

Justicia y Derechos del Niño

NÚMERO 6



SECCIÓN PRIMERA

- **ENTRE EL AUTORITARISMO Y LA BANALIDAD: INFANCIA Y DERECHOS EN AMÉRICA LATINA / EMILIO GARCÍA MÉNDEZ**
- **LUCES Y SOMBRAS DE LA OPINIÓN CONSULTIVA 17 DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS: "CONDICIÓN JURÍDICA Y DERECHOS HUMANOS DEL NIÑO" / MARY BELLOF**
- **LA ESPECIALIDAD DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTE. REFLEXIONES ACERCA DE LA JUSTIFICACIÓN DE UN TRATAMIENTO PENAL DIFERENCIADO / FRANCISCO MALDONADO FUENTES**
- **ABANDONO, AMPARO E INTERVENCIÓN DESDE LA DEFENSA SOCIAL / JAVIER M. PALUMMO LANTES**
- **DEFENSORÍAS DE LA INFANCIA. EXPERIENCIA INTERNACIONAL / MIGUEL CILLERO**

SECCIÓN SEGUNDA

- **JURISPRUDENCIA**
LESBIANISMO, TUICION E INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: COMENTARIOS A UNA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE CHILE / JULIO CORTÉS MORALES

SECCIÓN TERCERA

- **DOCUMENTOS**
**INFORME SOBRE EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY LEY 17.823, 7 DE SEPTIEMBRE DE 2004 / JAVIER M. PALUMMO
LUIS PEDERNERA / DIEGO SILVA BALERIO / JAVIER SALSAMENDI / CARLOS E. URIARTE**
- **URUGUAY: REFLEXIONES SOBRE EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA LEY N° 17.283 / DR. RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE**
- **DERECHOS HUMANOS, SEGURIDAD Y LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DE AMÉRICA LATINA / ROBERTO GARRETÓN**

Justicia y Derechos del Niño

"JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO" Número 6

UNICEF

Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia

Comité editorial:

Mary Beloff / Miguel Cillero / Juan Faroppa

Emilio García Méndez / Alejandro Gómez

Esta publicación está disponible en www.unicef.cl

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

Registro de Propiedad Intelectual

Inscripción N° 136.479

ISBN: 92-806-3794-8

Primera edición: 1500 ejemplares

Santiago de Chile, noviembre 2004

Diseño y diagramación: Mónica Widoycovich

Impresión:

ÍNDICE

PRESENTACIÓN

5

SECCIÓN PRIMERA

ARTÍCULOS PARA EL DEBATE

7

ENTRE EL AUTORITARISMO Y LA BANALIDAD: INFANCIA Y DERECHOS EN AMERICA LATINA

9

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ

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

27

MARY BELLOF

LA ESPECIALIDAD DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTE. REFLEXIONES ACERCA DE LA JUSTIFICACIÓN DE UN TRATAMIENTO PENAL DIFERENCIADO

103

FRANCISCO MALDONADO FUENTES

ABANDONO, AMPARO E INTERVENCIÓN DESDE LA DEFENSA SOCIAL

161

JAVIER M. PALUMMO LANTES

DEFENSORÍAS DE LA INFANCIA. EXPERIENCIA INTERNACIONAL

177

MIGUEL CILLERO

SECCIÓN SEGUNDA

JURISPRUDENCIA

189

LESBIANISMO, TUICION E INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: COMENTARIOS A UNA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE CHILE

191

JULIO CORTÉS MORALES

SECCIÓN TERCERA

DOCUMENTOS

207

**INFORME SOBRE EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA
DE LA REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY LEY 17.823,
7 DE SEPTIEMBRE DE 2004**

JAVIER M. PALUMMO

209

LUIS PEDERNERA

DIEGO SILVA BALERIO

JAVIER SALSAMENDI

CARLOS E. URIARTE

**URUGUAY: REFLEXIONES SOBRE EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y
ADOLESCENCIA LEY N° 17.283**

DR. RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE

269

**DERECHOS HUMANOS, SEGURIDAD Y LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES
DE AMÉRICA LATINA**

ROBERTO GARRETÓN

281

PRESENTACIÓN

En diciembre de 2004, en Santiago de Chile, se llevará a cabo el VII Curso de Especialización sobre Protección Jurisdiccional de los Derechos del Niño para Jueces, Abogados y Fiscales del Cono Sur, iniciativa desarrollada conjuntamente por las oficinas de UNICEF de Argentina, Chile y Uruguay. Este curso es parte de un esfuerzo sostenido de reflexión y capacitación sobre los últimos desarrollos doctrinarios, sin dejar de lado el análisis de jurisprudencia y prácticas de los operadores de justicia, con el fin de contribuir a mejorar la calidad técnica de la protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes.

Coincidiendo con los cursos, UNICEF ha producido ya cinco números de la publicación "Justicia y Derechos del Niño", conteniendo algunos artículos para el debate, así como jurisprudencia y documentos relevantes sobre los derechos humanos de la infancia. Este número seis coincide con la celebración de los 15 años desde la aprobación de la Convención sobre los Derechos del Niño, por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas. Aunque la idea de los derechos de la infancia precede a la Convención, solo a partir de ésta última los derechos cobraron una fuerza y un significado de carácter trascendente y universal.

La aplicación de la Convención ha conllevado una profunda transformación, al considerar a los niños como sujetos de derechos y llamar a superar la visión tradicional de los niños como objetos y propiedad de los adultos. Sin embargo, aún resta un buen camino por recorrer para que los niños sean relevantes en un proceso judicial, como lo testifican muchas sentencias y prácticas judiciales que reproducen la desconsideración social y jurídica que se pretende superar.

Esperamos que el curso y este libro que presentamos constituyan un aporte relevante para los profesionales del derecho que pretenden contribuir a que los derechos de los niños, niñas y adolescentes se transformen en una realidad cultural y social.

Egidio Crotti

*Representante de Unicef
para Chile y el Cono Sur.*

SECCIÓN PRIMERA

ARTÍCULOS PARA EL DEBATE

ENTRE EL AUTORITARISMO Y LA BANALIDAD: INFANCIA Y DERECHOS EN AMERICA LATINA

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ *

I. Introducción

La aprobación de la Convención Internacional de los Derechos del Niño (CDN) por la Asamblea General de Naciones Unidas en noviembre de 1989 y el posterior, rápido y extendido proceso de ratificaciones, provocó en América Latina –a través de procesos nacionales de reforma legal destinados a adecuar la legislación interna a la CDN– una serie de transformaciones cuyo impacto real ha sido y es todavía hoy, extremadamente difícil de evaluar.

Conviene recordar, que mas allá de cualquier apreciación crítica sobre su desarrollo y resultados, en ningún otra región del mundo se produjo una movilización social tan intensa en torno a la CDN como en el caso de América Latina.

Sin olvidar los desfasajes nacionales que significan notables anticipaciones (Brasil reformó su legislación ya en 1990) y notables atrasos (para el Cono Sur, México y Colombia la reforma legal está pendiente todavía), que presenta cualquier periodización de carácter regional, me parece posible distinguir tres etapas diferenciadas de un proceso sobre el que aquí, muy modestamente, quisiera contribuir a su mejor comprensión.

Una primera y muy breve etapa –**de transición de paradigmas**– que va de la aprobación de la CDN en noviembre de 1989, hasta fines de 1991, en la que prácticamente se completa el velocísimo y masivo movimiento de ratificaciones de la CDN por parte de los estados de la región, manteniendo, sin embargo, intacta la vieja legislación específicamente diseñada para el control-protección del “menor abandonado-delincente”, producto de las primeras décadas del siglo XX.¹

Una segunda etapa, de **expansión jurídico-cultural de autonomía de la infancia** entre 1992 y 1997, en la que se producen la mayor cantidad de reformas legislativas y du-

* Abogado, profesor de la Universidad de Buenos Aires.

¹ Para una visión histórica sobre el tema, que además incluye abundante bibliografía, cfr. Emilio García Méndez y Elías Carranza, “Infancia, adolescencia y Control Social en América Latina, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990 y Emilio García Méndez y Elías Carranza (organizadores), “Del Revés al Derecho la condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa”, Ed. Galerna, Buenos Aires, 1992.

rante la cual, para resumir el espíritu del periodo, en general, se interpretan, adoptan y desarrollan en clave de derechos humanos los principios mas importantes sobre los que se estructura la CDN . Por ultimo, una tercera etapa - **de involución represiva discrecional**, inaugurada probablemente, con los burdos decretos fujimoristas de "Terrorismo Agravado" y "Pandillaje Pernicioso" de mayo de 1998, cuya onda expansiva negativa continúa abierta y haciendo sentir sus efectos hasta nuestros días.²

Nada representa mejor el espíritu de esta etapa, además obviamente de los decretos ya mencionados, que las leyes "antimaras" de Honduras y El Salvador de fines del 2003, así como las diez sentencias de reclusión y prisión perpetua a menores de edad dictadas en la Argentina entre 1997 y el año 2003.³

Esta etapa se caracteriza por una **involución represiva discrecional**, para la cual el desmantelamiento de todo tipo de garantías, la elaboración de tipos penales abiertos y la reintroducción explícita de un derecho penal de autor, resultan tal vez más importantes que el propio endurecimiento de las penas.⁴ Una **involución represiva discrecional**, de fuerte presencia e impronta mediática pero que, por motivos que no siempre resultan claros y comprensibles, no termina ni por instalarse plenamente ni por legitimarse abiertamente en el plano socio-cultural.⁵

Veamos ahora un poco más en detalle cada una de las tres etapas mencionadas.

² Me refiero al decreto legislativo 899 de mayo de 1998 o "Ley Contra el Pandillaje Pernicioso" y al decreto legislativo 895 también de mayo de 1998 o "Ley Contra el Terrorismo Agravado". Estas leyes preanuncian ya las denominadas leyes "antimaras" en vigor o en discusión en varios países centroamericanos. A los efectos que especialmente nos interesa la consecuencia potencial de estas leyes, que contemplan tipos penales abiertos incompatibles con el funcionamiento de una democracia, consiste en dejar sin efecto los sistemas de Responsabilidad Penal Juvenil previstos en la legislación ordinaria. De los dos decretos peruanos mencionados, el de "Terrorismo Agravado", sin haber sido derogado ha caído prácticamente en desuso. En cambio, el de "Pandillaje Pernicioso" se utiliza todavía con bastante frecuencia e intensidad.

No esta demás recordar un antecedente anterior a los decretos peruanos (que, sin embargo, no logra impregnar todavía el espíritu de la época), me refiero a la Ley transitoria de emergencia contra la delincuencia y el crimen organizado, decreto 668 de marzo de 1996. Esta ley fue declarada inconstitucional por la Corte Suprema de El Salvador, en febrero de 1997. El texto completo de la mencionada ley, así como la sentencia de inconstitucionalidad pueden encontrarse en "Infancia, ley y Democracia", 2da edición, ob.cit.

³ En el caso de Honduras hacemos referencia al Decreto 117 del 2003 que reforma el art.332 del Código Penal relativo a la asociación ilícita para incluir en el la figura de las maras, específicamente en relación a los menores de edad. En el caso de El Salvador, se trata de un ley completa, el Decreto 154 de la Asamblea Legislativa del Tro de octubre del 2003. Una modificación al código penal de Guatemala en un sentido muy similar a lo ocurrido en Honduras, fue presentado al Congreso y rechazado en votación. Pero nada otorga un carácter mas emblemático a la manipulación política que los gobiernos de El Salvador, Honduras, Guatemala y Nicaragua hacen del tema de las Maras, que la declaración conjunta que explícitamente sobre este tema realizaron los presidentes de los cuatro países mencionados el 15 de enero del 2004 (ver anexo al final de este artículo). Para el momento de cierre de esta edición, la Corte Suprema de El Salvador declaraba inconstitucional la mencionada ley antimaras. Para un análisis completo, detallado y actualizado de este tema, cfr. el comentario de Luis Enrique Salazar Flores, así como el anexo jurisprudencial correspondiente en el capítulo dedicado al El Salvador de esta publicación. En el caso de la Argentina, existe una publicación reciente que reúne las 10 sentencias a las que aquí se ha hecho mención. Cfr. "Sentencias de Reclusión Perpetua y prisión perpetua a personas menores de 18 años de edad en la Republica Argentina (1997-2003)", Ed. Colegio Publico de Abogados de la Capital Federal- UNICEF Argentina (2003).

⁴ Insisto aquí en el carácter **explícito** de esta involución. Implícitamente el derecho penal mas represivo (si se los mide por su capacidad de producir sufrimientos reales) se encuentra, desde siempre, plenamente incorporado a las concepciones "tutelarias" del viejo derecho de menores.

⁵ Podría trazarse aquí un cierto paralelismo con los problemas de legitimidad de las dictaduras militares del cono sur en la década de los 70. Las formas mas brutales de represión, jamás fueron acompañadas de un cambio en los patrones ideales de legitimidad democrática. La supresión de la Constitución no se realizaba para eliminar la democracia, sino para "salvarla". De modo similar las leyes "antimaras" anulan las leyes de responsabilidad penal juvenil sin llegar al punto de su derogación formal.

II. Los comienzos: la etapa de transición de paradigmas (1989-1991)

La que aquí se denomina etapa **de transición de paradigmas** constituye la menos mencionada y analizada de las tres etapas identificadas. En un cierto sentido, esta etapa representa una fuerte continuidad con el proceso, burocrático, técnico, aséptico y relativamente cerrado de redacción de la CDN desarrollado entre 1979 y 1989. Nunca está de más recordar que el proceso de ratificaciones nacionales a la CDN fue, en muy buena medida, el resultado de un trabajo paciente y sistemático por parte de UNICEF, que luego de un período inicial de perplejidad y reticencia frente a la CDN, decidió participar plenamente en dicho proceso. A caballo de los nuevos aires que proporcionaba la retirada, más (Brasil) o menos (Argentina) ordenada de las dictaduras militares, se ofrecía a los nuevos gobiernos de transición democrática la posibilidad de un gesto, tan simpático como en apariencia políticamente inocuo. Un gesto que otorgaba pequeñas cuotas de legitimidad luego de años de aislamiento, producto de la barbarie oscurantista autoritaria. Sin oposición y bajo la mirada entre displicente y desconfiada del grueso de los organismos no gubernamentales,⁶ que habían liderado los ataques y cuestionamientos a la política social autoritaria de los gobiernos militares, se completó en democracia, con una velocidad sin precedentes en relación con otros instrumentos de derechos humanos de parecido tenor, el proceso regional de ratificaciones a la CDN.

Se introducía así, después de 70 años de vigencia de un paradigma, en apariencia pseudoproteccionista, aunque en realidad decididamente criminalizador de la pobreza, un paradigma rupturista destinado a alterar el panorama jurídico-cultural de las relaciones de una parte de la infancia (los "menores") con las instituciones, y de toda la infancia con el mundo de los adultos. Tal vez uno de los fenómenos más interesantes y al mismo tiempo menos analizados de esta ruptura lo constituya no sólo la sobrevivencia, sino además el espacio privilegiado y la centralidad que ocupa en el nuevo paradigma, el mismo concepto alrededor del cual se organizó y legitimó por muchos años el viejo paradigma pseudoproteccionista y pseudotutelar. Me refiero al principio del "interés superior del niño", verdadero articulador político-cultural de la experiencia pionera de la primera jurisdicción de menores en Illinois en 1899 y principio permanentemente subrayado, sin una adecuada problematización, por toda recepción simplista y superficial de la CDN casi un siglo después. Un principio que hoy, previa descontextualización del significado profundo de la CDN, permite a ingenuos o mal intencionados intentar nuevamente la relegitimación del tratamiento discrecional de la infancia, por los adultos en general y por las instituciones protectoras-represoras de los

⁶ Justo es reconocer que la organización no gubernamental Defensa de los Niños Internacional (DNI), constituyó, en ese momento, una muy saludable excepción a esta tendencia. Mucho tiene que ver en ello, la figura de Daniel O'Donnell, a la época dirigente de esta organización y figura clave en la construcción de la CDN.

“menores” en particular. Con este antecedente no resulta sorprendente que el verdadero debate en torno a los esfuerzos de aplicación concreta de la CDN se haya centrado, hasta el día de hoy, no en un plano que podríamos denominar técnico, sino en realidad en un plano jurídico cultural.⁷ En otras palabras, es probable que todavía durante mucho tiempo, la lucha por la “implementación” de la CDN constituya en esencia una lucha por su significado. Aún es prematuro para conocer la conclusión de un debate que permanece abierto. Pero según como el mismo se salde, por muchos años, la Convención se entenderá como un moderno cheque en blanco que refuerce la discrecionalidad de las (buenas o malas) intenciones de los adultos y las instituciones responsables por el “bienestar” de la infancia, o por el contrario, la Convención se entenderá como un paso fundamental en el complicado proceso de autonomía progresiva de la infancia y elemento decisivo para la pérdida de legitimidad de los comportamientos discrecionales de los adultos y de las instituciones en relación con la infancia.

III. La reforma: la etapa de expansión jurídico-cultural de autonomía de la infancia (1992-1997)

Esta segunda etapa, mucho más rica y compleja que la anterior, ha merecido algunos análisis más detallados que la primera,⁸ los cuales, sin embargo, pueden considerarse todavía como exploratorios e insuficientes.

Es esta etapa la que constituye el corazón mismo del proceso de reformas legislativas. Durante este período se completan la mayoría de las transformaciones normativas hasta hoy desarrolladas. En comparación con la primera etapa, además de las obvias diferencias de contenidos, muchos son los cambios relativos a los actores institucionales que en ella intervienen y que vale la pena mencionar. Con pocas excepciones, y como un punto de notable diferencia con la etapa anterior, la mayoría de los organismos no gubernamentales comienzan ahora a involucrarse en estos temas.⁹

Las pocas y notables excepciones de este ingreso masivo a los procesos de reforma dentro del mundo de los ONGs, son mucho más de aislamiento que de oposición y las asumen algunos pocos, pero con alta visibilidad, proyectos no gubernamentales con lideranzas extremadamente personalizadas que, con razón, percibían en el proceso de reformas legales una fuerza institucionalizadora contraria al caudillismo de quienes se percibían a sí mismos como intérpretes y conductores privilegiados de las formas más

⁷ Por lo menos en América Latina debemos al brillante artículo de Miguel Cillero, el alto consenso existente sobre la necesidad de una interpretación seria y responsable en sintonía con el espíritu de la CDN de este principio clave. Cfr. Miguel Cillero Bruñol, “El interés superior del niño”, en *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Emilio García Méndez y Mary Beloff (compiladores), Ed. Temis-Depalma, Bogotá, 1998.

⁸ Nos referimos específicamente a los artículos y comentarios de las dos ediciones de “*Infancia, ley y democracia*”, Ed. Temis-Depalma, Bogotá-Buenos Aires, 1998 y 1999. Todos estos artículos, se encuentran también en esta edición.

⁹ Cfr. Emilio García Méndez, “*Infancia, ley y democracia: una cuestión de justicia*”, en *Infancia, ley y democracia*, ob. cit.

agudas de la marginalidad infantil (los niños de la calle - los niños trabajadores). Coletazos tardíos de la teología de la liberación están aquí presentes.

Pero las formas tanto más peculiares como grotescas de resistencia no sólo a los procesos de reformas, sino incluso a la propia CDN, se vinculan con movimientos mesiánicos de apoyo y promoción del trabajo infantil que, con justa razón, perciben en los dispositivos del art.32 de la CDN, una traba a sus delirios de movilización de los niños trabajadores.¹⁰

Pero si algo marcó con fuerza el desarrollo de esta etapa es la influencia decisiva que, a nivel regional, ejerció en materia de contenidos y de proceso participativo de construcción, el Estatuto del Niño y el Adolescente (ECA) aprobado en el Brasil en julio de 1990, primera adecuación sustancial de una ley nacional a la CDN en América Latina. Conviene no olvidar que para comienzos de la década del 90 persistían todavía las resistencias de antiguos actores representantes del viejo paradigma que, nucleados en torno a algunas asociaciones de jueces de menores y al Instituto Interamericano del Niño (IIN), gestaron y desarrollaron muy especialmente durante el periodo de las dictaduras militares, una recreación de las formas clásicas del menorismo de los años 20 y 30, que encontró su síntesis en la vaga doctrina de la "situación irregular".

Ningún cuerpo jurídico sintetiza mejor este movimiento que el tardío "Código do Menor" brasileiro de 1979, tal vez desde el punto de vista técnico-jurídico el documento más completo y representativo del viejo paradigma menorista. Lo que no deja de resultar paradójico es que uno de los legados más significativo de este movimiento de "juristas" (funcionarios de la justicia en su mayoría), extremadamente celosos de su autonomía respecto al resto del mundo del derecho (en realidad una burda estrategia para ignorar al derecho constitucional), se haya expresado con mucha fuerza, no en el plano de la política jurídica sino en el plano de una "nueva" institucionalización de la política social para la "protección de los menores en riesgo".

El viejo asistencialismo de fuerte impronta religiosa y voluntarista se "modernizó", reorganizó y terminó plasmándose en organismos nacionales hipercentralizados, donde mediante el uso instrumental de las nuevas corrientes sociológicas y sobre todo psicológicas, se le disputa el control de los menores, no sólo a las viejas formas de la caridad y la psiquiatría, sino incluso, a los propios "dueños" del problema de los menores: los jueces de menores. Pero al igual que otras instituciones, tales como la cárcel, la crisis de los "Sistemas de Bienestar" no sobrevino a su desarrollo. Esta crisis, como no podía ser de otra forma, se originó en forma simultánea al nacimiento de la propia institución.

¹⁰ Como un ejemplo altamente representativo de estas posiciones, cfr. "Niños Trabajadores y Protagonismo de la Infancia", una publicación del Colectivo Nats-Infancia Perú, Ed. Ifejant, Lima, 1997. En las páginas 32 y 33 de la mencionada publicación se realiza una crítica abierta al artículo 32 de la CDN.

Es justamente en el período inmediato anterior al inicio del proceso de reformas legales, durante la década de los 80, que se conforman estos “modernos” Sistemas de Bienestar de la infancia. Expandiéndose en relación inversamente proporcional a la disminución de la calidad y cantidad de las políticas sociales básicas de carácter universal, estas instituciones asoladas por el clientelismo deambulan en el zoológico de las políticas sociales como un animal de otra era geológica. Todo en ellas resulta patético, comenzando por su absurda pretensión, plasmada en algunas legislaciones, de convertirse en el órgano rector de las políticas para la infancia. Al parecer, son paradójicamente las miserias de la política social las que continúan negándole un entierro decente a estos cadáveres insepultos.

Tal vez sea la extraordinaria ductilidad que estos sistemas ofrecen a la consolidación de las peores formas del corporativismo, lo que ayude a explicar su creciente pérdida de importancia (como institución y como dispositivo de conformación de la política social) y al mismo tiempo su carácter absolutamente refractario a cualquier intento de reforma.

Tengo la impresión que son precisamente estos “Sistemas”, uno de los lugares más adecuados para observar y tratar de entender el extraño y contradictorio carácter de la institucionalidad en general y de la institucionalidad de la política social en particular en América Latina. Por motivos que trascienden largamente las intenciones de este análisis, la institucionalidad de la política social en América Latina parece combinar la rarísima capacidad de constituir caparazones vacíos que, sin embargo, poseen un extraordinario poder de carácter negativo. La capacidad de veto o bloqueo a cualquier tipo de reforma que se mueva en una dirección distinta a la de la simple conservación de los intereses corporativos más inmediatos constituye, paradójicamente, la fortaleza inútil de estos “Sistemas”. Parecería que en América Latina, ni la ley, ni las instituciones pueden constituirse en mediadores eficaces de los conflictos sociales. Es decir, no son condición suficiente para nada. Pese a ello, ni la ley ni las instituciones pueden dejarse de lado en cualquier propuesta, obviamente democrática, que pretenda una política social que combine una cobertura significativa con una sustentabilidad razonable. En otras palabras, la reforma de la ley y las instituciones son condición imprescindible para todo.

Si bien es prácticamente obvia la inmutabilidad de estos Sistemas de “Bienestar” en países que no pasaron por esta primera etapa de reformas legislativas, del resto de los países donde esta primera etapa se verificó, sólo en Brasil se logró una alteración significativa de su lógica de funcionamiento. Eso sí, suprimiéndolo. Solamente en Brasil, la oportuna conjunción de dispositivos jurídicos de la nueva ley de infancia (ECA), que efectivamente abrieron las puertas a una descentralización municipal y a un nuevo tipo de institucionalización de la participación comunitaria (los Consejos Municipales de Derechos de la Infancia), sumada a la rápida y decidida voluntad política del Poder

Ejecutivo de suprimir el órgano nacional de bienestar de la infancia, produjo cambios drásticos a través de la lisa y llana extinción del órgano nacional, cambios que hasta la fecha no se han verificado en ningún otro país de la región.

Pero esta etapa expansiva que va de 1992 a 1997, no sólo lo es del punto de vista jurídico sino también político-cultural. Todavía el discurso mediático de vinculación automática de los jóvenes con uno de los problemas percibido como de más alta preocupación social, la inseguridad urbana, no había alcanzado la importancia y centralidad de nuestros días.

Ya llegaremos a la tercera y última de las tres fases identificadas. Por el momento, quisiera detenerme un poco sobre el tema de la evaluación del impacto de la CDN.

La experiencia muestra que lo que caracteriza a las, más o menos estructuradas evaluaciones de impacto de la CDN, es el hecho que, según sea el punto de vista que se adopte, profundamente divergentes han sido y son sus conclusiones. Mientras para algunos la incorporación de la CDN a la normativa jurídica nacional ha producido las más extraordinarias e inéditas transformaciones jamás ocurridas en este campo, para otros, esta incorporación en absolutamente nada ha alterado las prácticas, las instituciones y las culturas de tratamiento y relacionamiento con la infancia.

Sostendré aquí la posición, que dicho sea de paso me parece ayuda a explicar las dificultades para evaluar este proceso, de que ambas afirmaciones no resultan necesariamente excluyentes y que, efectivamente, una fuerte ruptura, en un plano que en forma un tanto imprecisa podría denominarse político-cultural, convive, en algunos países con más intensidad y evidencia que en otros, con la persistencia, en los planos administrativo y jurisdiccional, de las formas y prácticas más tradicionales y corporativas del modelo "compasivo-represivo", que históricamente ha orientado la relación del Estado con los sectores más vulnerables de la infancia (los menores) y de los adultos en general con todos los niños. Formas y prácticas que, sobre todo en el caso del Estado, equivocadamente, hemos consentido en denominar "tutelares".

En otras palabras, quisiera afirmar que profundas transformaciones culturales en las relaciones de los niños con los adultos, la familia y la sociedad, transformaciones de las cuales la CDN es al mismo tiempo una consecuencia y un elemento de aceleración, conviven simultáneamente con las formas jurídicas (a veces) e institucionales (casi siempre) más primitivas, corporativas y anquilosadas que se pueda imaginar. Y que, como ya se afirmó, estas tendencias tan confusas como contradictorias se manifiestan no sólo en los países que han completado, por lo menos una primera etapa de reformas legislativas, sino también en aquellos países donde prácticamente nada ha cambiado, o sólo ha cambiado en la dirección de una involución represiva y autoritaria.

Intentare también identificar algunas razones que ayudan a entender no sólo la asombrosa persistencia jurídico-institucional de la vieja cultura menorista, a pesar de sus

múltiples maquillajes semánticos, sino también la emergencia de nuevas formas de “menorismo” (neomenorismo, como muy acertadamente se lo ha denominado)¹¹ tal como se manifiestan hoy en América Latina en general y en el Brasil en particular, el más antiguo y tal vez el más rico y complejo de los procesos de reforma postconvencción de la región.

Anticipo en este punto, mi convencimiento pleno en relación a que la persistencia de la ideología y prácticas menoristas –incluso y sobre todo por quienes han participado activamente en el desmonte de la vieja doctrina de la situación irregular– remite a la vigencia de algunos nudos culturales críticos imposibles de ser ignorados y que, curiosamente, se manifiestan con mucho más fuerza (por prácticamente carecer de oposición) en el plano institucional que en el plano de las relaciones interpersonales.

Mientras los niños en general resisten de hecho con fuerza creciente el autoritarismo discrecional de los adultos, los “menores” poseen mucha menos capacidad de oponerse y contestar los atropellos de las instituciones. Es la indefensión propia de los ciudadanos frente al Estado, potenciada por la ideología y prácticas de la “compasión-represión” en el caso de los “menores”. Estos nudos culturales críticos hacen referencia específica, tanto a las consecuencias del bien compulsivo como a la tentación permanente a decidir por los otros; sobre todo cuando se trata de sujetos construidos-percibidos como vulnerables.

En el caso de la infancia, la recurrente y permanente tensión entre los impulsos de la bondad compulsiva interpersonal o institucional y la autonomía progresiva de la infancia, da cuenta mejor que nada de los problemas que aquí estoy señalando. Una autonomía progresiva, que constituye tanto un dato de la realidad como un inteligente y poco explorado principio de la CDN contenido en su artículo 12.

Para continuar con este punto, algunas distinciones resultan imprescindibles. En primer lugar, del conjunto de las resistencias a considerar seriamente a la infancia como sujeto de derechos, me parece de fundamental importancia establecer una neta separación entre aquellas motivadas por razones de carácter ideológico-cultural, de aquellas perspectivas donde el elemento decisivo radica en la defensa de intereses personales o corporativos. En general, una parte significativa de los diversos operadores de los sistemas de la “justicia” de menores y de los sistemas administrativos de “bienestar” de la infancia, cuyas prácticas constituyen la negación de su propia retórica hueca del lenguaje de los derechos, constituyen ejemplos de manual de una perspectiva

¹¹ Debemos a Antonio Fernando Amaral e Silva, co-autor del ECA, por muchos años juez de menores y hoy juez de la Corte Suprema del Estado de Santa Catarina de Brasil, el haber acuñado este riquísimo concepto de “neomenorismo” para designar una nueva interpretación en clave tutelar-discrecional de las disposiciones garantistas del ECA. Justo me parece, sin embargo, el reconocimiento de importantes matices dentro de la concepción neomenorista. El arco es muy variado y comprende desde burdas perspectivas corporativistas hasta serios y refinados enfoques técnico-jurídicos.- Cfr. Respectivamente Gerson Gómez Neto “A inimitabilidade penal como cláusula petrea”, Ed. Centro das Promotorias da Infancia, Florianópolis, 2000; y Paulo Afonso Garrido de Paula, “Direito da Criança e do Adolescente e Tutela Jurisdicional Diferenciada”, Ed. Revista dos Tribunais, São Paulo, 2002.

cínico-corporativa, que dificulta cuando no hace totalmente imposible cualquier tipo de debate racional.

Por este motivo, centraré mi crítica, dirigida al debate, en aquella perspectiva, en la que a pesar de la clara existencia de defensa de intereses corporativos, predominan motivaciones de carácter ideológico y cultural. En otras palabras de aquellos que sinceramente están convencidos de la obvia y natural incapacidad de la infancia.

En realidad me propongo que este texto funcione también como balance crítico de las dispares transformaciones, culturales, jurídicas e institucionales de estos últimos años. Un balance que, específicamente, primero ayude a entender y posteriormente a fundamentar algunos énfasis y prioridades que cualquier propuesta sería de realización de los derechos humanos de la infancia debería desarrollar hoy en el contexto latinoamericano.

Aún cuando muchas limitaciones de este análisis se harán más o menos evidentes para quien haga una lectura detenida de este texto, no quiero dejar de señalar en forma explícita, algunas de las cuales soy plenamente consciente desde el comienzo. Hago especial referencia a dos limitaciones.

De modo similar a que siempre he pensado que una persona, una institución o un país, en sus mejores virtudes anuncia sus peores defectos (y viceversa), el haber sido protagonista y testigo de dichos procesos de transformaciones, al mismo tiempo que me permitió un máximo de conocimiento y aproximación, me impidió seguramente el mínimo de la distancia y serenidad igualmente necesarias para el análisis. La luz puede cegar tanto como la oscuridad. Además, la ausencia de análisis **externos**, es decir, de análisis realizados por aquellos no involucrados en forma directa en los temas de la infancia, a la par que confirma la poca importancia que la historia, la sociología, la ciencia política y otras disciplinas le atribuyen, hasta hoy, a esta parte específica de la cuestión social, conspira contra las posibilidades de un conocimiento más profundo, crítico y objetivo de la misma.¹²

A estas dificultades es necesario agregar en estos últimos años y como consecuencia de las involuciones autoritarias a las que ya se ha hecho mención, la pérdida de dinamismo y centralidad de los procesos de reforma jurídica e institucional en el campo de los derechos de la infancia en América Latina, así como la profundización de los conflictos de todo tipo al interior del vasto y heterogéneo movimiento social que dió origen a estas transformaciones. No parece descabellado afirmar que la pérdida real de importancia de estos procesos, muchas veces intentó compensarse con una inflación de la retórica de los derechos. Esta situación, en buena medida atribuible a cambios significativos en tendencias involutivas nacionales, en la aridez de un mundo unipolar

¹² Para uno de los mejores análisis sobre el proceso que aquí estamos considerando, pero que, sin embargo, no puede ser considerado externo, en la medida en que su autor ha estado directamente involucrado en estos temas, cfr. Francisco Pillotti, "Globalización y Convención sobre los Derechos del Niño: el contexto del texto", Ed. Unidad de Desarrollo Social y Educación, OEA, Washington D.C., septiembre 2000.

y en parte al abandono o significativa menor participación en la escena de las reformas, de algunos actores institucionales que jugaron papeles importantes en la década de los 90, se refuerza ulteriormente en forma negativa con verdaderas contrarreformas en cuya superficie aparece el problema, en parte real y en parte artificialmente construido, de la inseguridad urbana y la violencia juvenil.

Un capítulo aparte merece el tema de las respuestas que prácticamente todos los actores institucionales han dado y están dando a los movimientos involutivos de contrarreformas. Me animo a afirmar que muchas de estas respuestas, no sólo no han servido para invertir o frenar los procesos de contrarreforma sino que, por el contrario, han contribuido, con cierta frecuencia, a su consolidación y a veces, a su legitimación.

IV. La contrarreforma: la etapa de la involución represiva discrecional

Los contenidos de los procesos de lo que aquí se denomina contrarreforma hacen referencia específicamente a proyectos (aprobados o no) de baja de edad de la imputabilidad penal, de aumento de las penas, de desmonte masivo -normativo e institucional- de garantías procesales y de fondo; aunque también a la grotesca expansión del clientelismo más vulgar por parte de los llamados Sistemas Nacionales de "Bienestar". Una mención aparte merece la especificidad de este proceso en Centroamérica en general, y muy particularmente, en tres países de esta subregión: El Salvador, Honduras y Guatemala. Allí un fenómeno real como es el de las "maras", una forma primaria y espontánea de asociación de adolescentes pobres (estoy convencido de que la palabra organización les queda grande) ha servido de excusa para la aprobación, prácticamente simultánea en dos de estos tres países (El Salvador y Honduras) a fines del 2003, de leyes "antimaras", que en la misma línea de los decretos fujimoristas del 98, prácticamente dejan sin efecto toda la normativa relativa a la responsabilidad penal juvenil. En el caso de Guatemala la iniciativa legislativa "antimaras" no consiguió su aprobación, sin embargo, el clima político y social en relación a este tema no difiere demasiado de los otros dos países.¹³ Esta normativa, ya sea una ley como en el caso de El Salvador o pequeñas modificaciones al código penal, como en el caso de Honduras, cumple objetivamente la función de reintroducir burdamente enfoques peligrosistas que parecían superados, formas explícitas de delito de autor y con ello la misma discrecionalidad de las viejas leyes tutelares, cargadas esta vez de una semántica abiertamente represiva y autoritaria. Ya volveré sobre este punto en particular, me interesa por el momento mencionar la necesidad de analizar con mucho cuidado esta situación

¹³ Al respecto véase la Declaración Conjunta sobre el tema de las "maras" de cuatro presidentes centroamericanos que aquí al final de este texto se anexa.

particular. Cuidado debido no sólo a las obvias potencialidades negativas que a nivel regional posee una cuestión de estas características, sino también a la enorme mistificación al que el fenómeno de las "Maras" se encuentra sometido. Salvando las obvias diferencias, resulta asombrosa la similitud que guardan muchos de estos análisis, con los enfoques del problema de los "niños de la calle" de la década de los 80. También aquí, un enfoque que se pretende antropológico, subraya una perspectiva que insiste en el análisis de historias de vida, dejando de lado o subestimando el análisis crítico de las instituciones que producen dichas historias de vida.¹⁴ Otra característica reiterada de estas investigaciones está representada por la enorme cantidad de información en realidad irrelevante para la comprensión de un fenómeno, que además que en la pobreza, encuentra su explicación en la construcción de una realidad funcional a un enfoque discrecionalmente represivo del disciplinamiento social.¹⁵ Por lo demás, llama poderosamente la atención la asimetría complementaria con que gobiernos y opositores se comportan en este tema. Mas allá del hecho de que el carácter "minucioso" de las historias de vida nunca da cuenta (porque no puede darlo, igual que en el tema de la determinación cuantitativa de los niños de la calle) de la dimensión cuantitativa del problema, todas las apreciaciones críticas coinciden en que el vínculo automático entre "Maras" y menores de edad es a todas la luces falso (todo parece indicar que los adultos, contra todo mito, resultan hoy la mayoría en estas pandillas juveniles). En países como El Salvador, donde los adolescentes fuera del sistema educativo son mas del 70 % , superando el 85 % en los casos de Honduras y Guatemala, llama poderosamente la atención, que prácticamente todas la propuestas oscilen solamente entre la represión lisa y llana y demagógicos proyectos piloto de carácter alternativo. Sólo una cancelación arbitraria de la memoria de los millones desperdiciados en proyectos piloto de "niños de la calle" en la década de los 80, puede explicar semejante repetición de un desatino. En definitiva, llama realmente la atención la falta absoluta de seriedad para enfrentar las causas del problema.

Es obvio, aunque no está de más reiterarlo, que estas leyes "antimaras" (que en realidad representan la negación del concepto moderno de ley) no han sido pensadas para ser implementadas en el sentido clásico de la palabra. La producción de estas leyes, altamente sensibles y coincidentes con los ciclos electorales constituyen, en realidad, un recurso cada vez mas frecuentemente utilizado, por aquellos inescrupulosos que consideran a la política como una forma de espectáculo y que en el mercado electoral intercambian con la gente la ilusión de seguridad por votos. Obviamente, no existe la menor evidencia de algún tipo de relación entre la aprobación de estas leyes y cualquier tipo de disminución de las violaciones a la ley penal por parte de los adolescentes.

¹⁴ Para un ejemplo altamente representativo de esta perspectiva que con una cierta ironía denomino aquí de antropológica, cfr. Luis J. Rodríguez, "La vida loca. El testimonio de un pandillero en Los Angeles", Ed. Simons & Schuster, Nuevo México, 1993.

¹⁵ Para un ejemplo representativo de abundante y minuciosa información irrelevante, cfr. José Miguel Cruz y Nelson Portillo Peña, "Solidaridad y violencia en las pandillas del gran San Salvador. Más allá de la vida loca", ED. UCA, El Salvador, 1998.

Concluyo provisoriamente aquí el tratamiento de este tema, estando convencido, sin embargo, que mucho todavía queda por decir al respecto.

Amplio y variado es el arco de los efectos negativos de este movimiento de contrarreforma. Sin entrar aquí en detalles, ni caer en la casuística, puede afirmarse que un significativo retorno de los **procesos** a los **programas** y de los derechos al asistencialismo (independientemente de la retórica, que casi siempre se expresa en la dirección contraria del retroceso) han constituido una verdadera fuga hacia adelante legitimada, según quien sea el sujeto principal de la fuga, por la necesidad de recuperación de la pureza mancillada por la política, para evitar roces con gobiernos susceptibles y sobre todo para compensar la ausencia absoluta de resultados de reformas institucionales jamás iniciadas.

Pero todo este movimiento de rotación, se produce junto a un movimiento de traslación mucho más difícil de percibir en su esencia. Me refiero a un desplazamiento de responsabilidades por los males que aquejan a la infancia, de un plano político-institucional a un plano que curiosamente articula lo económico-estructural con una visión superficial de una endémica crisis de valores, donde los problemas de la infancia aparecen mucho más como el resultado de catástrofes naturales y no como lo que realmente son: catástrofes políticas.

El énfasis en la epidermis de problemas que rápidamente permiten solidaridades tan vastas e indiscutibles como irracionales, superficiales y políticamente inocuas (verdaderos océanos de 5 centímetros de profundidad en palabras de Antonio Carlos Gomes da Costa), constituye una característica esencial de las tendencias que estamos analizando.

Una nueva división de tareas, que permita articular en el plano de la comunicación social el asistencialismo mas ramplón en el “combate” a la pobreza, con la represión mas cruda y despojada de garantías en el “combate” a la delincuencia, parece constituir una tendencia que amenaza seriamente con instalarse, institucionalizarse y ganar legitimidad. Es el proyecto, más o menos conciente, de los diversos actores que contribuyen al varias veces mencionado proceso de involución represiva o autoritaria.

Las prioridades otorgadas, por segmentos de la cooperación internacional en conjunción con algunos organismos no gubernamentales, a las múltiples variantes de temas que, de alguna forma, cruzan a la sexualidad con la infancia, parece ser un punto significativo de los “nuevos” enfoques. La solidaridad social sin costos, el consenso fácil y el ataque a enemigos tan indefendibles como indefinibles, parece ser el entramado sobre el que se intenta legitimar un nuevo enfoque de políticas para la infancia, que permita evadir sin resolver los graves problemas que se derivan de los retrocesos autoritarios¹⁶.

¹⁶ Para un excelente análisis que en forma muy específica se refiere a este punto, cfr. Zygmunt Bauman, “En busca de la política” (especialmente el capítulo 1 “En busca del espacio público”), Ed. Fondo de Cultura Económica Argentina, 2001. Un ejemplo de seriedad y responsabilidad en el tratamiento político y legislativo de estos temas, pero que no deja de constituir una excepción en la región, lo representa el trabajo profundo y constante de muchos años de la organización Paniamor de Costa Rica. Al respecto cfr. el comentario de Milena Grillo (fundadora y directora de la mencionada institución) incluido en esta publicación, así como el anexo legislativo al que se hace referencia.

Como suele suceder, sobre los problemas reales de la gente real, se construyen mitos que sustituyen a la reflexión y a la acción seria y responsable. Algunas respuestas a la denominada explotación sexual infantil constituyen también ejemplos paradigmáticos, tanto de una aguda y creciente banalización de la cuestión de la infancia como de esta sorprendente incapacidad para percibir lo obvio. Identificar, por ejemplo, en este tema, un componente específico represivo de quiebra de la impunidad por medio de la actuación de la policía y la justicia y un componente general de expansión y mejora real de los sistemas educativos no parece figurar, mayoritariamente, entre las prioridades para enfrentar el problema. La negativa a reconocer la inexistencia de soluciones mágicas, parece constituir un común denominador de estos “nuevos” enfoques. Un vaga perspectiva cultural y pseudoantropológica alimenta la mitología, crean momentáneamente la ilusión de que alguna cosa esta siendo hecha, aunque en definitiva y en última instancia solo contribuyan a la confusión general.

Parecería que los simulacros de solución que sólo contribuyen a la banalización de graves problemas, constituyen un efecto indeseable ulterior de la involución autoritaria.

Sin embargo, no parece que estos movimientos hacia posiciones que hace tiempo parecían superadas, constituyan, ni una mera vuelta al pasado, ni mucho menos un reencuentro con los orígenes ideológicos de los procesos alternativistas de resistencia a los gobiernos autoritarios de los 70 y 80 del siglo XX. Alternativismos motivados, en aquella época, por la inexistencia de cualquier vínculo entre las estructuras de gobierno y la sociedad civil. En la actualidad, muchos organismos no gubernamentales que trabajan en áreas de infancia (con excepción de aquellos pocos, con fuerte énfasis en los derechos humanos, que han resuelto además los problemas de falta de democracia interna y de articulación crítica con los gobiernos) se han reconvertido progresivamente en meras empresas de servicio, mano de obra barata de los programas de compensación social de los ajustes estructurales.¹⁷ La involución actual de los **procesos** a los **programas**, se inscribe entonces, tanto en una tendencia a abordar sólo en forma fragmentaria las cuestiones sociales como en los movimientos de pérdida y colonización del espacio público, espontáneamente abierto sólo para formas inocuas de participación.

Ya se ha hecho una breve mención aquí sobre la ausencia de reflexiones (especialmente aunque no exclusivamente de carácter externo) en relación con estos procesos de reformas. Quisiera extenderme ahora un poco más sobre el sentido y significado de estas ausencias. Resulta realmente paradójico y constituye una hipótesis fuerte que quisiera defender, que justamente la falta de reflexiones críticas sobre la política social en general y sobre estos procesos de reformas jurídico-institucionales en particular, diga mucho más sobre ambas cuestiones, que mucho informe tan voluminoso como

¹⁷ Sobre este punto cfr. mi artículo “El futuro de los organismos no gubernamentales”, en Brecha (Semanao Político), Montevideo, 11 de julio de 2003 (p. 14).

inútil, superficial y burocrático. Trataré de explicarme, señalando y analizando en las líneas que siguen algunas tendencias, que con mayor o menor nivel de claridad se manifiestan en prácticamente todos los países de América Latina.

No hace falta ningún estudio profundo para comprobar que hace mucho tiempo que la urgencia y la emergencia hacen parte, por así decirlo, no de la patología sino de la fisiología del funcionamiento de la política social. Casi sin excepciones e independientemente de la pertenencia y responsabilidad institucional, en los últimos tiempos se ha ido acentuando el hecho de que todo aquel que aborda la ejecución de la política social lo hace declamando y subrayando el carácter de crisis emergencial en que se encuentra el sector. Estoy profundamente convencido que la crisis y la emergencia cumplen aquí la función objetiva de legitimar la renuncia a la reflexión y a las reformas institucionales.

Cuando todo es una emergencia, detenerse a pensar es casi un delito. Cuando todo es una emergencia, perder el tiempo con la reforma de las instituciones es casi un crimen. Superada la emergencia o mejor dicho, decretada su superación (generalmente por medio de mecanismos tan inescrutables como aquellos que la declararon) la vuelta a la "normalidad" no significa, casi nunca, el inicio de un proceso de reflexión y de institucionalización, que permita enfrentar con nuevos y mejores instrumentos una posible nueva crisis. Por el contrario, la experiencia demuestra que la superación de la fase aguda de la emergencia, constituye, casi siempre, una excelente oportunidad para reforzar el subjetivismo discrecional que exigía el carácter emergencial de la crisis.

Clientelismo, fragmentación, discrecionalidad y muchas veces también corrupción, se incorporan de este modo al cotidiano de la política social. En este contexto, la eliminación de la corrupción constituye un componente imprescindible, aunque de ninguna manera suficiente, para recuperar una racionalidad y direccionalidad de la política social que le permita jugar un papel de apuntalar y reforzar (en vez de retardar y destruir), las capacidades de autonomía y ciudadanía de niños y adolescentes. Es en este panorama más amplio que se inscriben los avances y retrocesos de los procesos de reforma que aquí se están considerando.

La existencia de un proceso de involución autoritaria en los términos aquí mencionados, que afecta, aunque en forma diversa, a todos los países de la región, parece fuera de discusión. También parece estar fuera de discusión que el vínculo automático (que falsa, fácil y exitosamente logran establecer algunos medios de comunicación) entre inseguridad urbana y violencia juvenil, constituye un elemento decisivo del mencionado proceso. Una hábil utilización de la alta preocupación social frente a la inseguridad urbana, en buena medida, posible por la endémica falta de información cuantitativa confiable en el campo de los menores de edad en conflicto con la ley penal, opera como una fuente importante de legitimidad política y social.

Me propongo entonces insistir en el análisis de algunos aspectos de esta etapa involutiva, rechazando, sin embargo, cualquier enfoque que pudiera asociarse con teorías conspirativas que expliquen la involución autoritaria a partir de intencionales y planificados comportamientos malvados de uno o mas actores institucionales. Por el contrario, me interesa contribuir al debate, tanto en relación a las debilidades y problemas sobre las que se construyó la etapa de expansión positiva de las reformas como sobre el tipo particular de crisis que afecta el proceso de implantación de la CDN en América Latina. En otras palabras y para reiterarlo con total claridad, al análisis de las propuestas demagógicas y superficialmente represivas es necesario incorporar también, con la misma intensidad el análisis crítico de las respuestas a las mismas.

Un doble movimiento de crisis y en menor medida, el tipo particular de estrategia parlamentaria que se fue conformando en los años en que se producían el grueso de las reformas legislativas constituye el punto de partida de esta parte de la reflexión; que mucho mas que conclusiones se propone instalar nuevas líneas de debate e investigación.

V. La doble crisis de los derechos de la infancia en América Latina

Hace algunos años y con intención de explicar los problemas de implantación de la CDN en el Brasil, hice referencia a la existencia de una doble crisis: la primera muy simple de entender, que llame de **implementación**, remitía al escaso nivel de financiamiento de la política social así como el resto de sus males tradicionales (clientelismo, fragmentación, superposición, corrupción, etc.). A la segunda crisis más compleja de entender, la denominaba crisis de **interpretación**.¹⁸ Me refería con este último término a la utilización en la vieja clave tutelar discrecional, de las disposiciones y principios de las nuevas leyes de infancia, que si bien podían adolecer de algunos problemas de técnica jurídica, poseían un indudable espíritu garantista donde la distinción entre niños y adolescentes sujetos pasivos y sujetos activos de la violencia constituía el punto de ruptura con el viejo paradigma pseudoproteccionista criminalizador de la pobreza. Nada representa ni ejemplifica mejor esta crisis de **interpretación** que el mal uso y tergiversación de la medida de privación de libertad para los adolescentes. En vez de su utilización excepcional y último recurso como respuesta a infracciones graves a la ley penal, exactamente como lo disponen los artículos 37 y 40 de la CDN, la esencia de la crisis de **interpretación** se verifica con la utilización de la privación de libertad como una forma "reforzada" e "intensa" de política social para adolescentes que, a pesar de

¹⁸ Para un desarrollo más detallado de este planteo, cfr. Emilio García Méndez, "Adolescentes y responsabilidad penal: un debate latinoamericano" en, "Infancia. De los Derechos y de la Justicia", Ed. del Puerto, 2da. edición corregida y aumentada, Buenos Aires, 2004.

no haber cometido ninguna violación a la ley penal, se encuentran, al juicio subjetivísimo y discrecional del intérprete, en situación de riesgo personal o social.

Pero la crisis de **interpretación** producto de la persistencia de una profundamente arraigada cultura de la compasión-represión, se vió favorecida por los excesivos va-cíos de discrecionalidad que generalmente han sobrevivido en las nuevas legislaciones masivamente aprobadas en el período 1992-1997. Mas allá de los nudos culturales a los que ya se ha hecho mención, la continuidad de elementos discrecionales en la nueva normativa también resulta explicable en parte por un tipo particular de estrategia parlamentaria con que se trabajó la aprobación de las leyes con los poderes legislativos. Una estrategia donde se privilegió, más que el consenso, la unanimidad por encima de la calidad técnico-jurídica de las leyes.

La causa de los derechos de la infancia no es, ni puede ser concebida como partidista. Sin embargo, resultaría como mínimo una ingenuidad imperdonable, pensar que la misma no está atravesada por buena parte de los debates y dilemas que atraviesan a los problemas esenciales de la democracia. En consecuencia, resulta necesario repensar una profunda transversalidad política para constituir nuevos frentes parlamentarios por los derechos de la infancia. Para ello resulta necesario alterar profundamente los términos del debate hoy dominante.

La cuestión de la infancia se debate hoy entre el autoritarismo represivo de los portadores de una visión pan penalista y darwiniana de la sociedad y la fuga banal y superficial de quienes pretenden una "nueva" agenda que permita una evasión elegante de los problemas acuciantes que afectan a niños y adolescentes: la violencia juvenil, la seguridad ciudadana y la responsabilidad penal de los adolescentes.¹⁹

Para resumir, me parece posible afirmar que el estado actual de implementación de la CDN en América Latina resulta como mínimo preocupante. Un estancamiento del gasto social genuino, con picos de aumentos siempre sensibles a los ciclos electorales (una forma elegante para designar al clientelismo vulgar) que en general favorecen la exacerbación de los males de la política social a los que ya se ha hecho mención. Una pérdida de la centralidad política de la cuestión de la infancia, una debilidad creciente de las instituciones específicas, un retroceso y una involución autoritaria legitimada por un (no demostrado con datos confiables) supuesto vínculo automático entre inseguridad urbana y violencia juvenil.

A pesar de todo, estoy profundamente convencido que en la contracara de todos y cada uno de los problemas que aquí se han enunciado, todavía es tiempo para retomar una estrategia dirigida a intentar revertir las tendencias negativas que aquí se han

¹⁹ Hace mucho tiempo que estoy absolutamente convencido acerca del carácter emblemático y estratégico que posee el tema de la responsabilidad penal de los adolescentes. Sobre este punto cfr. muy especialmente el excelente trabajo de Mary Beloff, "Algunas confusiones en torno a las consecuencias jurídicas de la conducta transgresora de la ley penal en los nuevos sistemas de justicia latinoamericanos", en, "Justicia y Derechos del Niño", nro 4, nov de 2002.

puesto en evidencia. Un debate abierto sobre estos temas, con el objetivo de encontrar algunos consensos sobre el diagnóstico, puede convertirse en un tan modesto como interesante punto de partida.

La supresión del debate no constituye la supresión de los problemas. En un mundo con la forma que éste tiene, la fuga hacia delante tarde o temprano sólo nos devuelve al punto de partida.

Declaracion Conjunta de los Presidentes de El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua sobre las Pandillas “Mara Salvatrucha y “Mara 18”.

Considerando

- I. Que las actividades de pandillas criminales como la Mara Salvatrucha y la Mara 18 cruzan las fronteras entre El Salvador y Honduras.
- II. Que grupos criminales transnacionales como la Mara Salvatrucha y la Mara 18 y otras pandillas son reconocidas como organizaciones ilícitas bajo las leyes nacionales de El Salvador y Honduras.
- III. Que los gobiernos de El Salvador y Honduras han implementado legislaciones efectivas para prohibir las pandillas criminales en sus territorio nacionales para fortalecer la represion policial en contra de estos grupos delincuenciales.
- IV. Que los integrantes de las pandillas criminales binacionales toman ventaja de su estructura extraterritorial para refugiarse en los países vecinos, con el fin de eludir la justicia del país que busca su captura.
- V. Que los gobiernos de El Salvador y Honduras han asumido un fuerte compromiso en la lucha contra los grupos criminales transnacionales y han reconocido que la erradicación de estas pandillas requieren una estrecha cooperación entre los estados afectados.
- VI. Que el aumento en la cooperación y coordinación policial entre los dos países ha significado una contribución importante a los resultados exitoso que cada gobierno ha tenido en la lucha contra las pandillas.

Los presidentes de las repúblicas de El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua Declaran

1. Que las pandillas criminales conocidas por los nombres de “Mara Salvatrucha” y “Mara 18” son reconocidas como organizaciones ilícitas, las cuales tienen sus existencias proscritas por la legislación vigente de El Salvador y Honduras.

2. Que los gobiernos de El Salvador y Honduras para resguardar el Estado de Derecho y la seguridad de sus pueblos, establecerán mecanismos de cooperación mutua en materia penal y policial con el fin de facilitar la supresión en cada Estado de las organizaciones ilícitas conocidas como Mara Salvatrucha y Mara 18, así como otras pandillas similares.
3. Que para tal efecto han instruido a las Secretarías de Estado correspondientes de El Salvador y Honduras preparar dentro de los próximos 30 días los instrumentos necesarios para establecer una orden de detención recíproca y otros elementos relacionados.
4. Que los gobiernos de Guatemala y Nicaragua apoyan a los gobiernos de Honduras y El Salvador en el espíritu de esta declaración pues es fin primordial del Estado proveer seguridad y protección a los habitantes de su territorio dentro del marco de su legislación interna para lo cual se debe combatir la delincuencia en la región sobre la base de una coordinación efectiva de las fuerzas de seguridad con absoluto respecto a los derechos fundamentales de las personas y la debida rehabilitación y reinserción productiva a la sociedad del trasgresor.

Firmado en la Ciudad de Guatemala, 15 de enero de 2004

Lic. Francisco Flores
Presidente de la República de El Salvador

Lic. Ricardo Maduro
Presidente de la República de Honduras

Lic. Oscar Berger
Presidente de la República de Guatemala

Lic. Enrique Bolaños
Presidente de la República de Nicaragua

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

MARY BELLOF *

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

Gaetano *DE LEO*, La justicia de menores **

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

* Abogada, profesora de la Universidad de Buenos Aires.

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

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

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

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

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

I. Introducción

El 28 de agosto de 2002 la Corte Interamericana de Derechos Humanos¹ emitió –en ejercicio de su función consultiva prevista por el art. 64.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos²–, a pedido de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos³, la Opinión Consultiva 17⁴ a la que denominó “Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño”⁵.

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

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

¹ En adelante la Corte.

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

³ En adelante la Comisión.

⁴ En adelante OC 17.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁶ Voto concurrente del Juez A. A. CANÇADO TRINDADE, párr. 40.

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

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

⁹ Ver sobre este caso BELOFF, Mary, Los derechos del niño en el sistema interamericano de protección de derechos humanos. Cuando un caso no es “el caso”. Comentario a la sentencia Villagrán Morales y otros (Caso de los “Niños de la calle”), en *¿Más derecho?*, Ed. Fabián Di Plácido, Buenos Aires, 2000-I, ps. 395 y siguientes, incluido con modificaciones como Capítulo III de este libro.

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

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

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

¹⁰ Artículo 8. Garantías Judiciales

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

¹¹ Artículo 25. Protección Judicial

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

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

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

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

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

¹³ Cf. OC 17/2002, párr. 2.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

De aquí en más esta confusión, propia del razonamiento tutelar, no va a ser aclarada y va a constituirse, si no en el *leitmotiv*, en una característica fundamental de la OC17, ya que la Corte nunca precisó lo que le fue presentado de manera equivocada. Hubiera sido un mérito relevante de esta opinión consultiva que la Corte no reprodujera los confusos planteos contenidos en el requerimiento de la Comisión; sin embargo –como se tratará de demostrar– ello no sucedió.

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

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

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

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

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

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

¹⁷ Cf. OC 17/2002, párr. 4.

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

¹⁹ Artículo 7. Derecho a la Libertad Personal

1. Toda persona tiene derecho a la libertad y a la seguridad personales.
2. Nadie puede ser privado de su libertad física, salvo por las causas y en las condiciones fijadas de antemano por las Constituciones Políticas de los Estados partes o por las leyes dictadas conforme a ellas.
3. Nadie puede ser sometido a detención o encarcelamiento arbitrarios.
4. Toda persona detenida o retenida debe ser informada de las razones de su detención y notificada, sin demora, del cargo o cargos formulados contra ella.
5. Toda persona detenida o retenida debe ser llevada, sin demora, ante un juez u otro funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales y tendrá derecho a ser juzgada dentro de un plazo razonable o a ser puesta en libertad, sin perjuicio de que continúe el proceso. Su libertad podrá estar condicionada a garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.
6. Toda persona privada de libertad tiene derecho a recurrir ante un juez o tribunal competente, a fin de que éste decida, sin demora, sobre la legalidad de su arresto o detención y ordene su libertad si el arresto o la detención fueran ilegales. En los Estados partes cuyas leyes prevén que toda persona que se viera amenazada de ser privada de su libertad tiene derecho a recurrir a un juez o tribunal competente a fin de que éste decida sobre la legalidad de tal amenaza, dicho recurso no puede ser restringido ni abolido. Los recursos podrán interponerse por sí o por otra persona.
7. Nadie será detenido por deudas. Este principio no limita los mandatos de autoridad judicial competente dictados por incumplimientos de deberes alimentarios”.

²⁰ Artículo 37.

Los Estados Partes velarán por que:

- a) Ningún niño sea sometido a torturas ni a otros tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes. No se impondrá la pena capital ni la de prisión perpetua sin posibilidad de excarcelación por delitos cometidos por menores de 18 años de edad;
- b) Ningún niño sea privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. La detención, el encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el periodo más breve que proceda;
- c) Todo niño privado de libertad sea tratado con la humanidad y el respeto que merece la dignidad inherente a la persona humana, y de manera que se tengan en cuenta las necesidades de las personas de su edad. En particular, todo niño privado de libertad estará separado de los adultos, a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño, y tendrá derecho a mantener contacto con su familia por medio de correspondencia y de visitas, salvo en circunstancias excepcionales;
- d) Todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica y otra asistencia adecuada, así como derecho a impugnar la legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, independiente e imparcial y a una pronta decisión sobre dicha acción” (destacado agregado).

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

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

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

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

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

²² Artículo 9. Principio de Legalidad y de Retroactividad.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. La opinión consultiva

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

III. 2. La decisión principal y los fundamentos mayoritarios²⁷

III. 2. A. Los aspectos formales

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

³¹ Cf. OC 17/2002, párr. 35.

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

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

III. 2. B. Los aspectos sustantivos

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

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

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

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

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

³³ Cf. C 17/2002, párr. 33 in fine.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

También, que

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

⁴² OC 17/2002, párr. 41.

