliarse en un sentido radical. Si se trata de reflexionar acerca de cómo se construye una sociedad más equitativa y más solidaria, donde la igualdad declarada se efectivice y donde las diferencias relevantes no se oculten ni se nieguen. Si éste es el propósito que nos guía, no podemos cerrar los ojos ante los quince millones de niños que trabajan en este continente, porque sus privaciones dibujan lo que mañana serán no sólo ellos sino también nosotros. Que ellos no puedan jugar es una responsabilidad que no se mitiga con la caridad. Habremos de dar cuenta de ello antes de lo que suponemos. El escepticismo o la indiferencia son formas de esos delitos contra los menores que deben considerarse delitos en todas partes como advirtiera la Conferencia Internacional de Amsterdam de 1997.

---

<sup>16</sup> Forrester, Viviane, El horror económico, Buenos Aires, FCE, 1997.



## BIBLIOGRAFÍA

Barca, Verónica, "Hambre y desnutrición en la niñez. Una mutilación invisible", en: *Po - líticas y niñez*, Buenos Aires, Losada, 1997.

Barcellona, Pietro, *Postmodernidad y comunidad. El regreso de la vinculación social*, Madrid, Trotta, 1990.

Cacciari, Massimo, *Diálogo sobre la solidaridad* (s.l. y s.f.).

Forrester, Viviane, *El horror económico*, Buenos Aires, FCE, 1997.

Galli, Vicente y Malfé, Ricardo, "Desocupación, identidad y salud", en: *Sin trabajo*, Buenos Aires, UNICEF/Losada, 1996.

Laclau, Ernesto, "Deconstrucción, pragmatismo y hegemonía", en: *Ágora*, núm. 6, 1997.

Nussbaum, Martha, *Justicia poética*, Santiago de Chile, Andrés Bello, 1997.

Ricoeur, Paul, *Sí mismo como otro*, Madrid, Siglo Veintiuno, 1996.

Ruiz, Alicia, "El infierno de los vivos no es algo por venir... Identidad, trabajo y democracia", en: *Contextos*, núm. 1, 1997.

## OTROS DOCUMENTOS

OIT: Documentos Informativos del IPEC (Programa Internacional para la Erradicación del Trabajo Infantil), "La situación del trabajo infantil en América Latina" y "La situación normativa y del trabajo infantil en los países del Mercosur y Chile" [s.l.], 1997.

OIT: Documento Informativo "Resúmenes y conclusiones del Presidente de la Conferencia sobre la eliminación de las formas más intolerables del trabajo infantil [s.l.], 1997.

OIT: "El trabajo de los niños" [s.l.], 1980.

## ANEXO

### 1. Breve reseña de las normas aplicables al trabajo de menores en la República Argentina

El trabajo de menores en la Argentina está regulado por un complejo normativo integrado por la Constitución Nacional (CN), convenciones y tratados internacionales, la ley de Contrato de Trabajo (LCT) –arts. 187 a 195–, algunas disposiciones aún subsistentes de la ley 11.317, de la ley 24.013 (contratos promovidos de práctica laboral para jóvenes y trabajo-formación) las del decreto 14.538/44 de aprendizaje y orientación profesional y algunas de estatutos especiales y/o de convenios colectivos de trabajo.

#### 1.1. Constitución Nacional

Luego de la reforma de 1994, la Constitución Nacional (CN) se modificó sustancialmente en materia de trabajo de menores ya que hasta entonces sólo contemplaba de manera indirecta a estos menores a través de las referencias genéricas (protección integral de la familia, compensación económica familiar).

La Convención sobre los Derechos del Niño (CDN) se incorpora a los derechos y garantías de la Primera Parte (art. 75 inc. 22).

El art. 75, inc. 23, impone al Congreso Nacional:

*“Legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos, en particular respecto de los niños [...] Dictar un régimen de seguridad social especial e integral en protección del niño en situación de desamparo, desde el embarazo hasta la finalización del período de enseñanza elemental”.*

#### 1.2. Ley de Contrato de Trabajo y demás legislación nacional

La Ley de Contrato de Trabajo (LCT) derogó la ley 11.317, con excepción de los arts. 10, 11, 19 a 24, e incorporó sus disposiciones en relación con el trabajo de menores en los arts. 185 a 197.

Pueden celebrar contratos de trabajo los mayores de los 14 años y menores de 18 años en las condiciones que prevé el art. 32 de la misma. Son equiparados a los mayores de 18 años cuando, con conocimiento de sus padres o tutores, vivan independientemente. Se presume, asimismo, que los menores entre 14 y 18 años están autorizados por sus padres o representantes legales para todos los actos concernientes a la actividad en relación de dependencia que ejerzan.

La capacidad para estar en juicio laboral vinculado al contrato de trabajo que celebran se adquiere a los 14 años (art. 33). En cambio, cuando intervienen en un proceso laboral por otras causas se requiere que intervengan sus representantes legales.

Pueden afiliarse a sindicatos (art. 13 de la ley 23.551) desde los 14 años, pero sólo desde la mayoría de edad están en condiciones de integrar órganos directivos (art. 18). En cambio, para ser delegados les basta tener 18 años (art. 41).

El art. 189 de la LCT dispone que no pueden ocuparse menores de edad superior a la edad mínima indicada, que comprendidos en la edad escolar no hayan completado su instrucción obligatoria, salvo con autorización del ministerio pupilar y cuando el trabajo del menor fuera indispensable para su subsistencia o la de sus familiares directos.

Como la Ley Federal de Educación (Ley 24.195) prevé un ciclo de educación básica obligatoria de nueve años a partir de los seis años, lo normal es que un menor concluya ese ciclo a los 15 años. Esto supone la elevación de la edad mínima de 14 a 15 años.

Las excepciones a la edad mínima que autoriza la LCT, son similares a las contenidas en los Convenios de OIT. Así se autoriza el trabajo familiar (art. 189, 2º y 3º párrafos).

El art. 187 de la LCT garantiza al trabajador menor la igualdad de salario, cuando cumpla jornadas de trabajo o realice tareas propias de trabajadores mayores. Se trata de una aplicación del principio constitucional de igual remuneración por igual tarea (art. 14 bis de la CN).

El art. 19 de la LCT autoriza reducciones en el salario mínimo, vital y móvil para aprendices o menores.

La jornada de trabajo de los menores de 14 a 18 años en ningún tipo de tarea podrá exceder de 6 horas diarias o 36 semanales, sin perjuicio de la distribución desigual de las horas laborales (art.190 de la LCT). Esto último, de acuerdo con lo ordenado por la reglamentación de la ley 11.544, significa que se admite la superación del límite diario siempre que no supere el límite semanal.

Si se trata de menores entre 16 y 18 años, el mismo art. 190 autoriza la extensión de la jornada a 8 horas diarias y 48 semanales.

Los menores gozan de descanso al mediodía (remisión del art. 191 al 174 de la LCT), para la comida o el reposo en mitad de la jornada, siempre que cumplan jornada completa y no cuando trabajan sólo a la mañana o a la tarde. La autoridad administrativa puede reducir el tiempo de descanso, el que no devenga salario.

El trabajo nocturno está prohibido para menores de ambos sexos, entendiéndose por tal el que se realice en el intervalo comprendido entre las 20 horas y las 6 del día siguiente. Las normas que rigen la materia indica que un menor de 18 años debe gozar de un descanso nocturno de por lo menos 11 horas consecutivas, de las que diez han de tener lugar entre las 20 horas de un día y las 6 horas del día que sigue.

No se puede ocupar menores en trabajos que, según la reglamentación pertinente, revistan carácter peligroso, penoso o insalubre (art. 191 de la LCT por remisión al art. 176 de la misma ley). Están vigentes los arts. 10 y 11 de la ley 11.317 que enuncian una serie de actividades que presentan riesgos, y algunos convenios colectivos contiene prohibiciones específicas (por ejemplo, la molienda de minerales en ambientes insalubres o la labor de cortador entre los ladrilleros).

El art. 191 remite al 175 de la LCT en materia de trabajo a domicilio. Así se prohíbe la ocupación de menores en el trabajo a domicilio si están simultáneamente ocupados en otra actividad laboral.

El art. 192 de la LCT dispone la obligación de los empleadores de proveer, cuando ocupen menores de 16 años, a la apertura de una cuenta de ahorro a su nombre, y de depositar en ella el 10% de la retribución que les abone. La Libreta quedará en su poder mientras dure la relación o cuando cumpla la edad indicada, y en ese momento se le devolverá a los padres o tutores. La edad de 18 a 16 años fue reducida por la ley 22.276 en el año 1980, porque los aportes previsionales debían efectuarse en ese entonces desde los 16 años. El régimen vigente hoy (ley 24.241) incorpora al sistema integrado a los mayores de 18 años, con lo cual existe una cierta incongruencia con el art. 193 de la LCT.

La licencia anual ordinaria de la que gozarán los menores no podrá ser inferior a 15 días (art. 194 de la LCT). El sistema es más favorable que el del Convenio N° 52, para el cual las personas con menos de 16 años, incluidos los aprendices, disponen de 12 días de vacaciones a partir del año de antigüedad.

La formación profesional de los menores, según el art. 187 de la LCT, se regirá por las disposiciones vigentes o por las que al efecto se dicten. La ley 12.921 que ratificó el decreto-ley 14.138/44 ya no tiene, prácticamente, aplicación.

La ley 24.013 contiene normas respecto de programas de empleo, que abarcan capacitación y orientación profesional prestadas en forma gratuita y complementarias para jóvenes desocupados entre 14 y 24 años.

## **2. Normas internacionales**

### **2.1. Convención sobre los Derechos del Niño**

Adoptada por la Asamblea de las Naciones Unidas en 1989, reconoce como niño a todo ser humano menor de 18 años (art. 1°).

En su art. 32 reconoce:

*"el derecho del niño a estar protegido contra la explotación económica y contra el desempeño de cualquier trabajo que pueda ser peligroso o entorpecer su educa -*

*ción, o que sea nocivo para su salud o para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral o social”.*

Los Estados se comprometen a adoptar las medidas necesarias para hacer efectivo esos derechos, en especial:

*“a) Fijarán una edad o edades mínimas para trabajar; b) dispondrán la reglamentación apropiada de los horarios y condiciones de trabajo; c) estipularán penalidades u otras sanciones apropiadas”.*

## 2.2. Convenios de la OIT

Nuestro país ha ratificado los Convenios N° 138, N° 5, N° 7, N° 10 y N° 33 sobre edad mínima en la industria, trabajo marítimo, agricultura, trabajos no industriales. EL último de estos Convenios, N° 138 (1973), aprobado conjuntamente con la Recomendación N° 146, establece que la edad mínima para el trabajo de los menores no puede ser inferior a la edad en la que cesa la obligación escolar o, en todo caso, 15 años (art. 2.3.). Fija la obligación de los Estados que lo ratifiquen de estipular en una declaración anexa la edad “mínima de admisión al empleo o al trabajo en su territorio”.

El art. 2.4. autoriza a los miembros “cuya economía y medios de educación estén insuficientemente desarrollados” a especificar inicialmente la edad de 14 años previa consulta con las organizaciones de empleadores y trabajadores interesados (Argentina hizo uso de esta facultad).

El art. 3.3. fija en 18 años la edad mínima para trabajos peligrosos para la salud, moralidad o seguridad de los menores ya sea por su naturaleza o por las condiciones en que se cumple, aunque faculta a los miembros a autorizar ese trabajo desde los 16 años,

*“siempre que queden garantizadas la salud, la seguridad y la moralidad de los adolescentes, y que éstos hayan recibido instrucción o formación adecuada y específica en la rama de actividad correspondiente”.*

En el art. 5 exige que, como mínimo, sus normas se apliquen en:

*“minas y canteras; industrias manufactureras; construcción, servicios de electricidad, gas, agua, saneamiento, transportes, almacenamiento y comunicaciones y otras explotaciones agrícolas que produzcan principalmente con destino al comercio, con exclusión de las empresas familiares que produzcan para el mercado local y que no empleen regularmente trabajadores asalariados”.*

En el Convenio N° 138 no hay normas sobre trabajo nocturno de menores. Lo prohíbe, en cambio, el Convenio N° 6 (industria) para menores de 18 años en empresas industriales, públicas y privadas, con excepción de aquellas en las que sólo son empleados los miembros de una misma familia, o cuando se trata de mayores de 16 años en acti-

vidades determinadas que enumera, o en el caso de tareas que, por sus características, no pueden interrumpirse de noche. También se exceptúa el trabajo nocturno de mayores de 16 años, en caso de fuerza mayor, que no pueda preverse ni impedirse, que no presente carácter periódico y que constituya un obstáculo para el funcionamiento normal de una empresa (art. 4). El Convenio entiende por "noche" el lapso de 11 horas consecutivas por lo menos, que abarca el intervalo entre las 10 de la noche y las 5 de la mañana.