⁴³ OC 17/2002, párr. 46.

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

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

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

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

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

Y (este punto es fundamental):

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

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

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

⁴⁴ OC 17/2002, párr. 47.

⁴⁵ OC 17/2002 párr. 48.

⁴⁶ OC 17/2002, párr. 53.

⁴⁷ OC 17/2002, párr. 54.

⁴⁸ OC 17/2002, párr. 55.

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁰ OC 17/2002, párr. 56.

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

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

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

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

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

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

e. 1. Familia como núcleo central de protección

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

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

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

⁵¹ OC 17/2002, párr. 65.

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

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

No agrega mucho más el apartado:

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

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

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

e. 2. Separación excepcional del niño de su familia

En la misma línea, afirmó la Corte:

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

Recordó a la Corte Europea cuando ésta señala que

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

⁵² OC 17/2002, párr. 66.

⁵³ OC 17/2002, párr. 70.

⁵⁴ OC 17/2002, párr. 71.

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

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

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

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

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

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

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

⁵⁵ OC 17/2002, párr. 82.

⁵⁶ OC 17/2002, párr. 75.

⁵⁷ Sobre el proceso de incorporación de la CDN al derecho interno de los países latinoamericanos, ver GARCÍA MÉNDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (comps.), *Infancia, ley y democracia. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, Ed. Temis/Depalma, Bogotá, 1998, hay 2ª ed. aumentada y actualizada, Ed. Temis/Depalma, Bogotá, 1999, y 3ª ed. en prensa, 2004.

⁵⁸ Ley 8.069 de julio de 1990.

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

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

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

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

e. 3. Instituciones y personal

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

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

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

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

⁶² OC 17/2002, párr. 77.

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

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

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

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

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

e. 4. Condiciones de vida y educación del niño

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

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

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

⁶³ OC 17/2002, párr. 79

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

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

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

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

e. 5. Obligaciones positivas de protección

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

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

⁶⁴ OC 17/2002, párr. 86.

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

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

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

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

⁶⁵ OC 17/2002, párr. 87.

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

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

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

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

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

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

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

f. 1. Debido proceso y garantías⁷⁰

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

⁶⁷ OC 17/2002, párr. 91.

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

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

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

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

La Corte llega al punto central de la consulta:

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

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

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

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

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

⁷¹ Cf. OC 17, párr. 54.

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

La Corte concluyó que

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

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

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

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

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

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

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

⁷² OC17/2002, párr. 97, que cita el párrafo 119 de la OC 16.

⁷³ OC 17/2002, párr. 98.

⁷⁴ Véase en tal sentido el magistral análisis de Alessandro BARATTA en *Infancia y democracia*, en GARCÍA MÉNDEZ y BELOFF, *Infancia, ley y democracia*, t. I, cit., ps. 31-58.

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

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

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

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

f. 3. Proceso administrativo

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

⁷⁶ Es del caso recordar al respecto la interpretación del art. 12 de la CDN que trata del derecho del niño a ser oído, a expresar su opinión libremente, a que sus opiniones sean tenidas en cuenta y a participar en todos los procesos que los afecten, realizada por Alessandro BARATTA, mencionada en la nota 47:

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

“Proceso administrativo

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

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

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

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

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

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

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

⁷⁸ Cf. OC 17, párr. 80.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

“Artículo 40.

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

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

- a) Que no se alegue que ningún niño ha infringido las leyes penales, ni se acuse o declare culpable a ningún niño de haber infringido esas leyes, por actos u omisiones que no estaban prohibidos por las leyes nacionales o internacionales en el momento en que se cometieron;
- b) Que a todo niño del que se alegue que ha infringido las leyes penales o a quien se acuse de haber infringido esas leyes se le garantice, por lo menos, lo siguiente:
 - i) Que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;
 - ii) Que será informado sin demora y directamente o, cuando sea procedente, por intermedio de sus padres o sus representantes legales, de los cargos que pesan contra él y que dispondrá de asistencia jurídica u otra asistencia apropiada en la preparación y presentación de su defensa;
 - iii) Que la causa será dirimida sin demora por una autoridad u órgano judicial competente, independiente e imparcial en una audiencia equitativa conforme a

⁸⁰ Cf. BELOFF, Algunas confusiones, citado supra nota 68.

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

- iv) Que no será obligado a prestar testimonio o a declararse culpable, que podrá interrogar o hacer que se interrogue a testigos de cargo y obtener la participación y el interrogatorio de testigos de descargo en condiciones de igualdad;
- v) Si se considere que ha infringido, en efecto, las leyes penales, que esta decisión y toda medida impuesta a consecuencia de ella, serán sometidas a una autoridad u órgano judicial superior competente, independiente e imparcial, conforme a la ley;
- vi) Que el niño contará con la asistencia gratuita de un intérprete si no comprende o no habla el idioma utilizado;
- vii) Que se respetará plenamente su vida privada en todas las fases del procedimiento.

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

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

4. *Se dispondrá de diversas medidas, tales como el cuidado, las órdenes de orientación y supervisión, el asesoramiento, la libertad vigilada, la colocación en hogares de guarda, los programas de enseñanza y formación profesional, así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones, para asegurar que los niños sean tratados de manera apropiada para su bienestar y que guarde proporción tanto con sus circunstancias como con la infracción"* (destacado agregado).

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

f. 5. Debido proceso

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

Sostuvo claramente que:

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

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

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

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

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

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

En general, en este punto la OC 17 no avanza más allá de reiterar un estándar claro

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

⁸³ Cf. OC 17, párr. 119.

emergente de la CDN y de los otros instrumentos directamente relacionados con la materia⁸⁴ y en algunos casos desarrolla errónea y confusamente algunas garantías. Así:

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

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

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

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

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

El siguiente párrafo parece seguir en la misma línea:

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

⁸⁶ Cf. MAIER, Derecho procesal penal, t. I, cit., ps. 663 y siguientes.

⁸⁷ Cf. MAIER, Derecho procesal penal, t. I, cit., ps. 870 y siguientes.

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

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

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

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

III. 3. A. La formulación correcta del problema

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

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

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

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

⁹¹ OC 17/2002, voto concurrente del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 1.

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

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

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

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

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

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

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

⁹² OC 17/2002, voto concurrente del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 1.

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

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

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

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

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

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

⁹⁴ OC 17/2002, voto concurrente del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 5 in fine.

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

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

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

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

La cuestión de la edad y de la imputabilidad penal

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

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

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

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

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

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

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

⁹⁵ OC 17/2002, voto concurrente del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 11 in fine.

⁹⁶ OC 17/2002, voto del juez CANÇADO TRINDADE, párr. 6, infra ps. 172 y siguientes.

⁹⁷ OC 17/2002, voto concurrente del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 13.

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

⁹⁹ OC 17/2002, voto del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 14.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰⁷ Cf. BELOFF, Algunas confusas, cit. supra nota 68.

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

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

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

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

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

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

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

¹⁰⁹ OC 17/2002, voto del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 20.

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

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

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

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

¹¹⁰ OC 17/2002, voto del juez GARCÍA RAMÍREZ, párr. 22.

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

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

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

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

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

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

Con una grandeza intelectual encomiable, el juez GARCÍA RAMÍREZ acepta revisar parte de las concepciones que alguna vez sostuvo en esta materia¹¹⁴ y plantea lo que yo llamaría tensiones, no dilemas, del siguiente modo:

“Las contradicciones reales –y por ello los dilemas, las antinomias, los auténticos conflictos– se deben expresar en otros términos. Lo tutelar y lo garantista no se oponen entre sí. La oposición real existe entre lo tutelar y lo punitivo, en un orden de consideraciones, y entre lo garantista y lo arbitrario, en el otro. En fin de cuentas, donde parece haber contradicción puede surgir, dialécticamente, una corriente de síntesis, encuentro, consenso. Ésta adoptaría lo sustantivo de cada doctrina; su íntima razón de ser, y devolvería a la palabra ‘tutela’ su sentido genuino –como se habla de tutela del Derecho o de tutela de los derechos humanos–, que ha llevado a algunos tratadistas a identificarla con el Derecho de los menores infractores¹¹⁵, que constituiría bajo el signo de la tutela, en su acepción original y pura, un Derecho protector, no un Derecho desposeedor de los derechos fundamentales”.

El problema no está en la tutela (cuyo significado literal ya he comentado¹¹⁶), el problema no está en la protección; el problema radicó en cómo se entendió durante décadas la protección a los niños. Si el sujeto destinatario de la protección es concebido como incapaz, por lo tanto no sujeto de derechos, la protección que se le brinde será entendida como tratamiento, regeneración o cura, y no se estará frente a la protección de los derechos del sujeto sino frente a algo diferente. De manera que la tensión es real porque se oponen dos concepciones del tema diferentes, más allá de la terminología que se emplee. La posibilidad de combinar los dos modelos deviene, en consecuencia –y pese a los loables intentos del juez GARCÍA RAMÍREZ en ese sentido–, una misión imposible.

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

¹¹⁴ El Código Tutelar para Menores del Estado de Michoacán, *COMPLETAR CITA*.

¹¹⁵ Así, JESCHECK, cuando afirma que el Derecho penal de jóvenes es una parte del Derecho tutelar de menores. Cf. Tratado de derecho penal. Parte general, trad. de S. MIR PUIG y F. MUÑOZ CONDE, Ed. Bosch, Barcelona, vol. I, ps. 15-16. De la nota 11 del voto del juez GARCÍA RAMÍREZ en la OC 17/2002.

¹¹⁶ Ver supra nota 14.

Es importante tener presente que el principio de especialidad estructura e integra el sistema de garantías que se desprende de los tratados internacionales que cita el juez GARCÍA RAMÍREZ, como parte del sistema general de derechos y garantías; de manera que no es que este principio de especialidad sea exclusivo del sistema tutelar sino probablemente un elemento que marca un *continuum* entre una concepción y la otra¹¹⁷.

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

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

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

Insiste el juez GARCÍA RAMÍREZ en la especialidad, como si ésta no integrara el sistema que él denomina garantista¹¹⁸, al afirmar:

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

¹¹⁷ Ver supra nota 111.

¹¹⁸ Es de aplicación en este punto la siguiente reflexión de Alessandro BARATTA: “Para los niños, el argumento de la diferencia ha producido beneficios mínimos en términos de protección, pero le ha costado en términos de igualdad, mientras que el argumento de la igualdad ha producido efectos negativos, en cuanto se refiere a la identidad del niño y del adolescente –como se puede observar en las distintas excepciones y reservas hechas por los Estados signatarios con respecto a la Convención–, excepciones que han permitido igualar a los adolescentes con los adultos en sectores delicados, como el del trabajo, el reclutamiento militar y la edad penal, no solamente desde el punto de vista fáctico, como tan frecuentemente ocurre, sino también desde el punto de vista normativo.

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

para la reunión de pruebas ofrecidas por las partes, búsqueda de la verdad histórica, etcétera”¹¹⁹ (destacado agregado).

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

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

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

III. 3. C. Los actores

Otro párrafo curioso del juez GARCÍA RAMÍREZ es el siguiente:

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

¹¹⁹ Se sostiene también que la decisión de la mayoría “opta por analizar las cuestiones sometidas a su consideración –convenientemente agrupadas, como lo señala la propia resolución, bajo conceptos amplios que se pueden proyectar sobre las hipótesis específicas– y exponer las opiniones correspondientes. De esta manera, el tribunal contribuye a alentar, atendiendo a los objetivos inherentes a una opinión de estas características, el desenvolvimiento del Derecho nacional conforme a los principios que recoge y proyecta el Derecho de gentes”. No comparto, evidentemente por las razones que se han venido exponiendo, esta valoración.

que algún ilustre procesalista denominó un procedimiento de 'naturaleza tutelar-inquisitiva'¹²⁰ – obedeció a la idea de que en el enjuiciamiento de menores no existía auténtico litigio, porque coincidían los intereses del menor y de la sociedad. La pretensión de ambos era idéntica: el bienestar del niño. En términos actuales se diría: el interés superior del menor. Si ésta era la teoría, en la regulación concreta y en la práctica las cosas no funcionaban en esa dirección, y en todo caso se hallaban en predicamento tanto el derecho de los padres en relación con sus hijos, como los derechos de estos mismos, de carácter familiar y de otra naturaleza. Es indispensable, en consecuencia, aceptar que el menor no puede ser un extraño en su propio juicio, testigo y no protagonista de su causa, y que los padres –o tutores– también tienen derechos propios que hacer valer y por ello deben comparecer en el juicio, todos asistidos por un asesor, promotor o defensor que asuma la defensa con eficacia y plenitud”.

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

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

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

¹²⁰ Nota 13 del voto del juez GARCÍA RAMÍREZ: ALCALÁ-ZAMORA y CASTILLO. Niceto, *Panorama del Derecho mexicano. Síntesis del Derecho procesal*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Derecho Comparado, México, 1966, p. 245.

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

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

A la luz de estos criterios, los derechos que el artículo 12 de la Convención reconoce a los niños no son derechos ‘definitivos’, son derechos débiles, porque están caracterizados por una falta de simetría entre obligaciones del Estado y pretensiones de los titulares. El derecho de hacerse un juicio propio está configurado como un deber de prestación por parte del Estado (garantizar al niño las condiciones para formar su propio juicio –artículo 17.1–), pero no corresponde a una posición jurídica subjetiva concretamente determinada en el niño y, además, está sujeta a la reserva de lo económicamente posible. El derecho a que se tengan en cuenta sus opiniones, está formulado sin que se precise si los que tendrían que tomar en cuenta sus opiniones, son los funcionarios o los adultos responsables por el niño. Finalmente, el derecho a ser escuchado, que es el único a ser configurado como un derecho del niño y no como un deber genérico del Estado, o de otros sujetos, está formulado a través de un reenvío a la legislación nacional sobre los procedimientos, sin que estén establecidos vínculos para ella. También por eso, la Convención adopta una formulación bastante débil, utilizando el término ‘oportunidad’ y no el término ‘derecho’. (...)”¹²¹.

¹²¹ Cf. BARATTA, Infancia y democracia, *cit. supra nota 74*, ps. 44 y 47-50.

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

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

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

Entiendo que habría que leer “niño abandonado en peligro de lesión” o “niño abandonado en peligro de muerte”; no niño abandonado, niño en peligro de lesión o niño en peligro de muerte como tres categorías diferentes, porque las consecuencias serían contrarias a lo que se afirma en gran parte del voto¹²². No abarca, no obstante, los supuestos que entiendo también estarían comprendidos por el estándar, cuales serían los de “niño en peligro de lesión” o “niño en peligro de muerte”. Por otro lado, el voto tampoco desarrolla cuáles serían las obligaciones positivas del Estado en caso de riesgo –la obligación de hacer referida a la situación fáctica concreta–; la relación entre el riesgo, la medida a adoptar y el fin, medidas alternativas; cómo definir el riesgo, la amenaza, etc., para no autorizar indebidas intromisiones del Estado en la vida del niño y de su familia¹²³.

¹²² -32. El Estado tiene deberes de protección inmediata –previstos por la ley, además de estarlo por la razón y la justicia– de los que no puede eximirse. En estos supuestos surgen con toda su fuerza el carácter y la función que corresponden al Estado como ‘garante natural y necesario’ de los bienes de sus ciudadanos, cuando las otras instancias llamadas a garantizar la incolumidad de éstos –la familia, por ejemplo– no se hallen en condiciones de asegurarla o constituyan, inclusive, un evidente factor de peligro. Esta acción emergente, que no admite dilación, se sustenta en las mismas consideraciones que autorizan la adopción de medidas cautelares o precautorias animadas por la razonable apariencia de necesidad imperiosa, que sugiere la existencia de derechos y deberes, y por el periculum in mora. Desde luego, la medida precautoria no prejuzga sobre el fondo, ni difiere o suprime el Juicio –o el procedimiento– correspondiente”.

¹²³ Sobre los límites del control social familiar y los cambiantes supuestos que han autorizado al Estado a traspasarlos, ver DONZELOT, Jacques, La police des familles, Les Editions de Minuit, 1977; en español, La policía de las familias, Ed. Pre-Textos, Valencia, 1979.

El juez GARCÍA RAMÍREZ realiza una reflexión final sobre la clientela de la justicia de menores, que es seleccionada por motivos de pobreza o por la imputación de delitos, a quienes considera constituyen “un enorme número de niños, a quienes no sólo se vulneran los derechos civiles, entre los que figuran los relacionados con infracciones o conductas que acarrearán la intervención de las autoridades mencionadas, sino también los derechos económicos, sociales y culturales, (...) cuando avanza en la formulación de conceptos que proveerán nuevos rumbos para la jurisprudencia y establece que el derecho de los niños a la vida no sólo implica el respeto a las prohibiciones sobre la privación de aquélla, (...) sino también la dotación de condiciones de vida idóneas para alentar el desarrollo de los menores¹²⁴.”

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

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

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

¹²⁴ En referencia al Caso de los “Niños de la calle” (Villagrán Morales y otros), Sentencia de 19 de noviembre de 1999. Serie C, nº 63, párr. 144.

“Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole apropiadas para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención. En lo que respecta a los derechos *económicos, sociales y culturales*, los Estados Partes adoptarán esas medidas *de conformidad con los recursos de que dispongan*¹²⁵ y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional” (destacado agregado).

Esta particularidad de un tratado que por primera vez reúne derechos civiles y políticos con derechos económicos, sociales y culturales, explica también su generalizada aceptación¹²⁶; pero parecería reforzar la tesis sugerida indirectamente por el voto que se comenta en el sentido de que el reclamo por la vigencia de los derechos civiles y políticos implicaría poner en un segundo plano los derechos económicos, sociales y culturales. Es un tipo de argumentación presente pero poco frecuente cuando se trata de adultos, aun cuando se trate de minorías históricamente marginalizadas. De manera que su presencia al final de este voto es elocuente. Se trata de un voto en un pedido vinculado con la protección a la infancia, no con los adolescentes infractores; pero que concentra su argumentación en los problemas vinculados con ellos y que, al final, retoma una posición que considera a algunos derechos más relevantes que a otros, cuando de infancia se trata. No obstante, el voto que –reitero– es el mejor de toda la OC 17, no logró avanzar en la conceptualización, el contenido y los límites que el Estado tiene para asegurar estos derechos económicos, sociales y culturales, que era sobre lo que versaba originalmente el pedido.

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

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

¹²⁵ Es del caso recordar la Observación General n° 3 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, “La índole de las obligaciones de los Estados-Parte –párrafo 1 del art. 2 del Pacto”, en la que se sostuvo: “13. A final element of article 2 (1), to which attention must be drawn, is that the undertaking given by all States parties is ‘to take steps, individually and through international assistance and cooperation, especially economic and technical...’. The Committee notes that the phrase ‘to the maximum of its available resources’ was intended by the drafters of the Covenant to refer to both the resources existing within a State and those available from the international community through international cooperation and assistance. Moreover, the essential role of such cooperation in facilitating the full realization of the relevant rights is further underlined by the specific provisions contained in articles 11, 15, 22 and 23. With respect to article 22 the Committee has already drawn attention, in General Comment 2 (1990), to some of the opportunities and responsibilities that exist in relation to international cooperation. Article 23 also specifically identifies ‘the furnishing of technical assistance’ as well as other activities, as being among the means of ‘international action for the achievement of the rights recognized’...”. 14. The Committee wishes to emphasize that in accordance with Articles 55 and 56 of the Charter of the United Nations, with well-established principles of international law, and with the provisions of the Covenant itself, international cooperation for development and thus for the realization of economic, social and cultural rights is an obligation of all States. It is particularly incumbent upon those States which are in a position to assist others in this regard. The Committee notes in particular the importance of the Declaration on the Right to Development adopted by the General Assembly in its resolution 41/128 of 4 December 1986 and the need for States parties to take full account of all of the principles recognized therein. It emphasizes that, in the absence of an active program of international assistance and cooperation on the part of all those States that are in a position to undertake one, the full realization of economic, social and cultural rights will remain an unfulfilled aspiration in many countries. In this respect, the Committee also recalls the terms of its General Comment 2 (1990)”.

¹²⁶ Sobre la acrílica y generalizada aceptación de la CDN ver BELOFF, Mary, Un modelo para armar y otro para desarmar: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular, *Capítulo I de este libro*.

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

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

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

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

El voto comienza con una referencia a las difíciles condiciones materiales en las que viven millones de niños en el mundo, ya que para este juez “Un tribunal de derechos humanos no puede dejar de tomar conocimiento de esta tragedia, aún más cuando expresamente instado a pronunciarse sobre aspectos de los derechos humanos del niño y de su condición jurídica, en el ejercicio de su función consultiva, dotada de amplia base jurisdiccional”¹²⁷. Aparentemente, para el juez CANÇADO los mayores problemas vinculados con los derechos humanos de los niños no se encuentran en el ámbito normativo sino en la realidad concreta de la vida de niños cuyos derechos son amenazados o violentados por acción u omisión del Estado, de sus comunidades o de sus familias. Es posible comprender y compartir su perspectiva. Lo problemático es

¹²⁷ No logro descubrir qué implica el juez CANÇADO TRINDADE cuando afirma que la función consultiva de la Corte tiene una “amplia base jurisdiccional”.

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

Luego de formular profundas consideraciones respecto de la condición humana y el tiempo¹²⁸, el juez CANÇADO destaca lo que considera el centro de la decisión, su *leitmotiv*, que por otro lado es también para mí, el núcleo de su voto concurrente:

“6. En su punto resolutivo n. 1, la presente Opinión Consultiva n. 17 de la Corte Interamericana dispone que, ‘de conformidad con la normativa contemporánea del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en la cual se enmarca el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, *los niños son titulares de derechos y no sólo objeto de protección*’¹²⁹. En efecto, son sujetos de derecho los niños¹³⁰, y no la infancia o la niñez. Son sujetos de derecho los ancianos, y no la vejez. Son sujetos de derecho las personas con discapacidad, y no la discapacidad ella misma. Son sujetos de derechos los apátridas, y no la apatridia. Y así por delante. Las limitaciones de la capacidad jurídica en nada subtraen [sic] a la personalidad jurídica. El titular de derechos es el ser humano, de carne y hueso y alma, y no la condición existencial en que se encuentra temporalmente”.

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

Amplía a continuación estos dos puntos:

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

¹²⁸ “De modo general, es al inicio y al final del tiempo existencial que uno experimenta mayor vulnerabilidad, frente a la proximidad del desconocido (el nacimiento y la primera infancia, la vejez y la muerte). Todo medio social debe, así, estar atento a la condición humana. El medio social que se descuida de sus niños no tiene futuro. El medio social que se descuida de sus ancianos no tiene pasado. Y contar sólo con el presente fugaz no es más que una mera ilusión”. Cf. OC 17, voto concurrente del Juez CANÇADO TRINDADE, párr. 5.

¹²⁹ Algo más adelante, en el mismo sentido: “La presente Opinión Consultiva n. 17 de la Corte Interamericana, sobre la Condición Jurídica y los Derechos Humanos del Niño, se enmarca en la misma línea de afirmación de la emancipación jurídica del ser humano, al subrayar la consolidación de la personalidad jurídica de los niños, como verdaderos sujetos de derecho y no simples objeto de protección”. Y también: “40. Además, aquella corriente de pensamiento deja de apreciar precisamente la gran conquista de la ciencia jurídica contemporánea en el presente dominio de protección, a saber, la consagración del niño como sujeto de derecho. Es este, a mi juicio, el leitmotiv que permea toda la presente Opinión Consultiva sobre la Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño. En efecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos no titubea en afirmar que todos los seres humanos, independientemente de su condición existencial, son sujetos de derechos inalienables, que le son inherentes (párr. 41), y en subrayar el imperativo de atender a las necesidades del niño ‘como verdadero sujeto de derecho y no sólo como objeto de protección’”. Cf. OC 17 voto concurrente del Juez CANÇADO TRINDADE, párr. 28.

¹³⁰ Término que –como señala la Corte en la nota 43 de la presente Opinión Consultiva– abarca, evidentemente, a los niños, las niñas y los y las adolescentes.

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

Y

“8. Es cierto que la personalidad y la capacidad jurídicas guardan estrecha vinculación, pero en el plano conceptual se distinguen. Puede ocurrir que un individuo tenga personalidad jurídica sin disfrutar, en razón de su condición existencial, de plena capacidad para actuar. Así, en el presente contexto, por personalidad se puede entender la aptitud para ser titular de derechos y deberes, y por capacidad la aptitud para ejercerlos por sí mismo (capacidad de ejercicio). La capacidad encuéntrase, pues, íntimamente vinculada a la personalidad; *sin embargo, si por alguna situación o circunstancia un individuo no dispone de plena capacidad jurídica, ni por eso deja de ser sujeto de derecho. Es el caso de los niños*”¹³¹ (destacado agregado).

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

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

El juez señala que el reconocimiento de la personalidad jurídica del ser humano es la respuesta a una necesidad de la comunidad internacional: a fin de evitar nuevas violaciones de los derechos humanos, los Estados deben responder por la manera como tratan a todos los seres humanos que se encuentran bajo su jurisdicción¹³². Para ello es imprescindible el derecho de petición individual (para él cláusula pétrea de los tratados de derechos humanos), junto con el reconocimiento del carácter objetivo de las obligaciones positivas de protección y la aceptación de la garantía colectiva de su cumplimiento. Para el juez CANÇADO, “Es este el sentido real del *rescate histórico* del individuo como sujeto del Derecho Internacional de los Derechos Humanos”.

¹³¹ En la misma línea argumental: “33. De ahí que –como señala con perspicacia Paul de Visscher– mientras que ‘el concepto de persona jurídica es unitario como concepto’, dada la unidad fundamental de la persona humana que ‘encuentra en sí misma la justificación última de sus propios derechos’, la capacidad jurídica, a su vez, revela una variedad y multiplicidad de alcances. Pero tales variaciones del alcance de la capacidad jurídica –inclusive sus limitaciones en relación con, v. g., los niños, los ancianos, las personas con discapacidad mental, los apátridas, entre otros– en nada afectan la personalidad jurídica de todos los seres humanos, expresión jurídica de la dignidad inherente a ellos”. Y también: “34. Así, en suma, toda persona humana es dotada de personalidad jurídica, la cual impone límites al poder estatal. La capacidad jurídica varía en razón de la condición jurídica de cada uno para realizar determinados actos. Sin embargo, aunque varíe tal capacidad de ejercicio, todos los individuos son dotados de personalidad jurídica. Los derechos humanos refuerzan este atributo universal de la persona humana, dado que a todos los seres humanos corresponden de igual modo la personalidad jurídica y el amparo del Derecho, independientemente de su condición existencial o jurídica”.

¹³² Más adelante sostiene en relación con este punto: “29. La verdad es que la subjetividad internacional del ser humano (sea él un niño, anciano, persona con discapacidad, apátrida, o cualquier otro) irrumpió con todo vigor en la ciencia jurídica del siglo XX, como reacción de la conciencia jurídica universal contra las sucesivas atrocidades cometidas contra el género humano”.

Luego de rescatar al derecho de petición individual como central, al recordar un párrafo de su voto en el caso “Castillo Petruzzi y otros v. Perú”, y tal vez algo optimista en su explicación, afirma que “el reconocimiento de la personalidad jurídica de los individuos atiende a una verdadera *necesidad* de la comunidad internacional, que hoy busca guiarse por valores comunes superiores”. Y recuerda como ejemplo de este nuevo momento en la historia de la protección internacional de los derechos humanos el caso “Villagrán Morales y Otros” (Caso de los “Niños de la Calle”), de donde se desprende “que la titularidad jurídica internacional de los individuos es hoy día una realidad irreversible, y la violación de sus derechos fundamentales, emanados directamente del ordenamiento jurídico internacional, acarrea consecuencias jurídicas”¹³³.

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

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

En su concepción, la necesidad de la comunidad internacional de brindar protección a los seres humanos que la componen y no sólo a los Estados –necesidad que, según su análisis, explica la consolidación de la personalidad jurídica internacional– aparece reforzada en relación con las personas que se encuentran en situación de especial vulnerabilidad, entre ellos, los niños¹³⁴.

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

¹³³ Recuerda el juez CANÇADO el siguiente párrafo, harto elocuente, de la sentencia de fondo (del 19/11/1999) en este caso:

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

¹³⁴ En el mismo sentido más adelante: “55. A la luz de lo anteriormente expuesto, es innegable que la subjetividad jurídica internacional del ser humano se ha afirmado y expandido en las últimas décadas (cf. supra), y que el niño (como titular de derechos) no hace excepción a esto. Frente a las limitaciones de capacidad jurídica del niño (para ejercer por sí mismo sus derechos), se le reconoce un representante legal. Pero independientemente de dichas limitaciones, la personalidad jurídica del niño, como de todo ser humano, se proyecta en el plano internacional. Como no es posible concebir derechos emanados directamente del Derecho Internacional sin la prerrogativa de reivindicarlos, toda la evolución de la materia se ha orientado hacia la consagración del derecho del individuo –inclusive el niño– de recurrir directamente a las jurisdicciones internacionales”.

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

Desarrolla luego la siguiente explicación histórica:

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

Estas afirmaciones son ciertamente discutibles. Tanto que los derechos del niño se hayan desprendido de la patria potestad y de la noción de indisolubilidad del matrimonio, cuanto que el fundamento de la autoridad parental sea el interés superior del niño simplifican y confunden, en mi opinión, los temas en análisis. Por un lado, la historia del reconocimiento de los derechos del niño ha recorrido un largo camino y ha sido objeto de diversas perspectivas e hipótesis, que no coinciden necesariamente con la propuesta en el voto¹³⁵. Por otro lado, el interés superior del niño ha sido definido de muchas maneras; pero a raíz de la forma en la que ha sido interpretado por décadas, como un "cheque en blanco" que autorizaba toda clase de discrecionalidad en el ámbito público estatal, se ha comenzado a interpretarlo como una herramienta hermenéutica dirigida a resolver conflictos entre derechos¹³⁶. En ningún caso se lo identifica con el fundamento de la autoridad parental sino como pauta orientadora de las actividades estatales respecto del niño.

Por último, también es discutible la afirmación final, en el sentido de que sólo recientemente la materia habría tenido autonomía. Es sabido que desde que se aprobaron las primeras leyes de menores en América Latina¹³⁷, los saberes que se produjeron en torno de estas leyes y de la institucionalidad por ellas creada se nuclearon alrededor de la materia "derecho de menores". Esta disciplina, ejemplo curioso para el estudio de la epistemología jurídica, desde sus orígenes se puso al margen de toda clase de escrutinio, tanto académico cuanto profesional. Lo logró reclamando para sí autonomía¹³⁸. No

¹³⁵ Cf. ARIÉS, Philippe, El niño y la vida familiar en el Antiguo Régimen, Ed. Taurus, Madrid, 1987, Cap. II; CUNNINGHAM, Hugh, The children of the poor, Blackwell, Oxford, 1991; POLLÓCK, Linda, Los niños olvidados, Ed. FCE, 1ª ed. en español, México, 1990, entre otros.

¹³⁶ Cf. ALSTON, Phillip, The best interests of the Child. Reconciling culture and human rights, Clarendon Press, Oxford, 1994; sobre interés superior del niño también BREEN, Claire, The standard of the best interests of the child. A Western tradition in international and comparative law, Martinus Nijhoff Publishers, Kluwer Law, 2002.

¹³⁷ La primera fue la ley 10.903 de Argentina, aprobada en 1919 y conocida como Ley de Patronato de Menores o Ley Agote, en honor a su promotor.

¹³⁸ Ver supra nota 49.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Es muy importante esta afirmación porque sólo en este voto concurrente se señala la condición de sujeto de derecho como sujeto de responsabilidad, conexión que no aparece en la OC 17 en la que, por el contrario, como sostuve, se advierten profundas contradicciones en torno del tema de la persona menor de edad infractora de la ley penal¹³⁹.

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

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

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

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

¹³⁹ Sobre la relación entre el niño como sujeto de derecho y su responsabilidad ver BELOFF, Algunas confusiones, citado supra nota 68.

omnes. Considera que la necesidad de asegurar a los niños el derecho a crear y desarrollar su proyecto de vida es una “inegable cuestión de justicia” y que los múltiples problemas que los niños padecen en la región dan cuenta de que no se verifica su “protección integral”, que es deber del Estado y de los particulares y actores no estatales¹⁴⁰. El juez CANÇADO justifica esta obligación en cabeza de actores no estatales mediante el desarrollo de una interpretación del art. 19, en función del art. 1.1. de la Convención Americana, esto es, la obligación *erga omnes* de respetar y hacer respetar todos los derechos consagrados en el tratado, incluido el derecho de los niños a medidas especiales de protección, que extiende a las relaciones interindividuales, además de individuo-Estado¹⁴¹.

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

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

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

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

¹⁴⁰ “Estamos aquí ante el deber estatal de tomar medidas positivas de protección de los niños, entre los demás individuos, no sólo vis-à-vis las autoridades públicas, sino también en relación con otros individuos y actores no-estatales. Es éste un claro ejemplo de obligaciones de protección de los niños (y todos necesitados de protección) verdaderamente *erga omnes*”.

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

Finalmente, afirma que esta decisión se enmarca en lo que llama un “verdadero *derecho al Derecho*, o sea, el derecho a un ordenamiento jurídico (en los planos tanto interno como internacional) que efectivamente salvaguarde los derechos inherentes a la persona humana”¹⁴².

VI. Las conclusiones que no concluyen

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

¿Qué es lo que la OC 17 “concluye”?

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

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

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

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

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

¹⁴² OC 17/2002, voto concurrente del juez CANÇADO TRINDADE, párr. 71.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

VII. Comentarios finales

Las conclusiones de la OC 17 son, al igual que los fundamentos que las preceden, un claro ejemplo de lo que en la región ha sido llamado el paradigma de la ambigüedad¹⁴³. No es posible saber si la Corte quiso fijar estándares claros pero no lo logró por falta de comprensión de lo que estaba en juego; o bien si no quiso establecer esos límites precisos por su posicionamiento equívoco en torno del tema.

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

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

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

¹⁴³ En la ocurrente conceptualización de Antonio Carlos GOMES DA COSTA.

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

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

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

Es posible no obstante, a partir de las debilidades, lagunas y ambigüedades de esta OC, desarrollar interesantes ejercicios de integración de tratados y documentos regionales y universales (por excelencia, la CDN), así como continuar provocando al sistema interamericano para que fije los estándares que no han sido establecidos con claridad en esta oportunidad. Cómo usar el sistema interamericano para promover y garantizar los derechos de los niños y las niñas en la región requiere nuevas estrategias en un sistema que no fue pensado para el reclamo por los derechos de este particular grupo étnico¹⁴⁴. Ésta es por cierto una nueva oportunidad que se nos presenta para desarrollar una hermenéutica emancipadora¹⁴⁵ de los derechos de la infancia.

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

¹⁴⁴ Como señalé en otra oportunidad, en general hay coincidencia en la doctrina respecto de que el núcleo duro del sistema interamericano lo constituyen las peticiones individuales; pero quizá con los niños deba cambiarse esta idea tan asentada. En efecto, tal como vengo insistiendo hace tiempo, las medidas cautelares podrían ser desarrolladas en relación con derechos de niños en niveles insospechados hasta ahora en relación con casos que involucran adultos. Cuando de niños se trata el tiempo tiene una dimensión muy particular, bien diferente que la que tiene el tiempo para el sistema interamericano y sus operadores. El mecanismo de peticiones individuales tiene una riqueza indudable y ha sido muy desarrollado y explorado; pero es muy largo en relación con la etapa de la infancia en la vida de una persona. Tal vez un uso alternativo de las medidas cautelares podría permitir corregir ese problema estructural cuando de niños se trata.

¹⁴⁵ Cf. BELOFF, Mary, Un modelo para armar ¡y otro para desarmar!: protección integral de derechos del niño vs. derechos en situación irregular, Capítulo 1 de este libro.

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

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

LA ESPECIALIDAD DEL SISTEMA DE RESPONSABILIDAD PENAL DE ADOLESCENTES

Reflexiones acerca de la justificación un tratamiento penal diferenciado*

FRANCISCO MALDONADO FUENTES

1. Introducción

En la actualidad se sostienen diversas posturas o planteamientos en torno a las características que debe detentar la respuesta que el Estado disponga para asumir el tratamiento de los comportamientos infraccionales o delictivos ejecutados por adolescentes o menores de edad en general. Para ello se postula, de manera mayoritaria en los últimos años, un sistema de respuestas fundada en la afirmación de su responsabilidad por dichos hechos, en miras a sustituir el sistema institucionalmente predominante hoy en día que propone la aplicación de medidas de tratamiento o correctivas, en todo caso restrictivas de derechos, dispuestas o, más bien impuestas, sobre la base de asumir su irresponsabilidad e incapacidad, extrayendo de dicha consideración la necesidad de administrar un *“tratamiento”*. Para otros –tendencia de nueva generación y en crecimiento– se debe procurar evitar, en la medida de lo posible, la judicialización de dichos conflictos, proponiéndose mecanismos administrativos de corte conciliatorio o que favorecen una respuesta reparatoria como solución ideal, asumiendo en su base un concepto de responsabilidad.

Todas estas propuestas detentan en común el considerar apropiada una respuesta estatal que difiere de aquella que se dispone para el tratamiento del conflicto penal que compromete la participación de adultos, confiada a los caracteres propios del sistema penal. Incluso, dicho carácter se encuentra presente en los planteamientos de quienes, desde fundamentos de simple construcción y poco profundos, promueven procesos de reforma legislativa tendientes a rebajar la edad de imputabilidad penal, en miras a enfrentar los problemas de *“inseguridad (ciudadana)”* que genera el aumento de la *“violencia juvenil”*, asumidos como caracteres propios –y definitorios– de la sociedad contemporánea, reviviendo con ello modelos de legislación de antigua data y de escasa aplicación actual.

* Abreviaturas utilizadas en el texto: ADPCP: Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales; AP: Actualidad Penal; REPCP: Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología; RDPP: Revista de Derecho y Proceso Penal; RDPC: Revista de Derecho Penal y Criminología; RP: Revista Penal.

Si bien dicho tratamiento diferenciado respecto del sistema previsto de modo general para la responsabilidad penal de los adultos se refleja de manera diversa en cada uno de los grupos de propuestas antes reseñadas, todas ellas concentran básicamente en dos elementos las expresiones que permiten caracterizar una modalidad de respuesta distinta o particular. Se asume así, en todos los casos, la concurrencia de una menor capacidad de culpabilidad en los adolescentes, proponiéndose asimismo consecuencias que en su naturaleza, duración o entidad son, y deben ser, diversas de las previstas para adultos, en base a las necesidades de formación, desarrollo o educación que les asisten a los adolescentes.

De esta forma, estos elementos, con matices, énfasis y contenidos distintos, constituyen una constante en base a la cual se funda la necesidad –uniformemente aceptada– de regular una dinámica de tratamiento o solución (jurídica) especial para estos conflictos. No obstante, no resulta irrelevante cuestionarse acerca de los presupuestos e implicancias que conlleva el contenido que se asigne a cada uno de dichos elementos, atendida su incidencia en las definiciones del modelo que sobre dichas base se proponga o implemente. Ello podría inicialmente llevarnos a desarrollar las bondades y desventajas de cada modelo –sobre lo cual, a estas alturas la literatura abunda– partiendo de sus propias definiciones y presupuestos, en miras a determinar la respuesta que parezca más adecuada. Sin embargo, a poco andar en dicho camino, se puede apreciar como parte de esos elementos definitorios reflejan conceptos equiparables o incluso análogos, no obstante sostenerse desde diversos modelos y para fundar diversas propuestas concretas, dificultando la asunción de una sola opción como adecuada, preferible, útil o más sustentable. Así sucede, por ejemplo, en relación a la menor capacidad de autodeterminación atribuida a los adolescentes, la que sólo en un caso se define como extensiva más allá de los límites de la capacidad, o en torno a la necesidad de considerar un proceso de acreditación y consecuencias que se hagan cargo de los requerimientos formativos o de desarrollo del menor de edad, previstas inicialmente en todos los modelos en base a una misma fuente o definición conceptual.

A nuestro juicio, resulta importante precisar el contenido que es posible extraer de cada uno de dichos elementos, en tanto su consideración o aplicación errónea puede llevar a desvirtuar las bases que, en el contexto de un estado de derecho democrático, fijan el marco de intervención permitido, legítimo y, por lo mismo, útil o eficaz, como herramienta de control y regulación social de estos comportamientos. Asimismo, ello permite justificar un tratamiento diferenciado en relación a los adultos, en tanto una insuficiente o desacertada caracterización, en algunos casos, lleva a poner en riesgo dicha afirmación.

Para el desarrollo nos avocaremos inicialmente a caracterizar de forma básica el contenido de cada uno de los modelos hasta la fecha dispuestos, previstos o propuestos

para el tratamiento estatal de los hechos delictivos ejecutados por menores de edad. Luego, propondremos las consideraciones que creemos resulta posible sustentar para definir o caracterizar los elementos señalados, entendiendo que de dicho resultado se extraen los presupuestos básicos que justifican y dan cuerpo a las necesidades de especialización de los sistemas que sean previstos para hacerse cargo del conflicto penal juvenil.

2. Los modelos de atribución de responsabilidad penal a los adolescentes¹

Generalmente suelen dividirse en cuatro los modelos históricamente propuestos en el mundo occidental moderno² para el tratamiento y control de los hechos delictivos ejecutados por menores de edad³. Ellos corresponden al denominado modelo clásico o del discernimiento, al modelo tutelar, al modelo educativo y al modelo jurisdiccional (o de responsabilidad), descrito y propuesto desde dos vertientes antagónicas⁴.

Todos ellos asumen la aplicación de consecuencias derivadas de un presupuesto de atribución subjetivo individual, al menos desde un punto de vista material⁵, siendo relevante destacar que de un análisis conjunto resulta mayoritario el recurrir a un argumento que sustenta como fundamento la “responsabilidad” concurrente en el infractor, en lugar de la “peligrosidad” evidenciada en la comisión del delito. Así, es importante de antemano destacar que, contrariamente a la creencia común, de manera ampliamente predominante se ha afirmado históricamente la concurrencia de “capacidad de responsabilidad” en los adolescentes.

¹ Los modelos que se mencionan en el presente acápite se presentan en el orden en que históricamente se han desarrollado. Ello permite a nuestro juicio evidenciar los motivos que han llevado a este proceso evolutivo, pudiendo comprenderse los postulados de cada uno en base a las observaciones posibles de formular respecto a los precedentes. Vid. sobre ello ORNOSA FERNÁNDEZ, MARÍA ROSARIO: “Derecho Penal de Menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, 2da Edición, Edit. Bosch, Barcelona, 2003, pág. 32. Sobre sus contenidos, Vid., por todos, GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, ESTHER: “La Mayoría de Edad Penal en la Reforma”, en *Homenaje a Juan del Rosal, Editoriales de Derecho Reunidas*, 1993, pág. 609 y ss; TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARÍA: “El Nuevo Derecho Penal de Menores ¿creación de un sistema penal menor?”, en *Revista Penal* N° 8, 2001, pág. 72 y ss.

² Sobre los sistemas de responsabilidad penal aplicables a menores de edad en épocas previas a la ilustración Vid. HIGUERA GUIMERA, J.F.: “Los antecedentes históricos de la minoría de edad penal”, en *Actualidad Penal* N° 34, 2003, págs. 845 a 869, passim; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, ISABEL: “Minoría de edad penal y derecho penal juvenil”, Edit. Comares, Granada, 1998, págs. 35 y ss; PÉREZ MARTELL, ROSA: “El proceso penal del Menor. Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor”, *Revista de Derecho y Proceso Penal, Monografía* N° 5, Edit. Aranzadi, Navarra, 2002, págs. 28 y ss; Sobre los orígenes históricos de los elementos básicos del modelo clásico o liberal –primero en el listado de descripciones– y su transmisión hasta el liberalismo clásico, vid. SILVA SÁNCHEZ, JESUS MARÍA: “El Régimen de la Minoría de Edad Penal”, en, del mismo, “El Nuevo Código Penal: Cinco Cuestiones Fundamentales”, Edit. Bosch, Barcelona, 1997, págs. 165 y ss.

³ Según ORNOSA FERNÁNDEZ –siguiendo a González Zorrilla– los modelos que se han hecho cargo de la temática son sólo tres, entendiendo implícitamente que en el denominado modelo clásico no existe una respuesta diferenciada en la responsabilidad de los adolescentes respecto a la de un adulto. Vid. ORNOSA FERNÁNDEZ, Op. cit., pág. 32.

⁴ Sobre una reseña de agrupaciones o clasificaciones alternativas –que recogen particularizaciones sistemáticas o vertientes de los modelos reseñados, Vid. PÉREZ MARTELL, R. Op. cit., pág. 57.

⁵ Vid. MARTÍN LÓPEZ, MARÍA TERESA: “Modelos de Justicia Juvenil: Análisis de Derecho Comparado”, en del mismo (Coord.): “La Responsabilidad Penal de los Menores”, *Colección Estudios* N° 74, Universidad Castilla - La Mancha, Cuenca, 2001, pág. 67.

a) Modelo clásico o liberal (la base del “discernimiento”)⁶

El modelo del discernimiento –propuesto por el liberalismo clásico, con base en el derecho romano a través del sistema canónico–⁷ proponía formalmente la atribución de consecuencias penales, en base a la afirmación de una responsabilidad de naturaleza personal respecto de la comisión de un delito, fundada en la capacidad de autodeterminación. Se plantea que dicha capacidad se manifiesta en forma evolutiva en el sujeto, recurriendo el sistema a dos criterios complementarios para su afirmación. En primer lugar se sitúa la fuente originaria de dicha responsabilidad en la capacidad de culpabilidad (definida con un criterio psicológico), entendida originalmente como capacidad de dolo y más tarde como capacidad moral de autodeterminación del individuo, en tanto ser humano y, por tanto, libre. Dicho criterio es complementado –y reafirmado– en base a presunciones de capacidad –o falta de la misma– formalizadas en atención a la edad del infractor (criterio biológico),⁸ diferenciando con ello tres tramos o etapas en la atribución de responsabilidad penal, según pasamos a revisar.

Al infante, menor de entre 7 y 10 años –según el sistema positivo específico de que se trate–, se le desconocía capacidad de culpabilidad de manera absoluta y total, presumiéndose por ello *de iure* su irresponsabilidad⁹. Respecto del mayor de 7 ó 10 años, pero menor de edad, se asume la posibilidad de que cuente con un nivel de desarrollo que le permita comprender los procesos causales y autodeterminarse frente a ellos en forma suficiente como para atribuirle y exigirle –penalmente– responsabilidad por sus actos, debiendo de todas formas analizarse, caso a caso, la concurrencia de capacidad. Para dicha confirmación se recurre a un antejuicio en el que debe determinarse la concurrencia o ausencia de “*discernimiento*” en el menor infractor.

Algunos sistemas enmarcados en este modelo presumen en este tramo la irresponsabilidad, debiendo probarse en cada caso que se actuó con discernimiento, recurriendo otros modelos al expediente inverso. Por su parte, y en un periodo histórico posterior, algunos sistemas optaron por dividir este tramo etéreo en dos, presumiendo en el primero (normalmente extensivo hasta los 14 años) la falta de capacidad y en el segundo (hasta la mayoría de edad) su concurrencia, pero permitiendo –en ambos– probar lo contrario, precisamente en base al aludido examen de discernimiento. Por su parte, algunos sistemas afirmaron que el menor adulto era “*capaz de responsabilidad*”,

⁶ Cabe tener presente que el esquema de atribución de responsabilidad que se describe se hace presente de manera más o menos similar en todas las épocas históricas precedentes al liberalismo clásico. Vid. *Supra*, Nota 2.

⁷ Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Op. cit.*, pág. 166.

⁸ El sistema en definitiva es mixto. Lo que ocurre es que según veremos se afirman espacios mínimos en base a la edad del sujeto (criterio biológico) y sobre ellos se recurre al análisis de discernimiento en el caso concreto (criterio psicológico).

⁹ En Chile, el Código Penal de 1875 consideró exento de responsabilidad penal, en base a este fundamento, a los menores de 10 años. Vid. CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, en Polittoff / Ortiz (Dir.) *Matus* (Coord.): “Texto y Comentarios del Código Penal Chileno”, Tomo I, Libro Primero, Parte General, Edit. Jurídica de Chile, 2002, págs. 109 y ss.

reservando el juicio de discernimiento para quienes superaban los 7 ó 10 años y no habían alcanzado los 12 ó 14¹⁰.

Se asume, en todo caso, que quien no ha alcanzado la mayoría de edad pero ha obrado con discernimiento detenta un menor nivel de culpabilidad, aplicándose, sobre esa base, la sanción que le correspondiere si hubiese sido adulto, pero atenuada. Cabe destacar que normalmente la atenuación aplicada era considerablemente importante y afectaba primordialmente al tiempo de duración de una condena privativa de libertad¹¹.

Luego, asumida la mayoría de edad (18 a 21 años, según el modelo) se responde en plenitud conforme al sistema penal general, no pudiendo afirmarse falta de capacidad de culpabilidad fundada en carencia de desarrollo o madurez¹².

Sobre el modelo descrito consideramos relevante dar cuenta de tres elementos a nuestro juicio necesarios de tener en presentes para una adecuada comprensión y lectura histórica de sus supuestos: a) En sus orígenes, el modelo funda todo su sustento en una culpabilidad de constitución psicológica, esto es, compuesta exclusivamente por un "momento" o "relación" subjetiva entre el hecho típico y el sujeto. La capacidad de culpabilidad es –en consecuencia– capacidad de dolo, asumiendo en su contenido el carácter antijurídico de la conducta. (comprensión y decisión/conocimiento y voluntad);¹³ b) Segundo, el discernimiento –o examen de discernimiento– presta su utilidad a los efectos de posibilitar la "atribución de responsabilidad" (afirmación de la culpabilidad), permitiendo verificar en cada caso –por afirmación o defecto, según el modelo– la capacidad de culpabilidad en el infractor adolescente. Respecto al infante, la carencia se presume de derecho; y c) Finalmente, creemos necesario dar cuenta de la correspondencia existente entre los presupuestos de interacción social reconocidos al

¹⁰ En el caso del Código Penal chileno de 1875, se presumía la irresponsabilidad tratándose de un menor de entre 10 y los 15 años, pudiendo afirmarse lo contrario en base al "juicio de discernimiento". Por su parte, entre los 16 y los 18 años se asumía la concurrencia de responsabilidad, pero atenuada, recibiendo el infractor una sanción menor que la aplicable a un adulto. Vid. CILLERO BRUNOL, Op. cit., pág. 110.

¹¹ En el caso chileno se previó originalmente la imposición de una pena discrecional que en ningún caso podía superar a la pena establecida por el legislador rebajada en dos grados. Vid. RIVACOBRA Y RIVACOBRA, MANUEL: "Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora", Edeval, Valparaíso, 1974, pág. 44.

¹² Cabe destacar que en la actualidad algunos sistemas positivos vigentes (en específico, el español y el alemán) contemplan la posibilidad de aplicar la regulación prevista para la responsabilidad penal de adolescentes por sobre el tramo fijado para adquirir la mayoría de edad (plena capacidad civil y social). En dichos casos, se considera la procedencia de medidas propiamente previstas para adolescentes respecto de personas que, en estricto derecho, detentan condición de adultos y respecto de las cuales debiera aplicarse el derecho penal común. En estos casos, son precisamente consideraciones referidas a la carencia de desarrollo, madurez o integración social las que llevan a tomar la opción de considerar a un "adulto" como "adolescente" para estos efectos. A nuestro juicio, y según procuraremos desarrollar en el presente trabajo, ello no necesariamente se explica en base a un fundamento de atribución personal basado en una capacidad de naturaleza psicobiológica, sino más bien desde una capacidad entendida y definida en relación al proceso de integración social del individuo. Así, dicho concepto no resulta afirmado sólo desde los caracteres propios del sujeto, sino más bien desde aquellos que la sociedad le reconoce. Según veremos, ello forma parte de un paulatino proceso de ampliación de las dificultades sociales de integración reconocidas y derivadas fundamentalmente de la complejidad de las relaciones interpersonales de la sociedad contemporánea, lo que en definitiva no tiene por qué ser contrapuesto con la idea de responsabilidad.

¹³ Cabe hacer presente que esa base no cambia al normativizar posteriormente el concepto de culpabilidad. Sobre la evolución histórica del concepto, Vid. BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HORMAZABAL MALAREE, HERNÁN: "Lecciones de Derecho Penal", Volumen II, Edit. Trotta, Madrid, 1999, pág. 313 y ss, y especialmente 314.

adolescente en la época de la codificación y las posibilidades que el sistema concede a la atribución de responsabilidades derivadas de su comportamiento. La sociedad propia de la ilustración, en su regulación jurídico-social, prácticamente no concebía un régimen separado de competencias sociales asignadas a la franja etárea de la adolescencia, incorporando al infante rápidamente a la vida adulta una vez superado el margen del inicio de la pubertad. La fertilidad en la mujer, y la capacidad laboral del hombre, permitían de esta forma justificar una declaración de aptitud o competencia para incorporarse a la vida adulta. Las necesidades de mayor conocimiento e información –plasmadas posteriormente en la educación formal– y la tecnologización –derivada de la industrialización– que complejiza el desarrollo de las interacciones sociales, obliga paulatinamente a postergar dicho fenómeno de incorporación a la vida adulta, prolongando los espacios de *“incapacidad socialmente reconocida”* –o más bien afirmada– respecto del *“menor adulto”*, aumentando la atención dirigida a la adolescencia. Creemos que esto último concurre en parte importante a explicar el paulatino retroceso de los niveles de reconocimiento de la responsabilidad atribuible a la capacidad del menor de edad, llegando incluso en definitiva a proponerse su total supresión.

Así, la presencia de criterios que dan cuenta de una incorporación de los infantes a la sociedad civil activa, una vez alcanzada la pubertad, nos permite corroborar lo señalado en el párrafo precedente. De esta forma, es posible afirmar que la *“situación”*, *“posición”* o *“consideración”* en el orden social –en definitiva, de participación– justifica los márgenes de responsabilidad que en definitiva se le exigen al adolescente, niño o menor de edad, aplicado en este caso en relación a la comisión de hechos tipificados como delitos. De esta forma, la atribución de contenido material –biológico, racional o deductivo– a la capacidad exigida para afirmar la responsabilidad parece encontrarse estrechamente vinculada a las posibilidades de intervención o participación social reconocida, no obstante centrarse la definición en una capacidad individual y subjetiva, de origen netamente interno o personal.

b) Modelo tutelar (doctrina de la *“situación irregular”*).

El denominado modelo tutelar –cuyos fundamentos radican en lo que se conoce como la *“doctrina de la situación irregular”*¹⁴ constituye la aplicación de la propuesta del positivismo defensorista a la materia que nos ocupa, siendo este ámbito, probablemente, aquél en que en mayor medida se logra plasmar –en términos de derecho positivo e institucionalmente– un ideario de corte correccionalista.

¹⁴ Para una descripción básica de los postulados de esta doctrina Vid. GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO: “Para una historia del control penal de la infancia: La informalidad de los mecanismos formales de control social”, en Bustos Ramírez, Juan (Dir.): “Un Derecho Penal del Menor”, Edit. Conosur, Santiago, 1992, págs. 157 y ss. Asimismo, un análisis crítico –político y jurídico– puede verse en GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO: “Infancia. De los derechos y de la justicia”, 2ª Edición actualizada, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, págs. 7, 8 y 144 y ss.

En lo esencial, este modelo propone la total supresión del sistema sancionatorio –penal– dirigido a adolescentes e infantes y su reemplazo por un sistema de medidas de aseguramiento, correccionales o de protección, cuya aplicación es detonada por la concurrencia de una situación de carencia o necesidad que afecte al menor de edad¹⁵. La imposición de la medida se fundamenta en una situación de peligro, enunciada bajo el concepto de *“riesgo social”*, entendida como una condición de amenaza para el menor de edad, que implícitamente es asumida, asimismo, como extensiva para toda la sociedad respecto de su comportamiento futuro. De esta forma, el delito en que un menor de edad pudiese incurrir, es considerado entonces como un signo, una señal de alerta que evidencia la situación de riesgo, de donde deriva –como fuente– la necesidad social de intervenir. Bajo este concepto el objeto de atención se sitúa en el menor *“abandonado-delincuente”*, conceptos que, en un marco de equivalencia, hacen operar el sistema de reacción público dirigido a la atención de los comportamientos de relevancia social de quienes no han alcanzado la mayoría de edad¹⁶.

Para fundar las bases de este modelo, de manera coherente, se afirma la total carencia de capacidad en los menores de edad, de donde deriva precisamente su falta de responsabilidad. Con ello se entiende que quien no detenta capacidad reconocida socialmente no puede asimismo ser asumido como un ente responsable y es por ello que se determina, necesariamente, que el menor de edad que presenta un desajuste conductual, manifestado –entre otros comportamientos– por una conducta *“anti-social”* de carácter delictivo no puede ser responsabilizado por ello. Por el contrario, sobre esa base se asume que se encuentra *“carenciado”*, o –lo que es lo mismo– *“necesitado de protección”*, debiendo intervenir en su favor en miras a posibilitar su desarrollo pleno en sociedad. Se actúa, en consecuencia, para su beneficio, protegiéndolo frente a un entorno –social– incapaz de brindarle las herramientas suficientes para integrarse hábil y adecuadamente al medio social.

En este esquema resulta por completo irrelevante la fuente de la cual emana el elemento que sea catalogado como *“evidencia”* del desajuste social, como asimismo su origen causal (radicado en el propio niño o en su entorno) o incluso la modalidad que asuma su expresión social externa (abandono, desorden, agresión, etc.). Con ello el *“abandono”* pasa a ser sinónimo de la *“infracción penal”*, no siendo más que un signo externo de una problemática, definida y sostenida desde un prisma exclusivamente social.

¹⁵ A nuestro juicio, la implantación de los modelos tutelares son un claro ejemplo de los eventuales efectos que es posible esperar de la implementación de posiciones *“abolicionistas”*, que de manera bien intencionada o humanitaria fundan sus opciones de reemplazo del sistema penal en bases que perfectamente pueden significar mayores niveles de restricción o coacción individual y menos elementos de legitimidad en el contexto de un Estado de derecho.

¹⁶ Vid. GARCÍA MENDEZ, EMILIO: *“Derecho de la Infancia-adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral”*, 2ª Edición, Edit. Forum-Pacis, Tolima, 1997, pág. 48.

Sobre esa base se sustrae al conflicto infraccional ejecutado por un menor de edad del escenario propio del derecho penal y del sistema penal, al menos en su construcción formal –no así necesariamente en sus consecuencias– radicándolo sustancialmente en un lugar distinto, propio de la intervención administrativa y social. En este esquema, se interviene sobre el niño –transformado en un objeto de protección– para buscar su beneficio, considerando precedentes para ello incluso medidas coactivas y restrictivas de sus espacios de autodeterminación o libertad. Se debe tener presente que al construir los conflictos de la infancia desde una perspectiva netamente social se sitúa al niño en una relación directa con el “Estado protector”, asumiendo la existencia de una relación jurídica entre ambos derivada de la “situación social” que lo aqueja, perdiendo de vista el conflicto de derechos que puede encontrarse involucrado en los hechos que motivan la intervención.

En este esquema la persona (sujeto) se asume como una entidad evolutiva, cuyo desarrollo comienza en la infancia y culmina con la conformación final de la personalidad que tiene lugar durante la adolescencia, momento a partir del cual recién se encuentra en condiciones de asumir un papel activo en la sociedad. Se configura dicha incorporación con el reconocimiento de la capacidad autónoma de ejercicio de derechos subjetivos (titularidad y ejercicio), previo a lo cual, la carencia de capacidad necesariamente debe traer aparejada la ausencia de responsabilidad, dando lugar al “derecho” del Estado a intervenir. Por ello, se considera casi como una muestra de “barbarie” el que se impongan sanciones penales a “incapaces” como son los menores de edad, patentándose el movimiento y sus adeptos como “los salvadores del niño”, en tanto proponen su sustracción de los espacios de aplicación de la pena criminal. Se singulariza el proceso como exitoso, bajo la idea de que “el menor había salido del derecho penal”, lo que constituía un logro de carácter humanitario. Sin embargo y como sostiene GIMÉNEZ SALINAS, “no es que el menor saliera del derecho penal, puesto que se le seguían aplicando medidas sancionadoras, sino que lo que sucedió es que salió del sistema de garantías y derechos individuales”¹⁷.

Dicha sustracción del sistema penal busca formalmente protegerlos del mismo, con lo cual se los equipara, en su condición jurídica y frente al derecho penal, a los “locos o dementes”, usando la terminología de la época.

Sobre estas bases, a partir de 1899, fecha en que se crea el primer Tribunal (tutelar) de Menores en Chicago, el sistema de control penal formal aplicable a los adolescentes en razón a la comisión de un hecho constitutivo de delito es sustituido paulatinamente, en todo el mundo occidental, por un sistema –igualmente de control– de naturaleza tutelar, creándose para su aplicación la institución de los Tribunales de Menores¹⁸.

¹⁷ Vid. GIMÉNEZ SALINAS, *Op. cit.*, pág. 611.

¹⁸ Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *Op. cit.*, págs. 97 y ss.

En este esquema institucional, en tanto se asume que el Estado interviene para defender al menor de edad de su entorno social que le es desfavorable (como causante de su desajuste), la medida de internación en centros correccionales o reformatorios (institucionalización) parece ser la más adecuada para tales fines, toda vez que permite separar al menor de edad de su medio (*"la génesis de sus problemas"*) elevándose como la respuesta social preferente y fundamental. Coincidentemente con la base de defensa social cofundante de la propuesta, la privación de libertad también resulta efectiva para superar la condición de riesgo que se supone y presume existente respecto del resto de los integrantes de la sociedad.¹⁹ Con ello, la sociedad se defiende preventivamente de la infancia peligrosa, incapaz de enfrentar y superar la problemática de marginalidad social que la afecta, y que la transforma en potencial elemento antisocial²⁰.

Al igual como hicimos respecto del modelo clásico, culminaremos la reseña del modelo tutelar destacando aquellos elementos fundantes que nos parecen más relevantes de considerar:²¹ a) En tanto el modelo no concibe la atribución de responsabilidad respecto de los adolescentes, se propone intervenir coactivamente (contra la voluntad del "beneficiado") en base a la afirmación de la peligrosidad –social– del infractor; b) Las medidas proteccionales –correccionales, incluyendo la internación como medida por excelencia– se aplican en forma indeterminada, en todo lo necesario para lograr la reinserción o readaptación del menor de edad como sujeto útil a la sociedad. En caso extremo su duración se extiende hasta el cumplimiento de la mayoría de edad, toda vez que en ese momento desaparece su fundamento (incapacidad); y c) En la actuación del Estado no se requiere de garantías –legitimantes– de naturaleza procedimental, toda vez que se interviene precisamente en beneficio del menor de edad, procurando exclusivamente su protección y en base a un fundamento diverso a la afirmación de culpabilidad²².

Finalmente y como complemento, creemos necesario precisar que la fuente originaria de la catalogación de las denominadas *"condiciones de riesgo social"* pareciera encontrarse en las características propias de la nueva sociedad de fines del siglo XIX, urbanizada e industrial, y que da lugar al nacimiento de la marginalidad. La incorporación a la vida social no marginal, a su vez, exige un proceso de adquisición de conocimientos y educación que separa a los adolescentes de los espacios de interacción social, en tanto considera incompleta su formación. Ello coincide o es coherente con la declaración de incapacidad del menor de edad que funda el sistema tutelar.

¹⁹ Vid. GARCÍA MÉNDEZ, Op. cit., pág. 43, 44 y 47.

²⁰ Por ello resulta errónea la afirmación de Vives Antón (VIVES ANTON, T. S.: "Constitución y Derecho Penal de Menores" en, del mismo, "La Libertad como Pretexto", Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 351), en el sentido de entender que "durante más de medio siglo hemos podido vivir sin aplicar penas a los menores de dieciséis años", la que incluso resulta contradictoria en su propio texto (en pág. 349) al denunciar el histórico fraude de etiquetas del modelo tutelar.

²¹ Para una síntesis completa de características Vid. MARTÍN LÓPEZ, M.T., Op. cit., pág. 73.

²² Una síntesis de observaciones y críticas formuladas respecto de los sistemas propios del modelo tutelar, desarrolladas en su mayoría por argumentos diversos a su ilegitimidad, en MARTÍN LÓPEZ, M.T., Op. cit., págs. 76 a 78.

Asimismo, vale la pena destacar que, contrariamente a lo que pudiera pensarse en base al mensaje de *"los salvadores del niño"*, las herramientas institucionales de control social implementadas bajo esta doctrina frente al fenómeno de la *"delincuencia juvenil"* se extienden y desformalizan, permaneciendo en ese estado prácticamente en todo el mundo occidental, hasta finales del siglo XX²³.

c) Modelo educativo.

El denominado modelo educativo –indistintamente conocido como modelo del bienestar (*welfare model*)– propone una oferta de tratamiento de carácter administrativo, de orientación socio-educativa, en base al cual se procura evitar la judicialización del conflicto. En sus fuentes, se asume –al igual que las tesis del positivismo– la necesidad de sustraer al menor del ámbito de la justicia formal, canalizando la respuesta estatal hacia mecanismos que buscan la obtención de soluciones extrajudiciales del conflicto, sin que ello implique en todo caso desconocerle carácter penal²⁴.

Las propuestas más características de solución extrajudicial de estos conflictos corresponden a lo que se conoce como programas o planes de *diversión* (entendida como prescindencia o sustracción a procedimientos formales de solución)²⁵ y, de manera más reciente, en los programas de mediación-reparación o conciliación²⁶. Por ambas vías se busca favorecer una respuesta administrativa que persigue incidir en la formación del adolescente para procurar su adhesión a parámetros de relación interpersonal que sean respetuosos de los derechos de terceros, eliminando con ello el paso del infractor por el sistema judicial, en tanto se lo considera estigmatizante (se busca evitar el *"estigma"* o la *"etiqueta"* que trae aparejado el proceso y la condena). Se parte de la afirmación –y reconocimiento– de la responsabilidad para trabajar el concepto de formación en sociedad²⁷. Sobre la misma base, se busca el desarrollo de niveles de conciencia del daño ocasionado, con la misma finalidad.

²³ La evolución experimentada en nuestro país puede revisarse sintéticamente en CILLERO BRUÑOL, Op. Cit., págs. 109 a 112 y 114 a 123. En lo que respecta a la regulación española, Vid. por todos VENTAS SASTRE, ROSA: "Minoría de Edad Penal en el proceso de la codificación Penal Española (Siglos XIX y XX)", Cuadernos de Política Criminal Nº 77, 2002, págs. 301 a 407.

²⁴ La implantación de sistemas fundados en este modelo son propios del Estado social y del aumento o expansión de la disponibilidad económica de los presupuestos públicos que permiten la ampliación de las prestaciones sociales ofrecidas por el Estado. Por ello la mayoría de los ejemplos de este modelo se sitúan en el mundo desarrollado europeo y del norte del continente americano. Una buena síntesis de procedimientos y sistemas basados en el modelo se encuentra en MARTÍN LÓPEZ, M.T., Op. cit., pág. 79 a 89.

²⁵ Vid. DUNKEL, FRIEDER: "Reacciones en los Campos de la Administración de Justicia y de la Pedagogía Social a la Delincuencia Infantil y Juvenil: Un estudio comparativo a escala Europea", en "La Responsabilidad Penal de los Menores: Aspectos Sustantivos y Procesales", Cuadernos de Derecho Judicial, Nº III - 2001, pág. 129.

²⁶ Sobre ello una completa selección y tratamiento de medidas administradas conforme a dicho concepto en KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA: "Justicia restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad", Edit. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004.

²⁷ Sobre este concepto, descrito en términos amplios, esto es, desarrollados sin asociación específica a medidas propias de los modelos calificados como educativos, Vid. GÓMES DA COSTA, ANTÓNIO CARLOS: "Pedagogía y justicia" en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps): "Infancia Ley y Democracia en América Latina", Temis-Depalma, Buenos Aires, 1999.

Ello se traduce en la aplicación de programas de mediación-conciliación, de tipo terapéutico, de seguimiento y control, de apoyo y acogimiento familiar, de resarcimiento del daño causado a la víctima –ya sea en su favor directo o simbólicamente– u otros planes y actividades de similares características, de cuyo cumplimiento satisfactorio depende en general la suspensión del procedimiento, y naturalmente la eventual condena. Se conceden sobre esta base amplias facultades a la judicatura para favorecer la “opción” del menor de edad por esta vía alternativa (administrativa) y conciliatoria. Estos mecanismos de desformalización (des-judicialización) del conflicto, suelen apoyarse –o incluso delegarse– en instancias técnicas especializadas en el ámbito de las ciencias psicosociales, de las que en definitiva depende el pronóstico de “recuperabilidad” (en un sentido similar a la resocialización) del infractor y la medida a imponer. Asimismo, de dicho criterio depende normalmente el cese de la necesidad de cumplimiento de la medida educativa y el cierre definitivo del proceso de instrucción formal del sistema penal.

Las soluciones que se logran por este expediente parecen ser efectivas, en tanto la aplicación del sistema parece generar bajos niveles de reincidencia o reiteración delictiva en los infractores a quienes se aplican las medidas de *diversión*, no obstante lo cual el modelo recibe una serie de reparos.

Por un lado se objeta su parcialidad, manifestada en tanto los resultados positivos demostrados se encuentran condicionados por dos variables independientes. En primer lugar, dichas consecuencias exitosas sólo aparecen afirmadas respecto de infractores de menor compromiso delictual²⁸. Frente a los demás infractores el sistema penal rige en plenitud, en fórmulas normalmente propias del modelo clásico antes descrito, con tendencia a la sanción atenuada. En segundo lugar, dichos resultados sólo parecen alcanzarse respecto de personas que cuentan con un entorno social favorable a la aplicación de las medidas socioeducativas o de tratamiento, que haga plausible el “pronóstico de recuperabilidad”. Con ello, se condiciona la operatoria del sistema precisamente en base a parámetros relativos a la situación o condición social del sujeto, relativas fundamentalmente a su nivel real o potencial de integración social, matizando con ello las consecuencias (medidas) y la aplicación del sistema (diversión) en base al origen socio-económico, entorno, características y apoyo familiar con que cuente el infractor. En tanto de ello no sólo depende la decisión acerca de la medida, sino que muchas veces su éxito, es lógico que el propio sistema tienda a su autoconstatación. Por lo mismo quien cuenta con bases (antecedentes) o “credenciales de socialidad” que permitan un pronóstico favorable, será acreedor de una “medida indeterminada”, “salvándose” de la pena. Por su parte, quienes se encuentren en el otro extremo serán acreedores de una sanción penal.

²⁸ Vid. TAMARIT SUMALLA, Op. cit., pág. 75. Oo. en CRUZ BLANCA, M.J.: “Derecho Penal de Menores (Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, N° 87, Madrid, 2002, pág. 185.

Como podrá apreciarse, las consecuencias son, en los hechos, similares a las propuestas por el sistema tutelar, dispuestas o presentadas en una variable alternativa. Por todo ello, a nuestro juicio el modelo no explica ni justifica la intervención penal, sino que constituye una propuesta de tratamiento –parcial– alternativo de la criminalidad de mediano y bajo compromiso delictual.

Por otro lado, también se observa críticamente el riesgo inherente a la discrecionalidad judicial o administrativa sobre cuya base opera el sistema²⁹, en tanto genera riesgos de arbitrariedad equivalentes a los denunciados respecto del modelo tutelar, ya que la forma como se proponen sus presupuestos y consecuencias opera sobre la base de la desformalización del sistema³⁰. La pérdida de garantías formales en función de una –supuesta y– adecuada individualización permanente de las necesidades de tratamiento, resulta insustentable en un Estado de derecho³¹. En este caso, los procedimientos de desformalización permiten incluso que la respuesta punitiva quede condicionada a la discrecionalidad judicial o incluso administrativa, determinando la aplicación de medidas –restrictivas, coactivas o de imposición de obligaciones– indeterminadas en su duración, de cuya satisfacción pende, normalmente, en los hechos, la continuación de proceso o la imposición de una condena penal³². Por lo mismo, no nos extraña la “*disposición a ser educado*” que pueda manifestar el infractor³³.

A ello se suma el que dicho mecanismo, unido a la parcialidad de resultados, genera un sistema cuyas consecuencias resultan difícilmente conciliables con el principio de igualdad. Finalmente, concurren adicionalmente en el funcionamiento del modelo una serie de distorsiones, en tanto su operatoria despliega mensajes equívocos a través de sus mecanismos de intervención, que operan como incentivos perversos respecto del comportamiento del infractor, actual o potencial³⁴.

²⁹ Sobre ello Vid. MARTÍN LÓPEZ, M.T, *Op. cit.*, pág. 87 y ss.

³⁰ En el mismo sentido SILVA SÁNCHEZ manifiesta: “Las opciones a favor de la desjudicialización y de la desformalización, inspiradas en la humana pretensión de desdramatizar la intervención sobre los sujetos autores de los hechos antijurídicos en edades juveniles, suponen, por el contrario, una importante disminución de garantías”. Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Op. cit.*, pág. 181.

³¹ Lo dicho no debe ser entendido como una objeción a los espacios de intervención de la discrecionalidad judicial, del todo necesarios en estos conflictos, precisamente atendido a caracteres propios del adolescente. Dichos espacios, en el marco de un debido proceso, deben ejercitarse conforme a criterios contrastables que permitan conocer la racionalidad de la decisión adoptada. Asimismo, por y para el mismo fin, deben ser susceptibles de control. Normalmente ello se cumple con el establecimiento de una regla o parámetro de principios que deben orientar la resolución y la consagración de la obligatoriedad de fundamento de la misma, naturalmente, en base a dicha regla. Ello permite que la decisión sea recurrible por defectos del fondo o forma (ausencia de fundamento), según sea el caso. Sobre ello Vid., por todos, FERRAJOLI, LUIGI: “Derecho y razón. Teoría del garantismo penal” edit. Trotta, Madrid, 1995, págs 622 y 623.

³² Con toda razón apunta GIMENEZ SALINAS, que el objetivo del modelo consistía en “no intervenir en interés del menor, es decir, justo la antítesis del modelo protector” (*Op. cit.*, pág. 612). Sin embargo, el modelo alcanza dicho objetivo sólo en lo que dice relación con la naturaleza punitiva de la intervención, excluyéndola, manteniendo y promoviendo la justificación positiva de las intervenciones que detentan naturaleza “educativa”, siendo a veces difícil determinar en concreto el contenido coactivo que se impone bajo dicha pretensión.

³³ “Un sistema respetuoso con las garantías individuales tiene que permitir la <negativa> del sujeto responsable al tratamiento, en la medida en que su hecho no tiene como base una ausencia de discernimiento”. Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Op. cit.*, pág. 180.

³⁴ En el mismo sentido CRUZ BLANCA, *Op. cit.*, pág. 95.

d) Modelo de justicia o responsabilidad (doctrina de la protección integral de los derechos del niño)³⁵

Básicamente el modelo de responsabilidad afirma la posibilidad de aplicar consecuencias sancionatorias, restrictivas de derechos, a los menores de edad, derivadas del reconocimiento de su capacidad de autodeterminación. Ello supone reconocer en los menores de edad el carácter de sujetos de derecho, en propiedad³⁶. Con ello, al reconocer la titularidad de derechos subjetivos y niveles de ejercicio autónomo de los mismos,³⁷ se asume la posibilidad de extraer consecuencias derivadas de dicha autonomía, incluyendo entre ellas, como base o fuente primaria, la responsabilidad que deriva de su ejercicio individual. Al ser posible afirmar dicha responsabilidad se hace posible, a la vez, derivar de ella consecuencias³⁸.

Ahora bien, la responsabilidad que se afirma respecto de los adolescentes necesariamente es diversa a la de un adulto, en tanto se la asume como un correlato de la autonomía, presente, desde un punto de vista normativo, de manera diversa en un adulto y en un adolescente o niño. En términos simples esta idea se puede expresar afirmando que el Estado reconoce a los menores de edad ciertos y determinados ámbitos de ejercicio autónomo de sus derechos, asumiendo, por su parte, que el adulto detenta plena autonomía para la gama completa. Por ello el Estado no puede asumir un nivel de exigencia idéntico respecto de ambos, ni atribuir en base a su autonomía/responsabilidad, consecuencias equivalentes. Dicha exigencia aumenta, progresivamente, en forma paralela al reconocimiento de espacios de desarrollo y ejercicio autónomo del sujeto (principio de autonomía progresiva)³⁹.

De esta forma, el menor de edad no es considerado como una persona incompleta o en formación, sino como un sujeto pleno, titular de derechos, pero diferente, configurando una categoría diversa, requerida de reconocimiento y respeto en sus diferencias. La afirmación de su responsabilidad deriva precisamente de este reconocimiento. Así, como sujeto de derechos es perfectamente "*capaz de responsabilidad*", en una medida diversa a la del adulto, en el macro de su condición de "*sujeto en desarrollo*"⁴⁰.

³⁵ Este modelo asume la condición de ser sustentado hoy en día en forma mayoritaria por la doctrina especializada en nuestro medio latinoamericano. Vid., por todos, GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO: "Infancia. De los derechos y de la justicia", 2ª Edición actualizada, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004. Algo similar puede afirmarse en la doctrina española. Sobre esto último, con una cita de referencia, Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Op. cit., pág. 110.

³⁶ Sobre las consecuencias comparativas de dicha afirmación Vid. GARCÍA MÉNDEZ, Op. Cit., pág. 244.

³⁷ "El reconocimiento de esos derechos implica la posibilidad de su ejercicio". MARTÍN LÓPEZ, Op. cit., pág. 90.

³⁸ Sobre ello Vid. RÍOS MARTÍN, C: "El Menor Infractor ante la Ley Penal", Granada, 1993, pág. 227.

³⁹ Vid. CONTRERAS LARGO, CONSUELO: "Hacia un diagnóstico para el ejercicio de la ciudadanía", en VVAA: "De la Tutela a la Justicia", Corporación Opción - UNICEF, Santiago, 1998, pág. 21.

⁴⁰ Cabe destacar de antemano que suele asumirse esta afirmación como un equivalente al concepto de "imputabilidad disminuida" atribuida a los adolescentes, lo que, según veremos más adelante, no parece acertado. Sobre ello, Vid. por todos, GÓMEZ RIVERO, MARÍA CARMEN: "La nueva responsabilidad penal del menor: Las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000.", en Revista Penal Nº 9, págs. 3 a 26, 2002, pág. 6.

En dicha calidad es titular de manera autónoma de los derechos que son comunes a toda persona humana, asumiendo adicionalmente la titularidad de aquellos que le asisten en su condición de menor de edad.

El modelo se vincula a la llamada doctrina de la protección integral de los derechos del niño, plasmada en diversos textos internacionales y particularmente en la *“Convención Internacional de los Derechos del Niño”* (en adelante CIDN).⁴¹ Dicha doctrina evidentemente excede al marco de justificación estricto de la responsabilidad penal de adolescentes, siendo ésta sólo una consecuencia –evidentemente querida o deseada– de la afirmación de sus presupuestos. De ahí que sus bases detentan pretensiones de definición de todas las relaciones interpersonales de niños y adolescentes, con sus pares, adultos y órganos del Estado⁴², marcando, en este último caso, la orientación de su actividad para con ellos. A este respecto MARTÍN LÓPEZ señala: *“En toda actuación de intervención con menores ha de tenerse muy en cuenta que se trata de sujetos de derecho, por lo que debe ser rechazada tanto una política preventiva paternalista como una política exclusivamente dirigida al control o socialización programáticos por parte de los agentes estatales para con el niño o el adolescente”*⁴³.

En este marco las facultades y la actividad de intervención del Estado para con los ciudadanos pasa a definirse como una relación de derecho, caracterizando los conflictos frente a los cuales reacciona como conflictos de derecho, reservando para un lugar auxiliar el tratamiento social o asistencial comprometido⁴⁴. Ello permite asumir desde un papel jurisdiccional la responsabilidad concurrente a los actos ejecutados por adolescentes o menores de edad, en general, y de terceros para con éstos, separando ambas respuestas en modelos institucionales perfectamente diferenciables (sistema de responsabilidad penal juvenil y sistema de protección de derechos de la infancia), lo que se denomina usualmente como *“principio de separación de vías”*⁴⁵.

Sobre la base descrita el modelo reconoce al adolescente todas las garantías procesales y penales procedentes⁴⁶, en equivalencia respecto de aquellas que son reconocidas

⁴¹ Vid. MARTÍN LÓPEZ, *Op. cit.*, pág. 91; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Op. cit.*, pág. 110 y ss. OO. en PÉREZ MARTELL, quien, no obstante ello, propone un completo desarrollo de los presupuestos normativos expuestos en los diversos instrumentos internacionales referidos a la materia. (*Op. cit.*, págs. 65 y 90 y ss.): Asimismo para un resumen del texto de las disposiciones pertinentes, Vid. LANDROVE DIAZ, GERARDO: “Derecho Penal de Menores”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, págs. 113 y ss.

⁴² Vid. BARATTA, ALESSANDRO: “Infancia y Democracia”, en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps.): “Infancia Ley y Democracia en América Latina”, Temis-Depalma, Buenos Aires, 1999, pág. 32.

⁴³ Vid. MARTÍN LÓPEZ, MARÍA TERESA: “Modelo de justicia juvenil, en la Convención de Derechos del niño”, en del mismo (Coord.): “La protección de los Menores. Derechos y Recursos para su atención”, Monografías Civitas, Madrid, 2001, pág. 153 y 155.

⁴⁴ *Idem nota anterior.*

⁴⁵ Sobre ello Vid. COUSO SALAS, JAIME: “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 VVAA: “De la Tutela a la Justicia”, Corporación Opción - UNICEF, Santiago, 1998, págs. 75 y ss.

⁴⁶ En el sentido expuesto, MARTÍN LÓPEZ, M.T. afirma que “consecuencia de la nueva visión socio-jurídica del niño o menor como sujeto de derechos, es la nueva posición del menor infractor de la ley que también es sujeto de derechos, condición que debe manifestarse en el reconocimiento legal de unas garantías sustantivas en la administración de justicia juvenil”, citando como derivados de dicha afirmación a los principios de legalidad, culpabilidad, proporcionalidad, igualdad, reintegración –entendida como bienestar del menor– y humanidad. *Op. cit.*, págs. 155 y ss.

a los adultos⁴⁷. Con ello en el conflicto penal juvenil *“la responsabilidad del joven pasa a primer plano y el hecho cometido será el punto de referencia del proceso y de las medidas a aplicar”*⁴⁸, de modo tal que se proscriben las resoluciones y medidas indeterminadas, que no guarden la debida proporcionalidad con el hecho imputado, el cual siempre debe ser acreditado judicialmente en el proceso respectivo.

Sin embargo, y como ya adelantáramos, la propuesta no se limita al reconocimiento de garantías comunes a todo ser humano como base de los procesos de atribución de responsabilidad. Es necesario, adicionalmente, considerar *“el interés superior del niño”* como criterio básico de actuación a su respecto, en tanto definitorio de las modalidades de relación (intervención y tratamiento) para con su persona (titular de derechos). Este principio –consagrado en el artículo 3.1 de la CIDN–⁴⁹ constituye un criterio –prescriptivo, no programático– de orientación de la acción del Estado y de los adultos en general respecto de los menores de edad, determinando la necesidad de ajustar y dirigir los procesos de interacción con ellos en términos de promover y respetar sus derechos fundamentales⁵⁰, sustentados en base al principio de desarrollo o autonomía progresiva⁵¹. Detenta así un contenido concreto y, sobre su base, una función limitativa⁵².

Bajo esta perspectiva, la actuación para con el niño debe darle eficacia y vigencia a sus derechos, y no puede, a pretexto de su supuesto o real beneficio, justificar su restricción. No se puede actuar en interés del menor, restringiendo sus derechos y reconocerle con ello al mismo tiempo el carácter de sujeto y titular de los mismos. De esta forma, el criterio constituye un reforzamiento, necesario a la luz de la experiencia histórica que da cuenta de una *“tendencia generalizada a desconocer los derechos del niño como un límite (constituyendo) una orientación a las actuaciones de las autoridades y los adultos en general”*⁵³.

47 La mejor confirmación de ello lo reproducen los propios instrumentos internacionales y textos constitucionales que reconocen derechos individuales comunes a la especie humana, al señalar su atribución respecto de “toda persona”, sin que en ello vaya establecido un elemento diferenciador en razón de la edad, como sucede por ejemplo en el encabezado del artículo 19 de nuestra Constitución. Con ello la conclusión es lógica: si se entiende que no le son aplicables dichos derechos, no se les reconoce el carácter de persona. Conforme a la nueva propuesta, al reconocerle el carácter de sujeto de derechos, las garantías que son propias de todo ser humano resultan plenamente aplicables a su respecto, y deben ser respetadas para atribuir a la intervención estatal legitimidad. Así lo confirma la sentencia española N° 36/1991 (Vid. CERVELLÓ DONDERIS, V. y COLAS TUREGANO, A.: “La Responsabilidad Penal del Menor de Edad”, Edit. Tecnos, Madrid, 2002, págs. 103 y ss; y ORNOSA FERNÁNDEZ, Op. cit., pág. 33 y 34) y la famosa resolución dictada en el llamado caso Gault. (Vid. ZAFFARONI, EUGENIO RAUL: “Derecho Penal. Parte General”, 2ª ed., Edit. Ediar, Buenos Aires, 2002, pág. 187)

48 Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Op. cit., pág. 109.

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

50 PÉREZ MARTELL señala: “Aplicar una definición al concepto de <protección integral> de <los derechos del niño>, no es fácil, pero sí es posible afirmar lo que se refiere a la protección de derechos. Una noción central de aquella, como lo es la del interés superior del niño, también criticada por su vaguedad, ha sido en este marco interpretada como un principio garantista de modo que signifique el pleno goce de los derechos del niño. De lo expuesto, estamos en que, <protección integral> se refiere a protección de derechos e interés superior del niño significa satisfacción de sus derechos.” (el destacado es mío). Vid. PÉREZ MARTELL, Op. cit., pág. 87.

51 Vid. Supra, Nota 39.

52 Vid. CILLERO BRUÑOL, MIGUEL: “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps): “Infancia Ley y Democracia en América Latina”, Temis-Depalma, Buenos Aires, 1999, pág. 80.

53 Vid. CILLERO BRUÑOL, Op. cit., pág. 80.

La consideración de este principio cruza toda la estructura del modelo de responsabilidad amparado en la doctrina de la protección integral y genera la necesidad de orientar las diversas intervenciones a ejecutar sobre el menor de edad, contenidas en el sistema penal, hacia su aplicación a este “sujeto” especial, en desarrollo progresivo. La intervención coactiva –restricción de derechos– coarta espacios de ejercicio de derechos, de autonomía y que, en definitiva, en esta etapa, constituyen espacios de formación. De ahí que deban administrarse procedimientos tendientes a minimizar dichos efectos desocializadores. De ello se extraen consecuencias consideradas “*características*” o elementos esenciales del modelo jurisdiccional o de responsabilidad, como son la utilización de la privación de libertad como último recurso, la necesaria consideración de un amplio catálogo de sanciones posibles de aplicar, la consagración de un sistema de determinación de la sanción en base a reglas de principios, la facultad de revisión de la medida, la disposición a la brevedad del proceso y el uso preferente de medidas de “*diversión*”. Estas características se expresan como consecuencias del denominado principio de especialidad o naturaleza especial del sistema penal juvenil⁵⁴.

En este sentido MARTÍN LÓPEZ señala: “*La política de integración del menor (como sujeto de derechos, lectura propia de su interés superior) debe plasmarse también en los casos en que el menor ha entrado en conflicto con la ley penal (tras el fracaso de las políticas preventivas), porque le asiste, con un derecho específico y propio frente al Estado y a la sociedad, el derecho a la formación y la reintegración social*”,⁵⁵ lo que permite diferenciar la propuesta de este modelo de aquellas que atribuyen a la intervención una finalidad meramente “*educativa*” o, en el extremo opuesto, un fin meramente sancionatorio o “*retributivo*”.

Sobre esta base, los modelos de justicia (jurisdiccionales) o de responsabilidad implementados consideran esta dimensión “*educativa*” –por llamarla de alguna forma–⁵⁶, por lo que es inevitable encontrar en estos sistemas elementos asociados –propios en origen– al modelo educativo o del bienestar (“*diversión*”, suspensión condicional, u oportunidad)⁵⁷, los que son considerados desde la propia lógica de intervención que

⁵⁴ Cabe destacar que las medidas de diversión y el sistema de individualización de la sanción admiten espacios al ejercicio de facultades discrecionales que deben ser ejercidas en el contexto que le da fundamento a su consideración en el sistema, esto es, en este caso, bajo el principio del interés superior del niño. No se trata por ende de optar por una medida alternativa al proceso o en aplicar el principio de oportunidad o, finalmente, en disponer el cumplimiento de un trabajo comunitario, en atención a que ello “favorece la educación del niño o adolescente”. Se trata de adoptar dicha decisión en tanto constituye la alternativa de responsabilidad –y esto lo diferencia del sistema educativo– que en mejor forma concilia el respeto a sus derechos como persona en desarrollo. Los principios comprometidos, concatenados lógicamente, serían: a) Sujeto de derechos; b) autonomía progresiva; c) Interés superior del niño; y d) Responsabilidad penal especial.

⁵⁵ Vid. MARTÍN LÓPEZ, *Op. cit.*, pág. 155 y págs. 160 y ss.

⁵⁶ Refiriéndose a los orígenes del modelo ORNOSA FERNÁNDEZ señala: “De lo anterior (en referencia a la idea de responsabilidad) se deriva un menor énfasis en la idea de protección y asistencia al menor y al mismo tiempo, un acercamiento a los planteamientos de la justicia penal de adultos, aunque orientada a una finalidad educativa, con un importante número de medidas dirigidas a esos fines”. *Op. cit.*, pág. 34.

⁵⁷ Ello lleva a algunos autores a considerar que estos modelos “surgen de la yuxtaposición y sistematización de las características de los modelos más tradicionales como superación de sus respectivas carencias” (Vid. MARTÍN LOPEZ, *Op. cit.*, pág. 149). En el mismo sentido Vid. HERNÁNDEZ GALILEA (coord.), “El Sistema Español de Justicia Juvenil”, Edit. Dykinson, Madrid, 2002, pág. 53. Compartimos dicha afirmación en lo relativo a los modelos de bienestar y de responsabilidad, entendiéndolo que su base radica en el modelo clásico. Sin embargo no podemos coincidir en lo relativo al modelo tutelar, cuyos fundamentos –entendemos– se sitúan en el extremo perfectamente opuesto (Vid. sobre ello, el cuadro comparativo expuesto en PEREZ MARTELL, *Op. cit.*, pág. 76 y 77), lo que los hace incompatibles.

se propone como fundamento (autonomía y responsabilidad). De omitirse dicha consideración la estructura propuesta se transformaría en una formulación propia del sistema clásico, conforme a la disposición de sus elementos, la configuración de las finalidades de la pena y del rol del infractor con respecto a ellas⁵⁸.

Ello hace que usual, pero erróneamente, se le atribuya al modelo un carácter mixto, en base a la definición parcializada de sus elementos, y se lo denomine en consecuencia como un modelo “*educativo-responsabilizador*”⁵⁹. Precisamente esta separación de los elementos de responsabilidad y de orientación socio-educativa, a nuestro juicio inherentes en igual medida a los fundamentos del modelo, hace que para algunos autores la idea que encierra un modelo jurisdiccional o de responsabilidad “*puro*” se encuentre asociada exclusivamente a la simple extensión de las esferas de la responsabilidad penal hacia la franja adolescente, afirmada generalmente en base a criterios de culpabilidad de tipo normativo-psicológicos. Así por ejemplo MARTÍN LÓPEZ sitúa como fuente del modelo de responsabilidad a la tendencia represiva derivada de las características de la sociedad contemporánea y del pánico o temor al delito (sensación de inseguridad)⁶⁰. Bajo este concepto se le atribuye a la responsabilidad penal juvenil un efecto preventivo de carácter intimidatorio y, en algunos extremos –según sustenta este autor– se persigue lisa y llanamente una vuelta a la idea retributiva de la pena. A nuestro juicio es probablemente en base a estas consideraciones que dicho autor entiende que el sistema propuesto en este modelo sólo detenta una finalidad de intervención de tales características⁶¹.

Por el contrario, creemos que dicho concepto no es compatible con la experiencia demostrada por los sistemas que, bajo los fundamentos del modelo en comento, se han implementado o propuesto en la última década⁶², todos los cuales distan considerablemente de los caracteres propios de un sistema equivalente al modelo clásico antes descrito, al cual debiera tender naturalmente el retribucionismo o la base definitoria de la culpabilidad psicológica. Probablemente la confusión que se evidencia en la vinculación del modelo de responsabilidad con una lógica meramente punitiva o represiva, derivada de la coincidencia temporal de las bases de este modelo con dos corrientes que en la actualidad confluyen promoviendo una rigidización –y en su caso,

⁵⁸ Sobre el reflejo actual en algunos sistemas de ideas de corte represivo y la distancia que separa a dichos planteamientos del concepto clásico, precisamente en base a la consideración de componentes educativos, Vid. DUNKEL, *Op. cit.*, pág. 134 y 135 y, en general, págs. 129 y ss.

⁵⁹ Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, ISABEL: “La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”, en *Actualidad Penal* N° 33, 2000, pág. 712.

⁶⁰ Vid. MARTÍN LOPEZ, *Op. cit.*, pág. 89 y 90.

⁶¹ Vid. MARTÍN LOPEZ, *Op. cit.*, pág. 92. En el mismo sentido HERNÁNDEZ GALILEA, JESÚS MIGUEL (Coord.): *Op. cit.*, Edit. Dykinson, Madrid, 2002, pág. 51 y ss.

⁶² Por citar algunos textos, se puede mencionar la Ley N° 7576 de Marzo de 1996 de Costa Rica sobre “Justicia Penal Juvenil”; la “Ley del Menor Infractor” de El Salvador, promulgada mediante decreto N° 863 de Junio de 1994; la LO 5/2000 española “Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores” de Enero de 2000. En general, para una completa recopilación de textos positivos latinoamericanos, con una breve exposición de sus fundamentos, Vid. GARCÍA MENDEZ / BELOFF (Comps.): “Infancia, Ley y Democracia en América Latina”, Edit. Temis/Depalma, Bogotá/Buenos Aires, 1998, págs. 115 y ss.

expansión— de los caracteres de los sistemas penales y de los niveles de control social. Con ello nos referimos, por una parte, a propuestas de retorno a ideas retributivas derivadas del desencanto generado respecto del fin o ideal resocializador⁶³ —de mayor desarrollo institucional en el Estado de bienestar— en base a la falta de resultados positivos demostrables que evidencien mayores niveles de prevención real, en relación con el aumento denunciado —y afirmado— en los índices de delincuencia y en la violencia que caracteriza su ejecución, todo lo cual se refleja en expresivos *slogans* como el “*Nothing Works*” de Martinson⁶⁴. Por otro lado se suman en la misma orientación tendencias propias de los discursos de emergencia tributarios del concepto de “*ley y orden*” (tolerancia cero, seguridad ciudadana, entre otros)⁶⁵. Estas tendencias necesariamente chocan con los efectos y propuestas del modelo educativo, inconciliables con la sensación de inseguridad pública, demandándose responsabilidad sobre la base de afirmar la capacidad de “*comprender y querer*” en los adolescentes. En este sentido SANCHEZ GARCÍA DE PAZ, afirma que: “*La reacción social frente a la inseguridad pública cuestiona los programas de diversión y conciliación entre autor y víctima y reclama un aumento de las medidas represivas*” reflejando una sensación de que se ha ido demasiado lejos⁶⁶.

Conforme al desarrollo histórico y argumentativo descrito podemos afirmar que el origen del modelo jurisdiccional o de responsabilidad no pareciera radicar en los presuntos excesos de libertad concedidos a los menores de edad por los sistemas educativos o de “*diversión*”. Por el contrario, éste encuentra sus bases en la crítica a los excesos del sistema tutelar⁶⁷. Así lo confirman los fundamentos de la doctrina que le da sustento y los orígenes históricos de su configuración y diseño, generados a propósito de sentencias como la dictada en el conocido caso Gault⁶⁸, equivalente a la sentencia 36/1991 del TC que llevó a la modificación introducida a la LO 4/1992 española⁶⁹.

Finalmente, cabe destacar que el proyecto que actualmente debate el parlamento chileno, presentado a trámite legislativo en el año 2002, da cuenta de una estructura y

⁶³ Vid. LARRAURI, ELENA: “Control del delito y castigo en Estados Unidos: una introducción para el lector español”, *Introducción a “Censurar y Castigar” de Andrew von Hirsch*, Edit. Trotta, Madrid, 1998, págs. 11 a 13.

⁶⁴ Vid. TORRENTE, DIEGO: “Desviación y Delito”, Edit. Alianza, Madrid, 2001, pág. 229; TIFFER, CARLOS & LLOBET, JAVIER: “La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica”, ILANUD, UNICEF y UE San José, 1999, pág. 123.

⁶⁵ Existe una tercera vía que promueve o justifica el desarrollo expansivo del sistema de control penal en base a la consideración de los caracteres propios de la sociedad actual, definida como sociedad postindustrial o del riesgo. Sin embargo, dichos planteamientos no parecerían tener incidencia directa en la materia que nos ocupa, en tanto abordan fundamentalmente el llamado “Moderno Derecho Penal” englobando en tal concepto a las modalidades que asume el sistema penal frente a las nuevas realidades emanadas de la globalización y la tecnologización. Sobre ello Vid. SILVA SÁNCHEZ, JESUS MARIA: “La expansión del Derecho Penal. Aspectos de la política criminal en las sociedades postindustriales”, 2ª Edición, Edit. Civitas, Barcelona, 2001; MARTÍNEZ-BUJAN, CARLOS: “Reflexiones sobre la expansión del derecho penal en Europa con especial referencia al ámbito económico: la teoría del Big Crunch y la selección de bienes jurídico-penales” en MIR PUIG/ CORCOY BIDASOLO (Dir.): “La Política Criminal en Europa”, Ateller, Barcelona, 2003, págs. 91 a 106;

⁶⁶ Vid. SANCHEZ GARCÍA DE PAZ, Op. cit., pág. 107.

⁶⁷ Vid. GIMENEZ SALINAS, Op. cit., pág. 615.

⁶⁸ Vid. Supra nota 47.

⁶⁹ Vid. CERVELLO/COLAS, Op. cit., págs. 103 y ss. y ORNOSA FERNÁNDEZ, Op. cit., págs. 33 y 34.

fundamentos similares a los propuestos en el modelo descrito, siguiendo el curso de las leyes de reforma impulsadas en el contexto Iberoamericano de la última década⁷⁰. Así, el mensaje de dicho proyecto señala: *“El Proyecto de Ley que sometemos a vuestra consideración (...) busca adecuarse a los avances del derecho comparado, ser consistente teóricamente, considerar al adolescente como un sujeto de derecho que debe ser protegido en su desarrollo e inserción social y lograr objetivos de prevención de delito. Las disposiciones propuestas recogen las más recientes innovaciones legislativas, como las contenidas en la nueva ley Orgánica reguladora de la responsabilidad penal del menor de España, que entró en vigencia el 13 de Enero del año 2001 y la experiencia positiva y negativa de la aplicación de leyes similares en el contexto de América Latina, especialmente la Ley de Justicia Penal Juvenil de Costa Rica de 1996 y el Estatuto del Niño y Adolescente de 1990 en Brasil. Consideran, también, las normas de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño, las Reglas de las Naciones Unidas para la Administración de Justicia de Menores, para la Protección de los Menores Privados de Libertad y las directrices de Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil; (...)”* *“Las respuestas penales contenidas en esta Ley tienen por finalidad, precisamente, sancionar los hechos que constituyen la infracción y fortalecer el respeto del adolescente por los derechos y libertades de las demás personas, resguardando siempre su desarrollo e integración social. En consecuencia, se considera que tienen una función responsabilizadora, preventiva y orientadora”*⁷¹.

3. La especialidad del sistema penal juvenil: planteamiento del problema

Según hemos podido revisar, todos los modelos históricamente propuestos o implementados para el tratamiento jurídico de los conflictos de relevancia penal en que participan menores de edad asumen, con diferencias o matices, contenidos y características diversas en relación al sistema previsto de modo general para dar respuesta al mismo tipo de conflictos en caso que intervenga un adulto. Estas diferencias se extraen

⁷⁰ En la misma línea (al menos conceptual o de fundamento) se presenta la Ley N° 7576 de Marzo de 1996 de Costa Rica sobre “Justicia Penal Juvenil”; la “Ley del Menor Infractor” de El Salvador, promulgada mediante decreto N° 863 de Junio de 1994; la LO 5/2000 española “Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores” de Enero de 2000. Respecto de esta última Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ (en “Minoría de edad penal y derecho penal juvenil”, pág. 112 y 113) y RÍOS MARTÍN (Op. cit., pág. 222), quienes consideran que con la modificación introducida previamente al ordenamiento español mediante la LO 4/1992, el sistema de dicho país queda en condiciones de ser catalogado bajo este modelo, lo que trae como consecuencia la incompatibilidad de los pretendidos objetivos educativos con los presupuestos formales de la “filosofía” punitiva. Probablemente dicha afirmación se toma del texto literal de la exposición de motivos de la LO 4/1992 que se atribuye dicha calificación (Vid. PÉREZ MARTELL, Op. cit., pág. 66). Consideramos acertada la objeción de incompatibilidad de objetivos, pero desacertada la calificación: dicho sistema corresponde a un híbrido que desarrolla una técnica de intervención tutelar con un procedimiento judicial legítimo, propio –desde esta óptica parcial– del sistema jurisdiccional, lo que dista mucho del “sentido” y fundamentos de los modelos de justicia o responsabilidad. La afirmación de incompatibilidad de este sistema híbrido resulta afirmada por GIMÉNEZ SALINAS y DE LA CUESTA ARZAMENDI, en cita al pie contenida en el texto de SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ antes citado. El modelo implementado en la LO 5/2000 puede sí ser tributario de la idea inicial (propuesta mixta de los sistemas educativo y de justicia), sin que sea susceptible a su respecto objeción alguna de incoherencia.

⁷¹ Mensaje de S.E. El Presidente de la República N° 69-347 de 2 de Agosto de 2002, por medio del cual propone a la Cámara de Diputados un proyecto de ley que “establece un sistema de responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal”.

básicamente desde dos órdenes de consideraciones, relativas, por un lado, a necesidades educativas o de formación de los menores de edad, y por otro, a falencias de culpabilidad, referidas a la capacidad de responsabilidad (imputabilidad).

Como hemos visto, algunos consideran que esas necesidades de tratamiento distinto o “especial” son de tal entidad que inevitablemente exigen sustraer de la construcción penal a estos conflictos, lo que se justifica fundamentalmente en la afirmación de carencia de responsabilidad en los menores de edad (modelo tutelar). Coherentemente el sistema de medidas de aseguramiento propuesto en reemplazo del sistema penal toma como base la necesidad de intervenir frente a aquellos casos en que las necesidades de formación o integración social así lo demandan.

Por el contrario, para otro sector –históricamente mayoritario– frente a estos conflictos debe intervenir en base a un sistema sancionatorio de carácter penal⁷², diverso de aquél previsto de manera general en el Código Penal de adultos, asumiendo, en consecuencia respecto de este último, un carácter “especial”⁷³. Las características “especiales” de dicho sistema parecieran derivar fundamentalmente⁷⁴, de la forma como se disponen las finalidades atribuidas a la pena (o medida), y al sistema penal, en caso de hacerse efectiva la responsabilidad de personas menores de edad, en atención a la consideración primordial del denominado “principio educativo”. Ello se traduce –en clave de funciones de la pena– en la primacía del criterio preventivo general en sede de determinación legal del sistema y la primacía subsecuente del criterio preventivo especial positivo o reeducativo en sede de determinación judicial o individualización, y en sede de ejecución⁷⁵. La prevención especial positiva –en un sentido proactivo, equivalente a la función “resocializadora” atribuida a penas y medidas de seguridad– fundamentaría así el sentido “educativo” de las medidas o sanciones y de su imposición concreta⁷⁶. Por su parte, y en base a las mismas consideraciones, el fin preventivo general de la norma penal, que fundaría la extensión de la aplicación del sistema punitivo hacia los adolescentes mayores de 14 años, necesariamente cede frente a las “necesidades educativas” de dicho infractor, lo que se expresa en la proposición del “interés del menor” como criterio rector o central de la ley⁷⁷. De esta forma, el criterio

⁷² En el mismo sentido CERVELLO / COLÁS, *Op. cit.*, pág. 44; ORNOSA FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, pág. 39; SILVA SÁNCHEZ, *Op. cit.*, pág. 159; VIANA BALLESTER, CLARA: “La responsabilidad penal del menor: naturaleza y principios informadores”, en *Revista Penal* N°13, 2003, págs. 159 a 162 y 172 a 174.

⁷³ *Vid. por todos* CRUZ BLANCA, M. J.: “Derecho Penal de Menores (Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, *Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid*, N° 87, Madrid, 2002, pág. 101.

⁷⁴ *Idem*, con cita de referencia a la literatura española.

⁷⁵ *Vid.* CRUZ BLANCA, MARIA JOSE: “La Ley de Responsabilidad Penal de los Menores tras la Reforma operada por las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000, de 22 de Diciembre”, en *Cuadernos de Política Criminal* N° 75, 2001, pág. 485.

⁷⁶ *Oo. en relación al contenido de la función preventivo especial en el sistema penal juvenil en* CRUZ BLANCA, *Op. cit.*, pág. 486.

⁷⁷ *Debe tenerse presente el riesgo implícito de vulneración de principios limitativos tradicionales del sistema penal de adultos. En dicho sentido, y observando críticamente el quebrantamiento de principios básicos del derecho penal liberal, como la proporcionalidad, en base al expediente “educativo” o del “interés del menor” se pronuncia* GOMEZ RIVERO, MARIA CARMEN: “La nueva responsabilidad penal del menor: Las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000”, en *Revista Penal* N° 9, 2002, págs. 8 ss.

del “*interés del menor*”, entendido como interés educativo, y las exigencias que de éste derivan para el sistema, concurrirían, en principio, a justificar su especialidad de manera fundamental⁷⁸.

Adicionalmente, para algunos, existe un argumento complementario que concurre a sustentar la especialidad del sistema –y la primacía del criterio del interés del menor–, asumido de manera implícita en dicha justificación, relativo a la concurrencia de una capacidad de culpabilidad disminuida en el menor de edad⁷⁹. Así, algunos autores omiten el desarrollo de criterios diferenciadores⁸⁰, afirmando o suponiendo en todo caso la culpabilidad, volcando de esta forma todo el peso de la especialidad del sistema en el criterio educativo o del “*interés del menor*”⁸¹. Otros radican la diferencia en su falta de madurez o de desarrollo de la personalidad del adolescente⁸², carencia evolutiva que afecta negativamente su capacidad subjetiva de autodeterminación, pudiendo por ello exigirse una responsabilidad de nivel inferior a la que se extrae del comportamiento, completamente autónomo de un adulto.

En relación a ello, estimamos que efectivamente existe un marco de diferencia en el contenido de la culpabilidad que es posible afirmar respecto de adolescentes, lo que en caso alguno permite sustentar el que no sea posible atribuirles responsabilidad por su comportamiento. Ello, sobre esa base y considerando el carácter restrictivo de derechos que detentan las medidas correccionales, de aseguramiento o de tratamiento posibles de proponer, asumimos que estamos en presencia de una respuesta que ininterrumpidamente se ha encontrado históricamente confiada a las esferas del control penal, debiendo por ende reconocerse dicho carácter, formalmente.

De esta forma, entendiendo que la respuesta a la infracción penal de un adolescente detenta, ha detentado y debe detentar carácter penal, tanto el criterio del “*interés del menor*” como la constatación de su “*culpabilidad disminuida*”, en cierta medida, contribuyen a sustentar la especialidad del sistema frente a aquél que se dispone de manera común para adultos.

⁷⁸ Así por ejemplo la Exposición de motivos de la LO 5/2000, española, apartado 1.5, señala: “(...) la naturaleza y finalidad de aquel tipo de proceso, encaminado a la adopción de unas medidas que, como ya se ha dicho, fundamentalmente no pueden ser represivas, sino preventivo-especiales, orientadas hacia la efectiva reinserción y el superior interés del menor, valorados con criterios que han de buscarse primordialmente en el ámbito de las ciencias no jurídicas.”

⁷⁹ Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, ISABEL: “Minoría de edad penal y derecho penal juvenil”, Edit. Comares, Granada, 1998, pág. 159.

⁸⁰ Vid. CEZÓN GONZÁLEZ, C.: “La Nueva Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”, Edit. Bosch, Barcelona, 2001, pág. 44 y 45; ORNOSA FERNÁNDEZ (Op. cit., pág. 39), asume dicha posición en forma explícita y con un desarrollo doctrinario de sustento (en tanto las consecuencias son penales y se exige culpabilidad, se trata de una nueva fijación de dicho límite en los 14 años de edad), reconociendo la necesidad de profundización del problema. Se apoya con cita de texto en planteamientos similares de Gerardo Landrove y Francisco Bueno Arus.

⁸¹ Vid. por todos, con cita referencial, ORNOSA FERNÁNDEZ, Op. cit., pág. 39.

⁸² Para algunos incluso el centro de la especialidad del sistema lo ocupa precisamente esta falencia en el grado de madurez atribuido al menor, fundada en un desarrollo incompleto de su personalidad. Vid. CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN: “El Nuevo Derecho Penal de Menores”, Edit. Civitas, 2002, pág. 158; GARCÍA PÉREZ, OCTAVIO: “La competencia de los órganos de la administración de Justicia de menores y las bases de la responsabilidad penal de éstos y el derecho supletorio.”, en GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, ESTHER (Coord.): “Justicia de Menores: una Justicia Mayor”. *Manuales de Formación Continuada N° 9, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, pág. 52.*

Sin embargo creemos que su formulación en los términos esbozados en el desarrollo previo del presente texto no resultan suficientes para justificar tal conclusión, pudiendo incluso los conceptos propuestos ser funcionales a opciones o modelos de tratamiento –formal– del conflicto penal juvenil completamente diversos⁸³, históricamente propuestos, implementados y hoy en día abandonados o en curso de abolición⁸⁴. Por ello, creemos que esta base de fundamentación requiere de un complemento, necesario para los efectos de una adecuada interpretación del rol que cumplen las diversas instituciones del sistema penal –incluyendo aquellas de naturaleza procesal– en su aplicación frente a adolescentes que incurrir en conductas de naturaleza delictual.

Este complemento o redefinición de dichos criterios resulta particularmente relevante a la hora de justificar las decisiones que pueden adoptarse en los espacios de discrecionalidad reglados que se disponen o pueden disponerse en un sistema penal de adolescentes, los cuales deben considerarse en mayor medida que en la regulación penal general aplicable a los adultos, en atención a los mismos motivos que subyacen a los criterios de interpretación que proponemos. Creemos que el mayor riesgo de una inadecuada comprensión del sentido de dichos criterios, principios o directrices concede espacios abiertos al exceso de la intervención estatal, a una aplicación desigualitaria del sistema o, en definitiva, a una desformalización –sin controles– que posibilita soluciones arbitrarias, todo lo cual incide inevitablemente en una inadecuada obtención de los efectos que se esperan conseguir con la consagración y aplicación de dicho sistema.

Iniciaremos el tratamiento en base al análisis de los presupuestos de atribución de responsabilidad personal, para luego, y sobre esa base, avocarnos al tratamiento del denominado “principio educativo” y su expresión en base al criterio del “interés superior del niño”.

4. Los presupuestos de atribución de culpabilidad / responsabilidad (La culpabilidad y el discernimiento: su papel en el sistema penal juvenil)

Según señalamos previamente se afirma que la culpabilidad, como categoría sistemática y principio legitimador de la intervención, concurre en igualdad de condiciones a

⁸³ La imputabilidad disminuida, fundada en defectos de madurez, puede justificar la imposición de una sanción penal prevista de modo general para adultos, impuesta en forma atenuada, idéntica en naturaleza y finalidad a aquellas previstas en el sistema penal general (modelo clásico liberal), como aquella que se dispone en base al artículo 72 de nuestro Código Penal. A su vez, la primacía absoluta de criterios preventivo especiales resocializadores o “educativos” lleva –en un extremo– a un fundamento de intervención de base peligrosista, que opera en base a la afirmación de defectos de socialización construidos bajo un concepto de incapacidad, mecanismos que resultan propios del correccionalismo defensivo. Finalmente, el sustentar la primacía de dichos criterios, considerados conjuntamente, en fase de individualización y ejecución de la pena, supone su interacción en términos similares a lo que hoy en día puede afirmarse, en idénticos términos, respecto del sistema penal aplicable a adultos, con leves matices que no resultan suficientes para fundar la aplicación de un sistema de características diferenciadas o especiales.

⁸⁴ La concurrencia de ambos supuestos (capacidad disminuida y educación), nos sitúan en un referente aparentemente contradictorio, en tanto concurren a fundar el sistema y la sanción –o medida– consideraciones apoyadas en la idea de culpabilidad –lo que conlleva afirmaciones de responsabilidad y de autonomía– y otras que promueven la intervención en miras a complementar defectos de formación. Más bien, no se actúa sobre la base de la “capacidad” afirmada, sino en razón a falencias de la misma y sobre ellas, para procurar su complemento. Cabe destacar que el denominado “modelo educativo” propone una estructura de similares características.

justificar la responsabilidad penal de adultos y adolescentes⁸⁵. En algunos casos, dicha afirmación se extrae implícitamente de la ausencia de consideraciones que expliciten un criterio diferenciador, no obstante exigirse un actuar “culpable” en el menor de edad.

No compartimos la posición de quienes sustentan esta equivalencia⁸⁶, partiendo de la base que es necesario explicitar un criterio o elemento sistemático o político criminal que permita no aplicar una sanción penal general –regulada en el Código Penal– a un adolescente que ha infringido la ley penal, no obstante afirmarse su culpabilidad. Tampoco compartimos la afirmación de quienes, en una línea diversa, radican dicho criterio en un defecto atribuible a la falta de madurez, relación personal o desarrollo del adolescente⁸⁷, en base a dos órdenes de consideraciones que pasamos a revisar a continuación y que se refieren, por un lado, a su contenido (la afirmación de un defecto de madurez o desarrollo) y por otro, a la imposibilidad de su afirmación práctica en cada caso concreto⁸⁸.

a) Los problemas que propone madurez –en tanto capacidad personal individual– como fundamento de la intervención penal en adolescentes.

Partimos de la base que la consideración de elementos relativos a las posibilidades de interacción del niño o adolescente en su medio pueden efectivamente ser útiles para fundar una opción político criminal en base a la cual se regulen efectos jurídicos en el marco de la atribución y reproche individual de comportamientos punibles. Para ello, su consideración requiere inevitablemente ser mediatizada en un criterio o parámetro de atribución susceptible de ser aplicado de forma igualitaria a todos quienes se encuentren en una condición semejante.⁸⁹

Por otro lado, el exigir un criterio relativo a la madurez o a una capacidad personal determinada,⁹⁰ para efectos de proceder a una imputación, necesariamente requiere

⁸⁵ Vid *Supra*, notas 79 y 80.

⁸⁶ En el mismo sentido ALBRECHT, considera “problemática una utilización universalista de la categoría sistemática jurídico penal de la <culpabilidad> en el derecho penal de menores”. ALBRECHT, PETER-ALEXIS: “El Derecho Penal de Menores”, trad. Bustos Ramírez, Juan, Edit. PPU, Barcelona, 1990, pág. 122.

⁸⁷ En el sentido objetado MARTÍN LÓPEZ, MARÍA TERESA: “Modelo de justicia juvenil, en la Convención de Derechos del niño”, en *del mismo* (Coord.): “La protección de los Menores. Derechos y Recursos para su atención”, *Monografías Civitas, Madrid, 2001*, págs. 150 y ss., quien incluso –a nuestro juicio erróneamente– fundamenta dicha afirmación con referencia a los criterios y normativa propia de la doctrina de la protección integral de los derechos del niño. Cabe destacar que sobre esa base concluye, acertadamente, que las diferencias presentes en la personalidad del adolescente no detentan solamente un contenido evolutivo o de desarrollo sino también social, lo que lleva a afirmar a su respecto una responsabilidad diversa a la de un adulto (pág. 152).

⁸⁸ Asumimos que los requisitos de atribución de un hecho delictivo requieren no sólo de afirmación abstracta, general o estadística, sino que requieren de acreditación concreta para atribuirles relevancia legitimante de la intervención penal. Sobre ello VID. SILVA SANCHEZ, *Op. cit.*, pág. 167 y 169.

⁸⁹ Vid. BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HORMAZABAL MALAREE, HERNAN: “Lecciones de Derecho Penal”, *Volumen II, Edit. Trotta, Madrid, 1999*, pág. 342.

⁹⁰ El criterio se formula inicialmente (fórmula psicológica) para exigir acreditación de la capacidad en cada caso, siendo abandonado hoy en día. En su reemplazo los sistemas mixtos buscaron la afirmación o negación de dicha capacidad dentro de cierto rango de edad. Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Op. cit.*, pág. 31 y ss; MAURACH / GÖSSEL / ZIPP: “Derecho Penal. Parte General”, 7ª edición, Tomos I y II, traducción Jorge Boffil G., Edit. Astrea, Buenos Aires, 1995, T1, pág. 635.

poder ser confirmado –por concurrencia o ausencia–⁹¹ en concreto,⁹² para lo cual necesita de un mecanismo, procedimiento o instituto que permita proceder a su afirmación. De lo contrario el sistema permitiría entender que el nivel de madurez concurrente en todos quienes detentan entre 14 y 18 años de edad permite suficientemente fundar un reproche de culpabilidad –inferior, en todo caso, a aquél que es posible sustentar respecto de un adulto– sin que exista la posibilidad de justificar, en el caso concreto, la no concurrencia de los niveles suficientes de autodeterminación, o afirmar en su caso, la concurrencia de niveles de autonomía asimilables a los de un adulto, elemento que, de fondo, opera como fundamento material de atribución individual o personal.

El único procedimiento conducente a dicho fin pareciera haberse encontrado en la vieja fórmula del juicio o examen de “*discernimiento*”, mecanismo que históricamente ha demostrado ser incapaz de cumplir de manera efectiva dicha función (demostrar que el adolescente contaba, en el momento preciso de ejecución de la conducta –normalmente distanciada en el tiempo de la época del diagnóstico– con la capacidad de comprender el sentido de sus actos, las valoraciones normativas y orientar su comportamiento en consecuencia)⁹³, recurriendo constantemente a parámetros diversos a la capacidad individual para sustentar el mérito de sus conclusiones. De hecho puede constatar que la mayoría de ellos son extraídos de las condiciones sociales que rodean al hecho y particularmente al adolescente, acercándonos de esta forma a su acreditación en base a elementos propios de una culpabilidad por la conducción de la vida⁹⁴, o, alternativamente, a criterios de peligrosidad derivados del medio o entorno social⁹⁵.

⁹¹ Si sobre una base biológica (fijación de un tramo de edad), se presume la capacidad, debe poder ser desmentida –por el mismo expediente o mecanismo– pues de lo contrario se consideraría presumida iuris et de iure, lo que resultaría proscrito en el ámbito del derecho penal (presunción de derecho de responsabilidad).

⁹² A este respecto y en relación a los sistemas que fundan la culpabilidad en una capacidad personal de determinación (el “poder en lugar de”) SILVA SÁNCHEZ afirma: “Evidentemente, un planteamiento de esta naturaleza hace necesario, en el caso que aquí interesa, realizar un juicio individual de discernimiento.” Agrega, en cita a García Andrade, que: “una perspectiva bio-psicológica individual, centrada en el discernimiento (y no en cambio en la necesidad de pena) exigiría un análisis caso por caso, huyendo de generalizaciones (...)”. Op. cit., pág. 167 y 169. En el mismo sentido González Zorrilla, citado por ACERVELLO / COLÁS, Op. cit., pág. 52 y Nowakowski, citado por SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Op. cit., pág. 157.

⁹³ VIVES ANTÓN sentencia categóricamente: “Si hay algo filosóficamente pacífico en nuestro tiempo es la idea de que ese presupuesto (culpabilidad) no puede demostrarse ni en general, ni, menos aún, en un caso concreto”, en VIVES ANTÓN, TOMAS SALVADOR: “Constitución y Derecho Penal de Menores” en, del mismo, “La Libertad como Pretexto”, edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, pág. 351. (texto en negrilla incorporado en el original). En el mismo sentido SILVA SÁNCHEZ, quien en relación al discernimiento señala: “sobre cuya dificultad de comprobación caso por caso no es necesario insistir”. Op. cit., pág. 183; Por su parte CILLERO BRUÑOL afirma: “Desde un punto de vista empírico el discernimiento en sentido clásico resulta ser una cualidad difusa de imposible determinación, que se presta para interpretaciones subjetivas del juzgador o de los peritos que apoyan su decisión”. Vid. CILLERO BRUÑOL, MIGUEL, en Polltoff / Ortiz (Dir.) Matus (Coord.): “Texto y Comentarios del Código Penal Chileno”, Tomo I, Libro Primero, Parte General, Edit. Jurídica de Chile, 2002, pág. 123.

⁹⁴ Vid. ZAFFARONI, Op. Cit., págs. 659 y 661 a 665.

⁹⁵ Vid. GARCÍA PÉREZ, O., Op. cit., pág. 67: “El grado de madurez constituye un elemento normativo de difícil precisión. En cualquier caso es necesario huir de una configuración meramente psicológica de este requisito, pues, como hemos visto en la fundamentación, no se deben perder de vista los factores sociales”. Asimismo CUELLO CONTRERAS, quien para definir el concepto material de la capacidad de culpabilidad disminuida del infractor adolescente recurre a criterios propios del entorno que rodea al menor, en los siguientes términos: “déficits educativos de la primera infancia (p. ej. malos tratos o abusos sexuales), haber sido educado fuera de la familia, en centros cerrados (internado, reformatorio, etc.) o la procedencia de una cultura diferente a aquella en que se vive (hijos de inmigrantes), etc. pueden ser criterios muy indicativos de una falta de madurez en la dinámica del hecho”, en una clara referencia a fenómenos de la vida del infractor, pre-existentes y desvinculados del hecho que se imputa. Vid. CUELLO CONTRERAS, Op. cit., págs. 50 y ss. y en especial pág. 55.