Se admite en trabajos ligeros la participación de menores de 13 a 15 años (art. 7.1.) y excepciones a las prohibiciones del art. 2, otorgadas por la autoridad competente, en casos individuales y previa consulta a las organizaciones de empleadores y trabajadores interesadas (art. 8). También se admite, con intervención de la autoridad competente, el trabajo de menores

*"con finalidades tales como participar en representaciones artísticas [...] Los permisos así concedidos limitarán el número de horas del empleo o trabajo objeto de esos permisos y las condiciones en que puede llevarse a cabo".*

En la Conferencia Internacional del Trabajo de 1998 se aprobaron nuevos instrumentos aplicables a todos los niños, sin exclusión de ningún sector económico, con la obligación de los Estados Miembros de eliminar de manera inmediata, la esclavitud, la venta, el tráfico y el trabajo forzoso de niños; el uso, el reclutamiento y la oferta de niños para la producción y el tráfico de drogas, la prostitución y la producción de pornografía, cualquier forma de contratación en trabajos que pongan en peligro su salud, integridad y moralidad. Se prevé la adopción de sanciones penales atendiendo a la gravedad de las situaciones de que se trate y la colaboración y asistencia judicial y técnica internacional.

SECCIÓN SEGUNDA

# ANÁLISIS DE CASOS

# LA SANCIÓN DE RECLUSIÓN PERPETUA Y LA CONVENCIÓN SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO: UNA RELACIÓN INCOMPATIBLE

*A propósito de un fallo de la Sala II de la Cámara  
Nacional de Casación Penal (Argentina)*

**GIMOL PINTO<sup>1</sup> y MABEL LÓPEZ OLIVA<sup>2</sup>**

## I. La sentencia

“/// la Ciudad de Buenos Aires, a los 4 días del mes de abril del año dos mil, se reúne la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal integrada por el doctor Juan E. Fégoli como Presidente y los doctores Pedro R. David y Raúl Madueño como vocales asistidos por la Secretaria, doctora Liliana Amanda Rivas, a los efectos de resolver el recurso interpuesto contra la resolución de fs. 26/27 vta. –fundamentada a fs. 28/90– de la causa [...] del registro de esta Sala, caratulada: **“D.N. y otros s/ recurso de inconstitucionalidad”**, representado el Ministerio Público por el señor Fiscal General doctor Raúl Omar Pleé y la Defensa Oficial por el doctor Guillermo Lozano.

Habiéndose efectuado el sorteo para que los señores jueces emitan su voto, resultó designado para hacerlo en primer término el doctor Pedro R. David y en segundo y tercer lugar los doctores Raúl Madueño y Juan E. Fégoli, respectivamente (fs. 150).

El señor juez doctor Pedro R. David dijo:

### I.

1º) Que el Tribunal Oral de Menores N° 1 de esta ciudad condenó a **D.N.** a la pena de reclusión perpetua, accesorias legales y costas, con más la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado de efectivo cumplimiento comprensiva de aquella y la de seis meses de prisión en suspenso, cuya condicionalidad se revocó, impuesta por el Tribunal Oral en lo Criminal N° 14 por ser coautor penalmente responsable del delito de robo (arts. 5, 12, 29, inc. 3º, 42, 44, 45, 52, 55, 58, 80, inc. 7º, 164, 166, inc. 2º, 189 bis, tercer párrafo y 210, segundo párrafo, del Código Penal; y arts. 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación).

---

<sup>1</sup> Gimol Pinto es abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, y docente responsable de la Comisión de Derechos del Niño del Centro de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.

<sup>2</sup> Mabel López Oliva es abogada egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires y docente de la Comisión de Derechos del Niño del Centro de Práctica Profesional de la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.



Declaró a **C.D.N.** coautor penalmente responsable de los delitos de homicidio calificado reiterado en cinco oportunidades, robo agravado por el uso de armas reiterado en ocho oportunidades, dos de ellos en grado de tentativa, tenencia ilegítima de arma de guerra y asociación ilícita, los cuales concurren materialmente entre sí (arts. 42, 45, 55, 80, inc. 7°, 166 inc. 2°, 189 bis, párrafo tercero y 210 del Código Penal); y en definitiva lo condenó a la pena de reclusión perpetua, accesorias legales y costas, en orden a los delitos por los cuales fuera declarado penalmente responsable (arts. 5, 12, 29, inc. 3° y 44 del Código Penal; arts. 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación; y art. 4 de la ley 22.278).

Declaró a **L.M.M.** coautor penalmente responsable de los delitos de homicidio calificado reiterado en dos oportunidades, robo agravado por el uso de armas reiterado en ocho oportunidades, uno de ellos en grado de tentativa, asociación ilícita y tenencia ilegítima de arma de guerra, los cuales concurren materialmente entre sí (arts. 42, 45, 55, 80, inc. 7°, 166, inc. 2°, 189 bis, párrafo tercero y 210 del Código Penal); y en definitiva lo condenó a la pena de prisión perpetua, accesorias legales y costas, en orden a los delitos por los cuales fuera declarado penalmente responsable (arts. 5, 12, 29, inc. 3° y 44 del Código Penal; arts. 530, 531 y 533 del Código Procesal Penal de la Nación; y art. 4 de la ley 22.278).

2°) Que, contra dicha decisión, la defensa oficial de **D.N.** y **C.D.N.** interpuso recurso de inconstitucionalidad a fs. 91/96, que fue denegado por el *a quo* –fs. 116/120 vta.–. Contra esta resolución dedujo recurso de queja, el cual fue concedido por este Tribunal.

3°) Que la recurrente se agravió en primer término de la pena de la reclusión perpetua dictada a **D.N.** y a **C.D.N.**, al considerarla contraria a la Convención sobre los Derechos del Niño, la Declaración Universal de Derechos Humanos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y la Convención Contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes –todos incluidos en el art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional– por entender que es denominador común de estos tratados, “la prohibición de la aplicación de penas crueles, inhumanas o degradantes.” En efecto, sostuvo la defensa oficial que la pena de reclusión perpetua es una pena cruel, inhumana y degradante, señalando, con cita doctrinaria, que con ésta se “desvirtúa el fin específico de la pena, la reforma y readaptación social del penado”. Manifestó que “debe considerarse que el derecho penal ha evolucionado hacia estadios de humanidad donde la dignidad de las personas debe tenerse en cuenta para no retrotraer los designios de nuestra Ley suprema a épocas de venganza, divina o probada, o del imperio de la filosofía talionaria”.

También se agravió la defensa oficial de la reclusión perpetua impuesta a **C.D.N.**, al señalar que “la misma está vedada por la Convención sobre los Derechos del Niño”. Señaló que el art. 37 de dicha Convención prohíbe su aplicación en los casos en que ella no sea susceptible de excarcelación, al tiempo que sostuvo que este instituto no debe

asimilarse a la libertad condicional, ya que difieren tanto en la oportunidad de ser solicitados como a los requisitos para obtenerlos.

Por otra parte, manifestó la impugnante que corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 52 del Código Penal, al sostener que la reclusión por tiempo indeterminado que prevé esta norma es una pena y no una medida de seguridad, y por lo tanto, al aplicarse a D.N. “además de la pena prevista en el art. 80, la facultativa accesoria del art. 52, constituye flagrante violación del principio *ne bis in idem*, que agrava doblemente la sanción por la realización de un mismo hecho”. Arguyó que la reclusión por tiempo indeterminado afecta garantías constitucionales, ya que para la aplicación de ésta no se tiene en cuenta “la culpabilidad por el hecho en ocasión del cual se impone como accesoria de la condena, sino la peligrosidad del autor fundada en cómo se ha conducido en la vida”.

4º) Que, en su presentación en término de oficina, el representante del Ministerio Público Fiscal señaló que “los argumentos tenidos en cuenta por la defensa no constituyen basamento suficiente para hacer lugar al recurso de inconstitucionalidad deducido, habida cuenta que resulta insuficiente exteriorizar un criterio distinto al del legislador, para anteponer el parecer de los jueces al de otro poder del Estado”.

Asimismo, manifestó que no “puede aseverarse que el monto de la pena impuesta” a los condenados “en virtud de lo establecido en el art. 80, inc. 7º (del Código Penal), sea violatoria de lo dispuesto en el art. 37, inc. “a”, de la Convención sobre los Derechos del Niño. Ello así, puesto que el art. 13 del Código Penal establece que “el condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido 20 años de condena [...] podrá obtener la libertad condicional por resolución judicial”, por lo que “en nuestro país no existe posibilidad alguna que deje a una persona privada de la libertad de por vida sin tener opción a algún tipo de libertad o semilibertad, es decir que toda persona que reciba una condena por más que sea de las más graves previstas por nuestro Código Penal podrá, siempre y cuando cumpla con los requisitos legales del art. 13 del código de fondo, obtener su soltura anticipada”.

También sostuvo, en cuanto al planteo de inconstitucionalidad del art. 52 del Código Penal, que “la pena impuesta a los incurso guarda una entera proporcionalidad entre la magnitud de los delitos endilgados, y de su culpabilidad, no advirtiendo, como sostiene la defensa, que constituya una medida de seguridad que tiene como fundamento la peligrosidad del autor, y sí, entendiéndolo que es la medida del injusto típico basado en la acción”.

5º) Que a fs. 149 se dejó debida constancia de haberse superado la etapa prevista en el art. 468 del Código Procesal Penal de la Nación.

## II.

Entrando al estudio de las presentes actuaciones, advierto que la defensa oficial omitió enunciar la norma que considera inconstitucional. Pese al escollo que ello significa,

infero que se agravia del art. 80 del Código Penal en cuanto impone la pena de reclusión o prisión perpetua para los autores de homicidios calificados.

A los efectos de expedirme sobre el particular, estimo necesario hacer algunas consideraciones previas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha sostenido que las leyes debidamente sancionadas y promulgadas llevan en principio la presunción de validez (Fallos: 263:309). Asimismo se consideró que la declaración de inconstitucionalidad de las leyes es un acto de suma gravedad institucional, *ultima ratio* del orden jurídico, ejerciéndose únicamente cuando la repugnancia con la cláusula constitucional es manifiesta y la incompatibilidad únicamente inconciliable (Fallos: 303:625). Además, el acierto o error, el mérito o la conveniencia de las soluciones legislativas no son puntos sobre los que al poder judicial quepa pronunciarse, salvo en aquellos casos que trascienden ese ámbito de apreciación, para internarse en el campo de lo irrazonable, inicuo o arbitrario (Fallos: 313:410; 318:1256).

Por otra parte, tuve oportunidad de pronunciarme *in re*: "C.J. y otros s/recurso de inconstitucionalidad", rta. el 24 de noviembre de 1993, causa n° 36, reg. n° 61 de esta Sala, en el sentido de que "el derecho penal representa la última línea de defensa en contra de la lesión de valores jurídicos fundamentales, es función del legislador articular los grandes lineamientos de la política criminal más adecuada a la defensa de esos valores esenciales en una determinada circunstancia socio-histórica. Esa apreciación realizada por el legislador, involucra una esfera de decisión política sobre la que no cabe modificación de parte de este Tribunal, ya que representa facultades específicas de aquél sobre un sector de política criminal". Dije además que "ciertamente, las decisiones judiciales tienen, en la interpretación concreta de esa política, un papel decisivo a desempeñar porque determinan en cada caso concreto el perfil de esos principios generales. Pero esa interrelación ineludible entre la norma y la decisión concreta del juez no puede conducir a que se ignoren los criterios legislativos generales, excepto el caso en que se lesionen garantías fundamentales reconocidas en la Constitución Nacional o tratados internacionales en que la República es parte".