A este respecto, y en un sentido crítico –que compartimos– CARMONA SALGADO afirma: “creo personalmente que resulta a todas luces evidente la ambigüedad e indefinición de que adolece este último término, es decir, el relativo a la madurez; concepto socio-cultural, cargado de una buena dosis de relativismo, por lo demás de muy difícil concreción en la práctica, pues al estar estrechamente vinculado a las condiciones sociales vigentes queda sometido en cuanto a su determinación a la total discrecionalidad del juez”⁹⁶. En el mismo sentido, se pronuncia ALBRECHT, señalando que: “La mayoría de los criterios enunciados son tan indeterminados que casi no sirven para la aplicación práctica, pero todavía menos son defendibles como característica de tipicidad convincente de una u otra etapa” relativa al desarrollo evolutivo de la persona⁹⁷. Debemos especificar que esta última afirmación la expone ALBRECHT a propósito del análisis de un procedimiento de evaluación de criterios de “madurez” análogo al previsto de manera tradicional para determinar la imputabilidad de los adolescentes –en base al cual se permite en Alemania la aplicación del sistema propio de adolescentes a personas mayores de edad que detentan hasta 21 años– que sin embargo resulta del todo pertinente⁹⁸, en tanto el objeto de análisis es idéntico⁹⁹.

No obstante lo señalado, es posible constatar la existencia de una relación entre dichos factores de orden u origen social y las bases de afirmación de un concepto de culpabilidad personal, toda vez que éste detenta evidentemente una dimensión social¹⁰⁰, apoyando su construcción y afirmación en consideraciones externas al individuo¹⁰¹.

Ello, sin embargo, no implica que necesariamente debamos definirla desde dichas condiciones sociales, pues nos acercáramos –como ya señalamos– a un concepto de culpabilidad por la conducción de la vida, o, en su caso, nos llevaría a desechar directamente el concepto, sustituyéndolo por otro que, coherentemente, se funde en dichas condiciones, como es la peligrosidad. Esta es precisamente la tendencia vivida por el juicio de discernimiento en la época de vigencia del sistema clásico y su aplicación mixta en el sistema positivista, en virtud de lo cual casi siempre se fundó –en su desarrollo como pericia– en una prognosis, en lugar de un diagnóstico, materializándose o

⁹⁶ Vid. CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN: “Algunas Observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores, a raíz de la ley 5/2000, de 12 de Enero”, en RECPC 04-03, año 2002, en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-03.html, pág. 3.

⁹⁷ ALBRECHT, Op. cit., pág 140 y 142. Vid asimismo pág. 130 (letra c), con referencia a criterios presentes en la práctica de los operadores del sistema alemán.

⁹⁸ Así, tanto en Alemania como en España se radica el detonante subjetivo, personal, de dicho sistema en lo que la ley denomina la “madurez”, concepto –equivalente– definido como capacidad individual y de relación. Sobre ello Vid. MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, Op.cit., T 1, pág. 639.

⁹⁹ En el sentido expuesto se pronuncia expresamente CUELLO CONTRERAS, Op. cit., pág. 67.

¹⁰⁰ No hay una culpabilidad en si, sino una culpabilidad en referencia a los demás. “La culpabilidad no es un fenómeno individual, sino social”. Sobre ambas afirmaciones Vid. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: Introducción, en CLAUS ROXIN: “Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal”, traducción de Muñoz Conde, Edit. Reus, Madrid, 1981, passim; Asimismo, BUSTOS / HORMAZABAL, Op. cit., pág., 317 a 327.

¹⁰¹ En ese sentido Torio López, citado por SANCHEZ GARCÍA DE PAZ, Op. cit., pág. 29 y ss.

formalizándose como si fuera esto último. Ello hace que el resultado de este mecanismo sea tributario o funcional a un concepto propio de un derecho penal de autor o, como señalamos, a una culpabilidad por la conducción de la vida, por lo que, estimamos, debe ser desechado¹⁰².

En otro ámbito, reproducimos adicionalmente las críticas históricamente formuladas respecto de concepciones de culpabilidad fundadas en la capacidad subjetiva, real o psicológica, del individuo, tributarios en su mayoría de un fin exclusivamente retributivo de la pena¹⁰³, y que hoy en día resultan prácticamente desechados o no sustentados¹⁰⁴.

Sobre la base de esas mismas críticas, asumiremos el tratamiento de la supuesta *"imputabilidad disminuida"* del adolescente, afirmación que entendemos detenta una doble objeción de ilegitimidad.

La primera radica en las dificultades de asumir que el criterio de la capacidad de culpabilidad pueda ser satisfecho de manera parcial, o, lo que es lo mismo, que detente instancias o etapas de satisfacción o concurrencia intermedias o parciales, considerando su contenido (cualquiera que se proponga y que se corresponda con un fundamento radicado en una capacidad psíquica o personal) y el rol que cumple en el sistema penal. Ello, pues una *"capacidad"*, como concepto y atributo, reconocido o afirmado respecto de una persona, se tiene o no se tiene, puede afirmarse o negarse¹⁰⁵, pero no se detenta *"parcialmente"*. Es decir, ante la pregunta sobre si una persona puede o no ser capaz de culpabilidad, debiéramos, bajo este supuesto responder que *"sí"* o que *"no"*, o incluso que *"tal vez"* –dando paso a la certeza, por ejemplo, en base a mecanismos como el discernimiento– pero nunca podríamos responder que *"más o menos"*. En este sentido asumimos como íntegramente correctas las palabras de CURY quien afirma que: *"La imputabilidad, como tal, es un estado personal que determina una cierta consecuencia (la incapacidad de autodeterminación) y, por consiguiente, no admite gradaciones. El sujeto es o no capaz de comprender lo injusto y actuar en consecuencia; el factor intelectual, desde luego, es indivisible, porque no existe un "entender a medias"; en cuanto al volitivo, como capacidad personal subsiste aunque se encuentre limitado, o bien no existe del todo"*^{106 107}.

¹⁰² Vid. Supra, nota 94.

¹⁰³ Vid. SILVA SANCHEZ, Op. cit., pág. 166 a 171.

¹⁰⁴ No corresponde repetir en este lugar dicho planteamiento crítico. Sobre ello Vid. BUSTOS / HORMAZABAL., Op. cit., págs. 313 a 319; Asimismo, MUÑOZ CONDE, Op. cit., passim y SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, Op. cit., págs. 6 a 30.

¹⁰⁵ En el sentido expuesto MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, Op. cit., pág. 909. Oo. en CERVELLÓ / COLÁS, Op. cit., pág. 51, citando en el mismo sentido a Torio López y Cobo/Vives.

¹⁰⁶ Vid. CURY URZÚA, ENRIQUE: "Derecho Penal. Parte General." Tomo II, 2ª Ed., Editorial Jurídica de Chile, 1992, pág. 45. Vid. asimismo, págs. 32 y ss.

¹⁰⁷ En su caso puede afirmarse la concurrencia de culpabilidad disminuida, cuando alguno de los presupuestos de la exigibilidad, impongan normativamente un menor nivel de reproche. En lo demás, se tiene o no se tiene capacidad y se conoce, o más bien, se puede conocer el carácter injusto del hecho. En caso contrario, no se satisface el requisito respectivo.

La segunda observación deriva de la concepción de “*persona*” que se sustente respecto del menor de edad. Para su explicación debemos recordar que en forma paralela el sistema presupone, por regla general, la concurrencia de las capacidades de opción libre o autónoma en un adulto, presumiendo con ello la “capacidad de culpabilidad” (imputabilidad) sin que exista un expediente que permita justificar lo contrario, en una condición diversa al padecimiento de una patología (la falencia de madurez deja subsistente la responsabilidad)¹⁰⁸. Bajo este supuesto de manera “*mágica*” (o, a decir verdad, estadísticamente) se asume mayoritariamente la concurrencia de un grado de madurez suficiente al alcanzar los 18 años, cuya falencia sólo resulta atribuible a un fenómeno equivalente a una enfermedad o patología. Este expediente, en consecuencia, asume factores asociados a la inmadurez como un defecto de formación¹⁰⁹, como una patología, situando al adolescente –y en España y Alemania, al adulto, menor de 21 años, “inmaduro”– como un sujeto “*anormal*”, en relación a lo que se considera constituyen los presupuestos generales de interacción social, definidos o, más bien, contruidos jurídica y socialmente como representativos de las “*condiciones normales*”¹¹⁰. Ello, efectivamente contribuye a sustentar un menor nivel de reproche, pero, y al mismo tiempo, permite afirmar hipotéticamente la posibilidad de una intervención de complemento, dirigida a la “*normalización*” de naturaleza paternalista o correccional¹¹¹.

Creemos, por el contrario, que el menor de edad no es una persona anormal, defectuosa o incompleta, sino diferente, lo que pasa por asumir una redefinición de los presupuestos de interacción social, o más bien, del rol, requisitos y presupuestos del concepto de “*persona*” o “*sujeto*” desde el punto de vista de la interacción en sociedad¹¹².

A todo lo que hemos señalado debemos agregar finalmente las dificultades que detenta la sola fijación de un parámetro de madurez, autodeterminación física y psíquica, o motivabilidad a acreditar, que sea diferente del exigible a un adulto, en términos que hagan posible sustentar un concepto de culpabilidad diverso o especial¹¹³. Ello pasa

¹⁰⁸ Si bien en la actualidad algunos modelos (particularmente el Español y el Alemán) permiten argumentar la falta de madurez para ser tratado como adolescente respecto de adultos de hasta 21 años, ello no se opone a la afirmación realizada, no sólo por corresponder a una modalidad es de reciente generación, en ambos modelos, sino por obedecer a un fundamento diverso, según veremos más adelante.

¹⁰⁹ Oo. En MAURACH / GÖSSEL / ZIPF: “La insuficiente madurez del joven constituye sólo la consecuencia de un proceso de evolución fisiológica aún no concluido”. MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, Op. cit., T1, pág. 637.

¹¹⁰ La diversa categorización de conductas que realiza el ordenamiento jurídico permite asumir que éste construye una determinada forma de aproximación social a dichos comportamientos. En ello el proceso de criminalización primaria cumple un rol definitorio de la “normalidad social” en base a definir lo intolerable. Vid. ZAFFARONI, Op. Cit., pág. 7 y ss.

¹¹¹ Vid. CILLERO BRUÑOL, Op. cit., pág. 124.

¹¹² En HERNÁNDEZ GALILEA, JESÚS MIGUEL (Coord.): “El Sistema Español de Justicia Juvenil”, Edit. Dykinson, Madrid, 2002, pág. 28, se argumenta la necesidad de no asignar un tratamiento a los menores de edad comparable o equiparable al de los incapaces, entendiendo –a nuestro juicio erróneamente– que ello conlleva efectos que justifican una intervención de tipo paternalista.

¹¹³ A este respecto ALBRECHT señala: “El concepto de madurez (estado de desarrollo físico social o bien psíquico) corresponde <a una convención dependiente sociocultural; está cargada ideológicamente, orientada al caso ideal y no es computable ni medible” (el destacado es mío). Op. cit., pág. 129. Especialmente en págs. 131 y ss. hace referencia a la diversidad de criterios sustentables y resoluciones “pragmáticas” y “escépticas” adoptadas en función del criterio, que resulta –en el caso alemán– posible de ser afirmado o negado, en concreto. Vid., asimismo, Supra cita de CARMONA SALGADO en nota 96.

por afirmar cuales de las aptitudes, capacidades o características que debe detentar, y que son inferiores a las que tiene un adulto, hacen que su posición frente a la norma y las posibilidades de adecuación “voluntarias” de su comportamiento a las mismas sean diferentes, pero a la vez suficientes para atribuir responsabilidad¹¹⁴.

En términos generales e hipotéticos la “falencia” que el menor de edad pudiere detentar podría situarse en su capacidad de comprensión, volitiva, de desarrollo moral, de autocontrol o en todas ellas. Sobre ello preferentemente se argumenta que a la edad de 10 o máximo 12 años se han adquirido las capacidades intelectivas, de desarrollo moral y de autoregulación, que permitirían configurar los presupuestos de la culpabilidad, pero que sin embargo, por encontrarnos en un periodo de experimentación y aprendizaje, en el cual son frecuentes las conductas desviadas marginales y los efectos propios de las crisis de identidad que, por reacción, hacen compleja la adaptación del comportamiento a la representación moral, se trata necesariamente de una culpabilidad presente en forma disminuida¹¹⁵. De esta forma el elemento diferenciador se situaría no tanto en el ámbito de las facultades de asimilación conceptual o normativa, sino en las facultades o potestades que le permiten al adolescente adaptar su comportamiento a las prescripciones normativas, en igualdad de condiciones que un adulto.

Dichas diferencias, efectivamente existentes en nuestro concepto, inciden en la ponderación de las decisiones que adopta un adolescente a la hora de enfrentar un mensaje normativo referido a su comportamiento. Sin embargo, ese no parece ser el único efecto, en tanto esas mismas diferencias, también inciden en la valoración interna que el menor de edad realiza en relación a dicho comportamiento, efectuada desde sus posibilidades concretas de percepción del desarrollo y desenvolvimiento humano en sociedad, en tanto adolescente¹¹⁶. De esta forma, existen diferencias en su motivabilidad y en la percepción valorativa del mandato legal.

Por ello, creemos que sobre esa afirmación es posible extraer un concepto diferenciado de capacidad, pero autónomo, no definido desde la atribución que se afirma respecto a la capacidad de un adulto. De esta forma, no se trata de un concepto de capacidad presente en forma incompleta, sino de su propia capacidad como adolescente¹¹⁷.

¹¹⁴ Sobre ello y aun considerando que se manifiesta favorable a la utilización del criterio, Torio López afirma: “la cuestión más trascendental que la imputabilidad plantea es precisamente el hallazgo de aquellos factores subjetivos o personales, que en el sentido del conocimiento psiquiátrico y psicológico aparecen como condiciones, dotadas de cierta estabilidad, influyentes en el comportamiento”, texto citado en SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, pág. 30; Asimismo Vid. SILVA SÁNCHEZ, Op. cit., pág. 164: “En concreto debe procederse a esclarecer el significado del concepto jurídico-penal de culpabilidad, pues no en vano se afirma comúnmente que los menores de edad, que pueden realizar hechos penalmente antijurídicos, son en cambio <inculpables>”.

¹¹⁵ Vid. CERVELLÓ / COLÁS, Op. cit., pág. 53 y 55.; Movilla Álvarez sitúa precisamente el problema en lo que denomina la capacidad de “querer” y no en la capacidad de “entender”, citado por ORNOSA FERNÁNDEZ, Op. cit. pág. 36.

¹¹⁶ Estas diferencias también se expresan en otros caracteres propios de su condición de persona en desarrollo que con posterioridad profundizaremos.

¹¹⁷ Incluso, esta base, unida a otros caracteres posibles de afirmar respecto de la personalidad de los adolescentes, ha permitido a algunos autores justificar un concepto de injusto diferenciado o propio, en relación a aquél que prevé de manera general la legislación penal de adultos. Por ello retomaremos el tema a propósito del tratamiento del injusto en el sistema penal juvenil, infra b) i.-

Si bien podría estimarse que la diferencia de enfoques enunciada sólo detenta caracteres formales o argumentativos, representando un concepto materialmente equivalente, son múltiples los argumentos que nos permiten darle sentido de manera útil. En primer lugar permite no concebir la capacidad de un adolescente como un defecto o falencia, lo que detenta relevancia a la hora de caracterizar los objetivos de la intervención y su contenido, permitiendo asimismo reafirmar su naturaleza punitiva. Permite desechar toda idea paternalista o correccionalista como base del sistema, proscribiendo la consideración de contenidos de corte socializador o resocializador como presupuestos básicos de la intervención. De ello, asimismo, se desprende el rechazo a la aplicación indeterminada de consecuencias (sanciones o medidas). Así, y como señalamos previamente, la diferente capacidad de atribución de responsabilidad que es posible sustentar respecto de un adolescente lleva a la aplicación de un sistema de consecuencias de su responsabilidad que en su naturaleza es diverso respecto de la sanción de un adulto, no siendo suficiente una respuesta que refleje esa diferencia en una mera aplicación atenuada de las sanciones generales, como la propuesta en los modelos propios del liberalismo clásico.

Por otro lado, la argumentación expuesta puede ser sustentada –y por ello reafirmada– desde un origen diverso, relativo al contenido material de la culpabilidad. Desde un punto de vista sistemático y formal la imputabilidad es capacidad de culpabilidad¹¹⁸. Su contenido material no puede ser definido desde un punto de vista personal individual, como capacidad biológica, sino como capacidad de relación. De ahí que las diferencias del adolescente y del adulto no radiquen en su propia personalidad evolutiva sino en sus características de relación con la sociedad¹¹⁹. Por ello, el considerar la existencia de caracteres comunes, propios de la personalidad del adolescente, nos lleva a categorizar sus modalidades de relación de manera diversa a aquella que realiza un adulto. Así, como antes señalamos, la consideración de sus caracteres propios nos permiten afirmar que el fundamento de atribución de responsabilidad (la capacidad de culpabilidad) no radica en una “*imputabilidad disminuida*” sino en su propia “*imputabilidad*” como adolescente¹²⁰. En tanto no resulta posible recurrir a la acreditación concreta de una capacidad personal individual y en tanto dicho concepto no da debida cuenta de la dimensión social de la capacidad individual, en un ámbito netamente valorativo, el contenido de dicha atribución no puede ser sustentado en la madurez o desarrollo alcanzado por el adolescente, sino en los ámbitos de autonomía y niveles de participación que le son socialmente reconocidos al menor de edad, conforme a su natural proceso evolutivo. “*El fundamento material común a este criterio de imputación*”

¹¹⁸ Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Op. cit.*, pág. 30.

¹¹⁹ En el mismo sentido y con el mismo concepto, aplicado a una culpabilidad estrictamente fundada en base a criterios de necesidad preventiva de pena, se pronuncia SILVA SÁNCHEZ, *Op. cit.*, pág. 169.

¹²⁰ Vid. TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARÍA: “El Nuevo Derecho Penal de Menores ¿creación de un sistema penal menor?”, en *Revista Penal* N° 8, 2001, pág. 77.

que denominamos con el nombre de culpabilidad debe buscarse en aquellas facultades que permiten al ser humano participar con sus semejantes, en condiciones de igualdad en una vida en común (...).¹²¹ Dicho marco de desarrollo, es prácticamente nulo en el caso de un infante, lo que justifica la ausencia de consecuencias que se le atribuyen a su actividad infraccional. Los adolescentes son imputables, y la consecuencia de su capacidad de imputabilidad es su responsabilidad, la cual es medida por las exigencias que el Estado legítimamente puede afirmar en base a la esfera de auto-determinación que les reconoce¹²², y que en este caso, por ser menor que la atribuida a un adulto, es igual y proporcionalmente, inferior¹²³.

b) El fundamento de la “responsabilidad” penal juvenil.

En el contexto de un Estado de derecho –y por regla general– resulta posible atribuir consecuencias fundadas en la responsabilidad individual por el desarrollo de un comportamiento personal lesivo de intereses de terceros, en tanto se afirme positivamente un daño (lesividad) y un juicio de reproche personal (culpabilidad), esquema que se repite en el contexto del funcionamiento del sistema penal. Las características de sus presupuestos y de sus consecuencias (hecho tipificado como delito y sanción penal, respectivamente), y su entidad, justifican en estos casos la intervención Estatal y la expropiación del conflicto del ámbito de los particulares que se hayan visto afectados.

Así, no se legitima dicha intervención en caso de no ser posible sustentar presupuestos que permitan atribuir o imputar la producción del daño al comportamiento autónomo de una persona determinada. En el mismo plano, de legitimidad, dichos presupuestos deben suponer no solamente un nivel determinado de capacidades físicas y psíquicas que habiliten, o posibiliten, el desarrollo de un comportamiento personal autónomo –individualmente decidido y ejecutado–, sino que requiere del reconocimiento jurídico –social y formal– de dicha titularidad o capacidad¹²⁴. De esta forma,

¹²¹ Vid. MUÑOZ CONDE, *Op. cit.*, pág. 34.

¹²² En relación al concepto de culpabilidad (en general, en derecho penal) BUSTOS / HORMAZABAL señala: “No se trata de un juicio a las capacidades de las personas, sino a la capacidad del Estado, en definitiva de su legitimación, para exigir esa respuesta a la persona y para ello el Estado (...) respecto de ese individuo concreto ha de haber promoviéndolas condiciones para que su libertad e igualdad sea real y efectiva (...) facilitando su participación en la vida política, económica, cultural y social. (...) Por eso culpabilidad es exigibilidad, o sea, capacidad no de la persona para dar una respuesta determinada, sino capacidad del Estado para exigir esa respuesta”. *Op. cit.*, pág. 336.

¹²³ Las bases de esta afirmación presentan mayores similitudes con el fundamento expuesto en la denominada “teoría del sujeto responsable” de BUSTOS RAMÍREZ. (Vid. BUSTOS RAMÍREZ / HORMAZABAL MALAREE, *Op. cit.*, pág. 330 y ss). Existen, asimismo, otros conceptos de culpabilidad definidos en términos “participativos” o “democráticos” (así las construcciones propuestas por Günther o Kindhäuser) los que básicamente hemos desechado como fuente de sustento por detentar, como base común, el considerar un concepto de responsabilidad emanado de una “especie de renuncia del ciudadano” frente al Estado. Sobre ello es posible encontrar una síntesis expositiva en DÍAZ PITA, MARÍA DEL MAR: “Actio Libera in Causa, Culpabilidad y Estado de Derecho”, Edit. Tirant lo Blanch, serie monografías Nº 254, Valencia, 2002, pág. 131. En todo caso, resulta especialmente interesante el desarrollo de la tesis de Kindhäuser, en tanto considera ejemplos propios del ámbito de la responsabilidad de menores de edad. (*Op. cit.*, págs. 133 y ss.)

¹²⁴ Vid. HERNÁNDEZ GALILEA (coord.), *Op. cit.*, pag. 23 y ss., quien se pronuncia en un sentido similar, desde la base de la necesidad de reconocimiento jurídico de la capacidad personal.

para su consideración como fuente de atribución de consecuencias jurídicas, la autonomía individual se encuentra constituida, básicamente, por el espacio de interacción social que es reconocido y atribuido a cada individuo en los instrumentos –preferente, pero no exclusivamente formales– de control social, asumiendo asimismo que la interacción organizada supone niveles control.

Dichos espacios de reconocimiento requieren, evidentemente, de un sustrato material que permita sustentarlos¹²⁵, afirmado por un juicio de carácter general. Dicha afirmación debe dar cuenta de la posibilidad real de desarrollo de una potencialidad o facultad por parte de un conjunto de sujetos. Asumida dicha posibilidad real se reconoce como capacidad formal en todo aquél en quien concurren sus presupuestos de forma equivalente o igualitaria. Se asume, por ese mismo hecho, la posibilidad de exigir responsabilidad por el ejercicio –formalmente– autónomo de dicha potestad, y de imponer consecuencias en base a dicha atribución. Cabe tener presente que el máximo reconocimiento de potestades o facultades dice relación con el desarrollo de la libertad de autodeterminación (titularidad y ejercicio de derechos fundamentales) correspondiendo, por su parte, la máxima responsabilidad aplicable por el Estado, a la responsabilidad penal.

De manera inversa, no puede exigirse responsabilidad ni atribuirse consecuencias fundadas en ella, a quienes no cuentan con el reconocimiento de espacios de desarrollo e interacción autónomos, aun y cuando cuenten con capacidad material para hacerlo. Así, la respuesta a la legitimidad de la intervención coactiva del Estado, fundada en el desarrollo autónomo de comportamientos, no se encuentra solamente en su acreditación material o su afirmación “*biológica*”, como facultad individual, sino en su afirmación jurídica, que la presupone. De esta forma, el criterio que permite la atribución de responsabilidad –capacidad de culpabilidad– que el derecho legítimamente puede exigir a una persona depende del reconocimiento que el propio ordenamiento le conceda a sus espacios de desarrollo autónomo. De ahí deriva su legitimidad, con una base democrática, participativa e igualitaria de sustento¹²⁶. La capacidad real es el fundamento, la capacidad jurídica el presupuesto de legitimación.

La base expuesta se sitúa entre las fundamentaciones o construcciones de la culpabilidad denominadas “*democráticas*” en atención a que su fundamento radica en el concepto de persona como integrante de la sociedad igualitaria (democrática), y que detentan en común el vincular el concepto con diversos niveles o representaciones del sujeto como ciudadano, particularmente referidas a su relación –de “*participación*”–

¹²⁵ “El ordenamiento no puede tomar en consideración los actos de cualquier sujeto, con independencia de su capacidad de comprender y querer lo que hace”. Vid. HERNÁNDEZ GALILEA (coord.), *Op. cit.*, pág. 25.

¹²⁶ Vid. BUSTOS / HORMAZABAL, *Op. cit.*, pág. 336.

con la sociedad de la cual forma parte y que expresa su voluntad a través de la norma (de ahí la relación de ésta con el sujeto)¹²⁷.

Esta afirmación no implica desatender el hecho que el sistema debe dar cuenta de las diferencias de capacidad reales que reconoce a adultos, adolescentes e infantes, consideradas materialmente en base a diferencias de valoración y motivación, y que se expresan formalmente de manera preferente en un marco de consecuencias diferenciado que deriva de la responsabilidad que se afirme o niegue¹²⁸, y que en la adolescencia, en tanto sujeto en desarrollo, se caracteriza desde esa perspectiva propia.

Consideramos que es posible contrastar y complementar la hipótesis planteada como fundamento de la atribución individual de responsabilidad del adolescente, y su rol en la especialidad atribuida al sistema, proponiendo algunas reflexiones en torno a dos ámbitos de no fácil solución en el contexto del derecho penal juvenil, como son la existencia de un concepto unívoco de injusto para adultos y adolescentes –unido a su motivabilidad– y los fundamentos y efectos del establecimiento de un límite inferior a la imputabilidad (el caso de los infantes).

A propósito del primer tema revisaremos la relevancia sistemática que detentan, en sede de injusto y de culpabilidad, las características del adolescente en lo relativo a su percepción, valoración y motivación frente a imperativos normativos. Ello, pues precisamente en base a las diferencias antes señaladas se ha sustentado la necesidad de asumir un tratamiento diferenciado del contenido del injusto penal que justifica la punición de los adolescentes, extendiendo con ello los efectos atribuibles a carácter especial de dicha responsabilidad. A nuestro juicio no existen motivos para arribar a dicha conclusión, pero si es posible apreciar diferencias en uno y otro sujeto (adulto y adolescente) que deben ser analizadas en sus efectos sobre los presupuestos de la responsabilidad penal además de aquellos que reconocemos concurren a la hora de determinar la sanción que la haga efectiva.

En el segundo caso, revisaremos los límites concretos que propone la construcción descrita para la atribución de consecuencias derivadas de la responsabilidad que es posible exigir al adolescente, siempre en relación a las necesidades de justificación de la especialidad del sistema, mediante el contraste de sus efectos limitativos (excluyentes de pena por motivos de edad) con las alternativas de control que ofrece el sistema

¹²⁷ En la misma línea se orientan las tesis de génesis contractualista de Urs Kindhäuser –que radica su fundamento en la relación del ciudadano con el derecho del cual forma parte–, la fórmula de Klaus Günter –el individuo como persona reflexiva que participa en los procesos de creación de normas– y la tesis de Bustos Ramírez –la culpabilidad como responsabilidad que puede exigir el Estado–. Sobre ello Vid. KINDHAUSER, URS, “La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad” en LUZON PEÑA/ MIR PUIG (dir.): “Cuestiones Actuales de la teoría del delito”, Edit. Mc Graw Hill, Madrid, 1999, págs. 185 a 217; del mismo, “Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa”, Universidad Externado de Colombia, Colección de Estudios N° 9, Bogotá, 1996, especialmente págs. 42 y ss.; DÍAZ PITA, Op. cit., pág. 76, 86 a 110 y 138; BUSTOS / HORMAZABAL, Op. cit., págs. 330 y ss., especialmente págs. 332 y 336.

¹²⁸ En este último caso se hablaría a la intervención en base a un concepto de “peligrosidad”, en tanto se de cumplimiento a sus propios presupuestos de legitimación.

social¹²⁹. Ello, a objeto de desmitificar el contenido represivo que a primera vista se asigna a la calificación punitiva de la repuesta que entendemos subyace al tratamiento penal del conflicto y del procedimiento tendiente a su acreditación, ambos fundados en el reconocimiento de capacidad, todo ello en relación a las alternativas posibles de administrar desde otras perspectivas (particularmente, las de naturaleza asistencial).

i. Los destinatarios de la norma jurídico penal

Las diferencias de valoración o motivación susceptibles de afirmar entre el adulto y el adolescente han llevado a algunos a afirmar, desde diversas ópticas, que el contenido o extensión del injusto que da lugar a la responsabilidad adolescente, es también diferenciado. Como adelantamos, dicha opinión no nos parece sustentable ni conveniente, según pasamos a revisar.

A nuestro juicio, la función del Estado, en cuanto titular de los procesos de formalización de los mecanismos de control, debe dirigirse a posibilitar que dichos espacios de interacción permitan el desarrollo de las necesidades individuales propias de la naturaleza del ser humano, expresadas básicamente en el marco de sus derechos fundamentales¹³⁰. Al mismo tiempo debe ocuparse de asegurar una adecuada equivalencia entre ambos conceptos (derechos fundamentales y espacios para su desarrollo) en todos los individuos. Por lo mismo, frente a algunos supuestos, aparece como un imperativo para el Estado el recurrir a la coacción –por ejemplo a través del sistema penal– en situación –efectiva– de necesidad, ante comportamientos que afecten dichos espacios de desarrollo. Para ello, a través del sistema penal, se dispone la proscripción de comportamientos tipificados como delito, definidos como imperativos de comportamiento¹³¹.

Sin embargo, sólo puede exigirse legítimamente adecuación a dichos imperativos respecto de quien detenta capacidad reconocida de interacción. Dicha atribución de responsabilidad, en base a la autonomía, no propone entonces un problema de legitimidad referido a la comprensión o motivación que sirve de sustento a la decisión voluntaria que es reprochada. De esta forma resulta erróneo –por incompleto– afirmar que es capaz de culpabilidad (o de motivarse) por infringir la norma penal quien detenta capacidad de

¹²⁹ Queremos dejar en claro que no se propone como objeto de análisis la descripción de un concepto material de atribución de responsabilidad personal acabado, tarea mucho más ambiciosa y de difícil concreción. Sólo se describe y sustenta en sus presupuestos esenciales a efectos de justificar su rol o aporte respecto de la especialidad atribuida al sistema penal de adolescentes.

¹³⁰ Según lo expuesto, y conforme a las argumentaciones de sustento a las que hemos recurrido, ello incluso permite al Estado justificar el reproche de culpabilidad. En términos de DIAZ PITA, con ello el Estado "cumple su parte". Vid. DIAZ PITA, *Op. cit.*, pág. 141.

¹³¹ Sobre este punto existe en la actualidad una discusión de naturaleza sustancial en torno a si las normas penales se construyen –y constituyen– directivas de conducta o expectativas institucionalizadas. En el texto se toma posición, si bien no ahondaremos en el punto por exceder la temática que es objeto de tratamiento. Sobre la discusión actual Vid. SILVA SÁNCHEZ, JESÚS: "¿Directivas de conducta o expectativas institucionalizadas?. Aspectos de la discusión actual sobre la teoría de las normas." en, *del mismo*, "Normas y acciones en derecho penal", *Edit. Hammurabi*, Buenos Aires, 2003, págs. 15 a 39.

comprensión de la misma o, más aun, posibilidades de desarrollo y decisión autónoma de su comportamiento en sociedad, en miras a adecuar el comportamiento a dicha comprensión. Por sobre ello –presuponiéndolo– lo que ocurre es que sólo resulta legítimo exigirlo respecto de quienes se encuentren en dicho supuesto.

Los imperativos de comportamiento se expresan indeterminadamente respecto de todos,¹³² de donde extraemos el primer argumento para sustentar la ausencia de diferencias en el contenido del injusto penal que permite la atribución de la responsabilidad –penal– de adultos y adolescentes. Así, *“Una cosa es ser destinatario de la norma y otra muy distinta resultar obligado por ella, que una cosa es tener la capacidad de realizar una acción ilegal y otra diferente tener la capacidad de quebrantar un deber nacido de la ley”*¹³³.

Según señalamos, esta base de sustento ha sido contradicha desde diversos órdenes de consideraciones. Algunos sostienen un injusto diferenciado en base a razones de corte político criminal, emanadas desde la justificación del ius puniendi en el contexto exclusivo de un derecho penal mínimo. Desde esa base se propone la exclusión del ámbito de la responsabilidad penal de adolescentes de las conductas constitutivas de delitos de bagatela o mediana gravedad, en tanto, atendida su menor lesividad social, constituyen, en su mayoría, un comportamiento presente con cierta habitualidad en la población adolescente, derivado del proceso natural de ajuste paulatino de su personalidad a la vida adulta, y que tiende a desaparecer con el curso de los años¹³⁴. Se complementa la afirmación argumentando que esta *“normalización”* del comportamiento producida con el desarrollo se logra a menos que el propio sistema incorpore en su circuito al infractor, asumiendo en dicho caso el riesgo de perpetuarlo como *“cliente”*¹³⁵. Por ello, desde un punto de vista preventivo, asumido como finalidad del sistema, se concluye que resulta más eficaz excluir a los ilícitos de menor entidad del marco de los comportamientos que ameritan hacer efectiva la responsabilidad de los adolescentes.

Sobre estas consideraciones debemos señalar inicialmente que estimamos acertado el análisis propuesto al menos en lo que respecta a la afirmación de comportamientos *“de prueba”* en los adolescentes que, en ocasiones, incluye la ejecución de ilícitos determinados, en general, de menor lesividad, cuyo tratamiento en un proceso penal puede llevar a resultados preventivos indeseables. Sin embargo no concordamos con la conclusión propuesta, al menos en lo que dice relación con las consecuencias concretas que se proponen a partir de dicha afirmación, esto es, la necesidad de excluir de

¹³² En el mismo sentido CRUZ BLANCA, en *“Derecho Penal de Menores ...”*, págs. 65 a 75, y específicamente en pág. 70.

¹³³ Vid. VIVES ANTÓN, *Op. cit.*, pág. 344.

¹³⁴ Vid. VVAA: *“La Delincuencia Juvenil en España”*, Universidad de Castilla-La Mancha y Ministerio de Justicia y del Interior, 1995, págs. 37 y ss.

¹³⁵ Vid. CERVELLO / COLÁS, *Op. cit.*, pág. 46 y 47; GARCÍA PÉREZ, *Op. cit.*, 35 y ss.

la responsabilidad adolescente aquella que deriva de la ejecución de ilícitos de menor gravedad. Ello, en primer lugar, porque dicho comportamiento experimental no necesariamente se encuentra asociado a grupos de ilícitos, clasificados según la propuesta en base a la mayor o menor gravedad de la sanción, pudiendo –hipotéticamente, sobre dichos supuestos– promoverse dicha exclusión sólo respecto de determinados tipos penales específicos, aquellos en los que se demuestre materialmente que reflejan o subsumen dichos comportamientos –socialmente experimentales– *“propios de la adolescencia”*. Sobre esa base entendemos que no es acertada la base propuesta para la exclusión de pena respecto de la gran mayoría de los ilícitos de menor o mediana entidad o lesividad, pudiendo incluso ser sustentable respecto de otros comportamientos punibles de mayor gravedad.

En segundo lugar, estimamos que la propuesta no soporta sus argumentos en un análisis de tipicidad o de injusto, sino en base a elementos propios de la culpabilidad. Así, asume que la fuente de la exclusión de pena propuesta deriva, por una parte, de un menor nivel de exigibilidad en base a lo que asume constituye un comportamiento de carácter habitual, incentivado por el medio o contexto social –animosidad de clanes y valoración de grupos– en que se desarrolla el adolescente, y, por otro lado, asume que resulta contraproducente aplicar sanción, en base a que resulta esperable una modificación de dicho comportamiento a medida que se acerca a la adultez. A nuestro juicio, ambos presupuestos no excluyen la ilicitud de la conducta, ni permiten justificar niveles de inexigibilidad que permitan, a priori, excluir la responsabilidad. Por el contrario entendemos que el tratamiento de estos factores debe quedar reservado a los diversos institutos de término del proceso sin condena que considere o deba considerar la legislación, como asimismo, en su caso, y de ser procedente, debe ser acogido a la hora de determinar la sanción aplicable. En ambos casos, las necesidades concretas de prevención quedan, a nuestro juicio, mejor servidas. Para ello debe recordarse que una de las posibles consecuencias de la afirmación de falta de responsabilidad es la habilitación a la aplicación de medidas fundadas en una base de peligrosidad, lo que, en un contexto en el que se extrae la falta de capacidad de un comportamiento caracterizado como habitual y condicionado, al menos de manera relativa, necesariamente implica exponer dicho comportamiento a la aplicación de niveles de control en base a coacción de similares caracteres que la respuesta penal, en base a *“medidas de aseguramiento”* o *“correctivas”*. Baste para ello recordar los efectos concretos del sistema tutelar, a los cuales ya nos hemos referido. Esta modalidad de control, asumida como excluyente del derecho penal, si bien puede ser considerada sustentable o acertada, hace desaparecer el fundamento central de la teoría, cual es, operar sobre la base que es mejor no intervenir frente a estos casos para un mejor nivel de prevención. Lo que sucede es que se obvia la existencia de medidas paralelas de control similares en sus efectos a aquellas que considera el sistema penal.

Entendemos que la crítica que subyace a la propuesta puede ser sustentable en un sistema que abuse de la privación de libertad, que no reconozca su carácter de última ratio o no considere un proceso lo suficientemente expedito o provisto de las salidas alternativas adecuadas. Por su parte, de considerar que su fuente deriva exclusivamente de una base político criminal, constituyendo, en síntesis, una excusa legal absolutoria, debe asumirse como parte consustancial a la propuesta la necesidad de renunciar a todo otro tipo de tratamiento coactivo, lo que parece difícilmente practicable en la actualidad, precisamente en base a la relevancia que se asigna al comportamiento infraccional de carácter habitual o reiterado.

En una segunda línea de tratamiento crítico, de naturaleza diversa pero similar en sus fundamentos, hay quienes desde la misma defensa de un derecho penal mínimo o de última ratio buscan materializar las pretensiones de minimalización del sistema aprovechando que la responsabilidad penal de los adolescentes es objeto en la actualidad de procesos generalizados de reforma legislativa que tienden a su consagración positiva. Sobre dicha base se señala que: *“Se ha perdido la oportunidad de utilizar el sistema penal de menores como campo de prueba de innovaciones procesales o en materia de sanciones alternativas, algo que ha sido habitual en otros países de nuestro entorno”*¹³⁶. Sobre esto último, consideramos insostenible el atribuir a este ámbito –el derecho penal juvenil– un carácter experimental. Creemos que una propuesta minimalista debe sustentarse, desde sus fundamentos, en todo el sistema penal, toda vez que su base radica en una crítica relativa a la legitimidad del sistema en su conjunto y por ende resulta extensiva y aplicable respecto de la responsabilidad penal de adultos.

Por otro lado, hay quienes sustentan un tratamiento diferenciado en base a consideraciones derivadas de la capacidad (personal o subjetiva) de voluntad o comprensión del adolescente. Se postula que las diferencias entre el adolescente y el adulto son de contenido material y se presentan tanto en el proceso de aprehensión de las prescripciones normativas del injusto penal, por parte del primero, como desde las posibilidades que éste detenta en orden a asumir un comportamiento acorde a dicho proceso de aprehensión. Se afirma que las representaciones normativas del adolescente, realizadas desde la perspectiva que les concede la etapa de desarrollo en que se encuentra, hace que las significaciones que éste les asigna, en un plano comunicativo, sean diversas a las de un adulto. Ello incide en la forma como se produce su aproximación a los comportamientos y en la valoración de los mismos, con lo cual las categorías normativas –y las valoraciones que contienen– construidas desde la perspectiva de un adulto difieren de aquellas que el adolescente asimila y al sentido que les atribuye¹³⁷. Por ello,

¹³⁶ Vid. TAMARIT SUMALLA, *Op. cit.*, pág. 71, el destacado es mío.

¹³⁷ En este sentido ALBRECHT, *Op. cit.*, págs. 120 y ss. *Sobre ello y su incidencia en la culpabilidad*, TERRADILLOS BASOCO señala: “Sólo se puede recibir el mensaje prescriptivo si previamente se captó el valorativo (...) La percepción que aquí nos interesa es la referida a valores culturales que se reflejan en las normas penales”. Vid. TERRADILLOS BASOCO, JUAN: “Culpabilidad y Prevención”, en VVAA: “Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales”, *Homenaje a Claus Roxin, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba-Argentina, 2001*, págs. 246 y 248.

y en tanto los tipos penales son formulados –en el sentido expuesto– desde la perspectiva del adulto no necesariamente son capaces de cumplir las funciones prescriptivas y simbólicas que se le atribuyen en derecho penal, en caso de asumir pretensiones de aplicación respecto a adolescentes¹³⁸. Adicionalmente, desde una segunda consideración –de similares caracteres a la sustentada en el primer planteamiento crítico antes expuesto–¹³⁹, se afirma la existencia de modelos de comportamiento que son propios a diversos tramos de edad, caracterizados en la adolescencia por un desarrollo experimental (“*comportamiento de prueba*”) que distancia la intencionalidad subyacente a su ejecución (disvalor de acto) de aquella que considera el ordenamiento y la norma quebrantada en concreto y que fundan o permiten afirmar la parte subjetiva de la conducta que es objeto de reproche¹⁴⁰.

Coincidimos con la base de estas observaciones, de donde incluso se extraen argumentos que permiten diferenciar materialmente la condición en sociedad del adolescente respecto del adulto. Sin embargo nuevamente no podemos compartir la consecuencia atribuida, esto es, la necesidad de regular un “*injusto especial de adolescentes*”, lo que afirmamos desde diversos fundamentos¹⁴¹. En primer lugar no nos parece que sea factible estructurar una técnica o mecánica que permita redefinir la tipología penal vigente a objeto de construir un catálogo de conductas de incriminación que sean propias del comportamiento adolescente o de sus valoraciones en tanto ello resulta inconveniente e innecesario. No es conveniente, pues cualquier intento en dicho camino llega necesariamente a concentrar en pocos conceptos básicos las diferentes tipologías clasificables, definitorios de caracteres de comportamiento “*relevantes*” a estos efectos, en términos que sean suficientemente expresivas de comportamientos claros y representativos para el adolescente, dándole una idea diferenciada de su relevancia social y permitiéndole con ello una valoración que distinga entre la reprobación de las prescripciones del ordenamiento –o del derecho–, el daño ocasionado y que justifica su proscripción y define lo tolerable, conforme a su propio nivel de representación del comportamiento individual para con terceros, en sociedad. Así sucede por ejemplo con la relevancia que es posible atribuir al comportamiento “*violento*” o “*expresivamente violento*” en los conflictos penales de adolescentes, como asimismo respecto de la habitualidad en la ejecución de infracciones menores, en tanto representativas de una tendencia. Esta redefinición de comportamientos prohibidos, de

¹³⁸ Vid. TAMARIT SUMALLA, *Op. cit.*, pág. 82. Debe tenerse presente que este autor entiende que ello afecta particularmente a determinados delitos, como por ejemplo aquellos que protegen la libertad e indemnidad sexuales.

¹³⁹ Puede apreciarse como, en este caso, el planteamiento propuesto es ocupado para afirmar consecuencias en sede de injusto sobre la base de un desarrollo del disvalor de acto y no sobre consideraciones propias de la culpabilidad como en el caso anterior.

¹⁴⁰ Vid. VVAA: “La Delincuencia Juvenil en España”, *cit.*, págs. 37 y ss.

¹⁴¹ En confirmación a los argumentos que expondremos cabe destacar que las propias corrientes promotoras de esta idea proponen para materializarla la desincriminación de las conductas típicas de bagatela o de menor entidad o gravedad (Vid. ALBRECHT, *Op. cit.*, pág. 124), lo que a nuestro juicio resulta incoherente con las bases de sustento de su posición, en tanto ella naturalmente debiera tender a una tipificación autónoma de comportamientos punibles en el derecho penal de menores, realizada desde la perspectiva y valoración del adolescente en términos que habiliten su aprehensión, y no su mera reducción.

implementarse, claramente resultaría incompatible con exigencias derivadas de la garantía de legalidad del delito (en lo relativo a la exigencia de precisión de las conductas concretas incriminadas que son objeto de la prohibición), en base a lo cual no nos parece adecuado propiciarlas. Asimismo, en extremos, esta tipología llevaría a definir caracteres de comportamiento y no conductas, afectando con ello las exigencias propias de un derecho penal de actos.

Por otro lado, esta redefinición tampoco parece ser necesaria, pues la consideración de dichos elementos especialmente relevantes en las expresiones del comportamiento adolescente no cumplen específicamente funciones a la hora de definir los presupuestos de la responsabilidad, sino más bien, a la hora de determinar las consecuencias de la misma. Así por ejemplo, diversas legislaciones le atribuyen relevancia a la conducta violenta o habitual del adolescente, en atención al razonamiento antes descrito, con efectos concretos diversos de aquellos que se buscan con la exigencia de tipificación, normalmente dispuestos para la medición de los efectos de la responsabilidad¹⁴². Es decir, efectivamente se le reconoce relevancia particular a la conducta violenta o habitual del adolescente en tanto carácter del comportamiento, pero no se le atribuye relevancia para la afirmación de la responsabilidad o su negación, ni por razones de injusto ni de culpabilidad, sino en sede de determinación de la pena. Así, puede sostenerse, por ejemplo, que el comportamiento delictivo violento amerita intervención especial o distinta, pero no puede afirmarse que cualquier comportamiento violento amerite intervención penal, ni que la intervención penal deba fundarse en la concurrencia de una conducta, cualquiera sea ésta que refleje dicho carácter.

De esta forma, no estimamos que la diferenciación detectada afecte o deba afectar al contenido descriptivo del comportamiento que se proscribe en cada tipo penal, en miras a sustentar como consecuencia necesaria su redefinición, sino –como señalamos– se trata de un problema relativo a la valoración que la ejecución del hecho punible descrito representa para el adolescente y que afecta su nivel de percepción acerca de la relevancia social dañina o desajustada respecto de los parámetros que han sido definidos como básicos en el comportamiento en sociedad. Creemos que dicha dimensión no afecta necesariamente el contenido de injusto del hecho punible de que se trate, lo que se afirmará o rechazará según cual sea la posición dogmática que se asuma en relación a los efectos excusantes o atenuatorios que derivan de la teoría del error en el sistema dogmático. En todo caso, y más allá de ello, lo claro es que se trata de una problemática a ser analizada, en cuanto a los presupuestos de punición, en dicha sede, esto es, al revisar cómo se solucionan dogmáticamente las diferencias o falencias de percepción o valoración en la teoría del error. El que ello corresponda a un error de prohibición o a un error de tipo o que incida sobre el dolo o la culpabilidad es

¹⁴² Así por ejemplo el artículo 9 Nº 2 de la LO 5/2000 española lo considera como uno de los supuestos que habilitan a la imposición de sanciones privativas de libertad, en la condena.

a estos efectos indiferente, conformando en concreto una temática ajena a los objetivos que nos llevan a enfrentar el tema¹⁴³. Lo relevante es que, aun cuando se considere que dichas falencias afectan al tipo penal, en modo alguno llevan a exigir una redefinición de las descripciones de injusto, ni a propiciar una masiva despenalización de comportamientos delictivos, en su exigencia respecto de adolescentes.

En definitiva, se trata de una diferencia a ser solucionada dogmáticamente a la hora de enjuiciar el conocimiento potencial de la ilicitud del hecho (o de la valoración que subyace a dicho proceso) y que, adicionalmente, expresa sus consecuencias en el merecimiento específico de sanción, en sede de determinación de la pena. Así, en tanto presupuesto de imputación, puede revestir un efecto excusante en base a la teoría del error¹⁴⁴, como asimismo puede detentar un efecto atenuatorio de la sanción, a ser considerado al determinar la naturaleza y extensión de la sanción concreta que amerita su comisión. En la teoría del error, las soluciones o posiciones dogmáticas permiten suficientemente dar solución a los problemas de valoración que se denuncian, sin que sea necesario, en modo alguno, recurrir a la redefinición de las conductas punibles, permitiendo dar cabida, en concreto, a las diferentes modalidades de aproximación a la norma posibles de realizar y sus efectos en la representación y valoración del destinatario de las prescripciones normativas. Por su parte, un eventual efecto atenuatorio de la sanción, debe ser recogido por las reglas dispuestas para la determinación de la pena, reforzándose la necesidad de contar con un sistema especial, con mayor potencial discrecional y de valoración judicial, en estos conflictos¹⁴⁵.

Finalmente otro sector sustenta la menor necesidad de intervención en delitos de escasa significación por la menor exigibilidad y reproche del menor de edad –cualquiera sea el motivo desde el cual se sustenta–, proponiendo la misma despenalización de los ilícitos definidos como “*de bagatela*” o, inclusive, la configuración de un catálogo de referencia de infracciones que de manera exclusiva den lugar a la responsabilidad del adolescente, constituido por las más graves que contempla el ordenamiento¹⁴⁶. Se asume en ello que la consecuencia de un marco diferenciado de culpabilidad se traduce, por proporcionalidad, en sede de injusto, en una menor exigencia de comportamientos relevantes, penalmente. No obstante su simpleza, esta argumentación detenta a nuestro juicio un mayor nivel de coherencia lógica, recurriendo además a parámetros conocidos desde antiguo para su construcción. Sin embargo, nos parece contradictorio

¹⁴³ Sobre ello Vid. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: “El error en Derecho Penal”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989, págs. 61 y ss.; MIGUEL DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO: “Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error” en LUZON PEÑA/ MIR PUIG (dir.): “Cuestiones Actuales de la teoría del delito”, Edit. Mc Graw Hill, Madrid, 1999, págs. 61 a 111; MIR PUIG, SANTIAGO: “Derecho Penal. Parte General”. 6ª edición, Edit. Reppertor, Barcelona, 2002, págs. 523 y ss. Especialmente págs. 524 y 526.

¹⁴⁴ Reconocemos que sobre esta base se puede eventualmente justificar una re-definición, para este ámbito, de dicha categoría sistemática en derecho penal juvenil.

¹⁴⁵ Asumiéndolo como posibilidad, ORNOSA FERNÁNDEZ, pág. 36.

¹⁴⁶ Así, TAMARIT SUMALLA, Op. cit., pág. 82

que se afirme la posibilidad de culpabilidad, cualquiera sea su fuente (ya sea en base a capacidad subjetiva real o de autonomía reconocida, o cualquier otra) y en paralelo se justifique la imposibilidad de sustentar un reproche o exigencia de comportamiento, en consideración a un parámetro diverso, referido a la gravedad del comportamiento. En efecto, el nivel de reproche o de exigencia es menor, pero de hecho concurre, lo que hace incoherente el sustentar sobre esa base una exención de responsabilidad.

Con ello lo que se justifica en realidad es solamente la ausencia de responsabilidad de carácter penal, debiendo hacerse efectiva aquella que deriva del ilícito por otro concepto o fundamento, es decir, en base a los presupuestos de otro medio de control, al igual como sucede con los ilícitos contravencionales o administrativos en el régimen general de adultos. La pregunta es, en este caso, cual sería el medio de soporte o respuesta para dicha responsabilidad, el que, al igual que en casos anteriores que hemos comentado, y considerando la naturaleza de las eventuales infracciones comprometidas, detentará carácter coactivo, con todos los riesgos que ello implica al ser administrado fuera del sistema penal formal, siendo, por otro lado, inimaginable el que la respuesta estatal, formal, sea nula¹⁴⁷.

En este contexto creemos que la argumentación nuevamente permite solidificar el que los efectos de la especialidad del sistema, en la materia en comento, radican fundamentalmente en sede de determinación de la pena, en términos que permitan hacerse cargo de un margen diferenciado de reproche, merecimiento o legitimación de las consecuencias de la responsabilidad penal de adolescentes.

ii. La –ausencia de– responsabilidad penal del “infante”

En el contexto del sistema penal, la falta de responsabilidad derivada de la falta de “capacidad” de responsabilidad habilita potencialmente a la intervención eventual de mecanismos de control fundados en la peligrosidad que sea posible atribuir al comportamiento realizado. Si por el contrario se asume la licitud de dicho comportamiento, en principio no hay motivo de base para intervenir¹⁴⁸. Asimismo, si no concurren los presupuestos de última ratio y necesidad que habilitan a la intervención sobre la conducta peligrosa, el hecho dañoso debe quedar acotado al conflicto privado que se haya generado.

Precisamente por ello es que resulta posible apreciar como conceptos de capacidad subjetiva disminuida, o de falta de capacidad, derivan en un tratamiento menos garantista

¹⁴⁷ La situación sería similar y del todo análoga a aquella que nos propone el caso del menor de edad exento de responsabilidad penal (infante) que ejecuta un ilícito penal de gravedad, al cual nos avocaremos a continuación.

¹⁴⁸ El tema es objeto de debate en torno a la posibilidad de atribuir legitimidad a la aplicación de medidas de carácter pre-delictual, siendo ampliamente mayoritaria la posición que se opone a ello. Sobre el particular Vid. CURY URZUA, Op. Cit., págs. 402 y 403; MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: “Derecho Penal y Control Social”, reimpresión de la Segunda Edición, Colección Monografías Jurídicas N.º 98, Edit. Temis, Bogotá, 2004, págs. 42 a 44.

del conflicto penal en base a la afirmación de criterios de naturaleza peligrosista o protectora. Ello se llevó al extremo en el modelo tutelar, según pudimos apreciar al desarrollar brevemente sus caracteres. Por su parte el modelo clásico o del discernimiento también abría las puertas al tratamiento desigual tanto de niños como de adolescentes, bajo la pretensión de ser capaz de determinar la capacidad subjetiva individual en base a antecedentes psico-sociales¹⁴⁹. Sin embargo, producía efectos acertados bajo el límite de presunción de incapacidad, en tanto el sistema devolvía al ámbito del conflicto privado el caso de los infantes, por cuanto era presumido legalmente incapaz, renunciando a la imposición de medidas coactivas¹⁵⁰.

De esta forma la concesión de autonomía, y el consecuente reconocimiento de capacidad, debe a su vez ser medido en función a la extensión y caracteres de los demás medios de control social sustentables, siendo a todas luces la responsabilidad una opción más cercana a los postulados de corte liberal. Ello puede apreciarse en el tratamiento que concede el sistema a los infantes.

Asumimos como punto de partida que la imposición de consecuencias derivadas de la comisión de un delito pueden tener como fundamento la culpabilidad o la peligrosidad concurrente en su ejecución. Así, la falta de culpabilidad no necesariamente excluye el tratamiento jurídico-formal del caso, permitiendo que se imponga una medida –de diversa naturaleza– fundada en la peligrosidad, justificada precisamente en base a la ejecución del hecho delictivo. Por ello, entendemos que para mantener la afirmación de procedencia (y legitimidad) de medidas no basta con recurrir al fundamento “*personal*” de atribución (peligrosidad) sino también a su presupuesto, el hecho que le sirve de sustento¹⁵¹. Ello se demuestra, por ejemplo, en la tendencia a limitar la procedencia de las medidas de seguridad en el sistema de adultos en base a criterios de proporcionalidad¹⁵², parámetro –objetivo– propio del reproche de culpabilidad. Esa base asume que el delito no puede servir de excusa para una actuación discrecional

¹⁴⁹ Por sobre el límite de los 7 a 14 años, edad en que aleatoriamente se cifró dicha presunción, operaba la afirmación, caso a caso, de la “capacidad de dolo” en base al discernimiento, el que naturalmente era resuelto en base a condiciones psico-sociales.

¹⁵⁰ Vid. *Sobre los sistemas de responsabilidad penal aplicables a menores de edad en épocas previas a la ilustración* Vid. HIGUERA GUIMERA, J.F.: “Los antecedentes históricos de la minoría de edad penal”, en *Actualidad Penal* N° 34, 2003, págs. 845 a 869, passim; *Sobre los orígenes históricos de los elementos básicos del modelo y su transmisión hasta el liberalismo clásico*, vid. SILVA SÁNCHEZ, Op. cit., pág. 165 y ss.

¹⁵¹ Ello es claro en el caso de usarse como referente de legitimación la ejecución de un hecho punible. Si se esgrime un fundamento diverso referido a una característica de la personalidad u otra condición o antecedentes debemos enfrentar dinámicas de justificación del todo diversas, propias del marco de las llamadas medidas de seguridad pre-delictuales, ampliamente criticadas desde la época de su formulación original y prácticamente no sustentadas hoy en día. (Vid. Cita a CURY URZUA supra, en nota 148). La lógica de aproximación a dicha temática, ajena a nuestro ámbito de desarrollo, detenta como punto en común la necesidad de asumir líneas de justificación en base a lógicas de corte paternalista.

¹⁵² Así por ejemplo, en nuestro país se limita la duración de las medidas dispuestas en el proceso penal para enajenados mentales exentos de responsabilidad en base a la duración de la pena probable o mínima correspondiente al hecho delictivo que funda el proceso (Artículo. 481 del Código Procesal Penal: Duración y control de las medidas de seguridad. Las medidas de seguridad impuestas al enajenado mental sólo podrán durar mientras subsistieren las condiciones que las hubieren hecho necesarias, y en ningún caso podrán extenderse más allá de la sanción restrictiva o privativa de libertad que hubiere podido imponerse o del tiempo que correspondiere a la pena mínima probable, el que será señalado por el tribunal en su fallo. Se entiende por pena mínima probable, para estos efectos, el tiempo mínimo de privación o restricción de libertad que la ley prescribiere para el delito o delitos por los cuales se hubiere dirigido el procedimiento en contra del sujeto enajenado mental, formalizado la investigación o acusado, según correspondiere”). En el mismo sentido Vid. MUÑOZ CONDE, FRANCISCO: Op. Cit., págs. 46, 62 y 63.

del Estado fundada en la atribución de “*peligrosidad*” del individuo¹⁵³, lo que conlleva algunos efectos y requisitos de legitimación. Así por ejemplo, cuando la “*excusa*” de la intervención (por culpabilidad o de peligrosidad) es la comisión de un hecho delictivo, se requiere, al menos, acreditarlo conforme a las reglas del proceso¹⁵⁴, pues si éste no existe (procesalmente) en tanto sirve de fundamento a la afirmación de peligrosidad, ésta tampoco existe, procesalmente¹⁵⁵.

Ello, en parte, nos sitúa en el contexto de un proceso penal, excluyendo otro tipo de construcciones del conflicto que tengan carácter público. Así, la declaración formal de incapacidad debe dar lugar únicamente a la imposición de medidas de peligrosidad o a la privatización del conflicto, dando en este caso exclusiva relevancia a sus aspectos civiles, pero en forma alguna permite una construcción jurídica o judicial diversa. No obstante ello, existe la tendencia a asumir que la “*despenalización*” importa hacer operar el sistema de protección y no el sistema de control privado del conflicto.

A nuestro juicio nada obsta a que el sistema previsto para la protección del menor de edad se haga cargo del tratamiento de quienes son considerados “no culpables”, siempre y cuando: a) concurren sus propios presupuestos de intervención; b) ésta, en concreto, no se funde en la comisión del hecho delictivo como único antecedente, ni en la peligrosidad que es posible atribuir por ese sólo hecho al autor de dicho comportamiento, sino como señalamos en base a sus propios presupuestos; c) las consecuencias de carácter coactivo consideren una restricción de derechos inferior a la prevista por el sistema de medidas (de peligrosidad) y sanciones penales (de culpabilidad);¹⁵⁶ y d) en su caso, cuando su ejecución conlleve restricción de derechos fundamentales, sean impuestas por un ente con potestad jurisdiccional¹⁵⁷.

El fundamento de la actuación de este sistema (de protección) no puede en caso alguno ser la “*peligrosidad*” del propio menor, sino las necesidades de protección de

¹⁵³ No es este el espacio para discutir acerca de si esa intervención se legitima sólo en favor del denominado sujeto peligroso, para evitar su auto-lesión o deterioro o sí, en su caso, se puede intervenir sobre él en defensa de la sociedad. Dicha discusión, a ser desarrollada en torno a aquella que fue referida Supra en notas 148 y 151, se debe centrar en torno a las bases de legitimación de la intervención paternalista del Estado. Sobre ello Vid. GARZÓN VALDES, ERNESTO: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?” en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Nº 5, 1988, págs. 155 - 173.

¹⁵⁴ La correspondencia del sistema de medidas con el sistema penal ha sido corroborada en nuestro ámbito de análisis por la jurisprudencia a partir del conocido “caso Gault”, con el que se inicia la formalización de las críticas al modelo tutelar. En España, como antes señalamos, idéntico proceso se vive a partir de la resolución de TC 36/1991 que llevó a la aprobación de la LO 4/1992. Vid. CILLERO BRUÑOL, Op. cit., pág. 122

¹⁵⁵ Si se admitiera que, en vez de derecho penal, se aplicaran a los menores medidas privativas de (...) derechos fundamentales sin los límites y requisitos procedimentales de las penas, se produciría –se ha producido históricamente– un <fraude de etiquetas> que representaría, a la vez, una burla a la Constitución.” Vid. VIVES ANTÓN, Op. cit., pág. 349; FERRAJOLI, Op. Cit., pág. 37.

¹⁵⁶ El ordenamiento no puede, so pretexto de protegerles, hacer a los menores de peor condición que a los que han dejado de serlo.”. Vid. VIVES ANTÓN, Op. cit., pág. 350.

¹⁵⁷ Vid. GIMÉNEZ- SALINAS I COLOMER, ESTHER: “La Mayoría de Edad Penal en la Reforma”, en *Homenaje a Juan del Rosal, Editoriales de Derecho Reunidas*, 1993, pág. 640.; MARTÍN LÓPEZ, “Modelos de Justicia Juvenil: Análisis de Derecho Comparado”, en del mismo (Coord.): “La Responsabilidad Penal de los Menores”, *Colección Estudios Nº 74, Universidad Castilla - La Mancha, Cuenca*, 2001, pág. 94.

derechos. La afirmación de la primera llevan a la aplicación de medidas de seguridad o correccionales, propias del ámbito del sistema penal¹⁵⁸, no proteccional.

La construcción del sistema tutelar propone un desarrollo argumentativo que confirma lo expuesto, toda vez que refunde en un solo tipo de intervención ambas modalidades de actuación del Estado respecto del menor de edad (para protección del mismo y por la comisión de un ilícito penal) imponiéndole consecuencias (medidas) “para protegerlo de su condición social”, y unificando coherentemente el presupuesto de actuación mediante el expediente de la “situación de riesgo social”. Se define la actuación del “infractor” y la condición del “desvalido” como categorías equivalentes¹⁵⁹, generando una dinámica armónica, pero ampliamente objetada por su discrecionalidad¹⁶⁰.

Por ello resulta completamente erróneo mantener esta “dinámica de intervención” por debajo del límite biológico objetivo de afirmación de la culpabilidad pues ello permitiría que el sistema de protección opere en un ámbito que le es ajeno. Es igualmente erróneo afirmar que el conflicto suscitado por el delito ejecutado por un menor de 14 años deba ser “conocido” o “solucionado” por el sistema proteccional, por cuanto el Estado ha renunciado a atribuirle consecuencias jurídicas en razón –mediatizada– del delito cometido, al excluir su tratamiento del sistema penal¹⁶¹.

Como conclusión primaria podemos señalar que no nos parecen desacertadas propuestas como la expuesta por SILVA SÁNCHEZ, que extiende la aplicación de las medidas de control –formal– de la actuación de los menores de edad hacia edades inferiores a los 14 años, siempre y cuando ello conlleve –y por ende, corresponda– efectivamente a una ampliación “del control” de la intervención y no sólo de ésta¹⁶². Ello se justificaría, con el sólo objeto de evitar que se desnaturalicen (como medidas

¹⁵⁸ Confirmando su pertenencia al sistema penal, precisamente en este ámbito, SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Op. cit.*, pág. 159 y 164.

¹⁵⁹ Ello no sólo tiene consecuencias para el sistema punitivo –las que expusimos previamente en el presente documento– sino también para el sistema Estatal dirigido a hacerse cargo de la infancia vulnerada, afectada o carenciada. Así, fuera del ámbito infraccional, el sistema categoriza, en base al concepto de peligrosidad, la situación de carencia o afectación de derechos de la infancia, transformándola en una causal que lleva al Estado a actuar, no para la protección de “los derechos” del niño, sino para proteger “al niño” de su condición “peligrosa”, todo ello con una respuesta equivalente a la prevista para el caso de un niño que presente un conflicto infraccional.

¹⁶⁰ Una síntesis de observaciones y críticas formuladas respecto de los sistemas propios del modelo tutelar, desarrolladas en su mayoría por argumentos diversos a su ilegitimidad, en MARTÍN LÓPEZ, M.T., *Op. cit.*, págs. 76 a 78; Asimismo Vid. GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO: “Derecho de la Infancia-adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral”, 2ª Edición, Edit. Forum-Pacis, Toluca, 1997, pág. 43, 44 y 47; En el mismo sentido crítico, GIMÉNEZ SALINAS afirma: “no es que el menor saliera del derecho penal, puesto que se le seguían aplicando medidas sancionadoras, sino que lo que sucedió es que salió del sistema de garantías y derechos individuales”. (*Op. cit.*, pág. 611).

¹⁶¹ En la aplicación de la legislación española el tema no queda ajeno a controversias, toda vez que el texto del artículo 3º y 18º de la LORPM establece “la obligatoriedad de la actuación de las entidades de protección cuando no se pueda exigir responsabilidad penal conforme a la ley o se decida no acudir a ella (...) obligación (...) que se ha de entender en el sentido de que han de comprobar si el menor se encuentra en alguna de las situaciones de desprotección social previstas en la ley de Protección Jurídica del Menor (riesgo o desamparo) para, en su caso, adoptar las medidas correspondientes..” (GARCÍA PÉREZ, *Op. cit.*, pág. 56). Ello se confirma en tanto el sistema de protección considera al menor de edad como parte pasiva (víctima) y no como causante (parte activa) del conflicto. Al menor de edad que es considerado peligroso en atención a que ha ejecutado un hecho típico no se lo “protege” en caso alguno.

¹⁶² Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Op. Cit.*, pág. 165. Asimismo, TAMARIT SUMALLA, *Op. cit.*, pág. 80; Oo. en GIMÉNEZ SALINAS, *Op. cit.*, pág. 641.

de control encubiertas)¹⁶³ otros recursos de intervención estatal, a fin de reflejar en ellos las necesidades de contención de hechos delictuales ejecutados por menores¹⁶⁴. Si se lo configura como un conflicto entre adolescente peligroso y el Estado, como ente público, se lo construye como conflicto penal, debiendo éste tratarlo como tal, lo que implica no considerarlo en el sistema de protección¹⁶⁵, en tanto, independientemente, no concurran sus presupuestos

Lo dicho es, a nuestro juicio, preferible –el mal menor, como todo el sistema penal– pues asegura un marco de garantías suficientes para el tratamiento del caso¹⁶⁶, y hace coherente la respuesta prevista con su fundamento, optimizando las posibilidades de intervención eficaz.

Todo lo dicho se afirma, naturalmente, a menos que la sociedad que reciba el modelo esté dispuesta efectivamente a renunciar a la construcción penal de esos conflictos¹⁶⁷, con lo cual no hace más que devolverlo al ámbito privado-civil (no proteccional), siendo ilegítima en esa esfera la coacción pública¹⁶⁸. Bajo el límite de la culpabilidad cronológica –cuya fijación resulta exigida, como opción político criminal¹⁶⁹ debe operar, entonces, el sistema civil –indemnizatorio, y el sistema proteccional, en caso que sus supuestos –verdaderos y reales– lo ameriten¹⁷⁰.

5. El contenido material del llamado “principio educativo” (el “interés superior del niño” como criterio rector)

El criterio del interés superior del niño radica sus fuentes en el artículo 3.1 de la CIDN¹⁷¹.

El sentido que es posible atribuir a dicho texto y su contenido material se extrae del

¹⁶³ En este sentido se pronuncia GARCÍA PÉREZ O: “Es preciso llamar la atención frente a cualquier tentación de convertir las instituciones de protección en órganos que vienen a suplir la falta de intervención penal sobre determinados grupos de menores.” Vid. GARCÍA PÉREZ O. *Op. cit.*, pág. 57. En el mismo sentido se pronuncia Movilla Alvarez, González Zorrilla y García Pablos de Molina (citados en ORNOSA FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, pág. 36 y 37).

¹⁶⁴ Al respecto ALBRECHT señala: “La alternativa de la Ley de Bienestar del Menor, aparentemente proclive a la socialización, es a menudo sólo una alternativa aparente. También en ella se han programado legalmente fuertes estigmatizaciones, discriminaciones y mecanismos de aislamiento” (agregando cita de bibliografía específica), *Op. cit.*, pág. 135. Señala asimismo, que las normas a las que se recurre en estos casos son “comprendidas bajo la expresión <carácter policial de la ley de Bienestar del Menor>” (*Op. cit.*, pág. 134), agregando que: “Al operador jurídico se le puede recomendar como directriz: en la duda, descriminalizar en vez de exculpar”, en tanto la segunda opción implica la derivación al sistema de protección. (*Op. cit.* pág. 135); Vid. asimismo LANDROVE DIAZ, GERARDO: “Derecho Penal de Menores”, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001, pág. 207, evidenciando los riesgos de esta idea.

¹⁶⁵ Vid. ALBRECHT, *Op. cit.*, pág. 116.

¹⁶⁶ Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Op. cit.*, pág. 169, nota 417.; MARTÍN LÓPEZ, *Op. cit.*, pág. 94.

¹⁶⁷ Vid. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL: “Un Proyecto Alternativo a la Regulación de la Responsabilidad Penal de los Menores”, Documentos, N° 5, 2000, pág. 14.

¹⁶⁸ Sobre ello Vid. GIMÉNEZ SALINAS, *Op. cit.*, pág. 637 y ss.

¹⁶⁹ La exigencia deriva de los instrumentos internacionales, del fracaso de los modelos psicológicos y de las exigencias de seguridad jurídica e igualdad. Vid. SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, *Op. cit.*, pág. 33.

¹⁷⁰ En todo caso, debemos considerar que el artículo 4.1 de la CIDN impone una obligación a los Estados ratificantes relativo a la fijación de una edad por debajo de la cual no debe establecerse responsabilidad penal. (“En todos los sistemas jurídicos que reconozcan el concepto de mayoría de edad penal con respecto a los menores, su comienzo no deberá fijarse en una edad demasiado temprana habida cuenta de las circunstancias que acompañan a la madurez emocional, mental e intelectual.”) A juicio de García Méndez, el límite para esa decisión político-criminal (y en definitiva, participativa y social) bordea la edad de los 12 años, siendo a su juicio imposible justificar un tramo inferior. Vid. GARCÍA MÉNDEZ, *Op. cit.*, pág. 221.

¹⁷¹ Vid. *Supra*, nota 49.

contexto en el cual encuentra inmerso y que le sirve de origen y sustento, cual es la consagración positiva de la doctrina de la protección integral de los derechos del niño en el marco de la regulación internacional.

La intervención del Estado a favor de “*intereses*” centrados en la “*figura del menor*” –cualquiera haya sido la denominación asignada– es un concepto que históricamente no resulta privativo, en abstracto, del modelo de responsabilidad, siendo funcional a múltiples perspectivas. Como señala ORNOSA FERNÁNDEZ: “*cada uno de los que intervienen directa o indirectamente en el proceso de menores puede tener una idea distinta de cuál es el auténtico interés de ese menor y la consecuencia práctica va a ser para él totalmente diferente según cuál de esas posiciones prevalezca al final, con lo que este concepto, en principio nacido para tener un carácter totalmente objetivo, puede llegar a convertirse en algo muy subjetivo e indeterminado, lo que sería contrario a los principios de seguridad jurídica e igualdad*”¹⁷². Así, incluso puede operar como fuente de intervención positiva, justificando medidas de cumplimiento imperativo cuyo resorte resulta por completo independiente de la voluntad del menor, detonándose en base a aquella voluntad que la sustituye “*para elegir lo que es más beneficioso para él*”, en miras a su reeducación (educación), reinserción (inserción) o resocialización (socialización)¹⁷³. Así, el modelo tutelar justifica su intervención en la atención de las carencias o necesidades del menor desprotegido¹⁷⁴. En el caso del modelo educativo se propone sustraer al menor del ámbito de la justicia formal, buscando soluciones extra-judiciales de contenido educativo (“*diversión*” o, más recientemente, programas de “*justicia-restaurativa*”).

Por ello, creemos que no basta con una referencia abstracta al “*interés del menor*” para definir los caracteres del modelo propuesto como sistema de intervención, sino que se requiere definirlo con un contenido material, para dar claridad y sentido a su aplicación e incluso para precisar su función en el sistema. Dicho contenido material se debe extraer, sistemáticamente, del contexto en que es enunciado (la doctrina de la protección integral de los derechos del niño) y que le sirve de origen, tomando como punto de partida el que se propone definir el tratamiento social del niño desde la base de considerarlo como sujeto –autónomo– de derechos.

Ello permite afirmar que el interés del menor de edad, como sujeto de derechos, radica precisamente en el respeto y promoción de sus propios derechos. Se actúa entonces en interés del niño y adolescente, cuando se interviene en función de sus derechos, y

¹⁷² Vid. ORNOSA FERNÁNDEZ, *Op. cit.*, pág. 77.

¹⁷³ Incluso, bajo esta perspectiva, la privación de libertad fundada en la “condición de riesgo” cumple la función de separar de ella al menor que la “sufre” o experimenta de sus efectos.

¹⁷⁴ De hecho, y como señalamos precedentemente, el movimiento que lleva al nacimiento de los tribunales tutelares de menores denominado “los salvadores del niño” buscó sustraer al menor de la “inhumana” aplicación del sistema penal, por y desde su incapacidad. Por ello, en tanto el Estado actúa en favor del niño (“en su interés”), permite eliminar, como referente de legitimidad, la necesidad de respetar principios fundamentales del sistema penal, incluyendo las garantías procesales.

no cuando se desarrollan simplemente procedimientos “*para su beneficio*”, formulación vacía de contenido, abierta a la discrecionalidad o incluso a la arbitrariedad¹⁷⁵. Con ello, el principio impone la obligación de orientar la interacción para con el niño hacia la eficacia y vigencia a sus derechos, no siendo legítimo, a pretexto de su supuesto o real beneficio, justificar su restricción. “*No se puede actuar en interés del menor, restringiendo sus derechos y reconocerle con ello al mismo tiempo el carácter de sujeto y titular de los mismos*”¹⁷⁶. Este concepto, que puede fácilmente ser percibido en su aplicación y reflejo en las instituciones de garantía comunes a toda persona en el marco del derecho penal y del proceso, importa el reconocimiento de características específicas y especiales adicionales, a ser consideradas como parte de las bases del sistema¹⁷⁷.

La sanción penal, en tanto restricción coactiva de derechos, importa privar al sentenciado de espacios de ejercicio de los mismos, limitando sus posibilidades de interacción, acotando materialmente los niveles de desarrollo del individuo. Ello tiene especial importancia en caso de aplicarse sobre adolescentes. Si se consideran las bases del principio de autonomía progresiva del menor de edad, particularmente en la etapa de vida que le corresponde desarrollar en la adolescencia¹⁷⁸, caracterizada como un proceso de plena formación y consolidación de los rasgos de su personalidad, es evidente que la pérdida de factores de socialidad –interacción autónoma– inciden de manera negativa en éste. La formación para la autonomía y la definición de los caracteres individuales fundamentales, se alcanza precisamente en dicha etapa, habiendo ya superado el aprendizaje de las habilidades básicas. En este proceso resulta fundamental el desarrollo de destrezas sociales, enriquecidas en las instancias de socialización propias de la vida en comunidad¹⁷⁹. Las restricciones de derechos necesariamente afectan esos espacios, incidiendo por ello de manera directa en la formación. Por ello se estima que la sanción penal –en caso de adolescentes– puede incluso generar desajustes –arraigados en la personalidad– mayores que el beneficio que se pretende obtener, orientación que, según vimos, justifica las propuestas del modelo educativo. Por ello, el principio exige caracterizar los espacios de intervención coactivos propios del sistema penal de adolescentes (en el proceso y en las instancias de determinación, cumplimiento o ejecución de sanciones) en base a consideraciones que tiendan a minimizar o

¹⁷⁵ Vid CILLERO BRUÑOL, MIGUEL: “El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”, en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps.): “Infancia Ley y Democracia en América Latina”, Temis-Depalma, Buenos Aires, 1999, pág. 80; Oo. en CRUZ BLANCA, Op. cit., pág. 487, con una posición minoritaria (que no asimila el concepto a la idea “educativa del menor”).

¹⁷⁶ *Idem* nota precedente.

¹⁷⁷ Debe cuidarse especialmente el no poner en riesgo las diferencias del menor de edad a propósito de la defensa de su igualdad de trato. Sobre ello, detallando espacios en los que “la lucha de los niños por su derecho a la igualdad se ha desvinculado de la lucha por el reconocimiento de su diferencia”, Vid. BARATTA, ALESSANDRO: “Infancia y Democracia”, en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps.): “Infancia Ley y Democracia en América Latina”, Temis-Depalma, Buenos Aires, 1999, Op. cit., pág. 44 y 45.

¹⁷⁸ Vid. TIFFER, CARLOS & LLOBET, JAVIER: “La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica”, ILANUD, UNICEF y UE San José, 1999, pág. 124.

¹⁷⁹ La adolescencia, de hecho, se caracteriza por la concurrencia en el sujeto de una madurez biológica no acompañada de madurez social. Vit. TAMARIT SUMALLA, Op. cit., pág. 79.

evitar dichos efectos desocializadores, lo que se traduce en: i) la consideración de un amplio catálogo de sanciones posibles de aplicar¹⁸⁰; ii) a ser impuestas en base a un procedimiento reglado predominantemente discrecional; iii) en base a una regla de principios (que considere los elementos propios del delito –en sentido sistemáticamente amplio– y el interés superior del menor comprometido)¹⁸¹; iv) en la utilización de la privación de libertad como último recurso¹⁸²; v) el establecimiento de procedimientos periódicos de revisión de la medida; vi) la mayor celeridad en el procedimiento; y vii) la consagración de salidas alternativas al procedimiento y medidas de *“diversión”*¹⁸³.

Ello opera, en una orientación preventivo especial no intervencionista y en la consideración de la intervención mínima (la menor coacción o restricción) en todas las etapas del sistema.

Estas consecuencias parecen en principio coincidentes con las medidas de *diversión* propias del modelo educativo. Sin embargo, el punto de partida es diverso y complejo –de doble composición–, lo que lleva a soluciones prácticas distintas en cada caso. En el modelo educativo (desfomalización y educación como objetivo) se puede justificar una medida orientada positivamente a la introducción de factores de socialidad en el individuo, siempre que no tenga formalmente carácter penal (lo que puede perfectamente importar un marco de restricciones superior, impuesta en sede administrativa y sin control jurisdiccional). En el caso del modelo de responsabilidad (*“sujeto responsable”* - *“en desarrollo progresivo”*), sólo se justifica una consecuencia que no supere la culpabilidad por el hecho, y en el mínimo de restricciones que sean posibles de imponer¹⁸⁴. Por ello, en este caso una solución educativa es consecuencia de una decisión judicial que busque el menor nivel de restricción de derechos que es posible asociar a la comisión culpable de un hecho delictivo, no siendo justificable una intervención de mayor afluencia fundada en un supuesto beneficio del menor.

Por ello, y a diferencia de la propuesta del modelo educativo, se afirma que no existe incompatibilidad entre los conceptos educación y sanción¹⁸⁵. *“Apreciar la responsabilidad*

¹⁸⁰ Vid. SILVA SÁNCHEZ, *Op. cit.*, pág. 180.

¹⁸¹ Vid. GÓMEZ RIVERO, *Op. cit.*, pág. 13.

¹⁸² Artículo 37 letra b) de la CIDN (“Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente. Le 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 periodo más breve que proceda”).

¹⁸³ Vid. TAMARIT SUMALLA, *Op. cit.*, pág. 83 y 84.

¹⁸⁴ Sobre ello, de manera categórica, y recordando el contenido limitativo y de garantía del principio, por sobre cualquier pretensión educativa “en interés del menor” se manifiesta CRUZ BLANCA, *Op. cit.*, págs. 486 y 487. Señala que debe respetarse el principio de culpabilidad “sin subterfugios que permitan su vulneración en nombre de la idea de resocialización”. Asimismo, CUELLO CONTRERAS, *Op. cit.*, págs. 42 y 43 y TIFFER, CARLOS & LLOBET, JAVIER: “La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica”, ILANUD, UNICEF y UE, San José, 1999, pág. 108 y ss.

¹⁸⁵ Para GIMENEZ SALINAS, este doble carácter es propio del sistema y los modelos varían según la preponderancia que se de a uno y otro criterio: “Educación-sanción, sanción-educación están, pues, en una balanza que en cada uno de los sistemas puede inclinarse de una forma distinta según la propia ley, según el momento político-criminal y según la aplicación diaria de los propios jueces.” *Op. cit.*, pág. 639; Asimismo, CRUZ BLANCA, *Op. cit.*, pág. 486 y con más detalle y desarrollo en “Derecho Penal de Menores...”, págs. 195 y ss; Oo. en MARTÍN LÓPEZ, quien en una interesante reflexión considera que la situación actual corresponde a un estado de transición en la pugna existente entre educación y penalización, como opción de tratamiento político criminal. (MARTÍN LÓPEZ, *Op. cit.*, págs. 97 y ss).

del joven, no significa abandonar el principio educativo que debe presidir el derecho de menores (...) el modelo de responsabilidad tiene como punto de partida el principio educativo más importante, <educar en la responsabilidad>”¹⁸⁶.

En todo caso no debe asociarse al denominado “principio educativo” con las necesidades o carencias de formación, desarrollo o madurez del menor de edad, argumento que desde una perspectiva complementaria suele –sobre la misma lógica– esgrimirse a favor de su supremacía en el sistema¹⁸⁷, todo ello, en tanto no resulta compatible con el reconocimiento del carácter de sujeto de derecho del menor de edad adolescente. Al esgrimir dicho fundamento para justificar la imposición –incluso coactiva– de medidas de “enseñanza” (correccionales en definitiva), se transforma al beneficiario en un “incapaz relativo”¹⁸⁸. Frente a ello creemos que no puede, en definitiva, afirmarse la responsabilidad como fundamento (capacidad) y definirse las consecuencias de la misma en base a su ausencia o, en su caso, concurrencia incompleta. Precisamente creemos que esta doble funcionalidad (positiva y negativa) de aplicación del criterio “educativo”¹⁸⁹ lo hace inconciliable con la consideración del niño como sujeto de derechos, en tanto asume al menor de edad como imperfecto o necesitado de ayuda¹⁹⁰.

Cabe agregar finalmente que los “defectos de socialización”, como fundamento preventivo especial del sistema, han sido fuertemente criticados desde principios del siglo XX, encontrándose hoy en día abandonados¹⁹¹.

¹⁸⁶ Vid. GIMÉNEZ SALINAS, op. cit., pág. 619. Además agrega: “¿O acaso el modelo protector no sancionaba y reprimía más duramente?, eso sí, con total libertad y arbitrariedad.” Con mayor desarrollo sobre el tema, págs. 628 y ss: Por su parte, GÓMES DA COSTA, en un interesante trabajo da cuenta de las relaciones existentes entre sanción, derecho y educación, proponiendo un análisis desde la perspectiva derecho-deber en que funda un sistema de responsabilidad penal adolescente y que es el resultado de su reconocimiento como sujeto de derechos. (GÓMES DA COSTA, ANTÓNIO CARLOS: “Pedagogía y justicia” en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps.): “Infancia Ley y Democracia en América Latina”, Temis-Depalma, Buenos Aires, 1999, págs. 64 a 66.)

¹⁸⁷ En el sentido defendido en el texto se manifiesta CRUZ BLANCA, quien concibe la sanción penal juvenil con un criterio preventivo especial, de preferencia, con contenido educativo que describe en los siguientes términos: “La finalidad educativa en un Derecho Penal de menores no ha de entenderse en sentido amplio como sinónimo de socialización, esto es, como proceso complejo que busca un desarrollo determinado de la personalidad, sino que ha de circunscribirse de forma parcial a la pretensión de que el menor que ha delinquido, en adelante adecue su comportamiento a las exigencias legales, es decir, que no cometa delitos en el futuro.” Op. cit., pág. 486.

¹⁸⁸ “Cualquier (otra) definición, ya sea de base bio-psicosocial como la que identifica el interés superior con alcanzar la madurez (...) dificulta la aplicación de los derechos, resta valor y eficacia a los catálogos de derechos que se reconozcan.”, Vid. CILLERO BRUÑO, Op. cit., pág. 80.

¹⁸⁹ Un resumen en torno a la discusión en torno a esta doble función del principio educativo se puede encontrar en TIFFER / LLOBET, Op. Cit., pág. 126 y ss.

¹⁹⁰ De ahí que puedan compartirse afirmaciones como las expuestas por VIVES ANTÓN (“La idea de sustituir el reproche y el castigo, en la medida de lo posible y realizable, por la asistencia y la educación, no es, como a veces se dice, un simple señuelo ideológico del positivismo, sino la expresión de un pensamiento profundamente humanitario que merece ser llevado a la práctica”. Op. cit., pág. 348) pero no sus conclusiones (modelo educativo “por ley” acompañado de la descriminalización del comportamiento del adolescente), precisamente pues –en sus términos– la “medida de lo posible” debe encontrarse asegurada, en términos materiales, en igualdad de condiciones de acceso respecto de todos los ciudadanos, lo que ha demostrado no cumplirse en base sistemas fundados en el modelo educativo o en sistemas que renuncian a la formalización en términos generales, produciendo la sociedad medidas alternativas de control “descontroladas” institucionalmente.

¹⁹¹ Vid. VIANA BALLESTER, Op. cit., págs. 175 y 176; ZAFFARONI, Op. cit., págs. 62 y 63.

6. A modo de conclusión

Conforme al desarrollo expuesto estimamos posible afirmar que la equiparación del criterio del interés del menor con un concepto relativo a la *“intervención educativa”* y la *“capacidad incompleta”*, subjetiva y personal, como fundamento de atribución, constituyen presupuestos que resultan insuficientes para definir la especialidad del sistema.

La definición de ambos conceptos deriva de la posición que ocupa el niño y el adolescente en el ámbito de las relaciones en una sociedad determinada y no en su capacidad natural, personal o psicológica. La adolescencia *“constituye una etapa de la vida que en sociedades como la nuestra se define culturalmente (...) desde una perspectiva social”*¹⁹². *“De hecho, puede decirse que el establecimiento de un límite de edad superior al que marcaría la posibilidad de afirmar la capacidad de comprender y querer del menor o, para quienes sitúan en ella la culpabilidad, de su motivabilidad, no es más que una concesión propia del retraso en el reconocimiento de su madurez en sentido social por contraposición a lo que sería su afirmación en términos estrictamente físicos o biológicos. Este “retraso” tiende a ser más generoso mientras más avanzada es una sociedad y mejores sus condiciones de vida, ya que es justamente en ella donde pueden justificarse con mayor facilidad la demora en la madurez social del individuo; y a la inversa, la madurez social suele predicarse en edades más tempranas allí donde las concepciones de vida determinan la pronta incorporación del menor al mercado de trabajo, y en general, al mundo de los adultos”*¹⁹³.

Esta premisa se puede constatar observando como el desarrollo histórico demuestra efectivamente una correspondencia entre el reconocimiento social de los menores de edad y su capacidad, integración y responsabilidad¹⁹⁴. Así, originalmente (durante el liberalismo clásico) se incorporaba al niño a la vida adulta una vez afirmada la pubertad. Con ello, la sociedad propia de la ilustración prácticamente no concebía un régimen separado de competencias sociales asignadas a la franja etárea de la adolescencia, incorporando al infante rápidamente a la vida adulta una vez superado el margen del inicio de la pubertad. De esta forma, la fertilidad en la mujer, y la capacidad laboral del hombre, permitían justificar una declaración de aptitud o competencia para incorporarse a la vida adulta¹⁹⁵. Es decir, se le reconocía participación, pero como adulto, desconociéndose su carácter de tal (adolescente) y sus diferencias. En materia de

¹⁹² GARCÍA PÉREZ, O.: *Op. cit.*, pág. 51

¹⁹³ Vid. GÓMEZ RIVERO, *Op. cit.* pág. 4. En el mismo sentido TAMARIT SUMALLA, *Op. cit.*, pág. 79.

¹⁹⁴ En relación a los modelos de intervención históricamente implementados MARTÍN LÓPEZ afirma que *“suelen tener correspondencia con la situación cultural y social de un país”*. *Op. cit.*, pág. 67.

¹⁹⁵ Sobre los sistemas de responsabilidad penal aplicables a menores de edad en épocas previas a la ilustración Vid. HIGUERA GUIMERA, J.F.: *Op. cit.*, passim; SÁNCHEZ GARCÍA DE PAZ, I., *Op. cit.*, págs. 35 y ss; PÉREZ MARTELL, ROSA: *“El proceso penal del Menor. Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor”*, *Revista de Derecho y Proceso Penal, Monografía N° 5*, Edit. Aranzadi, Navarra, 2002., págs. 28 y ss;

responsabilidad penal, el correlato se demuestra en la aplicación de una sanción propia de los adultos, atenuada por “defectos” de madurez.

Luego, la complejización de la convivencia social –derivada de los caracteres de la sociedad industrial– y las mayores exigencias de formación requeridas para la interacción, llevaron a prolongar la incorporación activa de los sujetos hasta que alcanzaran la mayoría de edad, privándoseles por este expediente de reconocimiento de capacidad (y responsabilidad). Así, dichas necesidades de formación y la elevación del tramo de edad de incorporación a la vida adulta, le dieron sustento a la intervención tutelarista, con éxito, generando como consecuencia el aumento del control de la marginalidad emergente en la nueva sociedad, casi por definición, en “riesgo social”¹⁹⁶. De ahí que se intervenga, sobre la excusa de la incapacidad, con o sin el pretexto del desarrollo o ejecución de una actividad delictual, transformando en política criminal / judicial un problema social. En los hechos dicho proceso, criminaliza, atendido el tipo de respueta aplicada y los fundamentos esgrimidos para su imposición¹⁹⁷.

El modelo de bienestar reacciona, manteniendo la base de sustento de la incapacidad, pero operando desde una perspectiva social –no jurisdiccional– planteando en sus bases la necesidad de devolver el sistema de tratamiento de la marginalidad a su cauce original, pero desjudicializándolo. Mantiene así la consideración de una base fundada en la incapacidad social de los menores de edad que justifica, por ejemplo, el que se proponga evitar recurrir a procesos considerados estigmatizantes (social o individualmente) y sus efectos, asumidos como desocializantes. Con ello, en todo caso, se gira al extremo inverso, planteando un tratamiento social y administrativo del conflicto penal, manteniendo en su base la afirmación de la incapacidad del adolescente¹⁹⁸.

Si nos acercamos a finales del siglo XX podemos observar como, en los hechos, se ha producido un aumento exponencial en las necesidades de formación, postergando con ello de manera general la incorporación a la vida adulta. Así, *“Desde una perspectiva eminentemente sociológica suele hoy entenderse que en las sociedades industrializadas la etapa de la adolescencia se ha prolongado, lo que se acredita en base a la ampliación de los periodos de formación escolar obligatoria y profesional, que en la mayoría de los países europeos, y entre ellos, España, se viene elevando hasta los dieciséis años. A este dato debe añadirse otro más, aportado por la Psicología del*

¹⁹⁶ Vid. GARCÍA MÉNDEZ, *Op. cit.*, pág. 43 y 44.

¹⁹⁷ Vid. GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO: “Infancia. De los derechos y de la justicia”, 2ª Edición actualizada, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004, pág. 8.

¹⁹⁸ Cabe destacar que dicha incapacidad del adolescente sirve en un primer momento para “sacarlo del sistema penal” formal, de manera general (con independencia del carácter punitivo de subyace en las medidas de protección). Luego, en el modelo educativo, se persigue el mismo fin, pero buscando que el sistema opere, de manera individualizada, caso a caso. Esta dinámica, fundada en la definición del menor de edad como un sujeto incapaz, se entiende que habilita al Estado a cumplir a su respecto funciones paternalistas, al atribuirle una condición de carencia, ya sea por entender que es plenamente incapaz o por requerir de un complemento en su desarrollo. Sobre los presupuestos de justificación –claramente no concurrentes en este caso– del paternalismo jurídico del Estado. Vid. GARZÓN VALDÉS, ERNESTO: “¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?” en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, Centro de Estudios Constitucionales*, Nº 5, 1988, págs. 155 - 173.

aprendizaje, que hace depender el desarrollo del adolescente del incremento de su edad y, primordialmente, de los procesos de aprendizaje mismo"¹⁹⁹.

A ello debemos agregar el efecto de la masificación de procedimientos a través de medios electrónicos que privan al menor de contactos personales e interacción social. *"Vivimos en sociedades cada vez más complicadas debido a los avances tecnológicos, lo que hace que esta etapa de preparación para el desempeño del rol de adulto se extienda. Así lo demuestran la extensión del periodo de enseñanza obligatoria, el retraso en la incorporación al mercado laboral y, por tanto, en la emancipación económica"*²⁰⁰. Ello debiera consecuentemente llevarnos a extender los tramos asignados a la incapacidad social, limitando las esferas de responsabilidad.

Esta afirmación, por ejemplo, encuentra reflejo en la consagración reciente de franjas de adultez en las que se permite responder como adolescente, lo que da lugar a que se denomine como *"jóvenes-adultos"* al tramo de edad que corre entre los 18 y los 21 años. En el mismo sentido se pronuncia el texto de MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, quienes en relación a la extensión del sistema penal juvenil a personas de entre 18 y 21 años en el modelo Alemán señalan: *"Para este paso del legislador fue decisivo el creciente descubrimiento de la psicología juvenil, en el sentido de que el desarrollo ético-espiritual del joven normal no está, ni con mucho, acabado de llegar a los dieciocho años. Especialmente en los últimos decenios fue posible comprobar una creciente discrepancia entre la madurez corporal, por un lado, y la madurez espiritual –y, especialmente, la moral– por el otro. Mientras que la primera, con la anticipación del proceso de pubertad, se hacía presente más rápidamente que antes (en parte como consecuencia de la urbanización y de las guerras) el logro de la madurez intelectual y moral se desplazaba más allá de la edad considerada a la sazón normal para dicho fenómeno, o sea, los dieciocho años"*²⁰¹.

Paradójicamente este expediente no nos permitiría explicar hoy en día –en base al desarrollo previamente expuesto– el porqué, si ha aumentado el espacio de incapacidad, también aumenta la esfera de responsabilidad, mediante la creación de *"sistemas especiales"* que imponen edades de imputabilidad inferiores a las consideradas durante la mayoría del siglo XX. Así, pareciera existir un contrasentido al separarse los conceptos de *"capacidad social"* y de *"responsabilidad penal"*, lo que transformaría en falsa la hipótesis que hemos afirmado al iniciar el presente acápite y a través de todo el desarrollo del documento.

No obstante ello creemos que dicha afirmación mantiene plenamente su validez. Lo que sucede es que la definición del rol del adolescente en la sociedad es lo que cambia,

¹⁹⁹ Vid. CARMONA SALGADO, *Op. cit.*, pág. 2.

²⁰⁰ Vid. GARCÍA PÉREZ, O., *Op.cit.*, pág 51

²⁰¹ MAURACH / GÖSSEL / ZIPF, *Op. cit.* T1, pág. 639.

concibiéndose su participación en cuanto tal (como adolescente) y no en su relación con el adulto, como lo fue hasta hace poco. *“Tanto en Europa como en América Latina, el nuevo discurso sobre los derechos humanos se extendió, durante la segunda mitad del siglo, hacia los derechos de los niños y de los adolescentes, en base a una línea de tendencia internacional que encontró expresión en la doctrina y en los documentos de las Naciones Unidas. En esta doctrina, tal como sabemos, ya no se ve al niño como objeto de protección-represión por parte del estado y de la sociedad de adultos, sino como un sujeto de derechos originarios con respecto a esas instituciones”*²⁰². De esta forma, lo que cambia es el foco o lente con se lleva a cabo el análisis de la relación de participación del individuo en sociedad, toda vez que ya no se buscan los efectos de la incorporación del adolescente al mundo de adultos, sino aquellos que derivan de su reconocimiento en sociedad como tal²⁰³.

La capacidad de responsabilidad y la consideración del individuo ya no se fija desde la perspectiva de la adultez, afirmándose en su reemplazo un concepto que permita identificar etapas de desarrollo diferenciables que cruzan o acompañan a la persona humana en su vida²⁰⁴. El ejercicio consiste en atribuir responsabilidad al adolescente en cuanto tal (*“sujeto de derechos”* con *“autonomía progresiva”*), y no desde la perspectiva del derecho penal general, diseñado por adultos y aplicable a ellos²⁰⁵.

Por ello es que el aumento de los factores que retardan la incorporación a la vida adulta ya no se encuentra vinculado a la participación del niño o adolescente a la vida en sociedad. Ello permite afirmar su responsabilidad como adolescente y, por su parte, las mayores exigencias de la vida adulta, que llevan a extender desde un punto de vista social las etapas propias de la adolescencia, permiten extender dicha responsabilidad a etapas que hasta hace algún tiempo eran propias de dicho nivel de participación, superando la barrera socialmente asentada que bordea los 18 años de edad²⁰⁶.

El considerar al niño o adolescente como sujeto de derechos lleva a asumir a su respecto políticas integradoras, participativas, con espacios de autonomía que conllevan responsabilidad. *“Se trata sencillamente de hacerle justicia en su vertiente existencial y de garantizarle su status de persona y los bienes y derechos fundamentales de la*

²⁰² Vid. BARATTA, ALESSANDRO: *Op. cit.*, pág. 40.

²⁰³ BARATTA habla del “derecho del niño a una ciudadanía diferente en el desarrollo del estado democrático de derecho (...) una ciudadanía plena que es compatible, con la debida consideración de su diferencia con respecto a los adultos, es decir de su identidad como niño”, *Op. cit.*, pág. 45 y 50.

²⁰⁴ Dicha argumentación –como vimos– lleva a sustentar la falta de responsabilidad y la disposición de medidas de corte tutelar o asistencial, de ayuda al incapaz. Con respecto a ello, y de modo energético, GARCÍA MENDEZ señala: “Se trata en definitiva de un cambio en los patrones culturales que demuestre la absurdidad de pensar la protección de los sectores débiles de nuestra sociedad, solo en los estrechos marcos de declarar su incapacidad y condenarlos a la segregación.”, *Op. cit.*, pág. 58

²⁰⁵ Asumiendo la procedencia de establecer un estatuto especial, de derechos, “más allá de una mera actitud humanitaria” o asistencialista se pronuncia HERNÁNDEZ GALILEA (coord.), *Op. cit.*, pág. 29 y ss, no obstante lo cual le atribuye como efecto un paternalismo proteccionista (“Lo considera una etapa de desarrollo humano que exige una singular protección y de la que surgen unos peculiares derechos.”)

²⁰⁶ Vid. CRUZ BLANCA, *Op. cit.*, pág. 494.

*misma que por su mera calidad de persona le corresponden, si bien adecuados todos ellos a su situación de menor de edad*²⁰⁷. El adolescente no detenta “defectos de madurez o desarrollo” que permiten disminuir su “imputabilidad”. No es un sujeto incompleto, sino distinto. “Los menores no son simplemente adultos pequeños”²⁰⁸. Su responsabilidad, por ende, también lo es.

No se trata por ello de un mero cambio de orientación de los fines político criminales que se persiguen con la responsabilidad penal, en caso de adolescentes, sino de construir la base de los conflictos en que éste participe, como conflictos de derecho, rigiendo a su respecto las garantías que son propias de un Estado de derecho. Se repite entonces, a su respecto, un modelo participativo, democrático²⁰⁹, básicamente garantista, de origen liberal, actualizado –o más bien, puesto al día en su aplicación–²¹⁰ hacia las perspectivas propias de fines del siglo XX.

La *democracia* es participación en condiciones de igualdad. Las posibilidades de participación importan reconocimiento de autonomía. La autonomía conlleva *responsabilidad*, en consecuencia. La democracia exige responsabilidad individual.

²⁰⁷ MARTÍN LÓPEZ, *Op. cit.*, pág. 154, en cita a Rivero Hernández.

²⁰⁸ Vid. GRUPO DE ESTUDIOS DE POLÍTICA CRIMINAL, *Op. cit.*, pág. 15.

²⁰⁹ Vid. BARATTA, *Op. cit.*, pág. 41. Vid, asimismo, GÓMES DA COSTA, ANTONIO CARLOS: “Del menor al ciudadano niño y ciudadano adolescente”, en García Méndez / Carranza (edit.): “Del revés al Derecho”, Buenos Aires, 1992, págs. 131- 153, contenido en nota 30, del texto de BARATTA antes citado.

²¹⁰ Vid. BARATTA, *Op. cit.*, pág. 43 a 46.

7. BIBLIOGRAFÍA

- ANDRES IBAÑEZ, PERFECTO:** *“Razones para un Proceso Penal con Menores”*, en Martín López, María Teresa (Coord.): *“La Responsabilidad Penal de los Menores”*, Colección Estudios Nº 74, Universidad Castilla - La Mancha, Cuenca, 2001, págs. 13 a 17.
- ALBRECHT, PETER-ALEXIS:** *“El Derecho Penal de Menores”*, trad. Bustos Ramírez, Juan, Edit. PPU, Barcelona, 1990.
- BARATTA, ALESSANDRO:** *“Infancia y Democracia”*, en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps): *“Infancia Ley y Democracia en América Latina”*, Temis-Depalma, Buenos Aires, 1999, págs. 31 a 58.
- BUSTOS RAMÍREZ, JUAN y HORMAZABAL MALARÉE, HERNAN:** *“Lecciones de Derecho Penal”*, Volumen II, Edit. Trotta, Madrid, 1999.
- CARMONA SALGADO, CONCEPCIÓN:** *“Algunas Observaciones sobre la responsabilidad penal de los menores, a raíz de la ley 5/2000, de 12 de Enero”*, en RECPC 04-03, año 2002, en http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_04-03.html.
- CILLERO BRUÑOL, MIGUEL,** en Politoff / Ortiz (Dir.) Matus (Coord.): *“Texto y Comentarios del Código Penal Chileno”*, Tomo I, Libro Primero, Parte General, Edit. Jurídica de Chile, 2002, págs. 109 -126.
- CILLERO BRUÑOL, MIGUEL:** *“El Interés Superior del Niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño”*, en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps): *“Infancia Ley y Democracia en América Latina”*, Temis-Depalma, Buenos Aires, 1999, págs. 69 a 85.
- CERVELLÓ DONDERIS, V. y COLÁS TURÉGANO, A.:** *“La Responsabilidad Penal del Menor de Edad”*, Edit. Tecnos, Madrid, 2002.
- CEZÓN GONZÁLEZ, CARLOS:** *“La Nueva Ley Orgánica Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”*, Edit. Bosch, Barcelona, 2001.
- CONTRERAS LARGO, CONSUELO:** *“Hacia un diagnóstico para el ejercicio de la ciudadanía”*, en VVAA: *“De la Tutela a la Justicia”*, Corporación Opción - UNICEF, Santiago, 1998, págs.11 a 33.
- COUSO SALAS, JAIME:** *“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 VVAA: *“De la Tutela a la Justicia”*, Corporación Opción - UNICEF, Santiago, 1998, págs. 71 a 101.
- CRUZ BLANCA, MARIA JOSÉ:** *“La Ley de Responsabilidad Penal de los Menores tras la Reforma operada por las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000, de 22 de Diciembre”*, en Cuadernos de Política Criminal Nº 75, 2001, págs. 481 a 513.

- CRUZ BLANCA, MARIA JOSÉ:** *"Derecho Penal de Menores (Ley Orgánica 5/2000 reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores"*, Publicaciones del Instituto de Criminología de la Universidad Complutense de Madrid, N° 87, Madrid, 2002.
- CUELLO CONTRERAS, JOAQUÍN:** *"El Nuevo Derecho Penal de Menores"*, Edit. Civitas, 2002.
- CURY URZÚA, ENRIQUE:** *"Derecho Penal. Parte General."* Tomo II, 2° Ed., Editorial Jurídica de Chile, 1992
- DEL ROSAL BLASCO, BERNARDO:** *"Joven Delincuente y Derecho Penal"*, en Cuadernos de Política Criminal N° 54, 1994, págs. 1037 a 1051.
- DÍAZ PITA, MARÍA DEL MAR:** *"Actio Libera in Causa, Culpabilidad y Estado de Derecho"*, Edit. Tirant lo Blanch, serie monografías N° 254, Valencia, 2002.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, MIGUEL:** *"Los elementos normativos del tipo penal y la teoría del error"* en LUZON PEÑA/ MIR PUIG (dir.): *"Cuestiones Actuales de la teoría del delito"*, Edit. Mc Graw Hill, Madrid, 1999.
- DÜNKEL, FRIEDER:** *"Reacciones en los Campos de la Administración de Justicia y de la Pedagogía Social a la Delincuencia Infantil y Juvenil: Un estudio comparativo a escala Europea"*, en *"La Responsabilidad Penal de los Menores: Aspectos Sustantivos y Procesales"*, Cuadernos de Derecho Judicial, N° III - 2001, págs. 119 a 186.
- FERRAJOLI, LUIGI:** *"Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal"*, Edit. Trotta, Madrid, 1995.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO:** *"Infancia. De los derechos y de la justicia"*, 2ª Edición actualizada, Editores del Puerto, Buenos Aires, 2004.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO:** *"Derecho de la Infancia-adolescencia en América Latina. De la situación irregular a la protección integral"*, 2ª Edición, Edit. Forum-Pacis, Tolima, 1997.
- GARCÍA MÉNDEZ, EMILIO:** *"Para una historia del control penal de de la infancia: La informalidad de los mecanismos formales de control social"*, en Bustos Ramírez, Juan (Dir.): *"Un Derecho Penal del Menor"*, Edit. Conosur, Santiago, 1992, págs. 151 a 176.
- GARCÍA PÉREZ, OCTAVIO:** *"La competencia de los órganos de la administración de Justicia de menores y las bases de la responsabilidad penal de éstos y el derecho supletorio."*, en Giménez- Salinas I Colomer, Esther (Coord.): *"Justicia de Menores: una Justicia Mayor"*. Manuales de formación continuada N° 9, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2000, págs. 45 a 80.

- GARRIDO GENOVÉS, VICENTE y MONTORO GONZÁLEZ, LUIS (Dir.):** *“La Reeduación del Delincuente juvenil. Los Programas de Éxito”*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1992.
- GARZÓN VALDÉS, ERNESTO:** *“¿Es éticamente justificable el paternalismo jurídico?”* en Doxa, Cuadernos de Filosofía del derecho, Centro de Estudios Constitucionales, Nº 5, 1988, págs. 155-173.
- GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, ESTHER:** *“La Mayoría de Edad Penal en la Reforma”*, en Homenaje a Juan del Rosal, Editoriales de Derecho Reunidas, 1993, págs. 607 a 645.
- GIMÉNEZ-SALINAS I COLOMER, ESTHER:** *“La Justicia Juvenil en España: Un Modelo Diferente”*, en Martín López, María Teresa (Coord.): *“La Responsabilidad Penal de los Menores”*, Colección Estudios Nº 74, Universidad Castilla - La Mancha, Cuenca, 2001, págs. 19 a 44.
- GÓMES DA COSTA, ANTÔNIO CARLOS:** *“Pedagogía y justicia”* en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary (comps): *“Infancia Ley y Democracia en América Latina”*, Temis-Depalma, Buenos Aires, 1999, págs. 59 a 68.
- GÓMEZ RIVERO, MARÍA CARMEN:** *“La nueva responsabilidad penal del menor: Las Leyes Orgánicas 5/2000 y 7/2000.”*, en Revista Penal Nº 9, págs. 3 a 26, 2002.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLITICA CRIMINAL:** *“Un Proyecto Alternativo a la Regulación de la Responsabilidad Penal de los Menores”*, serie Documentos, Nº 5, 2000.
- GRUPO DE ESTUDIOS DE POLITICA CRIMINAL:** *“Una Propuesta Alternativa a la Protección Penal de los Menores”*, serie Documentos, Nº 7, 2003.
- HERNÁNDEZ GALILEA, JESÚS MIGUEL (Coord.):** *“El Sistema Español de Justicia Juvenil”*, Edit. Dykinson, Madrid, 2002.
- HIGUERA GUIMERÁ, JUAN FELIPE:** *“Los antecedentes históricos de la minoría de edad penal”*, en Actualidad Penal Nº 34, 2003, págs. 845 a 869.
- KEMELMAJER DE CARLUCCI, AIDA:** *“Justicia restaurativa. Posible respuesta para el delito cometido por personas menores de edad”*, edit. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2004.
- KINDHÄUSER, URS:** *“La fidelidad al derecho como categoría de la culpabilidad”* en LUZON PEÑA/ MIR PUIG (dir.): *“Cuestiones Actuales de la teoría del delito”*, Edit. Mc Graw Hill, Madrid, 1999, págs. 185 a 217;
- KINDHÄUSER, URS:** *“Derecho penal de la culpabilidad y conducta peligrosa”*, Universidad Externado de Colombia, Colección de Estudios Nº 9, Bogotá, 1996.
- LANDROVE DIAZ, GERARDO:** *“Derecho Penal de Menores”*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 2001.

- LARRAURI, ELENA:** *“Control del delito y castigo en Estados Unidos: una introducción para el lector español”*, introducción a *“Censurar y Castigar”* de Andrew von Hirsch, Edit. Trotta, Madrid, 1998
- MARTÍN CRUZ, ANDRÉS:** *“Minoría de Edad Penal”*, en Cuadernos de Política Criminal N° 63, 1997, págs. 701 a 709.
- MARTÍN LÓPEZ, MARÍA TERESA:** *“Modelo de justicia juvenil, en la Convención de Derechos del niño”*, en del mismo (Coord.): *“La protección de los Menores. Derechos y Recursos para su atención.”*, Monografías Civitas, Madrid, 2001, págs. 143 a 176.
- MARTÍN LÓPEZ, MARÍA TERESA:** *“Modelos de Justicia Juvenil: Análisis de Derecho Comparado”*, en del mismo (Coord.): *“La Responsabilidad Penal de los Menores”*, Colección Estudios N° 74, Universidad Castilla - La Mancha, Cuenca, 2001, págs. 67 a 104.
- MARTÍNEZ SERRANO, ALICIA:** *“Principios Sustantivos y Procesales Básicos de la Responsabilidad Penal de los Menores Establecidos en la LO 5/2000”*, en *“La Responsabilidad Penal de los Menores: Aspectos Sustantivos y Procesales”*, Cuadernos de Derecho Judicial, N° III - 2001, págs. 17 a 40.
- MAURACH / GÖSSEL / ZIPF:** *“Derecho Penal. Parte General.”*, 7ª edición, Tomos I y II, traducción Jorge Boffil G., Edit. Astrea, Buenos Aires, 1995.
- MIR PUIG, SANTIAGO:** *“Derecho Penal. Parte General”* 6ª edición, Edit. Reppertor, Barcelona, 2002.
- MORA ALARCÓN, JOSÉ ANTONIO:** *“Derecho Penal y Procesal de Menores. Doctrina, Jurisprudencia y Formularios”*, Edit. Tirant lo Blanch, serie monografías N° 235, Valencia, 2002.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO:** *“Derecho Penal y Control Social”*, reimpresión de la segunda Edición, Colección Monografías Jurídicas N° 98, Edit. Temis, Bogotá, 2004.
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO:** *“El error en Derecho Penal”*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1989
- MUÑOZ CONDE, FRANCISCO:** Introducción, en CLAUS ROXIN: *“Culpabilidad y Prevención en Derecho Penal”*, traducción de Muñoz Conde, Edit. Reus, Madrid, 1981.
- ORNOSA FERNÁNDEZ, MARÍA ROSARIO:** *“Derecho Penal de Menores. Comentarios a la Ley Orgánica 5/2000, de 12 de enero Reguladora de la Responsabilidad Penal de los Menores”*, 2ª Edición, Edit. Bosch, Barcelona, 2003.
- PÉREZ MARTELL, ROSA:** *“El proceso penal del Menor. Ley Orgánica de Responsabilidad Penal del Menor”*, Revista de Derecho y Proceso Penal, Monografía N° 5, Edit. Aranzadi, Navarra, 2002.

- POLO RODRÍGUEZ, J.J. y HUÉLAMO BUENDÍA, A.J. :** *“La Nueva Ley Penal del Menor”*, 2ª Edición actualizada a las Leyes Orgánicas 7/2000 y 9/2000. Circular 1/2000 de la FGE, Edit. Colex, Madrid, 2001.
- RÍOS MARTIN, C:** *“El Menor Infractor ante la Ley Penal”*, Granada, 1993.
- RIVACOBA Y RIVACOBA, MANUEL:** *“Código Penal de la República de Chile y Actas de las sesiones de la Comisión Redactora”*, Edeval, Valparaiso, 1974.
- SANCHEZ GARCÍA DE PAZ, ISABEL:** *“Minoría de edad penal y derecho penal juvenil”*, Edit. Comares, Granada, 1998.
- SANCHEZ GARCÍA DE PAZ, ISABEL:** *“La nueva ley reguladora de la responsabilidad penal del menor”*, en Actualidad Penal Nº 33, 2000, págs. 699 a 727.
- SILVA SÁNCHEZ, JESUS MARÍA:** *“El Régimen de la Minoría de Edad Penal”*, en del mismo, *“El Nuevo Código Penal: Cinco Cuestiones Fundamentales”*, Edit. Bosch, Barcelona, 1997, págs. 159 a 195.
- TAMARIT SUMALLA, JOSEP MARÍA:** *“El Nuevo Derecho Penal de Menores ¿creación de un sistema penal menor?”*, en Revista Penal Nº 8, 2001, págs. 71 a 89.
- TERRADILLOS BASOCO, JUAN:** *“Culpabilidad y Prevención”*, en VVAA: *“Nuevas formulaciones en las Ciencias Penales”*, Homenaje a Claus Roxin, Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba-Argentina, 2001, págs. 227 a 255.
- TIFFER, CARLOS & LLOBET, JAVIER:** *“La sanción penal juvenil y sus alternativas en Costa Rica”*, ILANUD, UNICEF y UE San José, 1999.
- TORRENTE, DIEGO:** *“Desviación y Delito”*, Edit. Alianza, Madrid, 2001
- VENTAS SASTRE, ROSA:** *“Minoría de Edad Penal en el proceso de la codificación Penal Española (Siglos XIX y XX)”*, Cuadernos de Política Criminal Nº 77, 2002, págs. 301 a 407.
- VIANA BALLESTER, CLARA:** *“La responsabilidad penal del menor: naturaleza y principios informadores”*, en Revista Penal Nº13, 2003.
- VIVES ANTON, TOMAS SALVADOR:** *“Constitución y Derecho Penal de Menores”* en, del mismo, *“La Libertad como Pretexto”*, Edit. Tirant lo Blanch, Valencia, 1995, págs. 337 a 352.
- VVAA:** *“Situación Actual del Derecho de los Menores”*, en Revista Penal Nº 5, 2000, págs. 147 a 194.
- VVAA:** *“La Delincuencia Juvenil en España”*, Universidad de Castilla-La Mancha y Ministerio de Justicia y del Interior, 1995.
- ZAFFARONI, EUGENIO RAUL:** *“Derecho Penal. Parte General”*, 2ª ed., Edit. Ediar, Buenos Aires, 2002.

ABANDONO, AMPARO E INTERVENCIONES DESDE LA DEFENSA SOCIAL

JAVIER M. PALUMMO LANTES *

Allí donde muchas veces se dijo cuidar o proteger, en verdad se reprimió, se controló. Allí donde muchas veces se dijo curar o prevenir, muchas veces se internó, es decir se privó de libertad.

Héctor Erosa

1. Introducción

La ratificación por parte del Estado uruguayo de la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante *CDM*) a través de la ley N° 16.137 del 28 de setiembre de 1990, ha dado lugar a un largo proceso de adecuación legal que podría haber terminado con la reciente aprobación del Código de la Niñez y la Adolescencia (en adelante *CNA*).

Mientras que en el ámbito internacional se están cuestionando las intervenciones que llevan a la institucionalización de los niños, y se está intentando superar la concepción de los niños como objetos de control por parte del Estado¹, paralelamente y en las antipodas de este pensamiento, en el ámbito local las autoridades policiales y del Instituto Nacional del Menor (en adelante *INAME*) han anunciado en varias oportunidades la decisión de actuar en conjunto para erradicar la presencia de niños que mendigan en las esquinas². Habiéndose registrado y denunciado operativos de detención de niños, niñas y adolescentes que se encontraban mendigando en los alrededores de importantes comercios³.

Asimismo, en el ámbito legislativo se discute un proyecto de ley de fecha noviembre de 2003, que permite que las autoridades retiren de la vía pública y conduzcan ante el juez de menores, a todo niño de hasta quince años de edad que permanezca en la calle, espacios abiertos, transporte de pasajeros y lugares públicos, con el fin de ejercer la mendicidad, realizar destrezas, vendiendo artículos de cualquier índole o realizando tareas a cambio de una gratificación o cualquier otra modalidad que implique la

* Abogado uruguayo.

¹ Crotti, Egidio, "Presentación", en Ferrari, Mario; Couso, Jaime; Cillero, Miguel; Cantwell, Nigel, (Coords.) *Internación de niños: ¿El comienzo del fin?* UNICEF, Publicaciones Innocenti, Santiago de Chile, 2002.

² El País, 31 de agosto de 2003; Brecha, 12 de setiembre de 2003, entre otros.

³ Brecha, 13 de febrero de 2004.

permanencia del menor expuesto a los peligros físicos y morales que de tal situación derivan⁴.

La crisis del Estado de Bienestar y la aplicación de políticas económicas neoliberales han provocado que la familia y la escuela en el Uruguay, entre otras instituciones con una fuerte capacidad de socialización, ya no puedan desempeñar eficientemente con su papel de agente integrador y de control social informal. Asimismo, la aplicación de estas políticas económicas ha impactado severamente en la vida de niños, niñas y adolescentes, quienes son los más afectados por las condiciones de pobreza⁵.

En este contexto la defensa social, la prevención del delito y las políticas de seguridad, se confunden con las políticas sociales, con el consiguiente riesgo de criminalizar la política social⁶. Esta confusión es claramente verificable cuando en el marco de las políticas de prevención del delito frecuentemente se apela a la idea de llevar a cabo políticas sociales⁷. En relación con este fenómeno se ha sostenido que las políticas sociales deben ser propuestas, ejecutadas, coordinadas y evaluadas por aquellas instituciones públicas con especialización y mandato para ello, y que "a las unidades policiales de cualquier tipo, solamente le corresponden las funciones policiales. Y, entre esas funciones, sin lugar a ninguna duda, se encuentra la función preventiva. Pero la policía solamente debe intervenir preventivamente desde su especialización profesional"⁸.

A estas opiniones se contraponen el discurso de los operadores policiales, quienes sostienen que en una sociedad devastada como la uruguayana si el funcionario policial no interviene sobre "el niño en situación de calle" (o "en situación de riesgo"), no habrá nadie más que lo haga.

Lo delicado de esta temática nos obliga a formular una serie de supuestos delimitadores básicos para intentar pensar el fenómeno desde una perspectiva jurídica garantista y con un enfoque de derechos.

2. Abandono, protección integral y garantismo

Consideramos que se debe partir de varios supuestos delimitadores básicos, que evidentemente no son los únicos. El primero es el reconocer que las situaciones que son

⁴ Cámara de Representantes, Comisión de Derechos Humanos, carpeta N° 3558 de 2003, repartido N° 1507, noviembre 2003.

⁵ Instituto Nacional de Estadísticas, Estimaciones de Pobreza por el Método del Ingreso. Año 2003, Montevideo, 2004, pp. 13 y 14. "La pobreza afecta proporcionalmente a más niños que adultos. Este efecto se agudiza cuanto menor es el grupo de edades considerado. La explicación radica en la particular composición de los hogares pobres con su menor proporción de adultos, generalmente menos de la mitad del tamaño del hogar." En 2003, casi el 31% de las personas del país son pobres y promedian: el 57% de menos de 6 años, el 50% entre 6 y 12, el 43% entre 13 y 17, el 28% de adultos y el 10% de personas en la tercera edad".

⁶ Cf. Baratta, Alessandro, "Política criminal: entre la política de seguridad y la política social", en Carranza, Elías, (Coord.) Delito y seguridad de los habitantes, Siglo XXI Eds., México, 1997.

⁷ Cf. Pegoraro, Juan S., "Las políticas de seguridad y la participación comunitaria en el marco de la violencia social", en Biceño-León, Roberto (Coord.), Violencia, sociedad y Justicia en América Latina, CLACSO, 2002, p. 39; Faroppa Fontana, Juan, "Las funciones policiales y la protección de los derechos humanos de la niñez y la adolescencia", en Justicia y Derechos del Niño, N° 5, UNICEF, 2003, pp. 97 y 98.

⁸ Faroppa Fontana, Juan, Op. Cit., pp. 98 y 99.

calificadas como “abandono” –o a partir del nuevo CNA situaciones de “niños amenazados o vulnerados en sus derechos” (artículo 117 del CNA) o “en situación de riesgo”– son causadas por la ausencia de políticas sociales basadas en el reconocimiento de la importancia de la familia, y que el ámbito de actuación de la justicia y de la policía no es el de las políticas sociales.

En razón de lo expuesto y en el entendido de que cualquier tipo de intervención de la justicia es mala y causa perjuicios⁹, se impone un esfuerzo por limitar el poder punitivo a fin de impulsar el progreso del Estado constitucional de derecho.