En el marco de lo expuesto precedentemente considero que la sanción prevista por el art. 80 del Código Penal no carece de razonabilidad teniendo en cuenta las conductas tipificadas en él.

Cuando los tratados internacionales hablan de "tortura u otros tratos crueles, inhumanos o degradantes", no dirigen su atención a las penas privativas de la libertad y a su duración. Ello así, puesto que la "Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles Inhumanos o Degradantes" no extiende su ámbito de aplicación a "los dolores o sufrimientos que sean consecuencia únicamente de sanciones legítimas, o que sean inherentes o incidentales a éstas" (art. 1, inc. 1, *in fine*). Mal podría entonces decirse, que la pena de reclusión perpetua puede calificarse como una pena cruel, inhumana o

degradante, cuando “las penas privativas de la libertad siguen siendo el eje central de todos los sistemas legales vigentes” (cf. Zaffaroni, Eugenio R., *Tratado de Derecho Penal*, T. V, p. 122, Buenos Aires, 1988). Este argumento se consolida considerando que en nuestra legislación la perpetuidad de la pena se configura como una verdadera excepción, ya que salvo el presupuesto del art. 14 del Código Penal –que no resulta aplicable al presente caso–, existe siempre la posibilidad de obtener la libertad condicional transcurridos veinte años de condena y cumpliendo los requisitos establecidos en el art. 3 del citado código.

### III.

En lo que respecta al agravio relativo a que la pena de reclusión perpetua impuesta a **C.D.N.** estaría en contradicción con el art. 37, inc. “a”, de la Convención sobre los Derechos del Niño –en cuanto señala que los Estados Partes velarán para que no se imponga pena capital o prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad–, y por ende sería inconstitucional, adelanto mi opinión conteste con la del Tribunal de mérito (fs. 90) y con la del representante del Ministerio Público Fiscal ante esta instancia (fs. 143) en el sentido de que, al contemplar nuestra legislación la posibilidad de conceder la libertad condicional a los condenados a reclusión perpetua, la aplicación de dicha pena a un menor no es violatoria de la normativa internacional aludida.

Ello es así en tanto, “es de hacer notar que las penas perpetuas pueden tener un límite, pues el artículo 13 permite conceder la libertad condicional al condenado a reclusión o prisión perpetua después de cumplidos veinte años de condena, siempre que hubiera observado con regularidad los reglamentos carcelarios, agregando el artículo 16 que, transcurrido el plazo de cinco años sin que sea revocada, la pena quedará extinguida. Es decir que la única pena forzosamente perpetua, dentro del régimen legal, es la prisión o reclusión de esta clase aplicada a los reincidentes, a quienes, por imperio del artículo 14, no puede otorgárseles la libertad condicional (Cf. Ricardo C. Núñez, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1960, T°. II, p. 373; Sebastián Soler, *Derecho Penal Argentino*, Buenos Aires, 1963, T°. II, parágrafo 66, IV; Octavio González Roura, *Derecho Penal*, Buenos Aires 1925, T° III pp. 243-4)” (Cf.: C. Fontán Balestra, *Tratado de Derecho Penal*, T° III, Buenos Aires, 1990). Con respecto a esto último, corresponde mencionar que la situación particular de **C.D.N.** no se encuentra contemplada en el art. 14 del código de fondo.

Por otro lado, con respecto a lo expresado por la defensa oficial en cuanto a que el art. 37, inc. “a”, de la Convención sobre los Derechos del Niño se refiere a la posibilidad de excarcelación y no a la libertad condicional, es oportuno resaltar que, en el marco del instrumento internacional, el alcance de la expresión “excarcelación” debe ser entendido en el sentido *lato* de la palabra (“acción y efecto de excarcelar. Poner en libertad a un preso por mandamiento judicial”, *Diccionario de la Real Academia Española*, XXI

Edición, 1992). Ello así, en tanto la significación del término debe ser armonizado con su contexto y su margen de aplicación. Cada Estado Parte, regula las instituciones que permiten al condenado "salir de prisión" en forma anticipada. En nuestro país la "Libertad Condicional" posibilita al condenado "obtener la libertad por resolución judicial" antes del término de la condena cumpliendo determinados requisitos.

#### IV.

Esta Sala tuvo ya oportunidad de pronunciarse a favor de la constitucionalidad de la reclusión por tiempo indeterminado que prevé el art. 52 del Código Penal *in re*: "S.C.M. s/recurso de inconstitucionalidad", reg. n° 1977, causa n° 1568, rta. el 14 de mayo de 1998. Así, en cuanto a la naturaleza jurídica del instituto, en el ilustrado voto del doctor Juan E. Fégoli, se señaló que "entre penas y medidas de seguridad existe una diferencia de cualidad, pues las medidas de seguridad tienen un carácter estrictamente administrativo y aun incorporadas a los códigos penales, mantienen su naturaleza y disposiciones de prevención y de buen gobierno" (cf. Soler, Sebastián, "Derecho Penal Argentino", T. II, pp. 464/467). Se sostuvo que "la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado prevista por el art. 52 del C.P. se enmarca dentro de las denominadas medidas de seguridad". Así, la esencia del problema reside en que esa medida queda su-peditada a una ecuación de alta peligrosidad individual y su modalidad de ejecución consiste en una privación de libertad, no obstante lo cual, "ello se atenúa en virtud de las condiciones exigidas para su cesación, demostrativas de un necesario proceso de adaptación", siendo, de todas formas, el fundamento de esta medida de seguridad, "la temibilidad del delincuente, demostrada por el desprecio a la ley". Por ello, cabe destacar que "el carácter accesorio y diferenciado de la pena permite deslindar lo retributivo y lo asegurativo, pues mal podría conciliarse una pura retribución con dos penas sucesivas que incluso, pueden ser distintas –prisión la última condena y reclusión por el art. 52 del C.P.– (cf. De la Rúa, Jorge, *Código Penal Argentino. Serie General*, p. 925)".

Por otra parte, no habrá de prosperar el argumento defensorista referente a la violación del principio *non bis in idem* en cuanto a que además de la pena prevista en el art. 80 del Código Penal se le aplicó a D.N. la "facultativa accesoria del art. 52" con lo que se "agrava doblemente la sanción por la realización de un mismo hecho", ya que, tal como se sostuvo precedentemente, la reclusión por tiempo indeterminado establecida por el art. 52 del Código Penal –y que estipula el art. 80 del mismo código como aplicación facultativa para quienes realizan la conducta tipificada en esta norma– es una medida de seguridad, por lo que mal puede hablarse de doble sanción.

Además, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que la accesoria de reclusión por tiempo indeterminado establecida por el art. 52 del Código Penal no reviste el carácter de pena sino de medida de seguridad que se aplica a los delincuentes habituales o considerados incorregibles en razón del número de condenas y de la clase de las penas impuestas (cf. Fallos: 186:514).

También cabe destacar que, tal cual se sostuvo en la causa “S.C.M. s/ recurso de inconstitucionalidad” citada anteriormente, “el art. 53 del C.P. establece la forma en la que puede ponerse fin a la indeterminación del término previsto en el art. 52 del C.P., al disponerse el otorgamiento de la libertad condicional una vez transcurridos cinco años del cumplimiento de la medida y observados por el beneficiario los requisitos previstos en el texto legal, por lo que en modo alguno puede sostenerse que se trate de una medida de naturaleza segregativa (cf. Núñez, Ricardo *Las Disposiciones Generales del Código Penal*, p. 239 y De la Rúa, Jorge, ob. cit., p. 925)”.

## V.

Por todo lo expuesto, considero que el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa oficial de **D.N.** y **C.D.N.** debe ser rechazado, con costas. Tal es mi voto.

Los señores jueces doctores Raúl Madueño y Juan E. Fégoli dijeron:

Que adhieren al voto precedente.

En mérito al resultado habido en la votación que antecede, la Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal **RESUELVE**: Rechazar el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa oficial de **D.N.** y **C.D.N.** contra la sentencia de fs. 26/27 vta. (fundamentada a fs. 28/90), con costas (arts. 475, 530 y 531 del Código Procesal Penal de la Nación).

Regístrese, notifíquese en la audiencia designada a los fines del artículo 400, primera parte, del Código Procesal Penal de la Nación en función del artículo 469, tercer párrafo, del mismo ordenamiento legal y remítase al tribunal de procedencia sirviendo la presente de atenta nota de estilo.

Firmado: Juan E. Fégoli, Pedro R. David y Raúl Madueño, Jueces de Cámara; ante: Lilitiana A. Rivas, Secretaria de Cámara”.

## II. Comentario a la sentencia

*“Y si el sufrimiento de los niños sirve para complacer la suma de los dolores necesarios para la adquisición de la verdad, afirmo desde ahora que esa verdad no vale lo que cuesta.”*

(Fiodor Dostoievski, *Los hermanos Karamazof*)

### 1. Presentación

Este trabajo intenta analizar, a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño, el fallo dictado por la Cámara Nacional de Casación Penal (Sala II) de la República Ar-

gentina el 4 de abril de 2000, en la causa "D.N. y otros s/ recurso de inconstitucionalidad", que confirma la imposición de la pena de reclusión perpetua a una persona menor de 18 años, que cometió conductas que la ley penal tipifica como delitos.

El marco de reflexión normativa se circunscribirá a aquel que emerge de un estado de derecho, de los principios del modelo de la protección integral de los derechos del niño, y en consecuencia, del sistema de responsabilidad penal juvenil consagrado a partir de la incorporación al derecho interno de la Convención sobre los Derechos del Niño.

## 2. El caso

### 2.1. Fallo del Tribunal Oral de Menores N° 1

El 12 de abril de 1999, el Tribunal Oral de Menores N° 1<sup>3</sup> declaró al adolescente C.D.N. coautor penalmente responsable de los delitos de homicidio calificado reiterado en cinco oportunidades, robo agravado por el uso de armas reiterado en ocho oportunidades, dos de ellos en grado de tentativa, tenencia ilegítima de arma de guerra y asociación ilícita, todos en concurso material, y lo condenó a la pena de reclusión perpetua, accesorias legales y costas. Estos hechos fueron cometidos cuando C.D.N. contaba con menos de 18 años de edad.

### 2.2. Recurso de inconstitucionalidad presentado por la defensa

Ante la decisión del Tribunal Oral de Menores, la defensa del adolescente interpuso recurso de inconstitucionalidad por la gravedad de la sanción impuesta a una persona por delitos cometidos antes de los 18 años de edad.

En primer lugar, argumentó que la pena impuesta al adolescente C.D.N. resultaba violatoria de la Constitución Nacional, la Convención sobre los Derechos del Niño (art. 37), la Declaración Universal de Derechos Humanos (art. 5), la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art. 5, parte segunda), el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (arts. 7 y 10 incs. 1° y 3°) y la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes (art. 16 inc. 1°), en cuanto todos tenían como denominador común la prohibición de la aplicación de penas crueles, inhumanas o degradantes.

En este marco, analizó las consecuencias negativas que apareja la pena de privación de la libertad de larga duración e hizo alusión a opiniones doctrinarias que avalaban su exposición. En consecuencia, concluyó que la reclusión perpetua es una pena cruel y degradante, que vulnera los tratados y las convenciones internacionales indicados.

---

<sup>3</sup> Causa N° 833/837/838/839/910/920/937/972/1069, Tribunal Oral de Menores N° 1.

Asimismo, fundó el pedido de inconstitucionalidad de la pena de reclusión perpetua en la finalidad de la pena privativa de libertad, es decir, en el sentido de la "readaptación social del condenado". Al resultar incompatible la pena de prisión perpetua con dicha finalidad, ésta deviene en inconstitucional.

Por último, planteó la incompatibilidad normativa de la reclusión perpetua a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño, ya que ésta en su art. 37 inc. a) establece que "Los Estados Partes velarán por que ningún niño sea sometido a penas crueles, inhumanas o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por los delitos cometidos por menores de 18 años de edad".

En este sentido, la defensa del adolescente C.D.N. señaló dos motivos por los que básicamente era inconstitucional la pena de la reclusión perpetua por delitos cometidos por personas que contaban en ese momento con menos de 18 años. Por un lado, señaló a dicha pena como cruel e inhumana y por el otro, que no podía asimilarse el instituto de la excarcelación con la libertad condicional, pues diferían tanto en la oportunidad y el momento para solicitarlos, como en los requisitos para su obtención. Asimismo, refirió que la libertad condicional era sólo un derecho eventual que un condenado podía adquirir en caso de cumplir con determinadas condiciones.<sup>4</sup>

### 2.3. Fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal

La Sala II de la Cámara Nacional de Casación Penal abrió la queja por denegación de recurso y rechazó el recurso de inconstitucionalidad interpuesto por la defensa del adolescente condenado a reclusión perpetua. Sostuvo que las disposiciones del derecho interno que habilitan la aplicación de esta sanción a una persona que cometió determinados delitos cuando contaba con menos de 18 años de edad no violaban las disposiciones de la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada al texto constitucional por el art. 75 inc. 22, y por ende no resultaban inconstitucionales.

Ante la apertura de este recurso, el Fiscal de Cámara sostuvo que la pena impuesta al adolescente condenado no era violatoria de lo normado por el art. 37 inc. a) de la Convención sobre los Derechos del Niño, pues el art. 13 del Código Penal<sup>5</sup> establecía que el condenado podía obtener la libertad condicional a los veinte años de cumplir su con-

---

<sup>4</sup> El recurso de inconstitucionalidad planteado por la defensa fue rechazado por el Tribunal Oral de Menores. En consecuencia, la defensa interpuso recurso de queja por denegación de recurso ante la Cámara Nacional de Casación Penal, que fue concedido, y se analizará en el acápite siguiente.

<sup>5</sup> En lo pertinente, el art. 13 del Código Penal Argentino expresa "El condenado a reclusión o prisión perpetua que hubiere cumplido 20 años de condena [...] observando con regularidad los reglamentos carcelarios, podrá obtener la libertad por resolución judicial previo informe de la dirección del establecimiento bajo las siguientes condiciones: 1) residir en lugar que determine el auto de soltura; 2) observar las reglas de inspección que fije el mismo auto, especialmente la obligación de abstenerse de bebidas alcohólicas; 3) adoptar en el plazo que el auto determine, oficio, arte, industria o profesión, si no tuviere medios propios de subsistencia; 4) no cometer nuevos delitos; 5) someterse al cuidado de un patronato, indicado por las autoridades competentes. Estas condiciones regirán hasta el vencimiento de los términos de las penas temporales y en las perpetuas hasta 5 años más, a contar desde el día de la libertad condicional".



dena. De esta manera, el representante del Ministerio Público Fiscal entendió que en la República Argentina no existía la posibilidad de privar a nadie de su libertad de por vida sin opción alguna de libertad o semilibertad<sup>6</sup> y que en este sentido era la exigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Entre los fundamentos del fallo en análisis del tribunal de alzada, cabe resaltar principalmente dos argumentos interpretativos:<sup>7</sup> uno, fundado en la Convención sobre los Derechos del Niño; el otro, en la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles e Inhumanas o Degradantes; ambas incorporadas al texto constitucional por el art. 75 inc. 22.

En primer término, la Cámara sostuvo que la aplicación de la pena de reclusión perpetua a una persona que tiene menos de 18 años al momento de cometer un delito, no viola la Convención sobre los Derechos del Niño. Para ello, señaló que la palabra “excarcelación” contenida en el art. 37 inc. a) de la Convención sobre los Derechos del Niño<sup>8</sup> debía ser entendida en sentido *lato* y que su significado debía armonizarse con su contexto y su margen de aplicación.<sup>9</sup> En razón de ello, y por considerar que en el derecho positivo argentino existe la posibilidad de la libertad condicional de un condenado antes del término de la sanción,<sup>10</sup> el Tribunal interpretó que la reclusión perpetua aplicada a un adolescente que cometió un delito cuando tenía menos de 18 años, no era contraria a la Convención sobre los Derechos del Niño.<sup>11</sup>

En segundo término, la Sala indicó que la pena de reclusión impuesta al adolescente C.D.N. no es una pena cruel, inhumana o degradante, en el marco de la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles e Inhumanas o Degradantes. En este sentido, interpretó que cuando dicho tratado –en su art. 1º inc. 1)– se refiere a penas crueles o inhumanas no se dirige a las penas privativas de libertad y a su duración, ya que dicha Convención no extiende su ámbito de aplicación a los dolores o sufrimientos que son propios de sanciones legítimas; y las penas privativas de libertad son legítimas pues son el eje central de todos los sistemas legales vigentes.

En síntesis, el fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal confirmó la resolución del tribunal inferior que aplicó una sanción de reclusión perpetua a una persona por delitos cometidos cuando tenía menos de 18 años. También rechazó los planteos de inconstitucionalidad interpuestos por la defensa al afirmar que esta disposición no vulne-

---

<sup>6</sup> Cf. punto I.4º) del voto del Dr. Pedro R. David.

<sup>7</sup> Se han elegido sólo estos fundamentos en virtud de su estrecha especificidad con el tema, mas es necesario mencionar que existen otros, los cuales por sí solos en este punto no logran sostener la decisión de la Cámara Nacional de Casación Penal.

<sup>8</sup> Cf. art. 37 inc. a) de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>9</sup> Cf. punto III in fine del voto del Dr. Pedro R. David.

<sup>10</sup> Cf. art. 13 del Código Penal de la Nación Argentina.

<sup>11</sup> Específicamente en relación con el art. 37 inc. a) de la Convención sobre los Derechos del Niño.

ra la Convención sobre los Derechos del Niño, ni la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles e Inhumanas o Degradantes, ni otros instrumentos de derechos humanos, todos incorporados al texto constitucional.

### 3. Problemas que plantea el fallo a la luz de la Convención sobre los Derechos del Niño

Entre los distintos aspectos que merecen ser tratados a partir de esta decisión judicial, el presente trabajo se abocará exclusivamente al análisis de su compatibilidad sustancial con la Convención sobre los Derechos del Niño en relación con la imposición de una sanción de prisión perpetua a una persona condenada por un delito que cometió cuando tenía menos de 18 años.<sup>12</sup>

Para su adecuado abordaje es necesario describir las implicancias que la incorporación al ámbito normativo interno de la Convención sobre los Derechos del Niño apareja en un estado de derecho.

#### 3.1. La Convención sobre los Derechos del Niño y el modelo de la protección integral de los derechos del niño

La Convención sobre los Derechos del Niño<sup>13</sup> es el instrumento que define por primera vez, con carácter obligatorio para los Estados Partes, a los niños como sujetos plenos de derecho y desplaza lo que en términos teóricos, y en el contexto normativo latinoamericano, se conoce como el modelo de la "situación irregular" que concibe a los "menores" como objetos de protección-tutela-represión, en términos segregativos, por lo que no tienen, no saben o no son capaces.<sup>14</sup>

La concepción de los niños como sujetos plenos de derechos, establecida en la Convención sobre los Derechos del Niño, importa un cambio radical, no sólo en el reconocimiento de todos los derechos y garantías de los que ellos son titulares, sino en el protagonismo que el respeto de sus derechos adquiere en el marco de cualquier procedimiento donde pueda tomarse una decisión que afecte a sus intereses.

---

<sup>12</sup> Más allá del análisis viable acerca de la ilegitimidad de la sanción de prisión o reclusión perpetua también para los adultos en el marco de un estado de derecho, este trabajo sólo analizará sus alcances específicamente cuando quien es susceptible de su aplicación es una persona de menos de 18 años al momento de la comisión del delito.

<sup>13</sup> Adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, entró en vigencia para el Derecho Internacional el 2 de septiembre de 1990. La República Argentina la sancionó como ley N° 23.849 el 27 de septiembre de 1990, y posteriormente la reforma constitucional de 1994 le otorgó jerarquía constitucional (art. 75 inc. 22).

<sup>14</sup> Para la caracterización y diferenciación del modelo de la protección integral de los derechos del niño y de la situación irregular, véase especialmente Emilio García Méndez, *Infancia. De los derechos y de la justicia*, Del Puerto, Buenos Aires, 1998, pp. 7 y ss., y Mary Beloff, *Estado de avance de la legislación nacional y provincial a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en la Argentina. Tendencia y perspectivas*, *Foro de Legisladores Provinciales por los Derechos de la Niñez y la Adolescencia*, Salta, 1998.

La Convención sobre los Derechos del Niño incorpora en el contexto latinoamericano, junto con otros instrumentos legales, el conocido como modelo de la protección integral de los derechos del niño, que intenta superar el anterior de la "situación irregular".<sup>15</sup> A su vez, por definición, este modelo se completa con todas las otras disposiciones que reconozcan de mejor forma los derechos de los niños.<sup>16</sup>

De tal manera, el modelo de la protección integral de los derechos del niño establece cambios sustanciales en numerosas cuestiones referidas a niños, niñas, adolescentes y sus derechos. Por la relación directa con el tema en análisis es necesario destacar los siguientes aspectos:

a) la separación en el abordaje de cuestiones de amenaza o vulneración de derechos fundamentales, de las situaciones en las que un niño, niña o adolescente que se encuentra imputado por la comisión de un delito; las primeras son de exclusiva competencia de las políticas sociales, y las segundas de la política criminal;<sup>17</sup>

b) a partir de esta separación, y en el marco de una política criminal inserta en un estado de derecho, se determina un sistema de responsabilidad penal juvenil que se caracteriza por ser de mínima intervención, con un procedimiento de tipo acusatorio, respetuoso de todas las garantías procesales y una amplia gama de sanciones donde la pena privativa de la libertad es la excepción;<sup>18</sup>

c) se introducen como principios estructurantes para la adecuada interpretación de las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño los principios de interés superior del niño,<sup>19</sup> no discriminación,<sup>20</sup> efectividad,<sup>21</sup> autonomía y participación,<sup>22</sup> y protección.<sup>23</sup>

<sup>15</sup> Cf. nota nº 11.

<sup>16</sup> Cf. art. 41 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>17</sup> Cf. arts. 18.2 y 19 y cs. de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>18</sup> Cf. arts. 37, 40 y cs. de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>19</sup> Cf. art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. El principio del interés superior del niño es considerado como un criterio de interpretación hermenéutico, principio garantista que supone la satisfacción simultánea de todos los derechos de los niños. En este sentido, "permite resolver conflictos de derechos, recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto [...]. Una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se pueden 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". Cf. Miguel Cillero Bruñol, El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en Emilio García Méndez y Mary Beloff (comps.), Infancia, ley y democracia en América Latina, Temis/Depalma, Santa Fe de Bogotá/Buenos Aires, 2ª edición, pp. 80-83.

<sup>20</sup> Cf. art. 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>21</sup> Cf. art. 4 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>22</sup> Cf. arts. 5 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>23</sup> Cf. art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Cf. Miguel Cillero Bruñol, El interés superior del niño..., ob. cit., p. 77.