Asimismo es necesario identificar como perjudicial y nocivo el internamiento y la privación de libertad. Así lo expresan las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad al expresar que su objeto es “establecer normas mínimas aceptadas por las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad en todas sus formas, compatibles con los derechos humanos y las libertades fundamentales con miras a contrarrestar los efectos perjudiciales de todo tipo de detención y fomentar la integración en la sociedad”¹⁰.

Adicionalmente, recientes investigaciones han aportado nuevos argumentos en contra del internamiento y la privación de libertad.

Con relación a la reincidencia, se ha comprobado que quienes reinciden en mayor proporción son los privados de libertad con medidas de seguridad en un 53%, estando en el otro extremo los sancionados con una medida de libertad asistida quienes lo hacen en un 38%¹¹.

También se ha identificado al INAME como una institución estigmatizante, lo que agrega a los efectos negativos de la institucionalización, un plus de discriminación y etiquetamiento social, que dificulta la inserción de los adolescentes¹².

Otro supuesto es la consideración del niño como sujeto de derechos, lo que debe traer consigo la superación de la concepción de los niños como objetos de control por parte del Estado¹³. Esto implica abandonar la doctrina de la situación irregular, dejar de intervenir desde la defensa social y rechazar a la institucionalización como práctica.

⁹ Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores (“Reglas de Beijing”), adoptadas por la Asamblea General en su resolución 40/33, de 28 de noviembre de 1985, comentarios a la regla 1 (aplicable a las internaciones por motivos asistenciales conforme a la regla 3.2.).

¹⁰ Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de Menores Privados de Libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, regla I. 3.

¹¹ Silva, Diego; Cohen, Jorge; Pedrowicz, Silvana, et al., Investigación sobre las infracciones juveniles y las sanciones judiciales aplicadas a adolescentes en Montevideo. DNI-UNICEF, Montevideo, 2003, p. 189.

¹² Palumbo, Javier; Pedrowicz, Silvana; Silva, Diego, Discriminación y Derechos Humanos en Uruguay. La voz de las niñas, niños y adolescentes, Comité de Derechos del Niño Uruguay, Montevideo, 2004, pp. 58, 92 y ss.

¹³ Directrices de las Naciones Unidas para la prevención de la delincuencia juvenil (Directrices de Riad), adoptadas y proclamadas por la Asamblea General en su resolución 45/112, de 14 de diciembre de 1990, en la directriz I. 3 se establece expresamente que los jóvenes “no deben ser considerados meros objetos de socialización o control”.

Asimismo se deben establecer mecanismos de protección para los más vulnerables a ser seleccionados por el sistema de control social - punitivo, en el entendido de que se trata de una práctica estigmatizante, discriminatoria y prohibida.

3. La libertad ambulatoria

Existen requisitos para que sea jurídicamente admisible restringir la libertad ambulatoria de una persona. Como primer requisito mencionaremos el principio de legalidad reconocido por el artículo 10 de la Constitución conforme al cual nadie puede ser detenido sino por las causas y circunstancias expresamente tipificadas en la ley y, además, con estricto cumplimiento de los procedimientos objetivamente definidos por ella.

El artículo 15 de la Constitución agrega dos requisitos fundamentales para que una detención sea legítima al disponer: "Nadie puede ser preso sino infraganti delito o habiendo semiplena prueba de él, por orden escrita de Juez competente"¹⁴.

Disposición similar a la del artículo 74 del *CNA* –que en forma inaceptable y restrictiva deja fuera las hipótesis de detención o privación de la libertad en las que al niño o adolescente no se le imputa delito alguno– que refiere a los derechos y garantías del procedimiento y en su literal C) expresa que sólo puede ser detenido en casos de infracciones flagrantes o existiendo elementos de convicción suficientes sobre la comisión de una infracción. En este último caso, mediante orden escrita de Juez competente comunicada por medios fehacientes.

También existen múltiples normas internacionales ratificadas que regulan las hipótesis de restricción a la libertad ambulatoria entre las cuales se encuentran las siguientes: artículo 9 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 37 b de la *CDN*; artículo 9 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 7 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, los instrumentos internacionales aludidos establecen un conjunto de derechos de las personas detenidas, la violación de estos también hace que la detención devenga ilegítima.

Para complementar este panorama normativo y conceptual corresponde mencionar el concepto de privación de libertad utilizado por el Comité de Derechos del niño y las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad, conforme al cual 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 niño por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública¹⁵.

¹⁴ El Código del Proceso Penal vigente amplía el concepto de flagrancia introduciendo la noción de los que se ha denominado *flagrancia impropia*, no nos detendremos sobre este particular en este trabajo.

¹⁵ Reglas de las Naciones Unidas para la protección de los menores privados de libertad, adoptadas por la Asamblea General en su resolución N° 45/113 de 14 de diciembre de 1990, regla II. 11. b.

En el apartado siguiente veremos como son interpretados algunos de estos conceptos, dando lugar a conclusiones criticables principalmente en cuanto a la cuota de discrecionalidad y de vulneración de derechos que permiten.

4. La situación jurídica de los niños, niñas y adolescentes que hacen de las calles su espacio de lucha por la supervivencia

¿Qué ocurre cuando un niño, niña o adolescente que se encuentra en la calle –mendigando o simplemente desplazándose– es detenido y llevado a una dependencia policial?

Al igual que en otros países de la región, es frecuente en Uruguay la identificación de la restricción de la libertad ambulatoria con la privación de libertad motivada por infracciones penales, sin embargo, no ocurre lo mismo cuando se trata de internaciones originadas por motivos asistenciales. Esta comprensión diferencial del fenómeno de la privación de libertad conlleva una pérdida de dimensión acerca de la gravedad de la situación, puesto que implica dejar fuera del universo de la privación de libertad a un porcentaje muy importante de casos, que a la luz del concepto de privación de libertad citado en el apartado anterior, deben quedar incluidos¹⁶.

En este apartado nos interesa referir brevemente a una serie de ambigüedades que permiten diariamente a operadores policiales y judiciales no reconocerles a los niños las garantías referidas en el apartado anterior. Estas ambigüedades permiten no identificar este tipo de intervenciones como hipótesis de privación de la libertad ambulatoria, en muchos casos en el entendido de que estamos ante un procedimiento de “conducción” y no de detención, y de que lo que se está haciendo es “retirar al niño de la vía pública”, “protegerlo”, no detenerlo o privarlo de su libertad ambulatoria.

Es indiscutible que en hipótesis como las enunciadas al comienzo de este apartado la libertad ambulatoria se encuentra como mínimo restringida, sino violada, y que toda restricción de una libertad fundamental debe ser jurídicamente fundada. En tanto nos encontramos ante una situación fáctica que establece la imposibilidad del sujeto de determinar libremente su movimiento.

Otra vez el fraude de etiquetas. Como si el tiempo y los cursos de capacitación en derechos humanos de la niñez y la adolescencia no hubieran hecho mella en el pensamiento de los operadores, volvemos a escuchar: “usted está confundiendo privación de libertad con protección”.

¹⁶ Cf. CELS, *Situación de niños, niñas y adolescentes privados de libertad en la Provincia de Buenos Aires*, UBA-CELS, Buenos Aires, 2003, p. 20.

Las privaciones de libertad de niños, niñas y adolescentes comienzan mayoritariamente con la detención policial, la que obedece no sólo a la supuesta comisión de un delito, sino también a situaciones que son calificadas discrecionalmente por el funcionario policial como de abandono, riesgo o mendicidad, entre otros motivos asistenciales. Reconocer este tipo de situaciones como privaciones de libertad, además de ser una obviedad, representa un primer paso para poder enfocar la cuestión desde una óptica garantista, y evitar fraudes de etiquetas.

5. El marco jurídico de la protección

La Constitución uruguaya en sus artículos 40 y siguientes impone un tratamiento especial para la infancia y la adolescencia como grupo. En el mismo sentido podemos citar el artículo 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el artículo 24 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, entre otros.

Especialmente el artículo 41 inc. 2 de la Constitución expresa que: “La ley dispondrá las medidas necesarias para que la infancia y juventud sean protegidas contra el abandono, corporal, intelectual o moral de sus padres o tutores, así como de la explotación y el abuso”¹⁷.

La *CDN* también refiere al abandono en su artículo 39 al disponer que los Estados Partes adoptarán todas las medidas apropiadas para promover la recuperación física y psicológica y la reintegración social de todo niño víctima de cualquier forma de abandono. Condicionando las intervenciones sobre el fenómeno en el sentido de exigirle a esa recuperación y reintegración que se lleve a cabo en un ambiente que fomente la salud, el respeto de sí mismo y la dignidad del niño.

6. Del niño abandonado a los “niños amenazados o vulnerados en sus derechos” y “los niños que vulneren derechos de terceros”

El término abandono significa “desamparar a alguien o algo”¹⁸, implica el dejar sin amparo o protección a alguien que lo necesita. No es difícil advertir que se trata de un término amplio y difuso, sobre todo cuando se lo califica como “abandono moral”.

¹⁷ Para ampliar con relación al marco jurídico de la protección: Reta, Adela, “La atención estatal del menor desprotegido: nuevas tendencias”, en *Rev. Infancia*, Nº 230, t. 63, julio 1990, OEA, Montevideo, pp. 45 y ss.; Babela de Delgue, Jacinta, “Marco jurídico normativo de la protección a la niñez en el Uruguay”, en *Cuadernos de reflexión, Aspectos de políticas sociales, jurídicas y comunitarias en relación al niño en situación de calle, Gurises unidos*, Montevideo, 1990, pp. 60 y ss.

¹⁸ Real Academia Española, *Diccionario de la Lengua Española*, Vigésima segunda edición, Espasa Calpe, Madrid, 2001.

En este punto conviene referirnos al artículo 119 del Código del Niño recientemente derogado por el nuevo *CNA*. De acuerdo a esta norma los menores que se encuentren en estado de abandono moral o material, serán puestos a disposición del Juez Letrado de Menores, quien previa investigación sumaria, dictará sentencia sometiendo al régimen de vigilancia y protección de acuerdo con las disposiciones del referido Código. Este artículo se complementaba con lo dispuesto en el artículo 121, de acuerdo al cual: "A los efectos del artículo 119 se entenderá por abandono moral la incitación por los padres, tutores o guardadores a la ejecución por parte del menor, de actos perjudiciales a su salud física o moral; la mendicidad o la vagancia por parte del menor; su frecuentación a sitios inmorales o de juego o con 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 a la moral".

El referido artículo 121, además de ser claramente anacrónico, ha sido calificado como etnocentrista en tanto propone una definición abierta que es cerrada discrecionalmente por el operador de turno, quien proyectará en su intervención su cultura moral a un estado de cosas que lo contradice¹⁹.

Respecto de estos artículos hoy expresamente derogados se había sostenido su derogación tácita por la posterior ratificación de la *CDN*, pese a que distintos operadores del sistema, e incluso la propia Suprema Corte de Justicia se han referido con posterioridad a la ratificación citada a estos artículos sin cuestionar su vigencia²⁰.

7. Abandono, positivismo y situación irregular

Es característico de la "doctrina de la situación irregular" el partir de una confusión intencional entre proteger a los niños y la legitimación para intervenir en forma irrestricta sobre estos, siendo la indistinción entre abandonados y delincuentes "la piedra angular de este magma jurídico"²¹.

La doctrina de la situación irregular es la expresión jurídica de un modelo de segregación y control social. El resultado de la aplicación de este modelo ha dado lugar a la construcción de dos infancias: "la infancia escuela-familia-comunidad" y "la infancia trabajo-calle-delito". "Para la primera, las políticas sociales básicas (salud, educación, deporte, cultura y esparcimiento) [...] Para la segunda, una legislación de menores

¹⁹ Cf. Uriarte, Carlos, *Uriarte, Control institucional de la niñez adolescencia en infracción*, Carlos Álvarez Ed., Montevideo, 1999, p. 44.

²⁰ Acordada N° 7307 del 8 de noviembre de 1996, artículo 1°.

²¹ Emilio García Méndez, "La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño: Del menor como objeto de la compasión -represión a la infancia- adolescencia como sujeto de derechos", en *Infancia. De los derechos y de la justicia*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

caracterizada por el empleo sistemático de los dispositivos típicos del control social del delito (policía, justicia e institutos de internación), opera como control social de la infancia-adolescencia empobrecida”²².

El concepto de abandono fue un concepto eminentemente funcional. El que los jueces de menores- en su calidad de agentes del control social- sólo puedan intervenir en los casos en que los niños comparezcan como autores de un delito, plantea un importante problema para una cultura político-social que sólo concibe la protección como una forma de control represivo. Es necesario entonces legitimar una intervención de este magistrado a partir del difuso concepto de “abandono” y con la asistencia de la doctrina de la situación irregular²³.

El carácter funcional del concepto de abandono se advierte, asimismo, en los frecuentes episodios en los que el adolescente llega a la sede judicial como presunto autor de una infracción a una norma penal, y aunque el juez llega a la conclusión de que dicha infracción no es de su autoría, no obstante le aplica medidas “de protección”, bajo pretexto que el niño se encuentra en peligro moral o material. En casos como estos la selectividad del sistema queda groseramente expuesta, como una evidente violación al principio de legalidad, igualdad, no discriminación y como un ataque a la dignidad del sujeto.

8. El abandono en el nuevo Código de la Niñez y la Adolescencia

La nueva norma representa un esfuerzo legislativo por lograr una adecuación de la normativa interna a los estándares de la *CDN*. Por lo que no es de extrañar que se trate de un texto normativo un poco más cuidadoso al referirse a la “piedra angular” de la situación irregular. Toma el cuidado de nombrar de otra manera a las situaciones antes calificadas como de abandono.

El *CNA* en su artículo 15 refiere a la obligación del Estado de proteger especialmente a los niños y adolescentes respecto a toda forma de abandono. Más adelante el nuevo Código en los artículos 117 y ss. refiere a los “niños amenazados o vulnerados en sus derechos” y “los niños que vulneren derechos de terceros”. En estas disposiciones como veremos subyace un enfoque similar al del viejo Código del Niño en el abordaje del fenómeno, y lo que es más grave: la nueva normativa continuaría justificando las prácticas tradicionales de la situación irregular.

²² Gómez da Costa, Antonio Carlos, “Niños y Niñas de la Calle: vida, pasión y muerte”, UNICEF Argentina, Buenos Aires, 1997.

²³ Cf. García Méndez, Emilio, “Para una historia del control socio-penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social”, en *Infancia. De los derechos y de la justicia*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

Al igual que el “abandono” las categorías: “niños amenazados o vulnerados en sus derechos”, “niños que vulneren derechos de terceros” (artículo 117) o “niños en situación de riesgo” (artículo 188) son demasiado amplias y difusas y permiten recepcionar una serie de componentes ideológicos propios de la doctrina de la situación irregular.

Es difícil no ver en estas expresiones una nueva forma de nominar viejas intervenciones.

El artículo 117 refiere indistintamente a la situación de los “niños amenazados o vulnerados en sus derechos” y de “los niños que vulneren derechos de terceros”, expresando que en ambos casos se aplicarán las medidas que se prevén en los artículos siguientes.

Asimismo, el artículo 74 en su inciso 3º del literal B, dispone: “Si se encuentran involucrados [en infracciones] niños menores de trece años de edad, se procederá de acuerdo a lo preceptuado en el Capítulo XI, artículos 117 y siguientes de este Código”.

El espacio de discrecionalidad que permite el juego de estos artículos es inaceptable. En primera instancia porque justifica una intervención indistinta para los casos de “niños con derechos vulnerados” y “niños que vulneran derechos”, o para decirlo a la antigua se prevé un tratamiento indistinto para el abandonado y el infractor. Y además porque permite la intervención a través de la categoría “niños que vulneran derechos” sobre quienes pueden ni siquiera haber cometido una infracción a una norma penal, puesto que la vulneración de derechos de terceros como categoría excede al delito. Persiste por tanto una construcción punitiva del fenómeno y en esta indistinción una de las características más típicas de la situación irregular.

La interrelación entre abandono e infracción además se hace evidente en el nuevo Código cuando al regular el procedimiento en los casos de infracciones a la ley penal (Artículo 76 numeral 1 literal B) dispone que: “Cuando el Juez tome conocimiento que el adolescente se encuentra en la situación prevista en el artículo 117 de este Código, lo pondrá en conocimiento del Juez competente, sin perjuicio de la actuación procesal referida a la infracción”.

En el nuevo régimen el Juez que tiene conocimiento, por cualquier medio, que un niño o adolescente se encuentra en la situación prevista en el artículo 117, tomará las más urgentes e imprescindibles medidas, recibirá declaración del niño o adolescente, en presencia del defensor y de sus padres o responsables, si los tuviere, y recabará los informes técnicos correspondientes. Siendo preceptiva la intervención del Ministerio Público.

El nuevo *CNA* aún confunde proteger a los niños, con la legitimación para intervenir en forma irrestricta sobre estos. El artículo 126 es característico de esta situación, en el mismo se dispone que cuando la autoridad policial tome conocimiento que un niño o adolescente se encuentra en la situación prevista en el artículo 117 citado, deberá

llevarlo de inmediato a presencia del Juez competente, el que notificará con la mayor urgencia al Instituto Nacional del Menor. Si no fuera posible llevarlo de inmediato a presencia del Juez, previa autorización, deberá llevarlo al Instituto Nacional del Menor, quien deberá prestarle la debida atención.

Este artículo es especialmente criticable. Como primera objeción genérica se continúa visualizando una problemática que evidentemente debe ser afrontada desde políticas sociales, como una cuestión criminal o de seguridad ciudadana. Esto es evidente cuando establece que los funcionarios policiales preceptivamente deban efectuar los procedimientos de detención referidos. En palabras de Uriarte este artículo “hace de la policía, el brazo ejecutor de las detenciones de los niños o adolescentes definidos en el artículo 117”²⁴.

Asimismo, las categorías “niños con derechos vulnerados” y “niños que vulneran derechos”, sustituyen funcionalmente al concepto de abandono, se trata de una norma que comparte el carácter etnocentrista del artículo 121 del Código del Niño de 1394 en tanto se trata de una categoría abierta que es cerrada discrecionalmente por el operador de turno, quien proyectará en su intervención su cultura moral a un estado de cosas que lo contradice.

Y por último, se trata de una detención que no respeta garantías constitucionales²⁵, garantías que si son reconocidas para el caso de infracción (artículo 76). La regulación de la actividad policial efectuada por este artículo además de ser característica de la situación irregular es inconstitucional.

9. La vulnerabilidad al sistema

El sistema de control social opera de forma selectiva, las intervenciones sobre los niños considerados abandonados –o más modernamente “niños amenazados o vulnerados en sus derechos”, “niños que vulneren derechos de terceros” (artículo 117) o “niños en situación de riesgo” (artículo 188)– no escapan a esta característica.

Los que generalmente sufren las formas duras del control, son casi invariablemente los que provienen de los hogares pobres o marginales, esto es: los excluidos. Ellos serían en principio los sujetos con una mayor vulnerabilidad a ser seleccionados por el sistema de control social, quienes corren un verdadero riesgo, riesgo de ser institucionalizados. La selectividad del sistema, se verifica cuando el mismo institucionaliza y criminaliza únicamente al abandono que se encuentra vinculado a la pobreza.

²⁴ Uriarte, Carlos, *Responsabilidad penal juvenil*, en Palummo, Javier M.; Pedernera, Luis; Salsamendi, Javier; Silva, Diego; Uriarte, Carlos E. (Coord.) “Informe Uruguay” para *Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, inédito, 2004.

²⁵ Cf. apartado 3 de este artículo.

Esta inevitable selectividad estructural provoca una distribución de las intervenciones que alcanzan sólo a quienes tienen bajas defensas frente al poder punitivo y devienen más vulnerables a la criminalización²⁶.

El castigo y la criminalización se transforman en un elemento de la política social y de vigilancia para controlar a los pobres y manejar a los grupos problemáticos²⁷.

Esta selectividad implica una grosera violación al principio de igualdad, que además de estar consagrado en nuestra Constitución, se encuentra en prácticamente todos los instrumentos internacionales consagradorios de derechos humanos. Respecto de este particular, Cillero ha expresado que "la sola existencia de la disposición que prescribe que las niñas y los niños deben ser protegidos contra toda discriminación por causa de la posición económica de sus padres, debiera significar la ilegitimidad de una de las prácticas más comunes y arbitrarias de la justicia de menores en América Latina, cual es la declaración del estado de abandono derivada de la falta de medios materiales de sus padres"²⁸.

Detrás de este tipo de intervenciones persiste la consideración del niño como objeto, en este caso objeto de control o de represión. La finalidad de estas políticas no es la seguridad de los derechos del niño, sino la seguridad de sus potenciales víctimas, la defensa social.

10. La construcción punitiva del abandono

Hemos referido a la presencia de concepciones positivistas en la doctrina de la situación irregular, este componente unido con la selectividad del sistema penal de menores, determina que se institucionalice y criminalice a quien es considerado peligroso, utilizando como excusa la infracción o el abandono y sus equivalentes funcionales²⁹.

El carácter punitivo se dirigirá hacia el niño en la medida que la respuesta puede ser la privación de libertad, y hacia los padres en la medida que se les podrá hacer perder, limitar o suspender la patria potestad e imputar delitos. La construcción punitiva del abandono castiga la pobreza³⁰.

²⁶ Cf. Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Derecho Penal, Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 2002, p. 9 y 11.

²⁷ Cf. Garland, David, *Castigo y sociedad moderna. Un estudio de teoría social, Siglo XXI, México, 1999*, p. 159.

²⁸ Cillero Bruñol, Miguel, "Infancia, Autonomía y Derechos: una cuestión de principios", *Rev. Infancia* N° 234, tomo 67, INN – OEA, Octubre 1997.

²⁹ Nos referimos a los conceptos de "niños amenazados o vulnerados en sus derechos", "niños que vulneren derechos de terceros" o "niños en situación de riesgo", "niños incontinentados", entre otros.

³⁰ Para una profundización del concepto ver Erosa, Héctor, "La construcción...", p. 143, y en lo referente a la criminalización de la pobreza ver Uriarte, Carlos, "De las políticas sociales a las políticas criminales", en *El Uruguay de los 90: Entre Políticas sociales y políticas criminales*, IELSUR, Montevideo, 1997, pp. 29 y ss.

Con relación a los adultos el abandono está contemplado en el Código Penal, en los siguientes artículos: 279 A y B, que tipifican los delitos de Omisión de la asistencia económica inherente a la patria potestad o a la guarda y de Omisión de los deberes inherentes a la patria potestad; 329 referido al Abandono de niños e incapaces, 332 que tipifica el delito de Omisión de asistencia de los menores de 10 años abandonados, y 361 numeral 8º que prevé la falta de Instigación a la mendicidad³¹.

El nuevo Código al regular la situación de los “niños con derechos vulnerados” y “niños que vulneran derechos” no deja de efectuar una construcción punitiva del fenómeno. El carácter disciplinario y punitivo se dirigirá hacia los padres o responsable, a quienes el Juez podrá efectuarles llamados de atención, exigirles el cumplimiento de las obligaciones, o la participación en un programa de orientación, apoyo y seguimiento temporario socio-familiar, y evidentemente puede dar lugar a la imputación de delitos. De acuerdo a lo dispuesto en el artículo 127 del *CNA*, el procedimiento de protección constituye respecto de los padres una especie de investigación previa a la instancia penal en el que de configurarse elementos de convicción suficientes para atribuirles responsabilidad, da lugar a que se pasen los antecedentes a la justicia penal.

La respuesta prevista con relación a la familia se caracteriza por dejar de lado el problema, la cuestión que motiva la medida, esto es: la situación de vulneración de derechos en la que se encuentra el niño. Las medidas enumeradas no se dirigen salvo el caso de la medida mencionada en el último literal del artículo a la protección de la familia. El *CNA* no enfoca el problema desde la óptica de las políticas sociales, sino que se centra en responsabilizar a la familia. La institución se impone a la familia, la disciplina o la castiga.

También las medidas se dirigen hacia el niño respecto de quienes es posible adoptar medidas ambulatorias, a través de lo que el artículo 120 denomina sistema de atención integral diurno, tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico. En el artículo siguiente se prevén medidas en régimen de internación compulsiva, cuando se trata de niños o adolescentes con patologías psiquiátricas, que cursen episodios agudos vinculados al consumo de drogas, o que necesiten de urgente tratamiento médico.

Respecto de estas medidas advertimos varios aspectos cuestionables. Es evidente el recurso por el cual la peligrosidad pasa a ser sinónimo de lo médico, psicológico o psiquiátrico. Se trata de un modelo de intervención que traslada a los mecanismos del control social los ideales de la rehabilitación médica compulsiva.

No debemos olvidar que estas medidas de acuerdo al artículo 117 se aplican a los “niños con derechos vulnerados” y a los “niños que vulneran derechos”, esto es: abandonados

³¹ Para profundizar sobre el tratamiento del abandono en el Código Penal ver Uriarte, Carlos, *Control...* p. 42.

e infractores menores de trece años de edad (y a otros casos que se pueden calificar como situaciones en las que el niño vulnera los derechos de un tercero sin que exista una conducta típica). La respuesta prevista en ambos casos es medicalizar o psicologizar los conflictos sociales que se abordan. Coincidimos con Uriarte en que se trata de una “grosera simplificación de los conflictos sociales”³² por la cual –utilizando términos médicos– se extirpa al niño de su medio con fines de tratamiento o encierro, es decir castigo.

Se trata de intervenciones claramente punitivas, la construcción punitiva del conflicto social es evidente cuando estamos ante medidas compulsivas como las descriptas aún cuando se busque algún tipo de legitimación en saberes científicos.

En referencia a las medidas referidas también nos parece criticable el que *INAU* esté facultado para aplicar las medidas ambulatorias o de internación descriptas, sin previa intervención judicial, así como la posibilidad de que este último tipo de intervenciones después del periodo de treinta días previsto se puedan prorrogar indefinidamente “mediando indicación médica hasta el alta de internación”.

Al abordar la problemática de las adicciones al alcohol y a las drogas en general el nuevo Código (artículo 122) presenta serias deficiencias desde el punto de vista de las garantías al disponer que el Juez puede ordenar aceptación de niños y adolescentes en centros residenciales especializados en atención a adicciones de drogas y alcohol, sea en régimen de tiempo completo, ambulatorio o semiambulatorio. Esto implica en forma discriminatoria la criminalización del consumo de drogas, situación que no es penalmente reprochada a los adultos. Lo que implica una clara violación a la máxima conforme a la cual: “ningún acto que no sea sancionado cuando lo comete un adulto puede ser sancionado cuando lo comete un joven” (Directrices de Riad, regla VI, 56), entre otras objeciones.

La problemática que nuestro país enfrenta con relación a los niños y adolescentes que se encuentran en situación de vulneración de sus derechos, responde fundamentalmente a situaciones de exclusión, de pobreza e indigencia, asociadas a la imposibilidad de gozar de los derechos económicos, sociales y culturales el niño y su familia³³. La respuesta prevista en este nuevo Código es punitiva o clínica, o un híbrido entre ambas, pero no una respuesta desde las políticas sociales de promoción y protección a la familia. La respuesta prevista difícilmente dará solución al problema, su futura ineficacia es cosa evidente.

La situación de los niños y de los adolescentes a los que se les impondrán este tipo de medidas es peor con relación a las garantías previstas de las que goza un adulto

³² Uriarte, Carlos, *Responsabilidad penal juvenil*, en Palummo, Javier M.; Pedernera, Luis; Salsamendi, Javier; Silva, Diego; Uriarte, Carlos E. (Coord.) *Informe Uruguay para Infancia, Ley y Democracia en América Latina*, inédito, 2004.

³³ Ver nota 5.

o incluso un adolescente, al cual se le sigue un procedimiento por infracción. La protección en el nuevo Código ocupa el mismo lugar que en el anterior haciendo muy discutible que en algunos puntos esta nueva norma constituya la adecuación normativa esperada, en el sentido de dejar atrás en forma definitiva los postulados de la situación irregular.

11. El horizonte de la culpabilidad

Partiendo de una concepción normativa de la culpabilidad, diversos autores admiten la incidencia de factores socio-culturales en la misma, a través del juicio de exigibilidad, en el entendido de que el orden jurídico reprocha a quienes cometieron un injusto basándose en que les era exigible la no comisión del mismo.

La concepción punitiva del "abandono" no toma en cuenta los espacios de alternativas de que dispuso el sujeto llamado a responsabilidad³⁴. La culpabilidad supone un espacio para optar y el reproche por haber escogido la opción delictiva³⁵. Respecto del abandonado no se tiene en cuenta el criterio de inexigibilidad de comportamientos conforme a la ley, obsérvese asimismo que no se trata de un comportamiento sino de una situación, de un *estado*, de una manera de ser del propio niño o de sus progenitores, sobre la que se interviene punitivamente.

También cabe analizar la conducta de los padres con relación a este principio, fundamentalmente cuando se trata de adultos que se encuentran en la indigencia o en la pobreza, que incluso han nacido en hogares cuyo ingreso corriente ha sido insuficiente para cubrir las necesidades de alimentación de sus miembros.

El principio de culpabilidad supone el respeto de la dignidad humana en tanto refiere a la posibilidad de optar o motivarse en la norma en el sentido antes referido. En este sentido, cuando se realiza un reproche jurídico sin respetar este principio, se esta desconociendo la dignidad del sujeto.

En el caso de las intervenciones sobre los "niños abandonados", "amenazados o vulnerados en sus derechos", "en situación de riesgo", etc. se trata de un castigo que desconoce también la corresponsabilidad estatal y social, lo que implica ampliar el elenco de sujetos responsables. La propia *CDN* consagra un desplazamiento explícito hacia la corresponsabilidad social (arts. 4, 5, 14.2, 18.2, 27 y Preámbulo,

³⁴ Erosa, Héctor, "La construcción...", p. 144 y 150.

³⁵ Cf. Baratta, Alessandro, "Requisitos mínimos del respeto de los derechos humanos en la ley penal", en *Criminología y Derecho I*, FCU, Montevideo, 1987. Para una profundización sobre el tema de la culpabilidad con relación al Derecho Penal Juvenil: Pesce, Eduardo, "Aproximación al estudio de la culpabilidad en el Derecho Penal Juvenil", en *Comité de los Derechos del Niño Uruguay, Y la legislación ¿qué rumbo toma?*, Montevideo, 1997, pp. 53 y ss; Uriarte, Carlos, *Control...*, p. 205 y ss., y del mismo autor "Elaborar un Derecho Penal específicamente juvenil", en *Tribuna del Abogado*, No 119 octubre - diciembre 2000, p. 9; y en general: Fernández, Gonzalo, *Culpabilidad y teoría del delito*, Julio Cesar Faira Ed., Montevideo, 1995.

párr. 4) lo que permite flexibilizar el enfoque punitivo en los conflictos que se vinculan a lo familiar³⁶.

El *CNA* en su artículo 7º refiere a la concurrencia para la efectividad y protección de los derechos de los niños y adolescente, considerando como primer obligado a la familia seguida por la comunidad, estableciendo que el Estado deberá actuar ante la insuficiencia, defecto o imposibilidad de los demás obligados.

La consideración de la corresponsabilidad social y estatal cuando se efectúa el juicio de reproche debe conducir a que el Juez ponga de cargo de la sociedad o del Estado (y no reprochar al sujeto) la estrecha posibilidad de actuar de otra manera o de fundarse en la norma, que suele condicionar el actuar de la infancia y adolescencia con necesidades fundamentales insatisfechas³⁷.

12. Consideraciones finales

En imprescindible en este punto retomar lo que hemos denominado nuestros supuestos delimitadores básicos. Principalmente por ser estos supuestos herramientas útiles para visualizar y construir la problemática de la niñez y adolescencia que hacen de las calles su espacio de lucha por la supervivencia, desde una perspectiva respetuosa de la dignidad del sujeto, y acorde a los estándares incorporados en la normativa de derechos humanos aplicable.

Desde nuestro punto de vista reconocer que las situaciones que son calificadas como “abandono”–o a partir del nuevo *CNA* situaciones de “niños amenazados o vulnerados en sus derechos” (artículo 117 del *CNA*) o “en situación de riesgo”– son causadas por la ausencia de políticas sociales basadas en el reconocimiento de la importancia de la familia, constituye un primer paso para entender el fenómeno. Es la propia *CDN* la que pone de cargo de los Estados, la obligación de realizar políticas sociales (Preámbulo, párr. 4; arts. 4, 18.2, 19.2, 23.1, 24, 26, 27, 27, 28 y 31).

Un segundo paso es el reconocimiento de que el ámbito de actuación de la justicia y de la policía no es el de las políticas sociales. Las intervenciones sobre el fenómeno abordado por parte de la justicia, el internamiento y la privación de libertad causan perjuicios y no solucionan el problema, lo ocultan, y en última instancia lo agravan.

Asimismo, la consideración del niño como sujeto de derechos debe traer consigo la superación de la concepción de los niños como objetos de control por parte del Estado.

³⁶ Cf. Uriarte, Carlos, *Control...* p. 159.

³⁷ Cf. Uriarte, Carlos, *Control...* p. 209.

Desde nuestro punto de vista estos son algunos de los supuestos que deberían tenerse en cuenta a los efectos de abordar la problemática en forma correcta.

Lo expuesto nos obliga a realizar un juicio negativo con relación a en nuevo Código, en el sentido de considerar que éste no constituye en relación con los temas abordados en este trabajo la adecuación normativa esperada sino una norma que acentúa en forma contradictoria el híbrido en el que nos encontrábamos. Persisten en el nuevo texto las ideas tutelares, positivistas y defensoristas sociales que fueron el sustrato ideológico del Código del Niño de 1934, y lo que es más grave: se trata de una normativa que podría llegar a justificar las prácticas tradicionales de la situación irregular.

DEFENSORÍAS DE LA INFANCIA. EXPERIENCIA INTERNACIONAL¹

MIGUEL CILLERO BRUÑOL *

I. Introducción

La protección de los Derechos Humanos se puede considerar como el objetivo principal de las instituciones democráticas. Existe consenso que para cumplir esta tarea es necesario aprobar una legislación adecuada que reconozca los Derechos Humanos y reforzar su protección jurisdiccional. Estos son elementos indispensables, pero ellos pueden ser complementados con otros mecanismos adicionales entre los cuales se encuentran instituciones independientes de protección no jurisdiccional de Derechos Humanos.

La función de estas instituciones ha sido reconocida por la Asamblea General de las Naciones Unidas al aprobar los *Principios de París* que establecen los lineamientos que deben tener y que se aplican tanto para las defensorías generales como las especializadas en la protección de los derechos de grupos específicos de personas².

Entre los ámbitos en que se han desarrollado estas instituciones se encuentra la protección de la infancia, grupo humano que desde la segunda mitad del siglo veinte ha adquirido progresivamente un mayor reconocimiento y protección de sus derechos; el hito más relevante de este proceso se produjo el 20 de Noviembre de 1989, fecha en la que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobó la Convención sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN)³.

Esta evolución de la normativa internacional se encuentra acompañada por reformas legislativas a nivel nacional y el reforzamiento de mecanismos –jurisdiccionales y no

* Abogado, consultor de UNICEF, profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Diego Portales.

¹ Este artículo es parte de una investigación encargada por el gobierno de Chile a la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, sobre el Ombudsman.

² NACIONES UNIDAS: A/RES/48/134 National Institutions for the Promotion and Protection of Human Rights, 20 de Diciembre de 1993.

³ Sobre la Convención véase, Himes, J.: "Implementing The Convention On The Rights Of The Child" Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1995; Detrick, Sh.: "The United Nations Convention on The Rights On The Child". Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1992; Alvarez- Vélaz, M.I.: "La Protección de los Derechos del Niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español". Facultad de Derecho-ICADE. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994: una visión del impacto de la Convención en América Latina en García Méndez, E. y Beloff, M.: "Infancia Ley y Democracia", Temis/Depalma, Santa Fé de Bogotá/Buenos Aires, 1ª ed. 1998. Sobre la Convención en Chile, véase: Cillero, M.: "Leyes de Menores, Sistema Penal e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos" en "Sistema Jurídico y Derechos Humanos" Medina, C. y Mera, J.: editores, Sociedad de Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 1996.

jurisdiccionales– para la protección de los derechos de la infancia y el control de las políticas públicas destinadas a satisfacerlos, dando cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 4 de la CDN, según el cual los estados deben adoptar todas “las medidas administrativas, legislativas y de otra índole para dar efectividad a los derechos reconocidos en la presente Convención”.

Tanto la literatura especializada en la protección de los Derechos Humanos de la Infancia, como diferentes foros u organismos internacionales, han destacado la importancia de estas instituciones públicas independientes como un modo eficaz para avanzar en la protección de los derechos de los niños y dar cumplimiento a las obligaciones que los Estados adquirieron al ratificar la CDN⁴.

La relevancia de estas instituciones independientes de protección de la infancia, se fundamenta en la reciente y aún poco consolidada concepción de la infancia como sujeto de derecho⁵ y la consecuente debilidad de las instituciones judiciales y de gobierno para proteger efectivamente los derechos de los niños, de acuerdo a las nuevas concepciones jurídicas y sociales.

En este sentido, se estima que para el caso de los niños existen razones muy poderosas que aconsejan la generalización de estos mecanismos de protección, entre ellas se destacan: i) el efecto significativo de los primeros años de vida para el desarrollo de la persona; ii) que los niños son más vulnerables que otros grupos a la actividad o inactividad del gobierno y a la fragmentación o incapacidad de los servicios públicos; iii) los niños no tienen acceso al voto y a hacer sentir su voz en los asuntos públicos por lo que requieren de mecanismos específicos para canalizar o representar sus intereses; iv) en muchos países no se encuentran bien desarrollados el acceso a mecanismos de protección jurisdiccional de los derechos de los niños; y v) los niños, por su etapa de desarrollo, son más vulnerables a la explotación y al abuso⁶.

En Chile, a la ratificación de la CDN en 1990 le ha seguido un proceso de revisión y modificación de la legislación y del sistema judicial. Estas reformas se han realizado parcialmente⁷, pero en muchas materias permanecen pendientes⁸. Asimismo, se ha

⁴ Según UNICEF las defensorías son relevantes para dar cumplimiento a las obligaciones contraídas por los Estados Parte de la CDN y el propio Comité de los Derechos del Niño, órgano internacional de control del cumplimiento del tratado, ha identificado su existencia y funcionamiento como un indicador del avance en la protección efectiva de los derechos de la infancia. UNICEF: “Independent Institutions Protecting Children’s rights” Innocenti Digest N° 8, Florencia, 2001, p. 1. Se puede consultar en www.unicef-icdc.org

⁵ Un tratamiento teórico sobre este asunto en FANLO, I.: Los derechos del niño y las teorías de los derechos: introducción a un debate” en Justicia y Derechos del Niño N° 4, UNICEF, Buenos Aires, 2002 pp.67-84; Cillero, M.: “Los derechos del niño: de la proclamación a la protección efectiva” en Justicia y Derechos del Niño N° 3, UNICEF, Buenos Aires, 2001, pp.49-63. Sobre la evolución de los derechos de los niños en América Latina véase Cillero M. y Madariaga H.: “Infancia, Derecho y Justicia. Situación de los Derechos del Niño en América Latina y la Reforma Legislativa en la década de los noventa” Facultad de Ciencias Sociales Universidad de Chile y UNICEF, Santiago, 1999.

⁶ UNICEF: “Independent Institutions Protecting...” ob. cit. p. 3.

⁷ Entre las numerosas reformas cabe destacar por su importancia la Ley 19.585 (D.O. 26 de octubre de 1998). Vigencia: 27 octubre 1999 que modifica el Código Civil en materias de filiación y custodia.

⁸ En este ámbito destacan los Proyectos de Ley actualmente en discusión Parlamentaria relativos a la creación de los Tribunales de Familia –que reemplazan a los actuales Juzgados de Menores– y a la responsabilidad de los adolescentes por infracciones a la ley penal. En un ámbito más general se encuentra en estudio por el Gobierno una Ley de Protección de Derechos de la Infancia que entre otras materias debería regular las relaciones entre los niños y los diferentes servicios y políticas públicas.

reforzado la acción del Estado generando una Política Nacional y un Plan de Acción Integrado a Favor de la Infancia que apunta precisamente hacia la protección y satisfacción de los derechos de carácter económico, social y cultural de los niños, niñas y adolescentes.

Pese a estos esfuerzos, en Chile existe una creciente conciencia acerca de la necesidad de reforzar los mecanismos independientes de protección de derechos, en particular aquellos que puedan –como las defensorías– representar los Derechos Humanos de la infancia, ya sea considerados individualmente, o como colectivo o grupo, ante las autoridades públicas.

En atención a esta situación, recientemente se presentó, por iniciativa parlamentaria, un proyecto de reforma constitucional para crear un órgano autónomo dotado de “competencia para actuar no sólo en el plano político y administrativo sino que también judicial”⁹, por lo que puede decirse que el debate sobre la creación de esta institución se encuentra plenamente vigente en Chile.

En este trabajo se pretende desarrollar una breve reseña de las modalidades y trabajo realizado por defensorías de la infancia en diferentes partes del mundo, que contribuya con información al debate que sobre esta materia se está dando en la sociedad chilena.

II. Surgimiento y Denominación

Si bien desde hace bastante tiempo se encuentran antecedentes de instituciones independientes dedicadas a la defensa de la infancia, así como de defensorías generales de los derechos humanos¹⁰, sólo después de la aprobación de la CDN se establecen organismos especializados en la protección de los derechos de los niños ya que la existencia de cuerpos legales formalizados, a nivel nacional e internacional, son una condición necesaria para su funcionamiento como organismos que controlan la vigencia de sus derechos.

Para diferenciar a las actuales defensorías de derechos de la infancia de otras instituciones que le antecedieron, es necesario resaltar que estos organismos no abogan por una concepción general del bienestar de la infancia, sino que –específicamente– por el cumplimiento de los derechos de los niños y de las obligaciones jurídicas de los Estados y los particulares; estas instituciones forman parte de un nuevo modelo institucional que supera al paradigma tutelar que estaba fundado sobre la base de la consideración del niño solamente como un incapaz, receptor de la protección del Estado, los

⁹ Proyecto de Reforma Constitucional que Crea la Defensoría de la Infancia, presentado en Marzo de 2004 por los diputados: Juan Bustos Ramírez, Rodrigo González Torres, María Eugenia Mella Gajardo, Adriana Muñoz D'albora, Laura Soto González, Samuel Venegas Rubio, Ximena Vidal Lázaro.

¹⁰ Cuyo origen se remonta a Suecia donde se nombró el primer ombudsman en 1809.

servicios públicos y la familia¹¹. Las defensorías son, por el contrario, parte de un nuevo diseño institucional que resulta del reconocimiento de los niños como sujetos de derechos humanos, esto es como titulares de derechos subjetivos a los que se les reconoce la aptitud progresiva de ejercerlos por sí mismos,¹² lo que se traduce en una concepción del bienestar de la infancia fundada en la satisfacción de sus derechos humanos como personas en desarrollo.

Actualmente, las defensorías se han expandido en gran parte del mundo industrializado y en América Latina¹³. Son instituciones no jurisdiccionales conocidas como *defensorías*, *comisiones de derechos de la infancia* o, más genéricamente, como *ombudsman* de la infancia.

La denominación *ombudsman* es un término escandinavo que designa una función –la de defensa– más que un cargo, por lo que es etimológicamente inclusiva de ambos géneros; sin embargo, en el ámbito anglosajón y de organismos internacionales, como UNICEF, se utiliza preferentemente el término *ombudsperson* o *ombuds office*, para abarcar ambos sexos¹⁴.

En español, se ha impuesto mayoritariamente el término institucional Defensoría de Infancia¹⁵ que refiere, más que a un cargo, a su función específica. La multiplicidad de las denominaciones es el reflejo de la diversidad institucional de estas defensorías por la infancia.

III. Naturaleza Jurídica

Una definición general de Defensoría de la Infancia señala que es un “organismo oficial independiente establecido para promover los derechos e intereses de los niños”¹⁶. Se reconocen como sus funciones específicas las de investigar y recomendar. Investiga, ya sea por iniciativa propia o a requerimiento ciudadano, los actos de “mala

¹¹ Sobre el cambio de la consideración jurídica de la infancia desde un “objeto de protección” a un “sujeto de derecho”, véase GARCÍA MENDEZ, E.: “Derecho de la Infancia/Adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral”, ed. Forum Pacis, Bogotá 1994.

¹² Según lo dispone el artículo 5 de la CDN. Sobre esto véase CILLERO, M.: “Infancia, Autonomía y Derechos. Una cuestión de Principios” en Infancia, ed. Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1998.

¹³ Las Defensorías son un fenómeno en expansión; así según antecedentes del UNICEF mientras en 1997 podían identificarse 16 a Junio del 2001 la cifra casi se duplicaba. UNICEF: “Independent Institutions Protecting...” ob. cit. p. 1.

¹⁴ MORRIS, C.: “Definitions in the Field of Dispute Resolution and Conflict Transformation”, p. 7 www.peacemakers.ca/publications/ADRdefinitions.html (consultada 10.06.2004). De hecho la primera persona en ocupar un cargo de ombudsman especializado en la infancia, fue una mujer Noruega en 1989, denominación que no tenía relación con su sexo. Véase UNICEF: “El Trabajo del Defensor del Niño”, *Innocenti Digest* Nº 1 Florencia, 1997, p. 2. Se puede ver también en www.unicef-icdc.org

¹⁵ Así por ejemplo en España, Costa Rica, Guatemala y Perú.

¹⁶ UNICEF: “El Trabajo del Defensor...” ob. cit. p. 2. Esta definición se refiere al *ombuds office* clásica situado en la esfera pública. También es posible encontrar los llamados *ombudsman* o *ombuds office* corporativos u organizacionales que operan en el ámbito interno de una organización, por ejemplo un establecimiento educacional, una empresa privada, etc. Si bien algunas de estas defensorías corporativas son relevantes para la protección de los derechos de la infancia –por ejemplo las que operan en el ámbito educacional o de instituciones de protección de la infancia– en este informe no haremos referencia a ellas, sino que al modelo clásico de instituciones públicas de carácter más o menos general. Información sobre los distintos tipos de *ombuds* en “Public Dispute Resolutions. Ombuds Resource Online” en www.log.unc.edu/programs/dispute/ombudsmain.htm

administración o administración injusta (arbitraria) del gobierno y los servicios públicos o privados” y tiene el “poder de recomendación” ante cualquier autoridad de medidas de protección de derechos en los ámbitos de su competencia¹⁷.

Pese a la diversidad, es posible encontrar algunos puntos comunes entre los distintos tipos de instituciones independientes de defensa de derechos del niño: todas están dotadas de “imparcialidad y autoridad para investigar y recomendar”, si bien la amplitud de estas facultades dependerá de cada modelo institucional¹⁸.

Las mayor parte de las defensorías son establecidas en un cuerpo legal formalizado por una norma constitucional o una Ley específica. También se han creado en el marco de una legislación más general de protección de la infancia o en el contexto de una legislación relativa a Defensor del ciudadano sin especificación de un colectivo determinado.

Las Defensorías creadas por la Constitución o leyes especiales dan origen a órganos totalmente independientes del gobierno cuyas funciones y financiamiento son fijados por el Parlamento, ante el cual son responsables. Estas defensorías son características de sistemas de gobierno parlamentario y cumplen importantes funciones en el análisis crítico de las deficiencias o vacíos de la legislación; se les reconocen facultades fiscalizadoras y de monitoreo de los actos de la administración¹⁹ y el poder de representar ante el Parlamento las materias de su competencia. Se establece también la necesidad de ser consultadas para la aprobación de nueva legislación.

Ejemplos de este tipo son el Defensor sueco creado en 1993²⁰; el defensor de Islandia²¹ creado en 1995; en Guatemala la Constitución de 1986 estableció una Comisión para el estudio de las violaciones a los derechos Humanos y que en 1990 constituyó una unidad específica relativa a la infancia y la familia²².

Una modalidad diferente la constituyen las defensorías creadas en el marco de la legislación relativa al bienestar de la infancia. En Nueva Zelanda se creó una Oficina del Comisionado para la Infancia en el marco de la Ley de los Niños, los Jóvenes y la Familia de 1989, cuya función era recibir quejas acerca del funcionamiento de esta legislación y supervisar y monitorear su puesta en práctica; en 2000 se amplió su competencia al análisis del impacto de la CDN en Nueva Zelanda²³.

¹⁷ MORRIS, C.: *ob. cit.* p. 7.

¹⁸ MORRIS, C.: *ob. cit.* p. 8.

¹⁹ MORRIS, C. destaca este elemento como el distintivo de los ombudsperson “clásicos” respecto a otro tipo de órganos destinados a la resolución de conflictos en el ámbito público (órganos de mediación o representación de intereses ubicados en el ámbito privado o de la administración), *ob. cit.* p. 7.

²⁰ Creada por la Ley para establecer la Oficina del Defensor de los Niños y que tiene por finalidad “hacer valer los derechos e intereses de los niños y los jóvenes y de asegurar que Suecia cumple con los compromisos asumidos al ratificar la CDN”, UNICEF: “El Trabajo del Defensor...” *ob. cit.* p. 4.

²¹ Véase www.barn.is

²² Actualmente recibe el nombre de Defensoría de los Derechos de la Niñez de la Procuraduría de los Derechos Humanos.

²³ UNICEF: “Independent Institutions Protecting...” *ob. cit.* p.20. Defensorías creadas por Leyes sobre bienestar infantil se encuentran también en Australia, Canada y Austria.

En España se estableció por Ley 1/1996 que los niños pueden plantear directamente sus quejas ante el Defensor del Pueblo, para lo cual uno de los adjuntos se dedicará específicamente a conocer permanentemente de estos asuntos, aunque a su vez a nivel autonómico existen defensorías especializadas como el Defensor del Menor de la Comunidad de Madrid o, adjuntos como en el caso de Cataluña²⁴.

También existen instituciones que cumplen funciones de defensoría ubicadas dentro de organismos públicos, por ejemplo en el Ministerio de Educación en Israel o dependientes del parlamento como en Alemania²⁵.

Finalmente también se reconoce en la literatura especializada el rol de las Organizaciones no Gubernamentales en la defensa de los derechos de los niños, pero en general ellas no corresponden al perfil de una defensoría. Sin embargo, según UNICEF, existen dos instituciones que por sus características pueden considerarse como parte integrante de las defensorías: la *Mannerheim League for Child Welfare* de Finlandia que estableció en 1981 una *Oficina del Defensor de los Niños* y el *Consejo Nacional Para la Infancia*, ONG de Israel que en 1990 estableció un *Defensor de La Infancia y la Juventud*²⁶.

Si bien las defensorías de infancia se han extendido por diversas partes del mundo²⁷, en Europa se ha desarrollado una amplia red de defensores conocida como la *“EUROPEAN NETWORK OF OMBUDSMEN FOR CHILDREN”*²⁸ que se estableció formalmente en Junio de 1997 en Noruega, reúne oficinas independientes de países de Europa, tiene vínculos con organizaciones del resto del mundo²⁹ y su misión es apoyar la mayor implementación posible de la CDN, compartir información y promover el desarrollo independiente de sus asociados.

IV. Funciones

Desde un punto de vista general, UNICEF establece como funciones principales de las defensorías “influir en la ley, la política y la práctica” con el objetivo de “lograr un mayor compromiso con los derechos del niño; hacer frente a las violaciones individuales de los derechos; fomentar o realizar investigaciones; y promover la sensibilización sobre los derechos”³⁰.

²⁴ Véase www.dmenor-mad.es para el Defensor de Madrid o en Cataluña la página www.sindicgreugescat.org o en el País Vasco www.ararteko.net. También en Italia se destaca la existencia de instituciones de carácter regional como el *Tutore Pubblico del Minori per la Regione Friuli Venezia Giulia*.

²⁵ *Kinderkommission creada en 1987 ligada al comité del Parlamento alemán relativo a Mujeres, Jóvenes, Familia y Tercera edad.*

²⁶ UNICEF: “El Trabajo del Defensor...” ob. Cit. p.6 que señala que “estos organismos no tienen, obviamente, poder, autoridad o estatus legal alguno, pero proporcionan a los niños un servicio que es completamente independiente desde el punto de vista económico: así pues tienen suficiente libertad para desafiar y cuestionar las políticas y las acciones gubernamentales”.

²⁷ Véase anexo N° 1 al final de este documento.

²⁸ www.ombudsnet.org

²⁹ Europa occidental: Austria, Bélgica, Dinamarca, Eslovenia, España, Finlandia, Francia, Gales, Georgia, Hungría, Islandia, Lituania, Macedonia, Noruega, Polonia, Portugal, Rusia, Suecia y Ucrania.

³⁰ UNICEF: “El Trabajo del Defensor...” ob. Cit. p 6.

La Red Europea establece los siguientes objetivos³¹:

- Promover la plena implementación de la CDN.
- Influir la legislación, la política y la práctica ya sea dando su opinión frente a las propuestas gubernamentales o presentando activamente proposiciones de reforma.
- Promover una mayor prioridad para la infancia en los gobiernos centrales, regionales o locales y en la sociedad civil y la coordinación efectiva de los servicios.
- Promover el uso adecuado de los recursos económicos destinados a la infancia.
- Impulsar acciones concretas a favor de los niños, impulsar o realizar investigaciones sobre asuntos relativos a la infancia.
- Servir de canal de comunicación del punto de vista de los niños y promover su respeto.
- Recabar y publicar datos acerca de la situación de la infancia.
- Promover la mayor conciencia de los derechos de los niños entre los niños y los adultos.
- Otorgar información y acceso de los niños a los mecanismos de reclamos judiciales y administrativos en caso de vulneración de derechos.
- Responder ante reclamos individuales y otorgar apoyo para su presentación ante las autoridades respectivas.

IV.a Influir en la Ley y las Políticas Públicas en el Marco de la CDN.

Una de las líneas de acción más relevantes de las defensorías está relacionada con la reforma a la legislación, seguimiento de los procesos de implementación de las reformas y supervigilancia de su cumplimiento. Como se dijo anteriormente, la CDN ha significado un cambio profundo en la concepción jurídica de la infancia y a casi quince años de su aprobación, es posible observar que en prácticamente todo el mundo se han promovido importantes reformas a la legislación interna con objeto de adecuar sus preceptos a los principios, directrices y derechos contenidos en este tratado internacional.

En aquellos países donde subsisten conflictos entre la legislación interna y la internacional, las defensorías pueden cumplir importantes funciones para identificar las asimetrías y proponer rectificaciones. En el caso de Alemania, la *KinderKommission* tiene el mandato de revisar toda la legislación que pueda producir efecto sobre la situación de la infancia y, en caso necesario, proponer modificaciones.

³¹ www.ombudsnet.org/AimsFunctions.htm#Aims (14.06. 2004).

IV.b Defensa y Representación de Casos Individuales o Colectivos de Violación de Derechos de los Niños.

Hay países en que las defensorías actúan preferentemente representando casos particulares, sin asumir representaciones colectivas. En el caso de Finlandia, por estar inserta en una ONG, el defensor prácticamente actúa como un abogado individual ante los tribunales o en procedimientos administrativos. En otros países como Austria y Bélgica, la defensoría asume también la defensa de casos particulares, además de representarlos colectivamente.

La tendencia más reciente es que los defensores actúen promoviendo intereses colectivos más que situaciones individuales. Incluso en Suecia, el defensor no tiene facultades para actuar en procesos individuales. Para la defensa de situaciones colectivas se le otorga a la defensoría facultades para iniciar diálogos con la comunidad, con los servicios públicos –como escuelas, centros de salud, servicios municipales– y de representar ante las autoridades violaciones de derechos humanos de los niños proponiendo reformas legales o de las políticas de infancia.

IV.c Sensibilización y Apoyo a la Toma de Conciencia de los Derechos de los Niños.

Una de las funciones más activas de las defensorías dice relación con la creación de conciencia en torno a los derechos de los niños. El Comité de Naciones Unidas de los Derechos de los Niños y las ONGs que trabajan por la infancia, consideran que las Defensorías, comisionados u ombudsperson, en general, son instituciones que cuentan con las facultades y la legitimidad para abogar por los derechos de la infancia, debido a su independencia del Gobierno y de intereses particulares de tipo corporativo.

V. Conclusiones

No existe una evaluación global del trabajo de las defensorías, pero según datos del UNICEF su aporte ha sido considerable para que los gobiernos y la sociedad civil den prioridad a las políticas públicas de infancia, reformen la legislación y desarrollen mecanismos jurisdiccionales y administrativos para reclamar por el cumplimiento de sus derechos³².

³² En 1993 el Gobierno de Noruega encargó una evaluación de la tarea del Defensor que entregó positivos resultados en cuanto a que "ha conseguido que la cuestión de la infancia reciba una mayor atención en la agenda política; ha logrado una mejor aceptación de los niños como poseedores de derechos humanos y ha sido un instrumento fundamental en la mejora de la posición de los niños ante la ley. UNICEF: "Independent Institutions Protecting..." ob. cit. p 13 tomado de "The Ombudsman for Children and Childhood in Norway Official Report, Ministry of Children and Family Affairs", Oslo, 1996.

Especialmente relevante, según estas opiniones, ha sido el aporte de las defensorías al proceso de control de la implementación de las obligaciones adquiridas por los Estados al ratificar la CDN. Asimismo, se destaca la importante labor para crear, dar a conocer y facilitar la utilización –incluso por los propios niños y sus familias– de mecanismos de exigibilidad de los derechos de la infancia.

En la literatura especializada se debate sobre las ventajas de cada uno de los modelos. Existe consenso que mientras más autónomo y general en su competencia sea el defensor, mayor posibilidad de impacto de su trabajo. Un punto de discusión es sobre la conveniencia de tener un órgano especializado en derechos de la infancia o estar incorporado dentro de un órgano mayor de defensa de los derechos humanos³³. En general, también se valora positivamente la existencia de órganos regionales o locales, pero ello dependerá de la estructura administrativa de cada país; sin embargo, en el caso de países unitarios parece necesario considerar estructuras lo más descentralizadas posibles; asimismo en el caso de países de estructura federal, o muy descentralizados, es conveniente una coordinación a nivel nacional para poder sumar esfuerzos y lograr impactos de alcance nacional.

En el caso de Chile, la experiencia de otros países de América Latina que han desarrollado este tipo de trabajos podría servir para avanzar en desafíos que aún se encuentran pendiente después de la ratificación de la CDN en 1990: la reforma legislativa, el desarrollo de una cultura de derechos, la coordinación de los servicios sociales destinados a satisfacer los derechos de los niños de modo de evitar las disparidades en su acceso y calidad, y el fortalecimiento de mecanismos de exigibilidad de los derechos de los niños que permitan resolver conflictos entre los distintos servicios sociales y la infancia a través de procedimientos desjudicializados³⁴.

³³ *Un análisis sobre este punto en UNICEF: "Independent Institutions Protecting..." ob. cit. pp. 9-10.*

³⁴ *Materias que han sido objeto de constante debate en Chile y se encuentran presentes en la Política Nacional de Infancia del Gobierno de Chile. Respecto a estos temas el Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas ha hecho presente recomendaciones al Gobierno de Chile. El texto completo de la recomendación se encuentra reproducido en UNICEF: "Justicia y Derechos del Niño" N° 4, Buenos Aires, 2002, pp. 215-230.*

ANEXO*

PAÍS	INSTITUCIÓN	AÑO DE FORMACIÓN
Australia	Human Rights and Equal Opportunity Commission	1986
Austria	The Federal Children's Ombudsman	1989 - 1995
Bélgica Comunidad Flamenca	Children's Rights Commissioner	1997 (plena operación desde 1999)
Belgium Comunidad Francofona	General Delegate for the Rights of Children	1991
Bolivia	Defensor del Pueblo	1998
Canada	The Office of the Ombudsman	1987
Colombia	Defensoría para la niñez, la Mujer y el Anciano	1991
Costa Rica	Defensor de los Habitantes de la República	1987 (para niños) 1993 (oficina nacional e independiente)
Dinamarca	National Council for Children	1994
Francia	Ombudsman for Children	2000
Guatemala	Defensoría de los Derechos de la Niñez de la Procuratoria de los Derechos Humanos	1990
Hungría	Office of the Parliamentary Commissioner for Human Rights	1995
Islandia	The Ombudsman for Icelandic Children	1995
Irlanda	Children's Ombudsman	2001
Italia	Tutore Pubblico dei Minori per la Regione Friuli Venezia Giulia	2001
República de Macedonia	Macedonian Ombudsperson for Children	1999
Nueva Zelanda	Office of the Commission for Children	1989
Nicaragua	La Procuraduría especial de la Niñez y la Adolescencia	1999
Irlanda del Norte – UK	Northern Ireland Human Rights Commission	1999

* Elaboración propia, antecedentes tomados de UNICEF: "Independent Institutions Protecting..." ob. cit. y www.ombudsnet.org

Noruega	Children's Ombudsman	1981 (el primer ombudsman de la infancia establecido por ley)
Filipinas	The Commission on Human Rights of the Philippines	1987
Portugal	Portuguese Ombudsman for Justice	1975 1992 – The Children's Messages and Claim Hotline
Rumania	Advocate of the People	1997
<i>City of Ekaterinberg</i>	Commissioner for Children's Rights Office	1998
<i>Kaluga Oblast</i>	Ombudsman for the Children of Kaluga	1998
<i>Novgorod Oblast</i>	Children's Ombudsman for Novgorod	1998
<i>S. Petersburg</i>	Ombudsman of st Petersburg	1998
<i>Volgograd Oblast</i>	Office of the Commissioner for Children's Rights of the Volgograd Regional Administration	1998
Sud Africa	South Africa Human Rights Commission	1995
España – Madrid	Defensor del Menor en la Comunidad de Madrid	1996
España Cataluña	Ombudsman of Catalonia	1984
Suecia	The Children's Ombudsman	1993
Gales	Children's Commissioner for Wales	2001

SECCIÓN SEGUNDA

JURISPRUDENCIA

LESBIANISMO, TUICIÓN E INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO: COMENTARIOS A UNA SENTENCIA DE LA CORTE SUPREMA DE CHILE ¹

JULIO CORTÉS MORALES

La sentencia que a continuación se comenta recayó en un recurso de queja presentado por el padre de tres niñas, en contra de los Ministros y la Fiscal Judicial de la Corte de Apelaciones de Temuco, alegando el recurrente que los recurridos habrían procedido arbitraria e injustamente y actuando contra derecho, al confirmar la sentencia de primera instancia que otorgó la tuición de sus hijas a su madre. La particularidad del caso consiste en que la madre es lesbiana.