### 3.2. La Convención sobre los Derechos del Niño y el sistema de responsabilidad penal juvenil

Desde el modelo de la protección integral de los derechos del niño, y con la consideración del interés superior del niño como principio rector –al que se entiende como garantía frente al poder coactivo del Estado y máxima satisfacción de sus derechos–,<sup>24</sup> sólo es concebible un sistema de responsabilidad penal juvenil basado en los conceptos del derecho penal de mínima intervención.<sup>25</sup> Es decir, estaría justificado únicamente si la suma de las violencias –delitos, venganzas y puniciones arbitrarias– que puede prevenir es superior a la de las violencias constituidas por los delitos no prevenidos y por las penas para ellos conminadas.<sup>26</sup>

En este sentido, es preciso resaltar que un sistema garantista del derecho penal mínimo exige una doble limitación a la potestad prohibitiva del Estado.<sup>27</sup> El primer límite lo configura el “principio de necesidad o economía de las prohibiciones penales”, orientado en punir solamente lo necesario y en forma mínima con el objetivo de impedir comportamientos lesivos que, añadidos a la reacción informal que comportan, llevarían a una mayor violencia y una más grave lesión de derechos que las generadas institucionalmente por el derecho penal.<sup>28</sup> La segunda limitación encuentra su expresión en el “principio de lesividad”<sup>29</sup> que exige como condición *sine qua non* de la conducta a prohibir que resulte –al menos– lesiva para algún bien jurídico.<sup>30</sup>

<sup>24</sup> Cf. Miguel Cillero Bruñol, *El interés superior del niño...*, *ob. cit.*

<sup>25</sup> Cf. art. 40 inc. 3) de la Convención sobre los Derechos del Niño, *Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil (Directrices de Riad) N° 5, 6 y cs.*

<sup>26</sup> Cf. Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione. Teoría del garantismo penale. Gius. Laterza & Figli, 1989, en español Derecho y razón. Teoría del garantismo penal, traducción de Perfecto Andrés Ibáñez y otros, Madrid, Trotta, 1995, p. 336.*

<sup>27</sup> Cf. Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione...*, *ob. cit.*

<sup>28</sup> El “principio de necesidad o economía de las prohibiciones penales” expresa que “si el derecho penal responde al solo objetivo de tutelar a los ciudadanos y de minimizar la violencia, las únicas prohibiciones penales justificadas para su ‘absoluta necesidad’ son, a su vez, las prohibiciones mínimas necesarias, esto es, las establecidas para impedir comportamientos lesivos que, añadidos a la reacción informal que comportan, supondrían una mayor violencia y una más grave lesión de derechos que las generadas institucionalmente por el derecho penal”. Cf. Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione...*, *ob. cit.*, p. 466.

<sup>29</sup> El “principio de lesividad constituye el fundamento axiológico del primero de los tres elementos sustanciales o constitutivos del delito: la naturaleza lesiva del resultado, esto es, de los efectos que produce. La absoluta necesidad de las leyes penales [...] resulta condicionada de la lesividad para terceros de los hechos prohibidos”.

*Sin embargo, es necesario destacar que si bien la lesividad a un bien jurídico, representa una condición necesaria, no resulta ella sola suficiente para justificar una prohibición y punición como delito.* Cf. Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione...*, *ob. cit.*, p. 471.

<sup>30</sup> Este modelo de sistema de derecho penal implica además que una serie de conflictos, cuando por su naturaleza lo permitan, ya que no representan graves infracciones a las personas o los bienes, queden fuera del sistema judicial penal, con la posibilidad de ser resueltos a partir de las propuestas generadas, por ejemplo, por el abolicionismo, con la intervención de la víctima, de manera de encontrar una solución real al conflicto (cf. art. 40 inciso 3.b) de la Convención sobre los Derechos del Niño y cs., *Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, N° 5, 6 y cs.*)

### 3.3. La sanción privativa de la libertad en el sistema de responsabilidad penal juvenil que propone la Convención sobre los Derechos del Niño

En el contexto anteriormente descrito, el modelo de sistema de responsabilidad penal juvenil opera como una garantía a la vez que cumple una función limitadora del poder punitivo del Estado. Es el presupuesto para la intervención estatal coactiva en la vida del niño, y en este marco, se completa y diferencia del sistema penal de adultos por su amplia gama de sanciones así como por la excepcionalidad de la pena privativa de la libertad.

En otras palabras, las sanciones que no acarrearán privación de la libertad operan como regla general y se definen y limitan a partir de los principios de limitación temporal, mínima duración posible y proporcionalidad sobre la base del injusto cometido.<sup>31</sup>

Por el contrario, la sanción privativa de la libertad sólo opera como una excepción. En definitiva, conforme al modelo de la protección integral de los derechos del niño, la sanción de privación de la libertad posee los mismos supuestos de aplicación de cualquier sanción penal juvenil –de determinación temporal y proporcionalidad sobre la base del injusto cometido– pero se caracteriza porque sólo puede ser impuesta como medida de último recurso, por el menor tiempo posible, por tiempo determinado y como consecuencia de la comisión de un delito grave taxativamente incluido en la ley.<sup>32</sup> Más aún, la normativa internacional toma claro partido por la doctrina de la “incompletitud institucional”,<sup>33</sup> en el sentido de eliminar las diferencias entre el mundo de la prisión y el mundo libre y utilizar, a menos que esto sea imposible, los servicios normales de la comunidad.<sup>34</sup>

## 4. Necesarias implicancias de la Convención sobre los Derechos del Niño en la resolución del fallo

A partir de las principales características esbozadas sobre un sistema de responsabilidad penal juvenil surgen, por lo menos, cuatro niveles de análisis a los que puede ser sometido el fallo de la Cámara Nacional de Casación Penal. Estos son:

- a) el sistema de responsabilidad penal juvenil como modelo de intervención mínima estatal y la sanción de prisión perpetua;
- b) el principio de interés superior del niño y la sanción de prisión perpetua;

<sup>31</sup> Eventualmente, las consideraciones personales a los fines de la proporcionalidad del “autor” como un correctivo que disminuiría la gravedad de la sanción. Cf. Mary Beloff, Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina, en Emilio García Méndez y Mary Beloff (comps.), Infancia, ley y democracia..., ob. cit., p. 87 y ss.

<sup>32</sup> Los delitos graves deberán estar taxativamente mencionados en la ley a fin de evitar interpretaciones vagas o ambiguas de este adjetivo que afecten al principio de excepcionalidad, como sucede en algunos países.

<sup>33</sup> En términos de Antonio Carlos Gomes da Costa, citado por Emilio García Méndez, en Infancia. De los derechos..., ob. cit.

<sup>34</sup> Cf. punto 82 inciso f) de las Reglas de las Naciones Unidas para los Menores Privados de la Libertad.

c) el análisis armónico de los incisos a) y b) del art. 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño; y

d) la pena de privación de la libertad en las leyes que establecieron sistemas de responsabilidad penal juvenil acorde con la Convención sobre los Derechos del Niño en el contexto latinoamericano.

#### 4.1. El sistema de responsabilidad penal juvenil como modelo de intervención mínima estatal y la sanción de prisión perpetua

La definición del sistema de responsabilidad penal juvenil en el contexto del modelo de la protección integral de los derechos del niño, como un sistema garantista de mínima intervención donde la pena privativa de la libertad es excepcional y por el tiempo más breve que proceda, invita en forma provocativa a reflexionar sobre la legitimidad de la aplicación de una pena que se autodefine como eterna.<sup>35</sup>

En esta parte del análisis se intentará demostrar que las transformaciones sustanciales que implican para la República Argentina la incorporación al texto constitucional de la Convención sobre los Derechos del Niño y el modelo de la protección integral de derechos, ponen en tela de juicio la legalidad de la aplicación de la pena de reclusión perpetua a una persona condenada por delitos cometidos cuando contaba con menos de 18 años.

Como ya se ha señalado, la formulación del modelo de la protección integral de los derechos del niño tiene importantes implicancias en el ámbito penal, esto es, en la intervención estatal frente a una persona menor de 18 años acusada y, posteriormente, condenada por la comisión de un delito.

En ese sentido, el cambio central es la proposición del sistema de responsabilidad penal definido –en lo que aquí interesa– por la determinación de la pena privativa de la libertad como la excepción, entre la gama de sanciones, y por su aplicación sólo por el tiempo más breve que proceda. Esta gama, a su vez, forma parte de las características que definen a un sistema de derecho penal mínimo como el que propone la Convención sobre los Derechos del Niño y el modelo de la protección integral de los derechos del niño.<sup>36</sup> Entonces, se torna imperativo cuestionarse acerca de la compatibilidad de la aplicación de una pena de reclusión perpetua en el marco de un derecho penal de mínima intervención.

El planteo partirá de los aspectos sustanciales del problema. Es de aclarar que se descarta como argumento válido aquel por el cual es posible la imposición de esta san-

---

<sup>35</sup> En este sentido, "la pena perpetua, pues, tiene como tal –como lo indica su nombre– la vocación de ser eterna o de poder serlo". Cf. Marcelo Sancinetti, *Ilícito personal y participación, Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, p. 39, nota al pie n° 20.a.*

<sup>36</sup> Cf. *Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, N° 5, 6 y cs.*

ción en virtud de que el Código Penal Argentino la establece en forma imperativa para ciertos delitos y sin posibilidad de ser reducida,<sup>37</sup> ya que la Convención sobre los Derechos del Niño es jerárquicamente superior por su rango constitucional<sup>38</sup> y directamente aplicable.<sup>39</sup>

En un sistema de responsabilidad penal juvenil<sup>40</sup> inserto en un estado de derecho y en razón de los principios de un derecho penal de mínima intervención, como el que supone este sistema, la pena de reclusión perpetua para una persona de menos de 18 años carece de validez.

Es necesario para llevar a cabo este análisis en el marco de un estado de derecho, plantear críticamente la forma y la medida en que se justifica la irrogación de la sanción penal. Esto es, indagar acerca de la calidad y la cantidad de la sanción penalmente admisible.<sup>41</sup>

Según la teoría del garantismo penal, la respuesta se obtiene a partir de dos órdenes de reflexión: a) el ético-político de los límites de la aflicción penal en general, y b) el de predeterminación legal de la medida de las penas para cada tipo de delito y su determinación judicial para cada caso concreto.<sup>42</sup>

En el primer orden de análisis, y luego de un repaso sobre la historia de las penas, de la relación delito-pena<sup>43</sup> y del nacimiento de la prisión como sanción penal, Ferrajoli muestra cómo la concepción de la dignidad de la persona humana limita cualquier argumento de tipo utilitarista y, en consecuencia, la pena sólo puede ser la necesaria y mínima de las posibles. Así, la consideración moderna del hombre como fin en

---

<sup>37</sup> En particular, el art. 80 del Código Penal Argentino establece para los delitos allí descritos la reclusión perpetua o prisión perpetua. Se ha argumentado que al no establecer escalas penales, no es posible graduar, ni reducir el monto de la pena por lo que la pena perpetua es de necesaria aplicación. Este argumento será refutado en el texto.

<sup>38</sup> En este mismo marco, la posible argumentación a favor de la constitucionalidad de la pena de prisión o reclusión perpetua a partir de no estar prohibida en la ley 22.278, también deviene intrascendente. La Convención sobre los Derechos del Niño posee jerarquía constitucional y por lo tanto toda norma de rango inferior que se oponga a ella, resulta inconstitucional.

Acerca de la inconstitucionalidad de la ley 22.278, véase Mary Beloff, Niños y jóvenes: los olvidados de siempre, en Julio B. J. Maier (comp.), El Nuevo Código Procesal Penal de la Nación. Análisis crítico, Buenos Aires, Del Puerto, 1994. Para su análisis acerca de su aplicación en el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y la necesidad de una nueva justicia penal juvenil para la Ciudad, véase Gimol Pinto y Mabel López Oliva, Una nueva justicia penal para la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Buenos Aires, 2000.

<sup>39</sup> Cf. Mary Beloff, La aplicación directa de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en el ámbito interno, en Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), La aplicación de los tratados sobre derechos humanos y por los tribunales locales, CELS/Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 624.

<sup>40</sup> La República Argentina se comprometió a adoptar este sistema a partir de la ratificación de la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>41</sup> Cf. Luigi Ferrajoli, Diritto e ragione, ob. cit., p. 387.

<sup>42</sup> Cf. Luigi Ferrajoli, Diritto e ragione, ob. cit., p. 388.

<sup>43</sup> En este sentido, Ferrajoli realiza un análisis histórico y crítico sobre la relación entre delito y pena y muestra cómo cada etapa en la historia de esta relación implicó una limitación al ius puniendi estatal, hasta llegar al reconocimiento de que la relación entre pena y delito no es natural sino de carácter exclusivamente jurídico.

sí mismo, y nunca como medio o cosa, impone el rechazo a una pena como la reclusión perpetua.<sup>44</sup>

En el segundo orden de estudio, Ferrajoli centra su análisis en el contexto de predeterminación legal de la pena.<sup>45</sup> Señala que en un estado de derecho el legislador tiene límites al momento de ejercer su facultad de determinación abstracta de penas. Es decir, por un lado, sólo sería posible establecer escalas penales cuyo máximo no superase la violencia informal que, en su caso, sufriría el reo por la parte ofendida o por otras fuerzas más o menos organizadas; por el otro, el legislador, en resguardo de los principios de proporcionalidad e igualdad, se encuentra obligado a establecer los máximos penales y permitir al juez graduar la pena, según el caso concreto, a partir de la valoración de criterios objetivos y subjetivos.

La pena de reclusión perpetua aparece como contraria a estos principios debido a que no es graduable por el juez, en contraposición al principio de proporcionalidad –que exige la posibilidad de graduación, según el caso– y porque tiene una duración más larga para los condenados jóvenes que para los viejos, en clara oposición al principio de igualdad.

En definitiva, en el marco de un derecho penal mínimo como el que propone la Convención sobre los Derechos del Niño, la reclusión perpetua no puede encontrar margen de legalidad alguno.

#### 4.2. El principio de interés superior del niño y la sanción de prisión perpetua

A partir de la consideración del interés superior del niño como principio hermenéutico que tiende a la máxima satisfacción de los derechos del niño y, en consecuencia, a la mínima restricción de ellos, en los casos que corresponda,<sup>46</sup> cabe también detenerse a analizar la implicancia de este principio en el diseño de un sistema de responsabilidad penal juvenil y, concretamente, en la definición de las sanciones aplicables.

Es necesario resaltar que este principio también debe operar en el ámbito del sistema penal, ya que es allí donde existe la facultad estatal concreta de restricción de derechos fundamentales como la libertad ambulatoria.

En resguardo de la operatividad de este principio no es posible otorgar legitimidad a una sanción de reclusión perpetua. Esto es así porque la aplicación de una sanción que puede durar toda una vida no se condice con la mínima restricción de derechos que supone el interés superior del niño.

---

<sup>44</sup> "Es este valor sobre el que se funda, irremediamente, el rechazo de la pena de muerte, de las penas corporales, de las penas infamantes y por otro lado de las cadena perpetua y de las penas privativas de la libertad excesivamente largas [...] un Estado que mata, que tortura, que humilla a un ciudadano no sólo pierde su legitimidad, sino que contradice su razón de ser, poniéndose al nivel de los mismos delincuentes". Cf. Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione*, ob. cit., pp. 395-396.

<sup>45</sup> Cf. Luigi Ferrajoli, *Diritto e ragione*, ob. cit., pp. 398-399.

<sup>46</sup> Cf. Miguel Cillero Bruñol, *El interés superior del niño...*, ob. cit., pp. 82-83.



En este marco, la regla hermenéutica abordada justifica la disminución, al mínimo posible, de la intervención coactiva estatal a través de los recursos penales y la absoluta excepcionalidad de la medida de privación de la libertad, pues las medidas de esta índole obstaculizan severamente no sólo el ejercicio de los derechos expresamente privados sino también de otros derechos que se hace imposible satisfacer en privación de libertad. Nunca la excepcionalidad de esta sanción puede verse alcanzada con la aplicación de una pena de reclusión perpetua.

#### 4.3. Interpretación armónica del articulado de la Convención sobre los Derechos del Niño

En el fallo en cuestión se debate la constitucionalidad de la sanción de reclusión perpetua a partir del sentido que cabe darle a la expresión "excarcelación"<sup>47</sup> del inc. a) del art. 37 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

En el marco de análisis planteado en este trabajo puede adelantarse que esta discusión terminológica existente en el fallo es irrelevante. Esta línea argumentativa elude la consideración del meollo de la cuestión pues, para alcanzar una respuesta sobre la compatibilidad acerca de la reclusión perpetua con la Convención sobre los Derechos del Niño, es preciso efectuar un análisis armónico de sus artículos y principios y no sólo del art. 37 inc. a) del citado cuerpo normativo en forma aislada e independiente.

El inc. a) del art. 37 no es la única alusión a la privación de la libertad en este texto legal. También la citada Convención en el inc. b) del mismo art. 37 establece que "los Estados Partes velarán por que [...] ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y por el período más breve que proceda".

Esta última expresión sugiere, al menos, dos posibles interpretaciones que conducen a la incompatibilidad de la reclusión perpetua en el marco de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Una primera interpretación encuentra que "por el tiempo más breve que proceda" se dirige a las autoridades legitimadas para aplicar una sanción a un adolescente condenado por la comisión de un delito, para que decidan en el caso concreto la imposición de la pena por el período más breve que proceda –según la conminación de la escala penal contemplada en la norma– cuando de privación de la libertad se trate; esto es, la mínima manifestación temporal que pueda proceder en el andamiaje normativo aplicable.

---

<sup>47</sup> El fallo alude a diversas interpretaciones del vocablo "excarcelación", las cuales a los fines de este análisis resultan irrelevantes. En este sentido, el término "excarcelación" del inc. a) del art. 37 permite ser interpretado como libertad condicional.

La segunda posible interpretación de "la pena más breve que proceda" se dirige a los legisladores a los fines de limitar sus facultades para determinar la duración máxima de las sanciones con conminan los hechos tipificados como delitos.

En el primer orden de análisis, todo juez debería declarar la inconstitucionalidad de la pena de reclusión perpetua, pues la existencia en un Código Penal de un tipo penal conminado con tal sanción anularía su obligación de analizar, para el caso concreto, la aplicación de una pena por el tiempo más breve que proceda ya que la pena perpetua no permite análisis de brevedad posible.

En el segundo orden de interpretación, el legislador estaría imposibilitado de conminar a un delito cometido por una persona de menos de 18 años con la pena de reclusión perpetua. Esto en virtud de su oposición directa a la obligación que el Estado Parte adoptó cuando incorporó la Convención sobre los Derechos del Niño a su ordenamiento jurídico junto con el compromiso de establecer penas lo más breves que procedan. Es claro que la pena privativa de la libertad más breve nunca puede ser eterna.<sup>48</sup>

En este ámbito de reflexión, cabe cuestionarse el alcance del art. 37 inc. a) de la Convención sobre los Derechos del Niño en cuanto expresa la imposibilidad de aplicación de una pena perpetua "sin posibilidad de excarcelación", mientras que el párrafo siguiente, como se mencionó *ut supra*, anula toda posibilidad y modalidad de aplicación de pena perpetua.

En este punto es preciso resaltar que, de existir divergencias interpretativas en su texto normativo, la Convención sobre los Derechos del Niño –en tanto instrumento de protección de los derechos de la infancia– debe ser interpretada conforme el principio del interés superior del niño, y en tanto instrumento de derechos humanos, por el *pro homine*.<sup>49</sup> Mientras el primero implica la satisfacción integral de sus derechos, directriz política para la formulación de las políticas para la infancia,<sup>50</sup> y reafirma el principio de la no discriminación para su definición; el segundo, "es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones [...] este principio es [...] estar siempre a favor del ser humano".<sup>51</sup>

Esto implica que siempre el inc. b) del art. 37 determina los límites al *ius puniendi* de los Estados Partes cuando se trata de sanción privativa de la libertad.

---

<sup>48</sup> A menos que quienes plantean que la pena de por vida es la más breve posible sostengan, por ejemplo, en argumentación metajurídica, la continuación de la vida después de la muerte.

<sup>49</sup> Cf. Gimol Pinto, Recepción de la Convención sobre los Derechos del Niño en el sistema normativo mexicano. Diagnóstico jurídico y propuestas para su adecuación sustancial, *México, D. F., junio de 2000*.

<sup>50</sup> Cf. Miguel Cillero Bruñol, El interés superior del niño..., *ob. cit.*, p. 84.

<sup>51</sup> Cf. Mónica Pinto, El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos, en Martín Abregú y Christian Courtis (comps.), La aplicación de los tratados de derechos humanos..., *ob. cit.*

Por otro lado, cuando el fallo sostiene que la sanción a reclusión perpetua no es inconstitucional a la luz del art. 37 inc. a) de la Convención sobre los Derechos del Niño debido a la posibilidad de obtención de la libertad condicional de acuerdo con el art. 13 del Código Penal, carece de un argumento consistente, ya que de todas formas exige el traspaso de al menos 20 años para habilitar el pedido de libertad, el cual a su vez está condicionado a otros factores ajenos al mero decurso del tiempo. Esta misma posición no permite fundamentar satisfactoriamente el requisito de la máxima brevedad posible de la pena privativa de la libertad porque aun en el supuesto incierto de concesión de la libertad condicional, 20 años –en el promedio de vida de una persona en esta época– no es de ninguna manera un tiempo breve y mucho menos, el más breve.<sup>52</sup>

#### 4.4. La pena de privación de la libertad en las leyes que establecieron sistemas de responsabilidad penal en el contexto latinoamericano

Los países de América Latina que en virtud de sus procesos de adecuación parcial o total a la Convención sobre los Derechos del Niño han establecido sistemas de responsabilidad penal juvenil en sus legislaciones internas, han tenido especial cuidado en la regulación de la sanción de privación de la libertad en el sentido de respetar los principios de *ultima ratio*, máxima brevedad, proporcionalidad y determinación temporal.

En ese sentido, todas estas nuevas legislaciones latinoamericanas que marcan las tendencias de la región en materia de política criminal juvenil, no sólo han traducido en normas estos principios sino que –en su espíritu– han hecho imposible pensar en sanciones de privación de la libertad demasiado extensas para un adolescente que cometa infracciones a la ley penal.

En todas estas legislaciones la sanción de privación de la libertad en centro especializado, además de poseer las características comunes a todas las sanciones, constituye una medida de último recurso, aplicable en forma excepcional, sólo para determinados delitos muy graves que habiliten esta pena, y tiene establecidos sus montos máximos de duración.

Sólo a título ejemplificativo, es posible mencionar los plazos máximos de duración de estas penas previstos en las legislaciones: de Brasil<sup>53</sup> y de Perú,<sup>54</sup> en 3 años; de Guatemala<sup>55</sup> y Bolivia,<sup>56</sup> en 3 y 5 años según las franjas de edad; de Ecuador,<sup>57</sup> en 4 años;

<sup>52</sup> Si de todas formas, alguien puede considerar que 20 años es un tiempo breve en la vida de un joven, tal vez sólo se deba a la incorporación de aquella máxima gardelliana "que veinte años no es nada" en la mente de algún decisor jurídico y pers-versamente resulte fuente del derecho.

<sup>53</sup> Cf. art. 121.1 del Estatuto del Niño y del Adolescente, ley 8069, del 13/7/1990.

<sup>54</sup> Cf. Código de los Niños y Adolescentes, Decreto-Ley 26102, del 24/12/1992.

<sup>55</sup> Cf. Código de la Niñez y Juventud, Decreto 78, del 11/9/1996.

<sup>56</sup> Cf. Código del Niño, Niña y Adolescente, febrero de 1999.

<sup>57</sup> Cf. Código de Menores, Registro Oficial 995, del 7/8/1992.

de Nicaragua,<sup>58</sup> en 6 años; de Venezuela,<sup>59</sup> en 3 y 7 según los grupos de edad; de El Salvador,<sup>60</sup> en 5 y 7 años, según el grupo.

En otro sentido, la ley de Honduras,<sup>61</sup> estableció el monto máximo de esta pena en 8 años, y la de Costa Rica,<sup>62</sup> en 10 y 15 años, según el grupo de edad. Estos extensos límites máximos han sido cuestionados por la doctrina, a la luz del art. 37 inc. b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, a pesar de que es preciso reconocer que estas legislaciones cuentan con dispositivos concretos de derechos y garantías de un sistema de responsabilidad penal juvenil.<sup>63</sup>

En síntesis, no es redundante señalar que toda la legislación comparada mencionada, que marca las tendencias y perspectivas de la política criminal juvenil para la región, no sólo ha desechado absolutamente y de plano las penas privativas de la libertad indeterminadas y perpetuas, sino que ha puesto límites temporales máximos que han traducido –con mayor o menor acercamiento– la disposición de la máxima brevedad posible del art. 37 inc. b) de la Convención sobre los Derechos del Niño.

## 5. Consideraciones finales

En consideración a lo expuesto y por los fundamentos vertidos, es claramente cuestionable la solución adoptada por la Cámara Nacional de Casación Penal al confirmar la aplicación de la sanción de reclusión perpetua a una persona por delitos cometidos cuando tenía menos de 18 años. Ello así, pues dicha sanción es inconstitucional, y específicamente dicha confrontación con el ordenamiento jurídico se manifiesta a la luz del modelo de protección integral de derechos y del sistema de responsabilidad penal juvenil que propone la Convención sobre los Derechos del Niño, incorporada a nuestra Constitución Nacional.