Sintéticamente podemos señalar que el fallo de la Corte Suprema considera que:

- Los jueces que pronunciaron el fallo recurrido incurrieron en falta o abuso grave. Por eso, correspondió enmendar tal falta o abuso acogiendo el recurso interpuesto por el padre de las niñas.
- La falta o abuso en que incurrieron los jueces que dictaron el fallo recurrido, consistiría en que habrían resuelto anteponiendo el derecho de la madre al interés superior de las niñas.
- La explicación de que tal resolución habría constituido una falta o abuso grave se basa en que, según la Corte Suprema, pese a que los jueces recurridos conocían antecedentes probatorios que señalaban que desde el momento en que la madre hizo pública su homosexualidad (llevando a vivir a su casa, que era el mismo hogar en que vivían las niñas, a su pareja del mismo sexo), las niñas habrían sufrido un empeoramiento de su ambiente de crianza, que se expresaría en la reducción de visitas por parte de amigas de las niñas.
- La circunstancia señalada constaría únicamente en cierta prueba testimonial a que alude el considerando decimoquinto. Este considerando alude a dos circunstancias que resultarían comprobadas de acuerdo a dicha prueba testimonial:
 - a) Reducción de las visitas de amigas al hogar común, hasta llegar casi a cesar. No se señala en el texto del fallo quienes habrían vertido esta información.

¹ La sentencia se reproduce a continuación del comentario. Se han suprimido los nombres, apellidos y otras circunstancias que puedan permitir identificar a las hijas de las partes. En algunas ocasiones se aludirá a las partes con letra cursiva reemplazando sus nombres, identificándolos como el padre o la madre.

- b) Confusión en las niñas ante la sexualidad materna, expresada en juegos y actitudes de las niñas que habrían sido señaladas en testimonios de “personas cercanas a las menores, como son las empleadas de la casa”.
- Por otra parte, el fallo reconoce que, aparte de esos testimonios aludidos, otros antecedentes tales como diversos informes periciales de psicólogos y asistentes sociales habrían señalado que:
 - a) la condición de homosexual de la madre no vulneraría los derechos de sus hijas, ni la privaría de ejercer sus derechos de madre.
 - b) lo anterior, debido a que la madre es una persona normal desde el punto de vista psicológico y psiquiátrico.
- En base a las cuestiones de hecho ya señaladas, el fallo procede a aplicar las normas pertinentes. Las normas que se tuvieron “únicamente” presentes fueron: artículos 222, 224, 225 y 242 del Código Civil; artículos 3 y 9 de la Convención sobre Derechos del Niño –particularmente lo relativo al principio del interés superior–; se alude al artículo 19 Nº 11 de la Constitución, pero ilustrando un ejemplo.

Analicemos someramente el razonamiento jurídico empleado en el fallo.

Interés superior del niño

La buena noticia es que un fallo de la Corte Suprema utilice explícitamente este principio. La mala, es que una vez más queda claro que este principio es peligroso en su ambigüedad e indeterminación, puesto que la tendencia es a “invocarlo” más que a efectuar un razonado análisis de los derechos involucrados y las implicancias jurídicas de las diversas formas de resolver un conflicto de derechos.

Como se sabe, este principio tiene más de un siglo de historia, surgiendo precisamente en el ámbito de las decisiones judiciales sobre temas de familia, casos de tuición y otros, para extenderse posteriormente a los temas de infancia en general, y ser consagrado ya con un carácter universal y vinculante en la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño (1989). En la Convención, de acuerdo a la doctrina y al Comité de Derechos del Niño (encargado de revisar los informes de los Estados partes en lo referente a las medidas de implementación de la Convención) el interés superior aparece consagrado como un principio estructurante de todo el contenido de este instrumento. La relevancia del principio va acompañada de los problemas que plantea: su rol debe ser diferente en un sistema tutelar de menores, caracterizado por la amplia discrecionalidad del juez de menores para diagnosticar irregularidades y recetar tratamientos coactivos, y en un sistema (leyes, instituciones, procedimientos) basado en la Convención y en el modelo de derechos humanos de la infancia.

En efecto, en un sistema de infancia basado en las necesidades del control y disciplinamiento de las sociedades contemporáneas, con una construcción autoritaria y positivista de los problemas de la niñez en “irregularidad social”, el interés superior cumple una función casi ritual, de invocación abstracta de un “Derecho” casi confundido con la moral, o con el interés social en el bienestar de los niños. De tal forma, lo usual es que el juez de menores resuelva en base a sus creencias, a los informes diagnósticos, y al escaso derecho aplicable, y que remiende su decisión invocando este interés superior que, dado que no tiene un contenido preciso, sirve casi para cualquier cosa.

En el modelo de la Convención, el interés superior debe jugar un rol distinto, dado que el contexto en que se alude a este viejo principio de contenido indeterminado, es el contexto del reconocimiento de los derechos fundamentales de los niños, con todas sus implicancias de tipo social, político, jurídico y cultural. Es precisamente este hecho el que ha permitido a la incipiente y novel “doctrina” tratar de superar la indeterminación del principio, o –a lo menos– atacar las posibilidades más riesgosas de (incorrecta) aplicación del principio.

Esto que denomino “posibilidades riesgosas” es lo que parece haberse consolidado como una de las más elegantes formas de reconocer en principio los derechos de los niños y el importante nivel de autonomía que la Convención les reconoce, y acto seguido recortar o negar los derechos para el caso concreto, aludiendo a que tal negación o recorte “es necesaria en aplicación del interés superior del niño”.

Este fenómeno es posibilitado por la ambivalencia del propio texto de la Convención, que la mayoría de las veces que alude al principio lo incorpora en el articulado de forma que relativiza una afirmación central previa (es algo que ha señalado con insistencia desde argentina Mary Beloff).

Por estas razones es que nos hemos referido otras veces al interés superior del niño como el “caballo de Troya” del derecho tutelar de menores dentro del nuevo derecho de la infancia-adolescencia.

Sin embargo, frente al hecho de que la Convención contempla este principio, se han hecho esfuerzos importantes por precisarlo y por evitar en lo posible sus riesgos. En el medio latinoamericano, Miguel Cillero ha propuesto entender que el interés superior no es diferente a la plena vigencia de los derechos fundamentales del niño.

En un sentido, hablar de interés superior es hablar de la obligación que los Estados partes de la Convención han asumido en orden a priorizar los derechos de los niños en sus políticas públicas, legislación y actividad estatal en general.

En el mismo sentido, pero en otro nivel de análisis, Cillero propone que en cada caso que se discuta en que sea posible aplicar el principio, hay que atender a los derechos involucrados, sus compatibilidades, incompatibilidades, la manera en que se afecta-

rían como resultado de una decisión a tomar por la autoridad de que se trate, etc. El imperativo, a la hora de adoptar una decisión, sería el de propender a la máxima operatividad y mínima restricción de derechos.

Un argentino cuyo nombre no recuerdo, pero estoy seguro de que no fue Emilio García Méndez, decía algo así como que todos los discursos (o políticas públicas) sobre infancia son sospechosos de hipocresía mientras no demuestren lo contrario. El interés superior del niño es, en sus peores aplicaciones, el “fundamento jurídico” de decisiones que rayan en la hipocresía. Pero su operatoria es fácilmente detectable: una aplicación correcta del principio exige la consideración, ponderación y pronunciamiento sobre los derechos involucrados en cada caso concreto. Además, este principio, en su aplicación práctica, no puede dejar de lado otros principios de la Convención, también llamados a regir siempre. Uno de estos principios centrales es el de participación (artículo 12 de la Convención): en la medida que es una obligación de las autoridades que toman decisiones que afectan a un niño el escucharlo y tomar su opinión debidamente en cuenta, los fallos que no se refieren a esta opinión no solo son sospechosos de vulnerar el principio de participación, sino que construyen mal el interés superior, puesto que el contexto de los derechos reconocidos obligaría a señalar los derechos que por su carácter de “principio” deben aplicarse siempre, y la manera en que en concreto se aplican al adoptar una decisión. De esta forma, en el modelo de la Convención, los niños deben participar activamente en la determinación de su propio interés superior, que en este sentido contiene siempre algún elemento de autodeterminación, es decir, de autonomía.

Por todas estas razones es que resulta tan fundamental la interpretación que en este momento puedan hacer los tribunales del país, particularmente los tribunales superiores. En el fallo en comento, nos quedamos en la misma situación de indefinición que no se ha superado en las últimas décadas. Basta revisar los considerandos 9 y 10 del fallo para comprobar lo señalado.

Esfuerzos bastante más significativos se han producido en los últimos años. Basta referirse aquí a la Opinión Consultiva 17/2002 de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. El punto 2 de sus decisiones señala “Que la expresión “interés superior del niño, consagrada en el artículo 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, implica que el desarrollo de éste y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relativos a la vida del niño” (los subrayados son míos).

El “deber-ser” de acuerdo a la Convención en los casos de separación de los padres: tuición compartida

No es exagerado afirmar que la Convención, en la medida propone un nuevo modelo de relaciones familiares. UNICEF Argentina se ha referido a ese modelo como “democracia familiar”. En la relación entre padre/madre e hijos menores de edad, este modelo implica reconocer grados de autonomía cada vez mayores de los niños (artículo 5), la redefinición de la función de los padres como encargados de fortalecer gradualmente dicha autonomía, y de preparar a los niños para el ejercicio directo de sus derechos fundamentales.

En coherencia con este modelo, cuando la Convención se refiere a lo que entre nosotros se conoce como “tuición”, contempla lo siguiente:

“Los Estados Partes pondrán el máximo empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo”

“Incumbirá a los padres o, en su caso, a los representantes legales las responsabilidades primordiales de la crianza y el desarrollo del niño. Su preocupación fundamental será el interés superior del niño” (artículo 18.1).

Por su parte, el artículo 9 señala en su primer párrafo que *“Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables que tal separación es necesaria en el interés superior del niño. Tal determinación puede ser necesaria en un caso particular, por ejemplo, en un caso en que el niño sea objeto de maltrato o descuido por parte de sus padres o cuando éstos viven separados y debe adoptarse una decisión acerca del lugar de residencia del niño” (el subrayado es mío). Y en el tercero agrega la obligación estatal de respetar “el derecho del niño que esté separado de uno o de ambos padres a mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño”.*

La aplicación del conjunto de normas contenidas en la Convención parece indicar que en caso de separación de los padres el deber ser que constituye la regla general es la tuición compartida.

La legislación chilena de familia (contenida en el Código Civil), modificada en 1998 mediante la Ley denominada “de Filiación” definió una alteración de este deber ser, acogiendo como regla general en casos de separación la tuición por parte de la madre. Excepciones calificadas permitirían alterar esa regla general.

Tal como nos lo recuerda el fallo de minoría, se llegó a tal regla general porque primó entre nuestros legisladores la idea de considerar que constituiría un “hecho natural”. Sabemos que la naturalización de una serie de fenómenos en nuestra realidad social y vida cotidiana constituye un complejo proceso de politización de ciertas áreas y despolitización de otras. Lo que hoy se asume como “natural” en cuanto a la vida familiar en la visión hegemónica, o percepción de “sentido común”, de por sí obedeció en su momento a un cúmulo de procesos macro y microsociales que definieron roles a la mujer, el hombre y los hijos (sobre tal proceso, sigue siendo fundamental la obra “Autoridad y Familia”, de Max Horkheimer). Pero no es nuestra intención referirnos a este tema ahora. Baste señalar que la “naturalización” es artificial, producto de una red de construcciones culturales no del todo inconscientes ni desinteresadas.

Entiendo que muy pocas voces se han levantado criticando la opción que el legislador tomó en términos de establecer esta regla general. Y casi no recuerdo haber leído o escuchado una crítica que se base en la Convención sobre Derechos del Niño.

El voto de minoría en este fallo (Ministros José Benquis y Orlando Álvarez) trató de hacer una interpretación armónica que permitiera concluir que, en la especie, la situación invocada no es equiparable a la gravedad de las situaciones que contempla la legislación como causales que posibilitan decretar judicialmente el fin de la tuición por parte de la madre (causales de alteración a la regla general, en el artículo 225 del Código Civil). Por esa vía, se demostraría que el fallo es arbitrario.

Antes que eso, el voto disidente señala que el fallo incurre en algo que supuestamente no puede hacerse por vía de recurso de queja: constituirse en una tercera instancia. Así, se señala en el considerando 3 “que el recurso sublite no es un recurso procesal que habilite a este Tribunal para resolver todas las cuestiones de hecho y de derecho planteadas por las partes en el pleito”, y que “así lo dispone el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, que el recurso de queja es un recurso disciplinario, cuya exclusiva finalidad es la corrección de las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de una resolución jurisdiccional, a través, a) de la invalidación de ella y b) de la aplicación de medidas disciplinarias a los jueces que incurrieron en la grave falta o abuso contenida en la resolución anulada”.

Esta parte de la discusión jurídica escapa al análisis que nos interesa hacer desde el paradigma de derechos humanos de la infancia. Pero no es menor: lo que los disidentes señalan es bastante grave, y este elemento es el que resulta esencial a la hora de sumar a la crítica de este fallo una buena dosis de indignación moral. El fallo corrigió una situación que se consideró inadecuada desde un cierto sentido común hegemónico, y para ello desvirtuó la finalidad oficial (constitucional) del recurso de queja. En esta operación, se acudió al siempre elegante principio del interés superior del niño. Lo irónico de todo esto es que las mismas invocaciones a la “naturalidad” de ciertos hechos, utilizada en el Código Civil al regular la tuición, permitió fácilmente construir

un fallo arbitrario desde un lenguaje semiaceptable que apunta a una de las obsesiones culturales de hoy en día: ¡Los niños primero! Este es un grito que la economía mercantil viene pronunciando con cada vez más fuerza desde hace unas décadas. En este proceso, la mercantilización de los cuerpos de los niños expresada en problemáticas como la prostitución y explotación sexual de niños (que no mucho tienen de “nuevas” ni de “emergentes”) no debiera sorprender a nadie, sino ser asumida como la punta de iceberg más visible y extrema, de un proceso de “vasallaje anónimo” de millones de niños, no sólo en la explotación que de ellos se realiza directamente en su calidad de fuerza de trabajo, sino también en la medida en que la educación formal, la publicidad, la industria cultural, y todo un conjunto de manifestaciones que apuntan a la acumulación incesante de valor, han terminado haciendo de la infancia un campo de experimentación de los profesionales de la “socialización primaria y secundaria” en todas sus variantes .

Volvamos al tema. El fallo que comentamos pone fin a la situación que se amolda a la regla general (tuición a cargo de la madre), por considerar que opciones de la madre en cuanto a su definición social en nuestra cultura en lo relativo a su sexualidad (como una persona que ha optado por explicitar su homosexualidad), ha significado en este caso que las consecuencias de tal decisión la sufran sus hijas, y por ello el interés superior de estas niñas aconseja revocar una situación existente (así consagrada judicialmente), alterando la regla general y decretando que las niñas deben vivir con su padre (que, al parecer, nunca ha estado en cuestión en términos de identidad personal, moralidad, capacidad educativa, etc.). No sabemos que han opinado las niñas en este proceso, pues el fallo no da cuenta de ello.

Se critica al fallo por injusto, con razón, y desde la amplia variedad de trincheras que el multiculturalismo postmoderno ha celebrado: mujeres que critican al fallo por atentar contra los derechos de las mujeres; grupos de personas que han asumido una sexualidad distinta a la que se construyó como “normal” para lo que resulta hegemónico en el plano de la cultura, señalan que el fallo es injusto en cuanto constituye una discriminación arbitraria contra miembros de esas “minorías” sexuales (uso las comillas, porque no creo que el problema se plantee en términos numéricos, sino que el problema consiste en que se trata de formas de sexualidad que se salen de (o chocan con) el modelo hegemónico, que, por lo demás, también algunos conservadores gustan de defender en base a su carácter de “hecho natural”).

No profundizaré en las limitaciones de esos argumentos, porque creo que en general apuntan a atacar un núcleo que es correcto atacar. No puedo dejar de decir que se debe ir más allá en cuanto a la profundidad de la crítica: los criterios que el fallo ha defendido servirían también para quitar hijos o hijas a un hombre (un padre homosexual), y en general, para “salvar” a los niños o niñas de cualquier ambiente que el criterio social mayoritario juzgue como antinatural: no entregar la tuición de un ateo en un país que

es mayoritariamente creyente, a no entregar la tuición a un progenitor que pertenezca a una religión minoritaria, etc.

Agregaré otros argumentos en contra del fallo, y queda pendiente una labor de síntesis e integración:

- este fallo no constituye una aplicación seria y razonada del principio del interés superior del niño.
- la utilización del principio del interés superior del niño en este fallo parece inscribirse dentro de la tradición de utilizarlo como cheque en blanco a favor de la tomas de decisiones autoritariamente determinadas.
- Esas decisiones autoritarias invocan un hecho supuestamente natural contra otro, y es entre tales criterios donde discurre el debate: la consideración de los derechos fundamentales involucrados, en tanto tales, no está presente en el razonamiento jurídico de la sentencia.
- Un derecho fundamental que no se considera es el del artículo 12 de la Convención sobre Derechos del Niño. Derecho a manifestar opinión en todos los asuntos que afecten al niño, y a que esta opinión sea tenida debidamente en cuenta. Aplicando este derecho, la determinación del interés superior habría considerado la opinión de sus principales interesadas: las niñas a que este fallo se refiere.
- Por lo demás, la manera en que la sentencia acude a la Convención sobre Derechos del Niño, es bastante pobre. Más que utilizarla haciendo entrar su contenido al análisis del fenómeno concreto a resolver, lo que se aprecia es una invocación de dos artículos (3 y 9), sin siquiera adentrarse en la explicación de su contenido, y menos todavía en una aplicación de tal contenido a este caso concreto.

Santiago, treinta y uno de mayo de dos mil cuatro.

VISTOS Y TENIENDO UNICAMENTE PRESENTE:

PRIMERO. Que (el padre) ha recurrido de queja en contra de los Ministros y la Fiscal Judicial de la Corte de Apelaciones de Temuco ..., por estimar que procediendo arbitraria e injustamente y actuando contra derecho, confirmaron la sentencia de primera instancia que otorgó la tuición de sus hijas a su *madre*;

SEGUNDO. Que en el escrito respectivo se imputan a los magistrados recurridos las siguientes faltas o abusos graves, que fundamentan el recurso:

- a) Haber privilegiado los derechos de la madre sobre los de las niñas;
- b) Haber faltado a su deber legal de proteger la vulnerabilidad de las menores, contrariando lo ordenado en normas constitucionales y legales relativas a la materia;

c) Haber transgredido los principios que regulan la apreciación de la prueba en conciencia en los juicios sobre asuntos de familia;

TERCERO. Que la resolución objetada por el recurso se dictó en los autos sobre tuición definitiva de las menores antes individualizadas, hijas matrimoniales del demandante y de la demandada;

CUARTO. Que del examen de los antecedentes reunidos en dichos autos, que se tuvieron a la vista, es posible tener por acreditados los hechos que se reseñan a continuación:

- 1° Que el demandante y la demandada contrajeron matrimonio el día 29 de marzo de 1993 y sus hijas nacieron en agosto de 1994, enero de 1998 y diciembre de 1999, de modo que en la actualidad cuentan con diez, seis y cuatro años, respectivamente;
- 2° Que la vida conyugal y familiar de matrimonio se alteró por problemas de convivencia que condujeron a la separación de hecho de los cónyuges en febrero del año 2002, quedando de común acuerdo a cargo de la madre la tuición y cuidado personal de las menores;
- 3° Que, con posterioridad, *la madre*, asumiendo explícitamente su condición homosexual, llevó a vivir con sus hijas a una pareja de sexo femenino;

QUINTO. Que, en las circunstancias descritas, el padre de las menores dedujo su demanda dirigida a obtener la tuición de sus hijas, sobre la base de argumentar que la decisión adoptada por la madre siguiendo su tendencia homosexual, provoca daños en el desarrollo integral psíquico y en el ambiente social de las tres menores; que el interés de sus hijas hace necesario precaver las consecuencias perniciosas que les provocará criarse bajo el cuidado de una pareja homosexual y que, en cambio, la vida junto al actor, les brindará un ambiente en el que psicológica y emocionalmente tendrán mayores seguridades en su desarrollo personal;

SEXTO. Que para resolver sobre el recurso de queja entablado en contra de los jueces que se pronunciaron en segundo grado sobre la tuición de las menores antes individualizadas, es preciso tener en cuenta que las normas que rigen la materia se contienen básicamente en el Título IX de Libro I del Código Civil y han sido aplicadas en la sentencia que motiva el presente recurso disciplinario;

SÉPTIMO. Que entre esas disposiciones, que tratan "De los Derechos y Obligaciones entre los Padres y los Hijos", los incisos primeros de los artículos 224 y 225 versan sobre el "cuidado personal de la crianza y educación de sus hijos", el que radican de consuno en los dos padres o únicamente en la *madre*, si ellos viven separados, estableciendo en ambos casos lo que se denomina un derecho-deber para los progenitores, tal como lo reconoce expresamente el artículo 236 del mismo Título al referirse a la educación de los hijos;

OCTAVO. Que, en efecto, la tuición que ellos pueden ejercer en conjunto o únicamente la madre, en caso de separación, no sólo importa el ejercicio de facultades, como las señaladas en el artículo 234 del mismo Código Civil o la de “escoger el establecimiento de enseñanza para sus hijos”, que contempla el inciso cuarto del Nº 11 del artículo 19 de la Constitución Política, sino especialmente obligaciones y responsabilidades para quienes tienen a su cargo el cuidado personal de los hijos;

NOVENO. Que el ejercicio de las potestades y la ejecución de los deberes que comprende la tuición debe llevarse a cabo en el marco del principio básico que orienta en la materia el ordenamiento jurídico nacional y que recoge, entre otros preceptos, el inciso segundo del artículo 222 del mismo Código Civil al declarar que “la preocupación fundamental de los padres es el interés superior del hijo...” y al que responden igualmente las disposiciones de los párrafos primeros de los artículos 3º y 9º de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño” ratificada por Chile, según las cuales en todas las medidas que le conciernan, es primordial atender al interés superior del niño sobre otras consideraciones y derechos relativos a sus progenitores y que puedan hacer necesario separarlo de los padres;

DÉCIMO. Que los tribunales están obligados a considerar ese principio esencial al resolver los asuntos relacionados con derechos y obligaciones de padres e hijos, tanto porque esa noción representa el espíritu general de la legislación en la materia, cuanto porque así lo manda el legislador al establecer, en el inciso segundo del artículo 242 del Código citado, que “en todo caso, para adoptar sus resoluciones, el juez, atenderá como consideración primordial, el interés superior del hijo...”;

UNDÉCIMO. Que la mencionada regla del inciso primero del artículo 225 del Código Civil, que previene que en el caso de que los padres vivan separados el cuidado personal de los hijos toca a la madre, no es una norma absoluta y definitiva. El inciso segundo del mismo artículo prescribe que, “no obstante, mediante escritura pública o acta extendida ante cualquier oficial del Registro Civil, subinscrita al margen de la inscripción de nacimiento del hijo dentro de los treinta días siguientes a su otorgamiento, ambos padres, actuando de común acuerdo, podrán determinar que el cuidado personal de uno o más hijos corresponda al padre” y su inciso tercero dispone que “en todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal a otro de los padres...”;

DUODÉCIMO. Que, en consecuencia, el tribunal puede confiar el cuidado personal de los hijos al otro padre, haciendo cesar la tuición de quien la ejerce, si existe una causa calificada que haga indispensable adoptar la resolución, siempre teniendo en cuenta el interés del hijo;

DÉCIMO TERCERO. Que la situación planteada en los autos en que se ha entablado el presente recurso de queja, revela que los jueces recurridos no consideraron

debidamente los efectos que ella puede acarrear en el cabal resguardo de los intereses de las hijas y cometieron falta o abuso grave tanto al aplicar las normas legales que rigen la materia, como al apreciar los antecedentes de la causa en que pronunciaron la sentencia que ha originado el recurso;

DÉCIMO CUARTO. Que, en ese sentido, cabe anotar que en el campo de los asuntos de familia o que afectan a menores, las decisiones que la ley comete al tribunal también son y deben ser de resorte y responsabilidad propia e indelegable de los jueces respectivos, de suerte que los informes o dictámenes de psicólogos o asistentes sociales u otros profesionales que se alleguen por las partes a la causa o que ordene el tribunal, son sólo elementos de la convicción que deben formarse personalmente los jueces, al ponderar en su conjunto los medios de prueba;

DÉCIMO QUINTO. Que en el juicio de tuición de las menores se hizo valer la opinión de diferentes psicólogos y asistentes sociales acerca de que la condición de homosexual de la madre no vulneraría los derechos de sus hijas, ni la privaría de ejercer sus derechos de madre, pues se trata de una personal normal desde el punto de vista psicológico y psiquiátrico. En cambio, se ha prescindido de la prueba testimonial, producida tanto en el expediente de tuición definitiva como del cuaderno de tuición provisoria, que se han tenido a la vista, respecto al deterioro experimentado por el entorno social, familiar y educacional en que se desenvuelve la existencia de las menores, desde que la madre empezó a convivir en el hogar con su pareja homosexual y a que las niñas podrían ser objeto de discriminación social derivada de este hecho, pues las visitas de sus amigas al hogar común han disminuido y casi han cesado de un año a otro. Por su parte, el testimonio de personas cercanas a las menores, como son las empleadas de la casa, hacen referencia a juegos y actitudes de las niñas demostrativas de confusión ante la sexualidad materna que no han podido menos que percibir en la convivencia en el hogar con su nueva pareja;

DÉCIMO SEXTO. Que, en el mismo orden de consideraciones, no es posible desconocer que la madre de las menores de autos, al tomar la decisión de explicitar su condición homosexual, como puede hacerlo libremente toda persona en el ámbito de sus derechos personalísimos en el género sexual, sin merecer por ello reprobación o reproche jurídico alguno, ha antepuesto sus propios intereses, postergando los de sus hijas, especialmente al iniciar una convivencia con su pareja homosexual en el mismo hogar en que lleva a efecto la crianza y cuidado de sus hijas separadamente del padre de éstas;

DÉCIMO SÉPTIMO. Que, aparte de los efectos que esa convivencia puede causar en el bienestar y desarrollo psíquico y emocional de las hijas, atendida sus edades, la eventual confusión de roles sexuales que puede producirse por la carencia en el hogar de un padre de sexo masculino y su reemplazo por otra persona del género femenino, configura una situación de riesgo para el desarrollo integral de las menores respecto de la cual deben ser protegidas;

DÉCIMO OCTAVO. Que, por otro lado, fuerza es admitir que dicha situación situará a las menores... a un estado de vulnerabilidad en su medio social, pues es evidente que su entorno familiar excepcional se diferencia significativamente del que tienen sus compañeros de colegios y relaciones de la vecindad en que habitan, exponiéndolas a ser objeto de aislamiento y discriminación que igualmente afectará a su desarrollo personal;

DÉCIMO NOVENO. Que las condiciones descritas constituyen ampliamente la “causa calificada” que el legislador ha incluido entre las circunstancias que en conformidad con el artículo 225 del Código Civil, autorizan al juez para entregar el cuidado personal de los hijos al padre en lugar de la madre, pues ellas configuran un cuadro que irroga el riesgo de daños, los que podrían tornarse irreversibles, para los intereses de las menores, cuya protección debe preferir a toda otra consideración, en los términos definidos imperativamente por la normativa que gobierna la materia;

VIGÉSIMO. Que al no haberlo estimado así los jueces recurridos, por no haber apreciado estrictamente en conciencia los antecedentes probatorios del proceso y haber preterido el derecho preferente de las menores a vivir y desarrollarse en el seno de una familia estructurada normalmente y apreciada en el medio social, según el modelo tradicional que le es propio, han incurrido en falta o abuso grave, que debe ser corregido por la vía de acoger el presente recurso de queja; y

EN CONFORMIDAD, además, con lo dispuesto en los artículos 545 y siguientes del Código Orgánico de Tribunales, SE ACOGE el recurso de queja deducido a fojas 24 y, por ello, SE INVALIDAN, tanto la sentencia de treinta de marzo de dos mil cuatro, escrita a fojas 768, como el fallo de primer grado de fecha veintinueve de octubre de dos mil tres, que se lee a fojas 659 y SE DECLARA que se concede *al padre* la tuición de sus hijas menores, haciéndose lugar a la demanda de lo principal de fojas 18.

Acordada con el voto en contra de los Ministros señores José Benquis C. y Orlando Álvarez H., quienes estuvieron por rechazar el recurso de queja de que trata, en virtud de las reflexiones que siguen:

- 1º) Que este Tribunal debe decidir el recurso de queja interpuesto por el padre en contra de los Jueces de segunda instancia de la Corte de Apelaciones de Temuco, por haber confirmado la sentencia de primer grado que otorgó a la *madre* la tuición de sus tres hijas menores de edad.
- 2º) Que antes que nada se hace indispensable precisar que el recurso sublite no es un recurso procesal que habilite a este Tribunal para resolver todas las cuestiones de hecho y de derecho planteadas por las partes en el pleito. Es plenamente sabido, ya que así lo dispone el artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales, que el recurso de queja es un recurso disciplinario, cuya exclusiva finalidad es la corrección de las faltas o abusos graves cometidos en la dictación de una resolución

jurisdiccional, a través, a) de la invalidación de ella y b) de la aplicación de medidas disciplinarias a los jueces que incurrieron en la grave falta o abuso contenida en la resolución anulada.

- 3º) Que, entonces, y descartando por imperativo legal que el recurso de queja pueda significar en esta Corte Suprema la apertura de una tercera instancia –que nuestro sistema procesal no acepta– o que fuese un medio apto para imponer opiniones o interpretaciones discutibles, corresponde examinar si los jueces impugnados han incurrido en alguna falta o abuso grave al entregar a su *madre*, el cuidado de sus tres hijas menores,
- 4º) Que la materia en cuestión se encuentra regida por el artículo 225 del Código Civil que en lo pertinente dispone: “Si los padres viven separados, a la madre toca el cuidado personal de los hijos”.

“En todo caso, cuando el interés del hijo lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa calificada, el juez podrá entregar su cuidado personal al otro de sus padres.”

Como se advierte, *el legislador hizo primar por sobre las pretensiones de los padres el interés superior del niño, dando de esta forma aplicación a la Convención sobre los Derechos del Niño*. En cuanto a la redacción que los legisladores dieron al artículo 225 aludido, la doctrina ha interpretado que al establecer una preferencia legal respecto de la madre en la tuición de sus hijos menores no se ha hecho otra cosa que hacer primar el principio del interés superior del niño por sobre el principio de igualdad (Claudia Schmidt, “Relaciones filiales personales y patrimoniales”; Claudia Schmidt y Paulina Veloso, “La filiación en el nuevo derecho de familia”, Conosur, 2001).

- 5º) Que para una más acabada interpretación de la normativa, si se recurre a la historia fidedigna de la ley que modificó en el Código Civil el estatuto de la filiación, se advierte que primó en los legisladores la idea de privilegiar, cuando los padres estuvieren separados, la opción de la madre en el cuidado de los hijos menores, por estimar que ello constituye un hecho natural. En efecto, de acuerdo con lo que aparece en las actas respectivas de la Comisión Constitución, Legislación, Justicia y Reglamento, “la mayoría de la Comisión –integrada por los HH Senadores Sres. Fernández, Larraín y Otero– estimó que, en principio, el cuidado personal de los hijos pertenece naturalmente a la madre, por ser más idónea, y las indicaciones sólo consagran esa realidad al darle el carácter de regla general”. La minoría –los HH Senadores Sres. Hamilton y Sule– hizo presente que, aunque mantenía sus prevenciones, como creía que en esta materia, por ser tan delicada, era conveniente que la Comisión tuviere un criterio unánime, se sumaría a la idea de establecer que si los padres viven separados, toca a la madre el cuidado personal de los hijos. Ello motivó que la citada indicación fuera aprobada por unanimidad en la Comisión.

En el Informe emanado de la Comisión aparece que “La radicación legal del cuidado de los hijos... evita numerosas dificultades y responde a la práctica, que demuestra que lo más frecuente es que sea la madre la que lo asuma cuando los padres no viven juntos” (Anexo Documentos, sesión 12).

6º) Que, como ya se vio, esta regla general admite modificaciones “cuando el interés del niño lo haga indispensable, sea por maltrato, descuido u otra causa justificada”, en cuyo caso el juez podrá (no es imperativo) entregar su cuidado personal al otro de los padres.

Por consiguiente, el juez no puede variar la norma general de la radicación del cuidado de los hijos, por arbitrio o con fundamentos faltos de justificación, livianos o ambiguos, sino únicamente cuando un examen restrictivo de la normativa legal y de los antecedentes acompañados demuestre un “indispensable” interés del niño.

7º) Que no aparecen de los autos tenidos a la vista que existan antecedentes de los que pudiera especularse que la madre hubiese maltratado o descuidado a sus hijas.

Ya se mencionó que puede originar la alteración de la citada regla general la existencia de una “causa justificada”. Lo cual lleva a asentar que la calificación de la justificación no puede estar regida por el mero capricho o arbitrio del juez. El padre de las menores imputa a la madre una supuesta inhabilidad moral para ejercer el cuidado de sus hijas porque ésta, luego de la ruptura matrimonial, manifestó una opción homosexual y se encuentra conviviendo con una pareja femenina.

8º) Que para armonizar las diferentes disposiciones legales aplicables en la especie e interpretar debidamente a qué tipo de causa se refiere el ya referido artículo 225, conviene examinar el artículo siguiente (art. 226, inc. 1º), el cual previene que “podrá el juez, en el caso de inhabilidad física o moral de ambos padres, confiar el cuidado personal de los hijos a otra persona o personas competentes.”

El concepto de inhabilidad física o moral se encuentra expresamente definido en el artículo 42 de la Ley de Menores, que señala : “Para los efectos del artículo 226 del Código Civil, se entenderá que uno o ambos padres se encuentran en el caso de inhabilidad física o moral: 1º) cuando estuvieren incapacitados legalmente; 2º) cuando padecieren de alcoholismo crónico; 3º) cuando no velaren por la crianza, cuidado personal o educación del hijo; 4º) cuando consintieren en que el hijo se entregue en la vía o en lugares públicos a la vagancia o a la mendicidad...; 5º) cuando hubieren sido condenados por secuestro o abandono de menores; 6º) cuando maltrataren o dieran malos ejemplos al menor o cuando la permanencia de éste en el hogar constituyere un peligro para su moralidad; 7º) cuando cualesquiera otras causas coloquen al menor en peligro moral o material”.

9º) Que, al respecto, en los dictámenes que obran en los autos agregados, tanto los psicólogos como las asistentes sociales, infieren que la homosexualidad de la madre no vulnera los derechos de las niñas, ni priva a aquella de ejercer su derecho de madre, ya que desde una perspectiva psicológica o psiquiátrica, a juicio de dichos expertos, se trata de una persona absolutamente normal. De ello puede desprenderse que está también habilitada, como sucede en la realidad para ejercer como (.....), cargo para en cuyo desempeño no aparece cuestionada su moralidad.

En tal emergencia, restarle a la madre, sólo por su opción sexual, la tuición de sus hijas menores de edad –como lo ha requerido el padre sobre la base de apreciaciones netamente subjetivas– involucra imponer tanto a aquellas como a la madre una sanción innominada y al margen de la ley, amén de discriminatoria.

10º) Que, en síntesis, de lo reflexionado –a lo que cabe añadir que en este tipo de materias los jueces tienen la facultad de apreciar la prueba en conciencia– corresponde concluir que, en opinión de estos disidentes, los Jueces recurridos al dictar sentencia confirmando el fallo de primera instancia que entregaba la tuición de sus hijas a la madre, no sólo no han cometido ninguna falta o abuso grave, que los haga merecedores de ser castigados disciplinariamente, sino que por el contrario han dado correcta aplicación a la normativa vigente.

Pasen estos antecedentes al Tribunal Pleno, de conformidad con lo dispuesto en el inciso final del artículo 545 del Código Orgánico de Tribunales.

Regístrese, agréguese copia autorizada de esta resolución a los autos originales tenidos a la vista, los que serán devueltos en su oportunidad, hecho, archívese. Nº 1.193-03.

Pronunciada por la Cuarta Sala de la Corte Suprema integrada por los Ministros señores José Benquis C., José Luis Pérez Z., Orlando Álvarez H., Urbano Marín V. y Jorge Medina C. Santiago, 31 de Mayo de 2004.

Autoriza el Secretario de la Corte Suprema, señor Carlos Meneses Pizarro.

SECCIÓN TERCERA

DOCUMENTOS

INFORME SOBRE EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y LA ADOLESCENCIA DE LA RUPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY

Ley 17.823, 7 de septiembre de 2004

AUTORES:

JAVIER M. PALUMMO

LUIS PEDERNERA

DIEGO SILVA BALERIO

JAVIER SALSAMENDI

CARLOS E. URIARTE

COORDINACIÓN:

CARLOS E. URIARTE

Introducción

Los antecedentes próximos.

La década de los 90' ha sido relativamente pródiga en Proyectos de Reforma *in totum* del Código del Niño, en el Uruguay.

En efecto, con el objetivo de adecuar la normativa interna a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (ratificada por la Ley 16.137, de 28 de setiembre de 1990), en nuestro país se elaboraron varios anteproyectos de Códigos sobre la niñez.

Una Comisión creada por Resolución del Poder Ejecutivo de 7 de junio de 1990, y constituida por Resolución del Ministerio de Educación y Cultura de 24 de octubre de 1990¹, culmina la elaboración de un Anteproyecto de Código del Menor, que el 17 de diciembre de 1993 eleva al Ministerio de Educación y Cultura. El mismo llegó a tratarse en Comisión Especial en la Cámara de Senadores, en mayo de 1994. Sugestivamente, la principal objeción que se le planteó en el Parlamento fue acerca de la inconveniencia de incluir normas declarativas de derechos a nivel legal y que su alcance podría estar derogando institutos del derecho civil, como p. ej. la patria potestad². Este planteo,

¹ Integrada por El Dr. Esc. Enrique Arezo Piriz, como Presidente y el Esc. Guillermo Dutra Giménez como Secretario; la Dra. Mabel Rivero de Arhancet y el Dr. Eduardo Vazquez Cruz, en representación del Poder Judicial; Dr. Never Rodríguez Sosa, en representación del Poder Ejecutivo; Dra. María Pombo Muniz de Cantón y la Dra. Ivonne Arce, en representación del Instituto Nacional del Menor; el Esc. Arturo Iglesias Perolo (quién actuó hasta 1991), en representación de la Facultad de Derecho; y los Dres. César Aroztegui y Juan Miguel Petit, en carácter de alternos, en representación del Colegio de Abogados del Uruguay.

² Versión taquigráfica de la sesión de la Comisión del día 4 de mayo de 1994.

realizado *in limine*, no auguraba un buen destino a la discusión del Anteproyecto, en cuanto no vemos la procedencia de reprochar a un cuerpo de normas que aspira a reformar la legislación sobre la *minoridad*, que precisamente lo esté haciendo. Se trata de resolver hasta dónde se reforma y no si se reforma. Este intercambio de ideas entre parlamentarios e integrantes de la Comisión se realizaba en mayo de 1994, bajo la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño.

Por Resolución de la Presidencia de la República Oriental del Uruguay de 12 de junio de 1995 se creó una Comisión Especial para el estudio y elaboración de un Proyecto de Código de la Niñez Adolescencia³, que culminó su trabajo (Anteproyecto de Código de la Niñez Adolescencia) en agosto de 1996. Una Resolución del Poder Ejecutivo de 17 de setiembre de 1996 convocó a una Comisión de Análisis del mencionado Anteproyecto, integrada por la Dra. Jacinta Balbela, la Dra. María Inés Varela de Motta y el Dr. Amadeo Otatti., que culminó su versión del Código de la Niñez Adolescencia en marzo de 1997.

En el decurso del último tercio del año 1997, una nueva Comisión fruto de un acuerdo interinstitucional, integrada por los Dres. Jacinta Balbela de Delgue, Miguel Cillero, Jaime Couso y Martha Herrera (los tres últimos propuestos por UNICEF), Ricardo Pérez Manrique (Suprema Corte de Justicia), Héctor Erosa y Alicia Guione (Colegio de Abogados del Uruguay), Lic. Alejandro Bonasso y la A.S. Ema Baráibar (Instituto Nacional del Menor, INAME), culmina hacia fines de ese año una tercera versión del Anteproyecto de Código de la Niñez Adolescencia.

Estas tres últimas Comisiones han contado con el apoyo del Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF).

A nuestro juicio, esta última versión del Anteproyecto de Código de la Niñez Adolescencia supone una mejor consideración de los derechos de niños, niñas y adolescentes en orden a la CDN, en comparación con sus antecedentes, sin perjuicio de diversos aspectos en los que aún es susceptible de mejoras.

Ese Proyecto ingresa a consideración del Poder Legislativo, por gentileza de la Comisión de Constitución, Legislación y Códigos de la Cámara de Representantes, y –con modificaciones– recibe media sanción legislativa en esa Cámara setiembre de 1999⁴. La Legislatura concluye sin arribarse a la aprobación definitiva del Proyecto.

³ Integrada por la Dra. Adela Reta (quien originalmente la presidió), la Dra. Jacinta Balbela (que sucedió a la anterior en la presidencia de la Comisión), el Dr. Nelson Nicolliello, El Dr. Jorge Marabotto, la Dra. Mabel Rivero, el Dr. César Aroztegui, el Dr. Washington Bado, el Lic. Alejandro Bonasso, la Dra. Irma Gentile, la Ed. Mora Podestá y la A.S. Ana María Solari. La Resolución del 12 de junio de 1995, además, designó como asesores de la Comisión a los Dres. Carlos Uriarte, Héctor Erosa, Maren Viñar, María del Pino de Vega y Edith Wieder, y la A.S. Socorro García.

⁴ Este Proyecto está incluido en el informe de la Dra. Jacinta Balbela para la compilación sobre Infancia, ley y democracia en América Latina (T. II, págs. 1351 y ss., Temis/Depalma, 1999).

Dicho Proyecto ingresa al Parlamento al comienzo de la legislatura siguiente (la XLVa) tal como se había aprobado en la anterior, en la Cámara de Diputados. El mismo fue un gesto político loable, que pauta la intención de los legisladores de lograr un nuevo código que permita adecuar la legislación nacional a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (CDN).

El 18 de diciembre de 2001, la Cámara de Representantes aprobó otro Proyecto de Código de la Niñez y la Adolescencia, que pasó a estudio de la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores, la que introduce a fines de 2003 una serie de enmiendas y elabora un nuevo articulado.

Algunas disposiciones del Proyecto de 2001, así como varias modificaciones introducidas por la Comisión del Senado, generaron intensas diferencias y discusiones entre los operadores políticos y el público en general. En particular, UNICEF manifestó públicamente su disconformidad con varios pasajes del Proyecto de 2001 (hoy transformado en CNA) y el sustitutivo del Senado, en un informe realizado al efecto.

Este estado de cosas propició la formación de un grupo de trabajo parlamentario para rever algunos puntos en discordia.

Empero, y sorpresivamente, a fines de agosto de 2004 la Cámara de Senadores aprueba sin modificaciones el Proyecto de la Cámara de Representantes, que finalmente el 7 de setiembre de 2004 es promulgado por el Poder Ejecutivo como la Ley 17.823, y que entra en vigencia a fines de setiembre de 2004.

Según voceros calificados del Poder Legislativo, en el Senado se optó por aprobar el Proyecto de la Cámara de Representantes, y postergar la discusión de algunos puntos que habían generado grandes divergencias y, aún, su modificación, para otra instancia política y legislativa.

La sorpresiva aprobación y entrada en vigencia inmediata del CNA está generando hondas dificultades, jurídicas e institucionales para su implementación.

Equipo de trabajo

El equipo de trabajo que ha realizado el presente informe está integrado por: Educador Social Diego Silva Balerio, Proc. Luis Pedernera, Dr. Javier Salsamendi, Dr. Javier M. Palummo y Dr. Carlos E. Uriarte. La coordinación estuvo a cargo del Dr. Carlos E. Uriarte. La autoría de las distintas partes del informe se indican por nota en los lugares correspondientes.

PARTE PRIMERA

Principios fundamentales, políticas sociales e institucionalidad en el código de la niñez y adolescencia⁵

I) PRINCIPIOS FUNDAMENTALES

En este trabajo análisis del Código tomaremos como criterio los mínimos indispensables para la formulación normativa de un nuevo texto, el recogido por los tratados internacionales y resoluciones de la ONU, en especial la CDN. Éstos necesariamente pautan marcos mínimos de formulación legislativa de nuevos textos legales, desde los derechos humanos del niño, asentados en el principio de no regresividad de los derechos reconocidos en ellos.

Debemos valorar del trabajo legislativo su intencionalidad por acompasar la normativa nacional⁶, así como la necesidad de contar con una legislación específica que reconozca a niñas, niños y adolescentes como sujetos de derechos, con la particularidad de encontrarse en desarrollo, e incorpore la perspectiva de género en el desarrollo normativo.

Pero más allá de las intenciones, nos preocupan aspectos sustanciales, como la concepción del *abandono*, que se filtra a lo largo del texto, ya que se presta mayor atención a las medidas de protección focalizada, de emergencia, mientras que ocupan escasas líneas las normas que atienden las políticas universales y se ocupan de los derechos de todos los niños y adolescentes uruguayos.

Este punto se une al anterior, en la medida que se otorgan facultades especiales para actuar frente a las situaciones que son clásicas del Código del Niño del año 1934, en algunos casos con un encubrimiento semántico y en otros reafirmando las frases más conservadoras de la doctrina de la situación irregular. Es el caso del artículo 91 del Código, referido a la duración de la privación de libertad, donde se habilita frente a casos de *peligrosidad manifiesta* la adopción de medidas compatibles con la seguridad de la población y la recuperación del infractor. Dicho enunciado faculta a las autoridades administrativas a disponer sanciones que violan, entre otros, el principio de no discriminación, del interés superior del niño, de legalidad, y de proporcionalidad.

Por otra parte se mantienen las facultades de actuación discrecional de los jueces, la policía y organismos administrativos como el INAME⁷, sobre situaciones que no son

⁵ Luis Pedernera (Integrante de Ielsur, Coordinador del Comité de Derechos del Niño Uruguay); Javier Salsamendi (Docente del Centro de Formación y Estudios del INAME); y Diego Silva Balerio (Integrante de Defensa de los Niños Internacional Uruguay, Coordinador del Comité de Derechos del Niño Uruguay).

⁶ Situación que recibió una observación por parte del Comité de Derechos del Niño de Naciones Unidas en su informe de recomendaciones que efectuó al Estado Uruguayo en el año 1996.

⁷ Como una curiosidad de técnica legislativa, el Código hace referencia a lo largo de su articulado al Instituto Nacional del Menor (INAME), y en el artículo 223 modifica su denominación, disponiendo que pase a llamarse Instituto del Niño y Adolescente del Uruguay (INAU) a partir de la promulgación; para salvar la no inclusión en el texto del Código de la nueva denominación, se establece que desde la publicación oficial se incluya en el futuro. Por esa razón en este informe haremos referencia, indistintamente, de ambas denominaciones.

más que la vulneración a los derechos de los niños (sobre todo en lo que se refiere a la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales), con el clásico enfoque de la institucionalización como *solución*. Debemos recordar que la vigencia de los derechos se hace efectiva con distintas actitudes de parte del Estado, en algunos casos requiere una actuación directa y comprometida⁸, mientras que en otras instancias la inacción es la mejor actitud para garantizar los derechos humanos de las personas, como sucede por ejemplo con el ejercicio del derecho a la participación o a la libertad de expresión y asociación.

Principios que el Código de la Niñez y Adolescencia olvida.

Sabemos que los textos legales pueden admitir varias lecturas posibles, por lo que nos preocupa la falta de pautas claras para la interpretación de las normas en el Código de la Niñez y de la Adolescencia, a partir de los principios de la Convención como el de no discriminación, interés superior, supervivencia y desarrollo y el de corresponsabilidad.

Esto lo decimos reconociendo la historia y el contexto situacional en que se han relacionado los niños con los adultos, poniendo en tensión la vigencia de los derechos de los niños/as y adolescentes con las prácticas sociales llevadas adelante por múltiples operadores. Cualquiera sea la disciplina del operador de turno han primado las peores lecturas que puede tener la norma en detrimento de una lectura desde el marco de los derechos del niño, lo que tradicionalmente ha desembocado en prácticas sustentadas en el binomio asistencial-represivo.

El Código y la lógica de la situación irregular.

En el Código sometido a análisis en este trabajo, aún pervive en sus grandes ejes la lógica de la situación irregular.

Comencemos con la clasificación de niño y adolescente que efectúa el Código, que es un tema relevante, en orden a sus efectos emergentes en temáticas específicas como el vinculado a las infracciones. En el artículo 1 se expresa: "a los efectos de la aplicación de este código, se entiende por niño a todo ser humano hasta los trece años de edad y por adolescente a los mayores de trece y menores de dieciocho años de edad". Recordemos que el Proyecto del año 1999 resolvía este tema fijando la edad límite entre niñez y adolescencia en los 14 años. La discusión legislativa en el Senado en el año 1999 se interrumpe –entre otras– por esta cuestión, y en la actual legislatura, y producto de la transacción política imbuida de la lógica de la seguridad ciudadana, se reduce ese límite etéreo, de claro corte político-criminal. Esta modificación, que implica abrir la puerta para que más adolescentes entren en el circuito penal juvenil, parte

⁸ Para garantizar los derechos económicos, sociales y culturales.

de la idea falsa de que la edad de los niños y adolescentes que cometen infracciones ha disminuido en los últimos años, lo que resulta una falacia ya que el número de menores de 14 años judicializado por infracción es estadísticamente insignificante⁹.

El artículo 2 reconoce a los niños, niñas y adolescentes (NNA) como sujetos de derechos, deberes y garantías: "(...) todos los niños y adolescentes son titulares de derechos, deberes y garantías inherentes a su calidad de personas humanas". Este artículo leído en consonancia con el Artículo 17 del CAPÍTULO V, referido a los Deberes de los Niños, mantiene incólume un modelo que sigue considerando los derechos como una concesión que opera funcionalmente al mundo adulto, sostenido de una versión acotada e individualista de los derechos fundamentales. La idea que pervive es la del derecho como algo que se agota en el individuo¹⁰ y no se enriquece ni se potencia con la vida en relación, con la esencia misma de las relaciones de personas pertenecientes a un grupo, una comunidad o una nación.

La Convención, al incorporar la corresponsabilidad como principio fundante de nuevas relaciones para el respeto de los derechos de los niños, y como límite a la intervención sobre sus vidas, apunta a fortalecer la mirada del derecho como algo que va más allá de lo meramente individual. Los niños con esta segunda lectura se incluyen en la democracia, no como el futuro, como un potencial de ser que hoy no es, sino como sujetos sociales de derechos que participan de la vida social.

Artículo 3. Principio de protección de los derechos.

Es positivo que se reconozca el derecho de los niños a recibir medidas de protección especial, que tienen que ver con una aplicación del principio de no discriminación, a partir de la implementación de medidas de discriminación positiva tendientes a compensar diferencias en el ejercicio de derechos. A pesar de la importancia de estas medidas, y situados en el CAPÍTULO que trata de los principios generales, sería conveniente incorporar el derecho a gozar de políticas universales que garanticen los derechos de todos los NNA. Las escasas menciones a políticas universales que garanticen los derechos humanos de niñas, niños y adolescentes, nos llevan a inferir que se mantiene como preocupación central a los *niños - problemas para la población*, por lo que queda por el camino un Código que recoja derechos y preocupaciones de y para a todos los niños uruguayos.

Esta misma situación se repite en los aspectos de organización institucional, ya que no se reforman las concepciones de las instituciones responsables de las políticas

⁹ Diego Silva Balerio, Jorge Cohen, Silvana Pedrowicz y otros, Investigación sobre las infracciones juveniles y las sanciones judiciales aplicadas a adolescentes en Montevideo, DNI, UNICEF, Montevideo, 2003; Alicia Deus Viana y Diana González Perrett (y equipo), Juicios y silencios. Los derechos humanos de niños y adolescentes en el proceso por infracción a la ley penal en Uruguay Konrad, AdenauerStiftung, 2003.

¹⁰ Alejandro Cussianovich y otros, "La Infancia en los escenarios Futuros", Universidad San Marcos, Perú, 2001.

sociales, manteniéndose estables formatos pensados para *niños en riesgo o vulnerables*, con lo que se pierde la oportunidad de reformular los aspectos sustanciales.

Artículo 6. Criterio específico de interpretación e integración: el interés superior del niño y adolescente.

El interés superior aparece definido en el texto, donde se lo describe como un principio que orienta la interpretación e integración normativa, pero enseguida se aprecia que no es propiamente un criterio de interpretación pues funciona como un derecho más, o como un equivalente a la idea de sujeto de derechos, al conceptualizarlo como "(...) reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su calidad de persona humana...".

El interés superior mismo es un principio de orientación doctrinaria. En este sentido, el excepcional trabajo en este terreno de Miguel Cillero, acotó márgenes donde la discrecionalidad podía operar en menoscabo de los derechos de la niñez. Consideramos que esa debe ser su función instrumental, en la lectura y aplicación del derecho. En ese sentido este autor nos dice que el interés superior debe ser acompañado de la lectura y aplicación a partir del principio de prioridad¹¹, en el entendido que ante la disyuntiva entre varios derechos en juego implica una interpretación de la realidad de los derechos de niños y adolescentes en el universo social, donde los derechos del mundo adulto y de la sociedad se convierten en un mero interés que no debe anteponerse a las necesidades de las personas menores de 18 años.

En cualquier caso la pobre redacción del interés superior como criterio de interpretación debe acompañarse de elementos en la línea argumental abordada anteriormente, de lo contrario seguiremos en una versión acotada del artículo 3 de la CDN, que, al contrario, debe operar como campo propicio para una profundización de los derechos humanos del niño en el terreno teórico y pragmático.

Artículo 7. Concurrencia para la efectividad y la protección de los derechos de los niños y adolescentes.

El Código habla del principio de concurrencia para la efectividad y protección de los derechos de niños y adolescentes, y recoge nominalmente el concepto de la corresponsabilidad, pero lo utiliza en un sentido inverso al de la CDN. El artículo 7 opera una inversión en el orden de los garantes de los derechos humanos de los niños y adolescentes, colocando a la familia como primer responsable, lo que implica cambiar el orden de la Convención, que habla de la corresponsabilidad del Estado, la familia y la sociedad.

¹¹ Cillero Miguel, "Infancia Autonomía y Derechos", en *Derecho a tener derecho* Tomo 4, UNICEF, IIN.

En la doctrina internacional de los derechos humanos es indiscutible que el primer obligado y garante de los mismos es el Estado. Ese es el espíritu que transita a lo largo del articulado de la Convención; así lo determina su preámbulo y su articulado en la construcción del concepto de corresponsabilidad social (entre otros, los artículos 18.1 y 2).

Esto obedece entre otras razones al rol que han tenido las legislaciones infanto-juveniles de comienzos del siglo XX¹² en nuestra región con referencia a la persecución de familias que no se adecuaban al modelo social que se quería imponer. La Convención reafirma a la familia como ámbito natural de crecimiento de los niños que debe ser apoyada por políticas de Estado que destierren las injerencias ilegales y arbitrarias¹³.

Invertir el sentido de las obligaciones y los obligados para la efectivización de los derechos no es un acto inocente producido por el desconocimiento del legislador.

Son bien conocidos los efectos de la criminalización de la miseria en nuestra región, cuando las leyes tutelares de menores han puesto de cargo de la familia todas las obligaciones. En ese sentido, forma parte del paisaje cotidiano en nuestros países, el hecho de que diferentes actores de dependencias públicas relacionadas a temas de infancia, al amparo de las *leyes de menores*, son despertados cíclicamente por sentimientos tuitivos, dignos de los *Salvadores del Niño*¹⁴. Con ese temperamento se embarcan en la redención de los niños que se encuentran en las calles, y efectúan las denuncias correspondientes para castigar ejemplarizantemente a los padres y/o responsables de éstos, que en estas lógicas particulares de percibir y abordar a los derechos humanos, son los únicos culpables del no respeto de sus derechos fundamentales. Eso no cambia, según el esquema explicitado anteriormente.

La efectivización de los derechos debe traducirse en su positivización, pero también en conductas que trasciendan la simple afirmación jurídica, es decir acciones gubernamentales de afirmación de los derechos¹⁵.

Garantizar los derechos de todos los niños, niñas y adolescentes implica diseñar y gestionar políticas universales tanto de empleo, seguridad social, salud, educación y vivienda para las familias de los niños, ya que ellas han sido abandonadas por políticas públicas irresponsables acotadas a la idea de que con el solo crecimiento de la economía opera la redistribución de la riqueza generada por el país, lo que se ha transformado en una falacia.

Estas acciones de política social del Estado estarán asegurando derechos básicos a los adultos que viven con los niños, evitando caer exclusivamente en prácticas de corte

¹² Emilio García Méndez y Elias Carranza, "El derecho de menores como derecho mayor", en *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia. Bases para una reforma legislativa*. UNICRI, UNICEF, ILANUD, Galerna, 1992.

¹³ Daniel O'Donnell, "La Convención sobre los Derechos del Niño estructura y contenidos", en *Derecho a Tener Derechos*, AAVV, UNICEF, IIN.

¹⁴ Anthony M. Platt "Los Salvadores del Niño o la Invención de la Delincuencia", *Edit Siglo XXI, México 1982*.

¹⁵ Caso Velásquez Rodríguez, *Sentencia del 29 de julio de 1988, Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Instrumentos internacionales de DDHH, Instituto de Estudios Legales y Sociales del Uruguay, Montevideo 1998*.

asistencialista con políticas focalizadas por ejemplo de alimentación, internación, intervenciones puntuales, subsidios laborales, etc.

Los programas sociales focalizados son “en el mejor de los casos, son sogas de auxilio, jamás pasaportes a las oportunidades sociales, económicas y culturales que ofrece –aunque más no sea a la visibilidad– el nuevo orden mundial”¹⁶.

En este sentido los programas sociales focalizados operan como la contracara de la globalización, “...mientras ésta promete un consumo desterritorializado, aquéllos representan una vuelta a la localización, al recorte de poblaciones homogéneas y ancladas territorialmente. Los programas sociales van al encuentro de aquellos que no pueden despegar del ‘lugar’, en palabras de Augé, de ese espacio que más allá de su fisicidad revela los estrechos márgenes de disponibilidad de los sujetos. El problema de la pobreza en el escenario de la globalización es desde ya de orden estructural, pero involucra profundamente dimensiones antropológicas. A la privación de bienes y de derechos básicos se sobreimprimen montos inenarrables de frustración frente al ostentoso espectáculo de la concentración de la riqueza. Los destinatarios de los programas sociales ven pasar “el mundo” pero no circulan por él y convertirse en beneficiarios efectivos no supone franquear las distancia que los separan de los ‘otros’”¹⁷.

II) DE LOS DERECHOS DE LOS NIÑOS Y ADOLESCENTES

Artículo 8. Principio general.

El artículo 8, inciso 1º, refiere al ejercicio de los derechos por parte de los niños, niñas y adolescentes refiriéndose a la idea de autonomía progresiva: “tales derechos serán ejercidos de acuerdo a la evolución de sus facultades”.

Acto seguido establece, en el segundo inciso, la necesidad de curador para que represente y asista al niño o adolescente en sus pretensiones. Este requerimiento va en sentido inverso al que se sigue en el artículo 9, donde se enumeran algunos derechos entre ellos el “derecho a participar”, vulnerando el artículo 12 de la Convención, en la medida que sustituye la voluntad del niño o adolescente concibiéndolo como incapaz.

Además es contradictorio con el inciso 1º, en la medida que se establece la autonomía progresiva, pero en el segundo inciso se legisla con carácter general, sin distinción de edades.

¹⁶ DUSCHATZKY, Silvia (Compiladora). 2000. *Tutelados y Asistidos, Programas sociales, políticas públicas y subjetividad*. Buenos Aires. Editorial Paidós.