En ese sentido, y ya a diez años de la incorporación de este instrumento como ley nacional, una de las posibles relevancias de este fallo es que en él se resumen dos serias cuestiones de suma gravedad institucional.

La primera está vinculada al compromiso asumido por la República Argentina al ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño de adecuar su legislación sustancialmente a ella, y a través de este fallo claramente se constata la omisión de sanción de leyes que correspondan a este modelo.

---

<sup>58</sup> Cf. *Código de la Niñez y la Adolescencia*, Ley 87, mayo de 1998.

<sup>59</sup> Cf. *Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente*, Ley 5266, del 2/10/1998.

<sup>60</sup> Cf. *Ley del Menor Infractor*, Decreto 863, del 16/2/1995.

<sup>61</sup> Cf. *Código de la Niñez y de la Adolescencia*, Decreto 73/96, del 30/5/1996.

<sup>62</sup> Cf. *Ley de Justicia Penal Juvenil*, Ley 7576, del 6/2/1996.

<sup>63</sup> Cf. *Mary Beloff*, Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina, en *Emilio García Méndez y Mary Beloff* (comps.), *Infancia, ley y democracia...*, ob. cit., pp. 106-110.

Y la segunda se refiere a las prácticas judiciales. Por un lado, éstas se basan en la discrecionalidad judicial propia del sistema que opera cotidianamente, y permiten –con igual criterio– desde absoluciones fundadas en criterios peligrosistas y ajenos a la proporcionalidad por el hecho ilícito, hasta la más terrible de las sanciones penales que nuestro ordenamiento jurídico contempla, como es la sanción de reclusión perpetua. Por el otro, denotan la falta de aplicación directa de los tratados de derechos humanos conforme los criterios y las pautas de interpretación que ellos establecen en el ámbito jurisdiccional.

Con este panorama, y a partir de este cuestionado pronunciamiento judicial, entendido como una manifestación de emergencia institucional, se torna imperativo bregar por una cultura jurídica que promueva y defienda los derechos de los más pequeños de su país, y que de una vez por todas este compromiso sea verdaderamente asumido por las autoridades responsables, tanto en la exigencia de la adecuación de las normas a la Convención sobre los Derechos del Niño, como en las prácticas institucionales. Solo de esta forma se podrá comenzar a trabajar para que el reconocimiento de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derechos y garantías sea una realidad cotidiana.

# COMENTARIO A LA SENTENCIA DE LA CORTE DE APELACIONES DE SAN MIGUEL (CHILE)

MONTSERRAT RODRÍGUEZ<sup>1</sup>

## 1. LA SENTENCIA

San Miguel, doce de septiembre de dos mil.

[...]

**Vistos:**

[...]

Y se tiene [...] además presente:

**Primero:** Que [...] se ha formulado acusación de oficio en contra de los procesados **M.A., E.O. y L.A.**, imputándoseles los cargos de ser coautores de los delitos de robos con violencia en la persona de A.C. y en perjuicio de S.D., de robo con violencia en la persona de M.R., en perjuicio de la Clínica Veterinaria "X", de robo con intimidación en las personas de L.M. y C.S. y en perjuicio de M.P., de robo con violencia en la persona de J.M. y en perjuicio de A.V. y de robo con intimidación en la persona y en perjuicio de S.P., C.A., P.Y. y A.G., perpetrados todos el día 21 de octubre de [...].

**Segundo:** Que los hechos establecidos en el fundamento quinto del fallo en alzada, son constitutivos del delito de robo con violencia en la persona de M.R. previsto y sancionado en el art. 433 N° 2 del Código Penal, en grado de tentativa; en efecto, los autores intentaron apropiarse de dinero y especies de la Clínica Veterinaria "X", sin conseguirlo por oposición de la persona recién indicada, la que fue atacada con arma de fuego y un objeto contundente, resultando con lesiones graves que le produjeron una enfermedad e incapacidad laboral de sesenta días;

**Tercero:** Que la alegación contenida en el escrito de contestación a la acusación [...] formulada por la defensa de los procesados **E.O. y L.A.**, en el sentido que en los delitos investigados en esta causa ha existido un concurso medial porque el robo con violencia en la persona de A.C. del automóvil Opel Corsa [...] de propiedad de S.D., ha sido medio necesario para perpetrar los demás robos, deberá ser desestimada en cuanto a la forma que deben sancionarse los delitos; es efectivo que el robo del vehículo facilitó a los hechos los medios para cometer los otros cuatro robos, pero ante la reitera-

---

<sup>1</sup> Montserrat Rodríguez es abogada del Departamento de Defensa Jurídica del Adolescente, Hogar de Cristo, Santiago de Chile.

ción de cinco delitos de la misma especie siguiendo el principio "pro-reo" resulta más beneficioso la aplicación de la norma del artículo 509 del Código de Procedimientos Penal, como se expondrá más adelante, que la del artículo 75 del Código Penal; por otro lado, la disposición citada en primer término reglamenta en forma especial la reiteración de delitos de la misma especie de modo que debe ser aplicada en forma preferente;

**Cuarto:** Que esta Corte no concuerda con la opinión de la Señora Fiscal Judicial contenida en el dictamen [...] en cuanto solicita que el delito de robo a la Clínica Veterinaria sea calificado como robo con violencia sancionado en el art. 436 inciso primero del Código Penal en relación al procesado **M.A.**, y como el penado en el artículo 433 N° 2 del mismo Código respecto de los hechos **E.O.** y **L.A.**, quienes fueron los que ocasionaron las lesiones a la víctima **M.R.**; se tiene presente para ello que no es procedente la doble calificación del hecho punible por cuanto la circunstancia que dos de los hechos hubieren inferido lesiones al ofendido, corresponde a la forma como materialmente se ejecutó el hecho punible y como los hechos se encontraban premunidos de armas aptas para causar las lesiones, de lo que tenían conocimiento los tres procesados antes y durante la acción, la referida circunstancia pasa a ser parte integrante del tipo y se comunica a todos los coparticipes, de acuerdo con el art. 64 inciso segundo del Código Penal;

**Quinto:** Que de esta manera los tres procesados son responsables en calidad de autores de los cinco delitos de robo por los que fueron acusados en la resolución [...], delito de una misma especie cuya reiteración puede ser sancionada en la forma que establece el artículo 509 del Código de Procedimiento Penal; el delito que aisladamente con las circunstancias del caso tiene asignada la penalidad mayor es el robo con violencia en la persona de **M.R.**, en grado de tentativa, al que el art. 433 N° 2 del Código Penal señala presidio mayor en su grado medio a máximo; por ser los tres procesados menores de dieciocho años a la fecha de los delitos, que fueron declarados con suficiente capacidad de discernimiento, tal penalidad deberá ser rebajada en un grado con lo que se obtiene la de presidio mayor en su grado mínimo; la circunstancia agravante de la pluralidad de malhechores debe ser compensada racionalmente con la atenuante de la irreprochable conducta anterior que concurre a favor de los tres imputados;

**Sexto:** Que esta Corte disiente de la opinión de la Señora Fiscal ya referida en lo que se refiere al aumento de la pena en dos grados en el caso del sentenciado **M.A.**, y es de opinión que la elevación de la penalidad básica consignada en el fundamento anterior, debe efectuarse solamente de un grado para los tres enjuiciados; para ello tiene presente que el artículo 509 inciso segundo del Código de Procedimiento penal dispone que la reiteración se castigará aumentando en uno, dos o tres grados la pena del delito más grave atendiendo el número de delitos; en el presente caso se trata de cinco delitos cometidos por menores, de modo que corresponde dar aplicación a la norma contenida en el artículo 37 letra b) de la Convención sobre los Derechos del Niño, de 20 de noviembre de 1989, ratificada por nuestro país y que se encuentra vigente, la que

dispone que la prisión de un menor 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; ello obliga a los sentenciadores a regular la sanción en la menor extensión legalmente posible;

**Séptimo:** Que de esta manera los procesados pueden ser condenados a pena únicas de diez años y un día de presidio mayor en su grado medio, procedimiento que resulta más beneficioso que aplicar penas separadas como se hace en la sentencia en alzada;

Y visto además lo que disponen los artículos 514, 527 y 529 del Código de Procedimientos Penal, se confirma la sentencia apelada del quince de noviembre de mil novecientos noventa y nueve [...], con declaración de que los procesados **M.A.**, **E.O.** y **L.A.** quedan condenados a sendas penas únicas de DIEZ AÑOS y UN DÍA de presidio mayor en su grado medio, con las accesorias de inhabilitación absoluta perpetua para cargos y oficios públicos y derechos políticos y la inhabilitación absoluta para profesiones titulares mientras dure la condena, como coautores de los delitos de robo con violencia en la persona de A.C. y en perjuicio de S.D., tentativa de robo con violencia en la persona de M.R., de robo con intimidación en las personas de L.M. y C.S. y en perjuicio de M.P., de robo con violencia en la persona de J.M. y en perjuicio de A.V. y de robo con intimidación en las personas y en perjuicio de S.P., C.A, P.Y. y A.G.;

Se previene que el abogado don Carlos Künsemüller Loebenfelder estuvo por determinar la pena privativa de libertad definitivamente aplicable a los reos, en conformidad a la norma prevista en el inciso primero del artículo 509 del Código Procesal Penal, teniendo en cuenta para ello, las siguientes consideraciones:

- A.** Que, en la especie se trata de delitos reiterados de robo con violencia e intimidación en las personas (tres supuestos de violencia y dos de intimidación).
- B.** Que, conforme a la particular norma contenida en el artículo 509 del Código antes citado, se trata de "delitos de la misma especie", desde que se hallan contenidos en un mismo Título del Código Punitivo (Tit. IX).
- C.** Que, todos los ilícitos señalados han afectado los mismos bienes jurídicos protegidos y han tenido idénticas modalidades ejecutivas, por lo que desde la perspectiva específicamente penal también han de considerarse de igual especie.
- D.** Que, por lo expresado hasta aquí no habría impedimento alguno para considerarlos idealmente como un solo delito, a los fines legales más benignos de tratamiento del concurso real de delitos establecido en la regla procesal ya citada.
- E.** Que, el inciso primero del artículo 509 del Código de Enjuiciamiento Criminal no contiene ningún criterio específico con respecto a cuál de los delitos en concurrencia debe tomarse como punto de partida para calcular la pena única, como lo hace, en cambio el inciso segundo de tal precepto.



F. Que, las circunstancia de configurar uno de los hechos la hipótesis N° 2 del artículo 433 del Código Penal, no altera, en concepto del disidente, lo señalado en el motivo D que antecede, toda vez que en dicha hipótesis típica se comprenden las lesiones graves, del N° 2 del artículo 397 del Código Penal, y en el supuesto del artículo 436 inciso primero, del mismo cuerpo legal, las lesiones de mediana gravedad y las leves, unificadas por el concepto “violencia en las personas”. En los tres casos se trata de ejercicio de violencia física, de maltrato de obra, siendo la causación de lesiones simplemente graves una clase o modalidad de esa violencia ejercida para lograr la apropiación de cosa ajena, sin que sea apreciable una diferencia intrínseca en la agresión a los objetos jurídicos amparados que impida estimar a esas tres situaciones como delitos susceptibles de configurar idealmente una unidad. Tampoco alteraría este razonamiento, la presencia en la relación concursal, de casos (dos) de robo con intimidación, toda vez que el legislador ha asimilado para todos los efectos penales a la coacción con la violencia en la tipificación que nos ocupa; prueba de esto no es sólo la coexistencia, bajo una misma abrazadera típica, de la violencia con la intimidación, configurativas cada una de ellas del mismo ilícito, con plena y total equivalencia típica, antijurídica y de punibilidad, sino muy especialmente, la circunstancia que el art. 439 de la ley citada, disponga que “Para los efectos de [...] se estimarán por violencia o intimidación en las personas”, identificando ambos conceptos normativos ( ver fallos de esta Corte, Gaceta Jurídica N° 199, p. 146, Gaceta Jurídica N° 204, p. 158). En definitiva, la causación de lesiones simplemente graves, menos graves y leves y el empleo de intimidación, son matices o especies de una genérica manera de afectar los intereses jurídicos personalísimos y patrimoniales de que se trata en estos casos. No está de más recordar que las penas asignadas a las figuras de los artículos 433 N° 2 y 436 inciso 1°, del Código Penal, alcanzan ambas, en su mitad más elevada, al presidio mayor en su grado máximo, diferenciándose solamente en su tramo mínimo, situación ésta, que aproxima estrechamente los respectivos grados de injusto.

G. Que, el profesor Garrido Montt, refiriéndose a la regla procesal en comento (509), cita como ejemplos de delitos que por su naturaleza no pueden considerarse de la misma especie, “robos y hurtos, injuria y homicidio” (Derecho Penal, Pte. General, T.II, p. 326), lo que refuerza el argumento precedente.

H. Que, por lo señalado, no habría impedimento jurídico alguno para utilizar cualquiera de los ilícitos concurrentes como base idónea para establecer el quantum concreto de la penalidad aplicable a los sentenciados y no solamente el delito merecedor de la pena más severa.

I. Que, la aplicación obligatoria de las normas contenidas en el art. 37, letra b) de la Convención sobre Derechos del Niño, citadas expresamente en el motivo Sexto del fallo de mayoría, también contribuyen, sin duda, a fundar la solución que en esta opinión se postula.

J. Que, por todo lo dicho, quien discrepa estima que la penalidad base a considerar es la de presidio mayor en su grado mínimo, que el tramo inferior de la pena asignada al delito de robo con violencia o intimidación, la que por efecto de la rebaja en un grado señalada en el artículo 72 del Código Punitivo desciende a presidio menor en su grado máximo y, a su vez, se sitúa en definitiva en el presidio mayor en su grado mínimo y, específicamente, en la sanción de ocho años de privación de libertad para cada encausado.

Regístrese y Devuélvase.

Redacción del Ministro Señor Hernán Matus Valencia y de la prevención, su autor.

Siguen las firmas.

## 2. COMENTARIO

### 1. Introducción

La sentencia de segunda instancia que antecede constituye una excepción dentro de las sentencias que se dictan en lo referente a delitos cometidos por personas menores de edad. Este tipo de delitos, en Chile, son sancionados mediante la aplicación del sistema de responsabilidad penal de adultos. La sentencia realiza una aplicación de normas relativas a la situación de personas menores de edad, en este caso la Convención sobre los Derechos del Niño (CDN), e incluye, excepcionalmente, una cita concreta de normas contenidas en la referida CDN, con el solo objeto de privilegiar su aplicación sobre el ordenamiento común vigente.

#### 1.1. Normativa vigente de origen nacional

En la legislación chilena existe una presunción de derecho por la cual las personas menores de 16 años son inimputables. Esta presunción se expresa en el art. 10.2 del Código Penal (CP) que los señala como exentos de responsabilidad penal.

En cambio, para los mayores de 16 y menores de 18 años, el art. 10.3 del CP establece un *status* jurídico especial –ampliamente criticado– que constituye una presunción legal por medio de la cual se considera que estos jóvenes están exentos de responsabilidad penal, a no ser que conste que han obrado **con discernimiento**. Esta situación es resuelta por el Juzgado de Menores correspondiente en el que se realiza una declaración que se constituye en un requisito previo de procesabilidad. Es decir, se reconoce, salvo prueba en contrario, el hecho de que los mayores de 16 y menores de 18 años son inimputables. A su vez, para los mayores de 18 años existe también una presunción legal pero en sentido contrario a la del grupo anterior; esta presunción consiste en que son considerados imputables.

Nuestra legislación de menores regula un procedimiento que carece de forma de juicio y otorga escasas garantías a los jóvenes que son sometidos al trámite del discernimiento. Con posterioridad a esta declaración acerca del discernimiento pueden darse dos supuestos:

- 1) Decretar que ha obrado sin discernimiento, caso en el que se ordena la aplicación de alguna de las medidas de protección contenidas en el art. 29 de la Ley de Menores (Ley 126.618).
- 2) Declarar que se ha obrado con discernimiento, caso en que el juez del crimen puede someter a proceso al joven conforme la legislación de adultos, cuyo sistema es de plena aplicación a las personas menores de edad.

La diferencia entre el sistema penal propiamente de adultos y el sistema penal que en la práctica se aplica a los *menores* en Chile está dada principalmente porque, en este último, se aplica el previsto para los mayores con más una incorporación de la normativa especial prevista para los *menores* que, para el caso concreto, se traduce en la aplicación específica de la CDN. Ello permite que en los hechos se otorgue un estatuto jurídico especial para las personas menores de edad que, si no más garantista, al menos otorgue las garantías mínimas sin realizar ningún tipo de discriminación negativa que perjudique aún más la situación de los menores de edad que han infringido leyes penales.

## 2. El caso

### 2.1. Hechos

El caso en cuestión versa sobre un recurso de apelación interpuesto en un juicio criminal ante la Corte de Apelaciones de San Miguel. El objeto de este recurso es que se modifique la sentencia de primera instancia que condenó a tres jóvenes de 16 y 17 años, declarados previamente con discernimiento por la Justicia de Menores, a cinco penas de tres años y un día de presidio en su grado máximo. La defensa solicitó la aplicación de penas relativas al concurso medial (art. 75 del C.P).<sup>2</sup> Sin embargo, la sentencia de primera instancia no se pronunció acerca de su procedencia y condenó a los jóvenes a la pena más alta que podía haberseles asignado de acuerdo con los marcos entregados por la tipificación de los ilícitos.

La defensa solicita, además, la aplicación de las normas contenidas en la CDN, específicamente la contenida en el art. 37.b, situación de la que tampoco se hizo cargo la sentencia de primera instancia.

---

<sup>2</sup> El art. 75 del C.P. señala: "La disposición del artículo anterior no es aplicable en el caso de que un solo hecho constituya dos o más delitos, o cuando uno de ellos sea el medio necesario para cometer el otro. En esos casos sólo se impondrá la pena mayor asignada al delito más grave. Si dicha pena fuere la de muerte, podrá imponerse, en vez de ella, la de presidio perpetuo".

En cambio, la sentencia de segunda instancia recoge los argumentos vertidos por la defensa aunque, en parte, los desestima. Es decir, si bien reconoce la existencia de un concurso medial desestima su aplicación para la determinación de la pena y pretende utilizar la normativa de aplicación de penas signadas para la reiteración de delitos.<sup>3</sup> Esta elección la justifica en el principio *pro reo*. Por otro lado, recoge la solicitud de aplicación de la CDN, al estimar, en su considerando sexto, que lo dispuesto en el art. 37.b, **obliga a los sentenciadores a regular la sanción en la menor extensión legalmente posible.**

## 2.2. Doctrina acogida por el fallo

Del fallo en cuestión puede extraerse:

1. Que en las reglas de aplicación de penas debe primar la norma contenida en el art. 37.b de la CDN, en cuanto estima que la privación de libertad “se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda.” Esta norma **“obliga a los sentenciadores”** y reconoce así el carácter de norma superior frente a la normativa penal común.
2. Que, al permitirse la aplicación de estas normas –que pueden considerarse de carácter especial frente a la normativa penal común aplicable en un sistema penal de adultos–, se abre la posibilidad de recurrir a la misma CDN con el objeto de crear una suerte de estatuto jurídico especial de transición. Este estatuto queda enmarcado dentro del llamado proceso de adecuación formal de la legislación interna a las normas contenidas en la CDN.
3. Que por medio de resoluciones como la que se analiza se da una aplicación práctica a lo dispuesto en la CDN. Se destaca, principalmente, el hecho de que al sistema de responsabilidad penal de adultos se agregan normas relativas a menores de edad, lo que constituye, por lo menos, una curiosidad jurídica.

## 2.3. Voto de la minoría

Mención aparte merece el voto de la minoría vertido en la sentencia analizada. En él no sólo se reconoce la necesaria aplicación de las normas contenidas en la CDN sino que se les da una aplicación más extensa. No obstante, esta interpretación pudo haber sido suplida con la sola aplicación del principio *pro reo*.

En efecto, con el objeto de determinar la menor pena a aplicar, el voto de la minoría –en contraposición a lo solicitado por la defensa y a lo recogido por la sentencia de se-

---

<sup>3</sup> La reiteración de delitos se encuentra regulada en la legislación chilena en el art. 509 del Código de Procedimiento Penal que señala en su inciso segundo: “Si por la naturaleza de las diversas infracciones éstas no pueden estimarse como un solo delito, el tribunal aplicará la pena señalada a aquella que, considerada aisladamente, con las circunstancias del caso, tenga asignada pena mayor, aumentándola en uno, dos o tres grados según sea el número de los delitos”.

gunda instancia– no reconoce que se esté en presencia de un concurso medial sino de delitos reiterados de robo con violencia –lo que es lo mismo que decir que se trata de un caso comisión de delitos de la misma especie–. Por esta razón, todos estos hechos delictivos, pueden ser considerados como un solo delito.

De tal modo se da un tratamiento más benigno como el que contempla la regla procesal contenida en el art. 509 inc. 1° del Código de Procedimiento Penal (CPP).<sup>4</sup> Dicha disposición, conforme este voto, no establece ningún criterio específico respecto a cuál de los delitos en concurrencia debe tomarse como punto de partida para calcular la pena única. En cambio, este criterio lo aporta el inciso segundo del mismo precepto. Dada esta no especificación de la norma, no existe impedimento jurídico alguno para utilizar cualquiera de los ilícitos concurrentes como base idónea para establecer el *quantum* concreto de la penalidad aplicable a los sentenciados. Así, se deja de lado la interpretación de que ese *quantum* sólo puede establecerse sobre la base del delito merecedor de la pena más severa.

Además de los argumentos vertidos, el voto de la minoría, se fundamenta en lo dispuesto en el art. 37.b de la CDN. Esto se vislumbra cuando aplica el precepto contenido en el art. 509 inc. 1° del CPP e indica que ambos preceptos (el previsto en la ley procesal y el que prevé la CDN) obligan, según su criterio, a determinar la pena desde el límite inferior de la pena más baja asignada a cualquiera de los delitos que concurren en forma reiterada. Si bien ésta pareciera ser una explicación más extensa y profunda que la del voto de la mayoría, no hace otra cosa más que confundir la aplicación de lo dispuesto en el art. 37.b de la CDN con el principio *pro reo* que, por sí solo –y sin ayuda de la CDN–, podía sustentar y fundamentar la teoría expuesta en el voto disidente.

Reitero, entiendo que el voto de minoría podía fundamentarse sobre la base del principio *pro reo* y, sólo entonces, aplicar la norma de la CDN analizada, en los mismos términos en los que lo planteó el voto de mayoría. Tal interpretación hubiese traído aparejada, como consecuencia lógica, la aplicación de una pena de cinco años y un día de presidio mayor en su grado mínimo, y no la de ocho años de presidio mayor en su grado mínimo –como lo postula el voto de referido–.

### 3. Soluciones alternativas

En este punto, ya abordadas las prevenciones sobre el voto de la minoría, es posible afirmar que no existen mayores observaciones para este voto que las señaladas para el de la mayoría en lo que –a mi entender– resulta ser una mejor aplicación de los postulados de la CDN en el caso.

---

<sup>4</sup> El art. 509 inc. 1° del CPP señala: “En casos de reiteración de crímenes o simples delitos de una misma especie, se impondrá la pena correspondiente a las diversas infracciones, estimadas como un solo delito, aumentándola en uno, dos o tres grados”.

La única salvedad está dada por el hecho de que sí nos encontramos frente a un concurso medial y, por ende, la sanción que aplica la sentencia no se encuentra ajustada a derecho por cuanto incurre en un solo grave error: realiza un mal cálculo en lo referente al principio *pro reo*. Decide aplicar el supuesto contenido en el art. 509 inc. 2° del CPP, por considerarlo más beneficioso pero es la norma contenida en el art. 75 la que entrega una situación jurídica más beneficiosa a los sentenciados.