¹⁷ DUSCHATZKY, Silvia (Compiladora). 2000. *Tutelados y Asistidos, Programas sociales, políticas públicas y subjetividad*. Buenos Aires. Editorial Paidós.

Creemos conveniente la eliminación de la necesidad de nombramiento de tutor o curador. En los actos procesales en que sea necesario dirimir conflictos en donde tengan interés personas menores de 18 años, proponemos el nombramiento de un defensor que lo asista y no le sustituya la voluntad, como ocurre con los institutos tradicionales del derecho civil, caracterizados por ser construcciones realizadas a partir de considerar a los niños como “incapaces”, “objetos” y “propiedad” de padres y adultos.

III) DE LOS DEBERES DEL ESTADO

En un primer análisis de las normas referidas a los deberes del Estado, podríamos afirmar que se trata de un capítulo de dos artículos uno referido a los principios generales y otro a la protección especial.

Artículo 14. Principio general.

En el artículo se expresa que el Estado protegerá los derechos de niños y adolescentes sujetos a su jurisdicción sin ningún tipo de discriminación. Nada dice de garantizar derechos a la salud, seguridad social, y en definitiva políticas sociales que promuevan su desarrollo integral, o que no limiten el ejercicio de su derecho a la libre expresión o a la participación. Es un artículo escueto que no condice con las obligaciones que los Estados asumieron en los artículos 4 y 6 de la CDN, que les exigen poner el máximo de sus recursos disponibles para satisfacer los derechos, en especial los económicos, sociales y culturales.

Reiteramos e insistimos en la preocupación que recorre los diferentes apartados de este trabajo, **el cambio normativo debe suponer un cambio político institucional para un nuevo modelo de relaciones sociales, que no se expresa claramente en el texto aprobado.**

Se desarrollan algunos derechos y principios pero con una mentalidad que no logra desprenderse de las lógicas de la situación irregular.

Artículo 15. Protección especial.

En el artículo 15 se detallan una veintena de situaciones especiales, en nueve literales, donde el estado se obliga a proteger a los niños y adolescentes.

Como se observa en la transcripción del artículo 15, al igual que en el tema de los principios, se enfatiza en las situaciones “especiales”, atendiendo temáticas y/o vinculándolos a “situaciones de riesgo” a que están expuestos muchos niños y niñas. A pesar de comprender la preocupación del legislador por estas situaciones, entendemos que falta reafirmar las políticas universales, las normas que garanticen los derechos de

todos los niños y adolescentes. Esto no significa que el Estado no actúe en situaciones de emergencia, o focalizadas, o puntuales; de lo que se trata es que las políticas sociales sobre infancia no deben agotarse en ese tipo de intervenciones.

Asimismo son merecedoras de desconfianza las enunciaciones y las políticas donde el centro son los "niños *problema*" o "*con dificultades*", que dejan entrever un sesgo de construcción normativa e institucional propio de la lógica del abandono del Código del Niño de 1934.

Artículo 17. Deberes de los niños y adolescentes.

Frente a este artículo reafirmamos dos conceptos ya abordados anteriormente.

- a) La visión acotada de los derechos humanos, como algo individual que no pauta la vida más allá del ámbito personal, es la que inspira un capítulo de estas características, y se recoge en el primer párrafo del artículo: "(...) todo niño y adolescente tiene el deber de mantener una actitud de respeto en la vida de relación familiar, educativa y social, así como de emplear sus energías físicas e intelectuales en la adquisición de conocimientos y desarrollo de sus habilidades y actitudes...".

Un Código de este alcance debería entrañar un proyecto y un nuevo modelo de relaciones sociales, incorporado transversalmente en todo su articulado. Debería indicar y orientar en ese rumbo. Hacerlo de manera fragmentada, como se hace en el texto del Código, es un claro indicador de que el modelo anterior no cambia demasiado.

- b) El abundante desarrollo de los deberes del niño adolescente, previsto en el artículo 17, frente al escueto artículo 9 que consagra sus derechos, es elocuente. El artículo 9, que en el contexto de construir una legislación que marque nuevos rumbos jurídicos, políticos e institucionales, debe cobrar una inusitada trascendencia en el texto, aparece depreciado cuando lo comparamos con otras normas como con la que se contraponen aquí.

IV) POLÍTICAS SOCIALES DE PROMOCIÓN Y PROTECCIÓN A LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

Ninguna institución puede cumplir sus fines cabalmente, pues siempre existen márgenes de actuación que no son controlables por quienes detentan la autoridad y control de las instituciones. Las mismas se enfrentan al malestar y la inercia que generan, a la tensión entre lo *instituyente* y lo *instituido*¹⁸. El malestar aparece como aquello que no puede ser regulado por lo social, por las instituciones, aquellos intersticios no controlados, que registran pautas distintas a las aceptadas por la institución.

¹⁸ Hebe Tizio . 2002. *Sobre las Instituciones*, En La Educación en tiempos de incertidumbre: las apuestas de la pedagogía social. Coord. Violeta Núñez. Barcelona: Ed. Gedisa.

Es necesario tomar en cuenta una noción dinámica de las instituciones, ya que desde la normativa se nos presentan como estáticas, con lógicas cerradas, pero el funcionamiento real expresa otras dimensiones no previstas, que dan cuenta de las relaciones interpersonales que se generan bajo ciertos dispositivos institucionales.

Los contextos sociales y políticos tienen fuerte incidencia en la conformación de las culturas institucionales y en las prácticas que desenvuelven. Sobre estas nociones las construcciones normativas pueden facilitar o entorpecer los cambios de las instituciones. En ese sentido Novoa Monreal¹⁹ plantea una aguda crítica a la sobre-generación de normas que tornan más compleja, confusa u obstaculizan la convivencia y el cambio social. En ese sentido las disposiciones del Código no alteran en nada la organización institucional de la estructura de las políticas sociales para la infancia y adolescencia, por el contrario mantienen lógicas pretéritas en la conceptualización de la política pública dirigida a los niños, niñas y adolescentes.

Artículo 68. Competencias del Instituto Nacional del Menor (INAME).

El Código opta por mantener al Instituto Nacional del Menor como el “órgano administrativo rector en materia de políticas de niñez y adolescencia, y competente en materia de promoción, protección y atención de los niños y adolescentes del país y, su vínculo familiar (...)”. El texto pretende ir en una línea de pensamiento basada en los principios y fundamentos de la CDN, convirtiendo al instituto de referencia en algo más que un instituto para atender la “situación irregular”, incorporando a texto expreso, además, al robustecimiento del “vínculo familiar” en su área específica de competencia.

Se nos presentan aquí, al menos dos problemas de diverso signo, con derivaciones fácticas similares.

En primer lugar, no se deroga en forma expresa la Ley 15.977, de 14 de setiembre de 1988 (Ley de creación del INAME, Instituto Nacional del Menor) estructurada sobre la base de la “situación irregular”. Emblemáticamente, el artículo 2 de dicha ley establece, entre los cometidos esenciales del INAME, los siguientes: asistencia y protección de los menores moral y materialmente abandonados; prevención del abandono moral y material, así como de la “conducta antisocial” de los menores; ejecución de las “medidas de seguridad” que disponga la justicia competente, a “efectos de lograr la rehabilitación y educación de los menores infractores”. La supervivencia de estas normas nos mantendría en el camino de “esquizofrenia jurídica”²⁰ con la superposición de paradigmas diversos, en términos literales y en el “espíritu” de las mismas.

Como ha quedado demostrado, el camino de la derogación tácita, no parece ser de buena técnica legislativa, al menos en esta materia.

¹⁹ Eduardo Novoa Monreal, “El Derecho como obstáculo al cambio social”, *Edit. Siglo XXI México 1975*.

²⁰ Según la elocuente expresión de Emilio García Méndez.

En segundo lugar, no se resuelve, en términos de *arquitectura organizacional*, el problema que representa la denominación “órgano rector”, cuando hablamos de un servicio descentralizado, sometido a determinada forma de jerarquía en relación al Ministerio de Educación y Cultura –quien tiene la potestad de anular actos administrativos en vía recursiva y asumir la responsabilidad política ante el parlamento–, o cuál es su “relación” con, por ejemplo, un ente autónomo como la Administración Nacional de Educación Pública (ANEP).

Por ende, y dada la índole de este informe, aquí sólo cabe plantear la duda. El “rol rector”, en el mejor de los casos quedaría reducido a la atención casi exclusiva de la niñez entre 0 y 3 años –a partir de los cuatro años comienza la edad de obligatoriedad escolar– y la “coordinación” de los “servicios” entre los 4 y los 18 años de edad –excepción hecha de los casos de capacidades diferentes–, actuando residualmente en todos aquellos casos en los que las políticas sociales *básicas* no llegan, por lo cual, al menos en el texto, no se alcanza una solución plenamente satisfactoria en la búsqueda de cambio de rumbo para una institución diseñada para *atender* la “situación irregular”.

Un ejemplo muy claro de la supervivencia del paradigma “tutelar-defensista-represivo” se aprecia en el Artículo 188 del Código, inserto en el CAPÍTULO XIII del mismo, bajo el *nomen juris* “De la prevención especial”.

No nos podemos detener aquí a explicitar que la denominación misma del CAPÍTULO –prevención especial– se inscribe en una lógica tutelar-defensista, atentatoria de los principios de la CDN –especialmente del principio del interés superior del niño–, por lo cual nos remitimos a los diversos trabajos que al respecto existen.

Sí, en cambio, nos detendremos a analizar concretamente el artículo precitado, que le encomienda al INAME/INAU la fiscalización de empresas o particulares que no “cumplan con las obligaciones impuestas” en este CAPÍTULO, y dispone que “el niño o adolescente encontrado en situación de riesgo será conducido y entregado por parte del juez (...)” a los padres, tutores o encargados. Si éstos, a juicio del magistrado competente, no estuvieren con los deberes impuestos a los mismos por el Código, “...el niño o adolescente será entregado al Instituto Nacional del Menor”. Cualquier parecido con la situación irregular no parece ser aquí mera coincidencia.

Lamentablemente se continúa modificando las denominaciones de las instituciones y no sus matrices de funcionamiento; hemos pasado del Consejo del Niño al Instituto Nacional del Menor y ahora al Instituto de Niñez y Adolescencia del Uruguay, sin alterar un ápice sus cometidos reales.

El artículo 68 instituye al INAME/INAU como el órgano rector de las políticas de infancia y adolescencia uruguaya, pero en sus artículos no le asigna funciones para tales fines. ¿Cómo va a incidir en las políticas educativas o de salud?; ¿De qué forma controlará la

gestión de la educación primaria o secundaria?; ¿Qué rol asumirá frente a las políticas alimentarias de los niños uruguayos?

Con honestidad creemos que no podrá cumplir tales funciones, no será posible que asuma la rectoría de las políticas de infancia ya que no fue diseñado para tal función, sino que sus raíces históricas lo han determinado para intervenir en situaciones especiales, puntuales y focalizadas, dirigidas a un grupo reducido de NNA.

El contexto social²¹ en que viven los niños uruguayos, el franco deterioro de su situación social, económica y cultural marca que las políticas sociales para la infancia deben modificarse radicalmente, asumiendo el estado una actitud activa y de fuerte compromiso con la infancia. Esta misma preocupación expresada por muchos legisladores, no se concreta en el texto del Código, que no facilitaría ámbitos de modificación profundos de las políticas estatales hacia niños y adolescentes.

Consejo Nacional Consultivo Honorario de los Derechos del Niño y Adolescente.

En el CAPÍTULO XVII, bajo el *nomen juris* de “Consejo Nacional Consultivo Honorario de los Derechos del Niño y Adolescente” se crea este organismo integrado por instituciones estatales y no estatales (Artículos 211 y 212). Al respecto se realizaremos un par de comentarios.

El Artículo 211 comienza señalando que este organismo “...se integrará con dos representantes del poder ejecutivo –uno de los cuales lo presidirá– (...)”. Reiteramos lo dicho acerca del rol que se le asigna al “órgano rector” INAME/INAU quien integrándolo ni siquiera lo preside.

Asimismo toda integración de organismos de estas características resulta, casi por esencia, discutible, por lo cual, no obstante las reservas que la misma nos sugiere, no por las presencias, sino por las ausencias, no nos detendremos específicamente a analizarlo. En cambio, analizaremos dos ausencias genéricas, pues ello hace a toda la arquitectura organizacional y por ende a las modalidades de diseño e intervención en políticas sociales destinadas o dirigidas a los niños y adolescentes.

No está prevista la participación de organizaciones representativas de los niños/as y adolescentes –en ninguna de las modalidades que estas pudieran asumir–, ni existe propuesta alguna para alentar su creación.

Asimismo, se prevé la participación de “dos de las organizaciones no gubernamentales de promoción y atención a la niñez y adolescencia”, así como un representante del Instituto Pediátrico Luis Morquio y otro del Colegio de Abogados del Uruguay.

²¹ Según datos del Informe No gubernamental de aplicación de la Convención para el periodo 1996-2000, la pobreza se concentraba en un 47% en niños de entre 0 y 14 años, situación que se ha agravado desde la crisis financiera del año 2002.

Sin embargo no está prevista la integración de organismos de base territorial pues, más allá de la declaración de la descentralización, la estructura y el diseño, se continúa con una línea de centralización territorial, con múltiples centros de intervención que deberán ser coordinados. Esto es, la comunidad, más allá de la intermediación de las ONGs no aparece representada, no existiendo una efectiva transferencia de poder a ésta.

Por otra parte este organismo de carácter consultivo no tendrá potestades vinculantes de incidir en las instituciones responsables de las políticas. Para el cumplimiento por parte del Estado de su rol de garante de los derechos de todos los NNA requiere una reestructura y adecuación de las instituciones responsables, así como una coordinación ejecutiva que tenga incidencia en la fijación de políticas en todas las áreas y en todo el territorio.

Órganos de competencia y principios procesales.

Otras instituciones con perfiles de la lógica de la situación irregular subsisten en este Código. Veamos.

Artículo 65. Competencia.

A nivel judicial en el Código hay un cambio en la denominación de los Juzgados de Menores que pasan a denominarse Juzgados de Adolescentes, con lo que se busca dar una base institucional para la separación de vías correspondientes a la infracción / protección. Pero más allá de esto, el cambio no operará en la realidad y los juzgados continúan depreciados en el tratamiento normativo. Aclaremos esto con los siguientes ejemplos.

La competencia en segunda instancia se deposita en un Tribunal de Familia (al igual que en el sistema vigente), quien, en definitiva, atenderá todos los casos relativos a infracciones a la ley penal –sin que ello, obviamente, corresponda a un área de competencia especializada–, así como los casos genéricamente relacionados a la protección, amén de sus ya clásicas competencias en toda la materia relacionada con asuntos de familia.

Como se desarrolla más extensamente en otro apartado de este trabajo, ello se corresponde a una visión de supervivencia de nociones relativas a la concepción tutelar-defensista en el plano del derecho de fondo, así como una difícilmente armonizable conjunción de proceso civil –a través de las normas propias del Código General del Proceso– e institutos propios del desactualizado proceso penal inquisitivo imperante en nuestro código del proceso penal.

Artículo 66. Competencia de urgencia.

Manejándonos con un criterio que puede entenderse –y efectivamente ser– coyuntural, la denominada ley de “violencia doméstica”²² ya ha establecido el criterio de la competencia de urgencia en materia de familia, en términos relativamente similares a los expresados en el artículo en examen, lo que nos merece algunos comentarios. Resulta difícil prever, por razones estrictamente presupuestales –sin que la extensión del presente informe nos permita fundar esta afirmación– la instalación de otros juzgados de familia con competencia de urgencia distintos o diferentes a los señalados anteriormente en la ciudad de Montevideo –que hoy abarca a prácticamente la mitad de la población del país–. La práctica nos demuestra además, que éstos, con su actual competencia, se encuentran absolutamente atiborrados de casos relacionados con la violencia doméstica. Dicha experiencia demostró que la *judicialización* absoluta de todos estos temas genera las consecuencias ya descritas –obviamente no deseadas– que redundan en nuevas frustraciones y conflictos. A tal punto esto es así, que ya, con muy poco tiempo de aplicación de la ley, se ha debido recurrir a *experiencias* de mediación que, esperamos, operen como mecanismo desjudicializador. Este problema se agudiza en los casos de los Juzgados Letrados de Primera Instancia del interior del país con competencia en materia de familia, pues existen poblaciones que sólo poseen uno, lo que los obliga a estar de “turno” todos los días de cada año.

El INAU (Instituto de Niñez y Adolescencia del Uruguay), sucesor del INAME, si bien se dice es el órgano rector de infancia, como se afirmó anteriormente, sigue permeado por el trato diferenciado, pues en el articulado del Código se dirige a una porción de los niños (los pobres, abandonados e infractores). En esa lógica también funciona el instituto policial, lo que surge de la interrelación entre lo dispuesto en el artículo 117 con respecto a los niños vulnerados, y los artículos 121 y 126.

En primer término, el Código habla de “niños amenazados o vulnerados en sus derechos”, pero no define claramente la vulneración o la amenaza, cuestión que no es sino una singular adaptación a nuestro tiempo de las viejas formas de llamar a los niños *problema*, o sea a los *niños abandonados, peligrosos o en riesgo social*. Se trata de los artículos 119 y 121 del Código del Niño de 1934, que aún perviven... el mismo perro con distinto collar.

Aquí es donde se muestra claramente que el abandono que aborda el Código es el abandono de la familia y no el de las políticas sociales. El artículo 119 establece cómo procederá el Juez y las medidas que dispondrá, todas dirigidas a la familia (llamado de atención, orientación y apoyo obligación de inscripción escolar, derivación a programa de protección de la familia).

²² Ley Nº 17.514, de 9 de julio de 2002.

El artículo 121 habilita al INAME/INAU a aplicar medidas de internación sin el consentimiento del niño o adolescente, en situaciones particulares vinculadas a problemas psiquiátricos, de adicción a sustancias psicoactivas o para tratamiento médico en caso de riesgo para su salud. En su inciso final corona el artículo con la posibilidad de aplicar directamente alguna de estas medidas con prescripción médica, sin control jurisdiccional previo aunque sí posterior, cuando sobrevenga riesgo para su vida y la de terceros.

Finalmente el artículo 126 relacionado a los anteriores, hace de la policía, el brazo ejecutor de las detenciones de los niños o adolescentes definidos en el artículo 117.

Sin dudas se filtra en tres artículos *inocentes*, de neto corte tuitivo, la posibilidad de intervenir punitivamente sobre los niños, a la vieja usanza de la situación irregular, vulnerando el principio de legalidad entre otros.

En resumen, más allá de las sinceras intenciones de armonizar la legislación a la Convención, como hemos expresado a lo largo del texto se observan importantes deficiencias en esa materia. En caso de ser aprobado en las condiciones actuales, el nuevo texto irradiará una percepción de cambio que apenas pasada las alegrías propias de cualquier estreno, los niños, niñas y adolescentes uruguayos, en materia de institucionalidad y políticas sociales no verán casi ningún cambio significativo en sus vidas.

PARTE SEGUNDA

Algunas consideraciones sobre temas de derecho civil y de familia en el nuevo código de la niñez y la adolescencia.²³

I. CONSIDERACIONES PREVIAS

El sistema normativo civil y de familia Uruguayo ha sido criticado tanto en el ámbito nacional, como por el propio Comité de Derechos del Niño. Las críticas se han centrado en su bajo grado de adecuación con lo dispuesto en algunos instrumentos internacionales ratificados, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño.

El Código de la Niñez y la Adolescencia, promulgado el 8 de setiembre de 2004, ley N° 17.823, en este sentido representa un nuevo intento de adecuar y actualizar nuestro sistema normativo.

En este informe pretendemos reflexionar en torno al nuevo Código con relación a las mejoras que introduce a la legislación actual, y los puntos en los que las soluciones no parecen ser satisfactorias. Para desarrollar esta tarea abordaremos algunas áreas

²³ Informe elaborado por el Dr. Javier M. Palumbo Lantes (Integrante de la Comisión de Niñez y Adolescencia del Colegio de Abogados del Uruguay)

temáticas que consideramos relevantes, por lo que el presente no es un trabajo que pretenda agotar los temas y puntos de reflexión.

II. EL REGISTRO DE NACIMIENTOS Y DERECHO A LA IDENTIDAD

Desde épocas tempranas ha existido un interés por Registrar los actos y hechos jurídicos que configuran el Estado civil de las personas. En este sentido, es posible distinguir tres etapas en la evolución de nuestro sistema de Registro de Estado Civil: una primera anterior a la vigencia del Código Civil, la que data del 1º de enero de 1869, en la cual los registros eran llevados por los curas parroquiales, período en el cual estuvieron en vigor las normas de Derecho Castellano e Indiano. Un breve período intermedio que va desde la fecha antes mencionada a la vigencia del Decreto Ley Nº 1.430, o sea hasta el 1º de julio de 1879. Y por último, una tercera etapa que es la posterior a la vigencia del Decreto Ley Nº 1.430, el que con múltiples modificaciones continúa vigente²⁴.

El sistema actual es por consiguiente el resultado de un conjunto heterogéneo de leyes y decretos. Se trata de una normativa anticuada e inflexible, que ha sido parcialmente modificada sin que haya habido una auténtica reforma del sistema, sino simples remiendos tendientes a ir solucionando los problemas que se han suscitado en el correr del tiempo. Con relación a este punto hemos expresado que se debe actualizar la normativa, dotando al régimen de registro de la flexibilidad necesaria para que pueda ser verdaderamente universal. El Estado debe garantizar la cobertura a toda la población, organizando el servicio a tal fin²⁵. El Registro de nacimientos tal como se encuentra organizado no cumple con las funciones que actualmente, y de acuerdo con los estudios de los especialistas en la materia, se le asignan a los Registros de Nacimientos²⁶. La inscripción en el Registro debe ser utilizada por el Estado para conocer sus propias estadísticas vitales, y basándose en ellas planificar, elaborar y ejecutar adecuadamente sus políticas de desarrollo, sobre todo en materia de salud, educación, vivienda, agua y saneamiento, empleo y producción agrícola e industrial. Para que el registro pueda cumplir con este importante cometido, seguramente deberá modificarse el contenido del acta de nacimiento para que incluya todos los datos que se necesiten a tal efecto. El nacimiento es un hecho jurídico único por lo que no es razonable la existencia de diversos Registros que paralelamente funcionen en torno al mismo²⁷.

²⁴ Para un panorama general: Palummo Lantes, Javier, "Registro de nacimientos y derecho a la identidad", en *Tribuna del Abogado*, Nº 134, Agosto - Setiembre 2003, p. 23.

²⁵ Palummo Lantes, Javier, *Op. Cit.*, p. 24.

²⁶ UNICEF - Centro de Investigaciones Innocenti, *El registro de nacimiento. El derecho a tener derechos*, Florencia, 2002.

²⁷ Como ser el Registro de Morbimortalidad Hospitalaria de Recién Nacidos Vivos dependiente del Ministerio de Salud Pública creado por el Decreto Nº 341/001 del 24 de agosto de 2001; o el Registro de Impresión plantar y digital de los recién nacidos en la órbita de la Dirección Nacional de Identificación Civil dependiente del Ministerio del Interior, que se ha pretendido crear mediante proyecto de ley.

Con relación a este punto son varias las consideraciones a realizar con relación al Código de la Niñez y la Adolescencia.

El Comité de los Derechos del Niño ha expresado su preocupación “por la insuficiencia de las medidas adoptadas para recoger datos desglosados sobre la situación de todos los menores”²⁸. En este sentido consideramos que el Registro de nacimientos es un instrumento que debe organizarse a fin de que permita “generar la información necesaria para la formulación de las políticas de niñez y adolescencia” tal como se dispone en las normas proyectadas en el capítulo relativo al “Registro de información de niños y adolescentes” (artículo 219 del CNA).

Conviene hacer algunas consideraciones respecto de este “Registro de información de niños y adolescentes”. La observación formulada por el Comité de los Derechos del Niño en referencia a la necesidad de poseer datos desglosados relativos a todos los niños, niñas y adolescentes, de ninguna manera puede considerarse salvada con la creación de un Registro como el mencionado desarrollado por el propio Instituto Nacional del Menor, el cual “deberá incluir datos sobre el niño o adolescente a su cargo y las instituciones que lo atienden”. También corresponde advertir la dificultad de utilizar un “Sistema de Información” tan selectivo para “generar la información necesaria para la formulación de las políticas [para toda la] niñez y adolescencia”.

La ausencia de inscripción en el registro de nacimientos es una violación del derecho humano inalienable de todo niño a recibir una identidad desde que nace y a ser considerado como parte integrante de la sociedad. El Artículo 7 de la Convención de Derechos del Niño reconoce a todo niño el derecho a ser inscrito inmediatamente después de su nacimiento por el Estado bajo cuya jurisdicción ha nacido.

Con relación a esta temática el Código de la Niñez y la Adolescencia no efectúa grandes cambios.

En su Artículo 9º el Código de la Niñez y la Adolescencia, relativo a los “derechos esenciales” de todo niño y adolescente, se nombra al derecho a la identidad. A éste se refiere más adelante en los siguientes términos: “Sin perjuicio de las normas del Registro de Estado Civil, el recién nacido deberá ser identificado mediante las impresiones plantar y digital acompañadas por la impresión digital de la madre.” (Artículo 25 del Código de la Niñez y la Adolescencia).

De la lectura de este artículo se desprende que se trata de una solución que operaría sin perjuicio de lo establecido en el Decreto Ley N° 1.430 del 12 de febrero de 1879 y modificativas, el que continuaría vigente. Por otro lado se prevé la creación de un Registro de impresiones plantar y digital, un nuevo registro paralelo a los anteriormente referidos.

²⁸ Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño: Uruguay, 30/10/96. CRC/C/15/Add.62.

III. LA FILIACIÓN NATURAL

La regulación de la filiación natural fue un ejemplo claro de la inadecuación de nuestra normativa a lo dispuesto en instrumentos internacionales ratificados por la República, especialmente la Convención sobre los Derechos del Niño. En este particular el *CNA* representa un importante avance.

El artículo clave para entender el régimen jurídico de los hijos naturales es el artículo 227 del Código Civil, cuyos primeros incisos disponen:

Son hijos naturales los nacidos de padres que, en el acto de la concepción, no estaban unidos por matrimonio.

No tienen, sin embargo, la calidad legal de hijos naturales, sino cuando son reconocidos o declarados tales, con arreglo a lo dispuesto en la Sección siguiente.

En la normativa anterior, virtud de lo dispuesto para obtener la "calidad legal de hijo natural" debe existir una declaración judicial de paternidad o maternidad, o un reconocimiento voluntario. Mientras ello no suceda, no existe legalmente ningún lazo de filiación que una al hijo natural con su padre o su madre²⁹. A fin de que opere el referido reconocimiento voluntario, se requiere la declaración expresa en tal sentido por parte del interesado, y la expresa constancia de dicha declaración y de quien la efectúa, puesta por el Oficial del Registro Civil en el acta. Esto significa que la simple inscripción del nacimiento hecha por el padre o la madre no configura reconocimiento³⁰.

Con relación a este artículo 227 del Código Civil, el Código de la Niñez y la Adolescencia deja subsistente los incisos citados, aunque da un paso hacia delante al expresar en su artículo 31, que el reconocimiento puede tener lugar por la simple declaración formulada ante el Oficial del Registro de Estado Civil por el padre o la madre biológicos en oportunidad de la inscripción del nacimiento del hijo, suponiendo la sola inscripción reconocimiento expreso.

Asimismo, el Código de la Niñez y la Adolescencia al consagrar en su artículo 28 el derecho y deber de todo progenitor, cualquiera fuere su estado civil, de reconocer a sus hijos, estaría modificando la solución de los incisos 3º y 4º del artículo 227 del Código Civil. Expresamente este artículo del Código de la Niñez y la Adolescencia deroga al primero de estos incisos y sustituye al último.

En la normativa anterior disponía que los padres casados no pueden reconocer hijos habidos fuera del matrimonio. Esta norma cuya flagrancia nos exime de mayores comentarios, también fue derogada por el artículo 30 del Código de la Niñez y la Adolescencia, también el nuevo Código en el inciso 2º del referido artículo derogó la solución

²⁹ Cf. Rivero, Mabel, Estado civil, *Acalli*, Montevideo, p. 31.

³⁰ Cf. Del Campo, Francisco, Derecho Civil, 1º Curso, Personas, Vol. 1., *F.C.U.*, Montevideo, 1969, p. 23.

prevista en el artículo 235 del Código Civil por la cual el menor que no sea casado, no podrá reconocer válidamente a su hijo natural, por sí.

Con relación al Decreto Ley N° 15.462, del 16 de setiembre 1983, el Código de la Niñez y la Adolescencia, no establece una derogación expresa.

Este Decreto Ley fue adoptado a fin de evitar la estigmatización de personas que tenían uno o ningún apellido. El mecanismo previsto en esta norma genera equívocas provocando por ejemplo, diferencias entre hermanos que aparecen con distintos apellidos; o la circunstancia de que personas repitan dos veces el apellido materno; o personas que llevan su verdadero apellido propio en segundo término, que es precisamente el que les confiere derechos y obligaciones, y el sorteado y ajeno en primer lugar que es el de mayor uso social conforme a la costumbre nacional. Entre otras dificultades.

La solución prevista en los artículos 26 y 27 del Código de la Niñez y la Adolescencia, modificaría lo establecido Decreto Ley N° 15.462, en lo que refiere a la formación de los nombres. La norma proyectada si bien constituye un avance respecto del régimen anterior, consagra en algunos casos la utilización de apellidos de uso común, presentando algunas soluciones que admiten críticas similares a las de la norma que derogaría. En diversas situaciones se dispone que el niño lleve su verdadero apellido propio en segundo término, que es precisamente el que les confiere derechos y obligaciones, y el sorteado y ajeno en primer lugar que es el de mayor uso.

Considerando el nombre un derecho de la personalidad, el mismo debería corresponder al de sus progenitores, evitándose los mecanismos de ficciones jurídicas que violan el derecho del niño a poseer su verdadero apellido.

IV. LEGITIMACIÓN ADOPTIVA Y ADOPCIÓN³¹

El Código de la Niñez y la Adolescencia sin derogar expresamente a la ley 10.674 del 20 de noviembre de 1945, regula la Legitimación adoptiva, flexibilizando los requisitos para que pueda operar la misma, situación que ya se daba al nivel de la jurisprudencia.

La Legitimación adoptiva de acuerdo al Código de la Niñez y la Adolescencia confiere efectos constitutivos sobre el estado civil del niño o adolescente objeto de la misma, quien se reputará en adelante, con los mismos derechos y deberes que si hubiera nacido del matrimonio legitimante, siendo esta relación irrevocable. Asimismo se dispone la caducidad de los vínculos de filiación anterior del niño o adolescente a todos sus efectos, con excepción de los impedimentos para el matrimonio previstos en el artículo 91 del Código Civil, caducidad de la que se dejará constancia en la partida de nacimiento.

³¹ La legitimación adoptiva es un instituto análogo a lo que se conoce como adopción plena en el derecho comparado.

También se prevé en el artículo que con el testimonio de la sentencia ejecutoriada que autorice la legitimación adoptiva, se efectuará la inscripción del niño o adolescente en la Dirección General del Registro de Estado Civil como hijo legítimo inscripto fuera de término. En dicha partida, no se hará mención alguna del juicio y su texto será el corriente en dicho instrumento.

En el capítulo relativo a la legitimación adoptiva el nuevo Código no consagra el carácter reservado absoluto como lo hace la ley 10.674. Al contrario, dispone que la tramitación será reservada en cuanto a terceros, pero con relación al legitimado adoptivamente, éste sólo tendrá derecho a acceder al expediente y a sus antecedentes cuando tuviere dieciocho años de edad.

Otra vez las soluciones proyectadas se apartan del criterio de la autonomía progresiva para habilitar el ejercicio de los derechos, y consagran una imposibilidad para el niño y el adolescente de conocer sus orígenes.

Desde nuestro punto de vista, en tanto que el derecho a la identidad se encuentra consagrado en instrumentos internacionales ratificados, y además por tratarse de un derecho de rango constitucional conforme a la citada posición de nuestra Suprema Corte de Justicia³², el legitimado adoptivamente tiene derecho a exigir la exhibición del expediente o la partida de nacimiento original, y el ejercicio de ese derecho sólo puede limitarse en virtud de su autonomía progresiva, esto es a la evolución de sus facultades conforme a los dispuesto en el artículo 8° del CNA.

Es significativo que para el caso de adopción simple, se prevea en el CNA expresamente el derecho del adoptado de conocer su condición de tal, y la obligación de los padres adoptivos de informarle al respecto.

Específicamente en el artículo 142 del CNA se establece la posibilidad de que el adoptado mayor de quince años de edad pueda solicitar al Juez la exhibición del expediente judicial o antecedentes de su adopción.

Esta disposición nos suscita varias consideraciones.

Desde nuestro punto de vista el derecho del adoptado a conocer su condición de tal, y el deber de ser informado, debería estar consagrado también para el legitimado adoptivamente. Asimismo nos parecen desacertadas las soluciones en cuanto se limita al adoptado la posibilidad conocer sus orígenes, máxime teniendo en cuenta que se trata de conocer a su familia biológica, que es su familia. De acuerdo al Código "El adoptado continúa perteneciendo a su familia biológica o de origen, donde conserva todos sus derechos". La incoherencia desde nuestro punto de vista es evidente.

³² En ordenamiento jurídico nacional, el derecho a la identidad tiene rango constitucional y así lo ha reconocido la Suprema Corte de Justicia, en su Sentencia Nº 418, del 17 de diciembre de 1997, por la incidencia que tiene el artículo 72 de la Constitución, que permite reponer todos los derechos humanos que se consagran en las Convenciones o Pactos Internacionales.

Por último observamos en este artículo la existencia de un amplio margen discrecional del que gozaría el Juez para negarle al adoptado su “derecho de acceso a los antecedentes”, puesto que este estaría supeditado a que a juicio del magistrado y previa vista fiscal “ello no lo perjudique” y “atendiendo a [...] sus características”³³. En definitiva se trata de soluciones que establecen serias cortapisas a la efectividad del derecho a la identidad tal como lo concibe la Convención de Derechos del Niño.

V. PATRIA POTESTAD Y CORRECCIÓN

Nuestro Código Civil en su artículo 252 define a la patria potestad como el conjunto de derechos y deberes que la ley atribuye a los padres en la persona y bienes de sus hijos. La patria potestad con todos sus contenidos, generales y particulares, determina el ejercicio de la guarda y la tenencia del menor, por su parte la guarda consiste en la facultad de dirigir la educación del niño, regular su conducta, formar su carácter y sus ideas.

En este complejo ámbito de derechos y deberes se encuentra la corrección de los hijos, y la posibilidad de que esta corrección se lleve a cabo a través del castigo físico.

El Código Civil en su artículo 261 establece la facultad de los padres de corregir moderadamente a sus hijos y cuando esto no bastare, recurrir al juez para que se les imponga la pena de detención hasta por un mes en un establecimiento correccional. De acuerdo con el Código Civil, la corrección moderada también puede ser impuesta por los tutores (Artículo 384).

Nuestro sistema jurídico no solo autoriza la corrección moderada a través del castigo físico, sino que regula el exceso de corrección o castigo. En este sentido el Código Civil señala que los padres pueden perder la patria potestad por realizar malos tratamientos que puedan comprometer la salud o seguridad de sus hijos, aun cuando esos hechos no sean sancionados bajo la ley penal (Artículo 285 inciso 6). En cuanto al Código Penal, no contempla un delito especial para sancionar la violencia contra los niños. Aunque si contempla a los delitos contra la personalidad física y moral de la persona, así como el delito de violencia doméstica. Desde el punto de vista penal es preciso tener en cuenta que si bien es cierto que estos castigos podrían constituir una conducta típica, generalmente se recurre al argumento de que se trata de situaciones amparadas por la causa de justificación de obrar en el cumplimiento de la ley (Artículo 28 literal c del Código Penal).

Nuestra normativa con relación a este punto- como fundamentaremos más adelante- es criticable a la luz de un enfoque de derechos humanos basado en el respeto del derecho a la integridad física y moral del niño y del principio de no discriminación.

³³ Cf. Documentos de UNICEF “Comentarios al Proyecto de Código de la Niñez y la adolescencia de la República Oriental del Uruguay, aprobado por la Cámara de Representantes el 18 de diciembre de 2001 (...)” y “Posición de UNICEF respecto al proyecto de Código de la Niñez y la Adolescencia a estudio de la Cámara de Senadores de la República Oriental del Uruguay” (aprobado por la Comisión de Constitución y Legislación de la Cámara de Senadores).

El nuevo *CNA* desde nuestro punto de vista agrava la situación. Como si no fuera suficiente que el Código Civil facultara al padre o tutor a corregir/castigar moderadamente, el nuevo Código da un paso adelante estableciendo el deber de padres y responsables de corregir/castigar adecuadamente a sus hijos o tutelados (Artículo 16 literal f). Además en la misma línea de intervención prevista en el Código Civil cuando le da a los padres la posibilidad de internar a sus hijos en un establecimiento destinado a ese objeto, el literal g del referido artículo, consagra el deber de los padres de "solicitar o permitir la intervención de servicios sociales especiales cuando se produzca un conflicto que no pueda ser resuelto en el interior de la familia y que pone en grave riesgo la vigencia de los derechos del niño y del adolescente".

La Convención sobre los Derechos del Niño (*CDN*), explícitamente protege a la niñez contra toda forma de violencia física (Artículo 19) y contra los tratos o penas inhumanos y degradantes (Artículo 37), derechos que se encuentran previstos en múltiples instrumentos internacionales

Este derecho tiene un carácter fundamental y absoluto; en este sentido se pronunció el Comité de Derechos Humanos, al señalar que la prohibición de someter a una persona a torturas o a cualquier pena o trato cruel, inhumano o degradante no admite limitación alguna³⁴; además, señala que tal prohibición debe hacerse extensiva a todo castigo corporal, incluidos aquellos que han sido impuestos como medida educativa o disciplinaria³⁵.

El Comité de los Derechos del Niño por su parte ha referido al castigo corporal en la familia, expresando que este es incompatible con la Convención, por lo que resulta necesaria la adopción de medidas legislativas como las educativas para cambiar las actitudes y la práctica de las sociedades que aún conservan este tipo de castigo³⁶.

Los niños, niñas y adolescentes son el único grupo social sobre el cual esta legitimado el uso discrecional del castigo físico. En otras épocas, golpear a la esposa y a los sirvientes, prisioneros, soldados y esclavos era legal y socialmente aceptable. En la actualidad existen pocos países donde dichas acciones sean lícitas, aunque pueden seguir practicándose ilícitamente. Únicamente cuando el sector que está en juego son los niños y niñas parecemos cegarnos ante sus derechos humanos.

Desde nuestro punto de vista estamos ante una situación claramente discriminatoria, violatoria de normas constitucionales y múltiples instrumentos internacionales³⁷. El

³⁴ Comité de Derechos Humanos. Observación General Nº 20; artículo 7 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, párr. 3.

³⁵ *Ibid.* párr. 5.

³⁶ Comité de los Derechos del Niño. Informe sobre el séptimo periodo de sesiones septiembre/octubre 1994, CRC/C/34, Anexo IV.

³⁷ Convención Americana de Derechos Humanos artículo 24 en el mismo sentido estipula que: "Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, ellos tienen derecho, sin discriminación, de protección igualitaria ante la ley", ver también el artículo 2 de la Convención sobre los Derechos del Niño.

artículo 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, expresa que “todas las personas son iguales ante la ley y tienen derecho sin discriminación a igual protección de la ley”. Por consiguiente, cualquier legislación nacional que proteja a las personas adultas contra toda forma de agresión, pero no a los niños y niñas, es violatoria de dicho derecho humano fundamental.

La patria potestad debe ser entendida de conformidad con estas disposiciones esto significa que los poderes reconocidos a los padres no son ilimitados, sino que se trata de funciones jurídicamente delimitadas hacia un fin: el ejercicio autónomo y progresivo de los derechos del niño.

Detrás de disposiciones como la del artículo 16 literal f, vemos como el *CNA* no enfoca el problema desde una óptica educativa o de políticas sociales, sino que se centra en responsabilizar a la familia. La institución se impone a la familia, la disciplina o la castiga³⁸.

VI. “LOS NIÑOS AMENAZADOS O VULNERADOS EN SUS DERECHOS” Y “LOS NIÑOS QUE VULNEREN DERECHOS DE TERCEROS”

Referimos en este capítulo a este tipo de intervenciones en virtud de que de conformidad con el nuevo Código, son los Jueces Letrados de Familia los competentes a los efectos de entender en estos asuntos.

El nuevo Código en su artículo 15 refiere a la obligación del Estado de proteger especialmente a los niños y adolescentes respecto a toda forma de abandono. Más adelante en los artículos 117 y ss. refiere a los “niños amenazados o vulnerados en sus derechos” y “los niños que vulneren derechos de terceros”.

Al igual que el “abandono” las categorías: “niños amenazados o vulnerados en sus derechos”, “niños que vulneren derechos de terceros” (artículo 117) o “niños en situación de riesgo” (artículo 188) son demasiado amplias y difusas y permiten recepcionar una serie de componentes ideológicos propios de la doctrina de la situación irregular.

Es difícil no ver en estas expresiones una nueva forma de nominar viejas intervenciones.

El artículo 117 refiere indistintamente a la situación de los “niños amenazados o vulnerados en sus derechos” y de “los niños que vulneren derechos de terceros”, expresando que en ambos casos se aplicarán las medidas que se prevén en los artículos siguientes.

³⁸ Conviene recordar que nuestro Código Penal en su artículo 279 B tipifica el delito de Omisión de los deberes inherentes a la patria potestad.

Asimismo, el artículo 74 en su inciso 3º del literal B, dispone: “Si se encuentran involucrados [en infracciones] niños menores de trece años de edad, se procederá de acuerdo a lo preceptuado en el Capítulo XI, artículos 117 y siguientes de este Código”.

El espacio de discrecionalidad que permite el juego de estos artículos es inaceptable. En primera instancia porque justifica una intervención indistinta para los casos de “niños con derechos vulnerados” y “niños que vulneran derechos”, o para decirlo a la antigua se prevé un tratamiento indistinto para el abandonado y el infractor. Y además porque permite la intervención a través de la categoría “niños que vulneran derechos” sobre quienes pueden ni siquiera haber cometido una infracción a una norma penal, puesto que la vulneración de derechos de terceros como categoría excede al delito. Persiste por tanto una construcción punitiva del fenómeno³⁹ y en esta indistinción una de las características más típicas de la situación irregular.

La interrelación entre abandono e infracción además se hace evidente en el nuevo Código cuando al regular el procedimiento en los casos de infracciones a la ley penal (Artículo 76 numeral 1 literal B) dispone que: “Cuando el Juez tome conocimiento que el adolescente se encuentra en la situación prevista en el artículo 117 de este Código, lo pondrá en conocimiento del Juez competente, sin perjuicio de la actuación procesal referida a la infracción”.

En el nuevo régimen el Juez que tiene conocimiento, por cualquier medio, que un niño o adolescente se encuentra en la situación prevista en el artículo 117, tomará las más urgentes e imprescindibles medidas, recibirá declaración del niño o adolescente, en presencia del defensor y de sus padres o responsables, si los tuviere, y recabará los informes técnicos correspondientes. Siendo preceptiva la intervención del Ministerio Público.

El nuevo *CNA* aún confunde proteger a los niños, con la legitimación para intervenir en forma irrestricta sobre estos. El artículo 126 es característico de esta situación, en el mismo se dispone que cuando la autoridad policial tome conocimiento que un niño o adolescente se encuentra en la situación prevista en el artículo 117 citado, deberá llevarlo de inmediato a presencia del Juez competente, el que notificará con la mayor urgencia al Instituto Nacional del Menor. Si no fuera posible llevarlo de inmediato a presencia del Juez, previa autorización, deberá llevarlo al Instituto Nacional del Menor, quien deberá prestarle la debida atención.

Este artículo es especialmente criticable. Como primera objeción genérica se continúa visualizando una problemática que evidentemente debe ser afrontada desde políticas sociales, como una cuestión criminal o de seguridad ciudadana. Esto es evidente cuando establece que los funcionarios policiales preceptivamente deban efectuar los procedimientos de detención referidos.

³⁹ Cf. Erosa, Héctor, “La construcción punitiva del abandono”, en *Justicia y Derechos del Niño*, Nº 2, UNICEF, p. 142.

Asimismo, las categorías “niños con derechos vulnerados” y “niños que vulneran derechos”, sustituyen funcionalmente al concepto de abandono, se trata de una norma que comparte el carácter etnocentrista del artículo 121 del Código del Niño de 1394 en tanto se trata de una categoría abierta que es cerrada discrecionalmente por el operador de turno, quien proyectará en su intervención su cultura moral a un estado de cosas que lo contradice⁴⁰. Además, se trata de una detención que no respeta garantías constitucionales, garantías que si son reconocidas para el caso de infracción (artículo 76). La regulación de la actividad policial efectuada por este artículo además de ser característica de la situación irregular es inconstitucional.

En el caso de las intervenciones sobre los “niños abandonados”, “amenazados o vulnerados en sus derechos”, “en situación de riesgo”, etc. se trata de un castigo que desconoce también la corresponsabilidad estatal y social, lo que implica ampliar el elenco de sujetos responsables.

La problemática que nuestro país enfrenta con relación a los niños y adolescentes que se encuentran en situación de vulneración de sus derechos, responde fundamentalmente a situaciones de exclusión, de pobreza e indigencia, asociadas a la imposibilidad de gozar de los derechos económicos, sociales y culturales el niño y su familia. La respuesta prevista en este nuevo Código es punitiva o clínica, o un híbrido entre ambas, pero no una respuesta desde las políticas sociales de promoción y protección a la familia.

⁴⁰ Cf. Uriarte, Carlos, Uriarte, Control institucional de la niñez adolescencia en infracción, Carlos Alvarez Ed., Montevideo, 1999, p. 44.

PARTE TERCERA

RESPONSABILIDAD PENAL JUVENIL⁴¹

I) REFLEXIONES PRELIMINARES⁴²

Algunas pautas.

Partiendo de la base de que toda norma es susceptible de varias interpretaciones y que el intérprete escoge entre ellas la más adecuada, y en la medida que este trabajo se propone informar a los países de América Latina, acerca del grado de realización que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (en adelante CDN) recibe en el Código de la Niñez y la Adolescencia (Ley 17.823, de 7 de setiembre de 2004) (en adelante CNA), es preciso realizar alguna aclaración acerca del temperamento con que abordamos la cuestión.

Teniendo en cuenta que este CNA fue sancionado con las características que se mencionaron en la INTRODUCCIÓN, en particular que en la Cámara de Senadores existió un acuerdo informal para culminar su dilatado proceso de sanción y postergar la discusión en torno a algunas modificaciones de disposiciones especialmente espinosas y debatidas, mantendremos cierto temperamento de debate, con el propósito de influir en esa instancia futura

Por esa razón, este Informe será más exigente en la apreciación de aquellos aspectos que afecten con mayor intensidad a la CDN y cargará las tintas en ellos, aún cuando estrategias interpretativas alternativas pudieran morigerarlos.

Esto significa que el valor doctrinario de este informe debe ser ponderado a la luz de esa postura política. En esta instancia, digamos, de depuración, más que cerrar un

⁴¹ Informe elaborado por el Dr. Carlos E. Uriarte (docente de posgrado de Derecho Penal Juvenil en la Facultad de Derecho, de la Universidad de la República, integrante y asesor de ONGs, con aportes del Dr. Martín Sbrocca).

⁴² Para ampliar información acerca de la historia y estado actual del control de la niñez adolescencia en el Uruguay pueden consultarse los siguientes trabajos. Grezzi, Ofelia, Schurmann Pacheco, Rodolfo y otros, "Informe del Grupo de Investigación de Uruguay", en AAVV, Infancia, adolescencia y control social en América Latina. Primer Informe, Buenos Aires, UNICRI, ILANUD, Depalma, 1990. Grezzi, Ofelia y Uriarte Carlos E., "Infancia, adolescencia y control social en Uruguay, en AAVV, Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa (edición a cargo de Mary Beloff, Buenos Aires, Galerna, 1992). Jacinta Balbela, "Modelos de legislación de menores en América Latina", incluido en la obra colectiva mencionada anteriormente. Rodolfo Schurmann Pacheco, "El grado de eficiencia en Uruguay del sistema penal minoril como límite al control social", incluido en la obra colectiva anteriormente mencionada. Iglesias, Susana y otros, "Un viaje a través de los espejos de los Congresos Panamericanos del Niño", también incluido en la obra colectiva anterior. Héctor Erosa, "El Derecho de Menores y la Ley de Seguridad Ciudadana en el contexto de la actual administración de Justicia de Menores, en Revista de Ciencias Penales, No. 1, 1995; del mismo autor "La construcción punitiva del abandono", en Revista de Ciencias Penales, No. 2, 1996. Ricardo Pérez Manrique, "La experiencia del Uruguay: la reforma pendiente", en AAVV, Niños y adolescentes en conflicto con la ley. Proceso judicial y medidas de seguridad, Montevideo, Carlos Alvarez Editor, SERPAJ, 1995. Carlos E. Uriarte, Control institucional de la niñez adolescencia en infracción. Un programa mínimo de contención y límites jurídicos al sistema penal juvenil (las "penas" de los jóvenes), Montevideo, Carlos Alvarez Editor, 1999. Diego Silva Balerio, Jorge Cohen, Silvana Pedrowicz y otros, Investigación sobre las infracciones juveniles y las sanciones judiciales aplicadas a adolescentes en Montevideo, DNI, UNICEF, Montevideo, 2003. Alicia Deus Vian y Diana González Perret (y equipo), Juicios y silencios. Los derechos humanos de niños y adolescentes en el proceso por infracción a la ley penal en Uruguay, Montevideo, Konrad-Adenauer-Stiftung A.C., 2003.

discurso doctrinario y dogmático general, lo que importa es descartar los peores sentidos posibles, en orden a la CDN.

Perspectiva político-criminal.

También es importante observar mucha ponderación a la hora de posicionarse ante un Código de esta naturaleza, en particular con respecto a las cuestiones político-criminales y a las alternativas dogmáticas penales, en especial, en aquellas cuestiones que dividen a una aún incipiente doctrina penal juvenil.

En nuestro parlamento se ha librado una suerte de batalla –no siempre claramente percibida y que habrá de continuar– entre posturas paradigmáticas en torno a dos grandes cuestiones: situación irregular vs. niño sujeto de derechos, y defensa social vs. garantismo penal, con todos sus matices y cruzamientos posibles. Aunque tengamos claro que el mejor garantismo penal será el que en ese campo habrá de fortalecer la perspectiva del niño sujeto de derechos, no hay duda que las pulsiones del enfoque de la defensa social –al que son tan permeables nuestros legisladores– siempre estarán allí, horadando el mejor garantismo penal *concebible*, y las leyes resultantes siempre tendrán cierta transacción entre éste y el mejor garantismo penal posible. En esas cuestiones es imperioso trazar un umbral político y dogmático de tolerancia, cuya transposición será una profunda estocada a la dignidad del joven, y por ende será inadmisibile.

Estructura del CNA.

Las normas inherentes a la infracción juvenil se concentran en los CAPÍTULOS IX y X del CNA.

El CAPÍTULO IX incluye dos secciones: la SECCIÓN I, que se ocupa de los órganos de competencia y principios procesales, y que, en particular, crea los Juzgados Letrados de Adolescentes, que entenderán en primera instancia en las infracciones cometidas por adolescentes (artículos 65 a 68, inclusive); y la SECCIÓN II, que regula lo inherente al derecho penal de fondo (artículos 69 a 73).

El CAPÍTULO X consta de las siguientes SECCIONES: SECCIÓN I, sobre derechos y garantías del procedimiento (artículo 74); SECCIÓN II, régimen procesal (artículos 75 y 76⁴³); SECCIÓN III, medidas socioeducativas (77 a 98); SECCIÓN IV, principios de ejecución (artículos 99 a 101); SECCIÓN V, derechos y deberes durante la ejecución de las medidas socioeducativas (artículo 102); SECCIÓN VI, cesación del proceso (artículos 103 a 105); SECCIÓN VII, medidas curativas (artículos 106 y 107); SECCIÓN VIII,

⁴³ Este artículo, que consta de quince extensos numerales, algunos de ellos, a su vez, divididos en numerosos literales o numerales, luce una desmesurada extensión, técnicamente inadecuada.

de las audiencias (artículos 108 a 110); SECCIÓN IX, comunicaciones procesales (artículos 111 a 114); SECCIÓN X, plazos procesales (artículos 115 y 116).

El CAPÍTULO XI, SECCIÓN I (Protección de los derechos amenazados o vulnerados de los niños y adolescentes y situaciones especiales) regula una serie de medidas a aplicarse en casos de niños y adolescentes cuyos derechos sean amenazados o vulnerados, y de niños que vulneren derechos de terceros (artículos 117 y ss.). Como veremos más adelante, estas situaciones de hecho pueden involucrar intervenciones punitivas, por lo que debemos considerarlas a la hora de proveerles de garantías penales o procesal penales.

El CNA exhibe un desarrollo asimétrico en la extensión de las normas procesales y las penales⁴⁴; con respecto a estas últimas es particularmente parco. La desproporción entre normas penales y procesales, y la pobreza de normas penales del CNA, puede explicarse en parte porque la materia penal juvenil es el flanco débil de la doctrina de la protección integral de ONU⁴⁵, y sobre ella existe aún cierta orfandad teórica. En cambio, en la materia ejecutiva penal juvenil se dispone de la orientación de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (en adelante RMPL), aprobadas por la Asamblea General, por Resolución 45/113, de 14 de diciembre de 1990, que el CNA pudo aprovechar con mayor amplitud.

II) ASPECTOS PENALES

Las carencias del CNA en orden a las normas penales.

El CNA, al igual que los Anteproyectos y Proyectos elaborados desde 1996 en adelante, es notoriamente reticente a la hora de consagrar explícita y ordenadamente los principios garantistas de derecho penal juvenil, a diferencia de lo que ocurre con los aspectos procesal penales, a tal punto que se incluyen entre éstos normas de claro contenido penal de fondo (p. ej., el principio de responsabilidad, artículo 74, B, inc. 1º, o los principios de excepcionalidad de la privación de libertad y de su máxima abreviación posible, que aparecen contemplados en el artículo 76, Nal. 12, que trata del contenido de la sentencia). De la misma forma, algunas cuestiones fundamentales de derecho penal juvenil se deslizan en el CAPÍTULO X, SECCIÓN III, que se refiere a las medidas socioeducativas (p. ej. la regla de la proporcionalidad, artículo 79, inc. 2º., o lo atinente a la peligrosidad, artículo 91, inc. 3º.).

⁴⁴ Las normas ejecutivo penales, por su parte, tienen en el CNA una considerable extensión, aunque insólitamente están insertadas como secciones independientes dentro del CAPÍTULO X, que comienza y termina con normas procesales.

⁴⁵ Ni las Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, aprobadas por Resolución de la Asamblea 40/33, el 29 de noviembre de 1985 ("Reglas de Beijing"), ni la propia Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, son particularmente pródigas en orden a normas penales. Aún así, dentro de la economía de un texto general como el de la Convención, se registra lo indispensable al respecto, aunque también en asimetría con las normas procesales.

Se perdió la oportunidad de consagrar con claridad de definición y alcances principios como el de legalidad/tipicidad específica⁴⁶, derecho penal de acto⁴⁷, lesividad, culpabilidad⁴⁸, etc., que fortalezcan una dogmática garantista.

Los tipos omisivos y culpables. Tentativa y complicidad.

El artículo 69 toma posición en algunas cuestiones debatibles –y debatidas– en la doctrina del derecho penal juvenil, como la (in)conveniencia de criminalizar los tipos omisivos y culposos, la tentativa y algunas formas de participación, en particular la complicidad.

Si bien la CDN consagra la posibilidad de reprochar a los jóvenes por sus “actos u omisiones” (artículo 40.2.a.), la política criminal juvenil debe manejarse con mucha cautela a la hora de criminalizar las omisiones, que, por otra parte –felizmente–, no suelen presentarse en los tribunales.

Con respecto a los tipos omisivos simples, en teoría puede ser objetable su criminalización, en la medida que son formas típicas propias del ámbito adulto, pues suponen una exigencia de quehacer positivo, un plus de madurez y de responsabilidad social, familiar o funcional, que puede no ser exigible en el caso de los jóvenes, que, precisamente, están gestando ese nivel de vinculación social. En el caso de la omisión impropia, aparte de su objetable apertura típica, el instituto de la posición de garante requiere un plus de percepción jurídica y/o fáctica en el responsable, por lo que es cuestionable que sea reprochable al joven en desarrollo.

Por todo ello, la criminalización de la omisión debería, al menos, restringirse al caso de las infracciones muy graves y que ingresen en el horizonte de reprochabilidad de los jóvenes. Por regla general el Código Penal no establece penas particularmente graves para las omisiones simples. Por tomar una referencia, si se aplicara el régimen decriminalizador del artículo 27.1 del Proyecto de 1999⁴⁹, sólo se incluiría el artículo 279 B del Código Penal (Omisión de deberes inherentes a la patria potestad), en atención a su máximo punitivo (aunque es un delito de dudosa admisión en el campo del derecho penal juvenil, desde el punto de vista político criminal, por razones diversas e independientes de sus guarismos punitivos).

⁴⁶ Que, como diremos más adelante no tiene lugar destacado en el Código, en cuanto a la especificidad.

⁴⁷ Severamente conculcado, por otra parte, en algunos pasajes del CNA, según veremos más adelante.

⁴⁸ Desde 1996 los distintos Anteproyectos y Proyectos de Códigos de la niñez y adolescencia han sido renuentes a la hora de encarar el tema de la culpabilidad, que ya está resuelto en la CDN. En efecto, la CDN no considera a los niños y adolescentes como incapaces (excepto a los que están por debajo de una edad mínima, artículo 40.3.a –que el CNA considera como niños–, o tienen algún impedimento especial, artículo 23.1) desde que reconoce su autonomía progresiva (arts. 5, 12.1, 14.2). Conviene agregar que la edad mínima prevista en el artículo 40.3.a., y la presunción de incapacidad que la acompaña, es solamente a los efectos penales y no una presunción de incapacidad general, alcance éste incompatible con el principio fundamental de la autonomía progresiva.

⁴⁹ Sobre el que nos extendemos más adelante.

El CNA decriminaliza la tentativa y la complicidad en los delitos graves. La criminalización de la tentativa y la complicidad limitada a las infracciones “gravísimas” no merece reparos de trascendencia⁵⁰. El Derecho Penal Juvenil debe estar gobernado por un principio general de minimización de la intervención punitiva, en particular de las formas tentadas y de la complicidad. En ese sentido, en el CNA se plasma un acuerdo político entre el interés superior del joven y las estrategias tradicionales de la defensa social⁵¹.

Queda claro, asimismo, que momentos del *iter criminis* previos a la tentativa (proposición, conspiración, actos preparatorios) quedan fuera de la ley penal juvenil

Una de las novedades más cuestionables de este CNA, es la forma en que criminaliza las infracciones culposas “consumadas”. En primer lugar, cabe consignar que la culpa tentada no es jurídicamente posible, desde que la tentativa, por definición, es intencional. En segundo lugar, castigar la negligencia o la imprudencia en un adolescente es una política que vulnera la dignidad del joven, quien está en un proceso de adquisición de habilidades o de incorporación de percepciones, tales como el riesgo, el peligro, la precaución, la diligencia, hasta el control de sus movimientos corporales. El reproche por negligencia o imprudencia es propio del mundo adulto y para el mundo adulto. El Proyecto de 1999 no criminalizaba los tipos culposos.

En tercer lugar, quizás por esa razón el CNA pretende morigerar la gravedad de esta modalidad de intervención punitiva, incorporando el trasnochado criterio del *discernimiento*. En efecto, el artículo 69.2 criminaliza las infracciones culposas “Cuando el Juez reúna los elementos de convicción suficientes, fundados exclusivamente en el desarrollo de la personalidad psicosocial del infractor; avalado por un equipo técnico, que permita concluir que el adolescente disponía de capacidad cognitiva de las posibles consecuencias de su obrar”.

Esta disposición introduce una inexcusable desarticulación de la lógica sistemática de la CDN y del propio CNA, pues desconoce el principio de la autonomía progresiva o de progresiva adquisición de habilidades, pues a *contrario sensu presume*, en general, la incapacidad cognitiva del joven, acerca de las posibles consecuencias de su obrar. Es decir, sigue tratando a los adolescentes como incapaces. En todo caso, lo que el Código hace para la culpa también debió hacerlo para los tipos dolosos, que, con más razón, requieren de tal “capacidad cognitiva”. Insospechadamente, el CNA vuelve sobre el viejo criterio del discernimiento, que introducía una solución de continuidad en

⁵⁰ Salvo lo que diremos más adelante con respecto a la norma del artículo 72.10.

⁵¹ En algunos operadores es perceptible la resistencia a la decriminalización de la tentativa, en particular, con respecto a la tentativa de hurto. Suele ejemplificarse con el intimidable ejemplo del joven que ingresa al interior de una residencia para hurtar y no logra su objetivo por razones ajenas a su voluntad, y se arguye que no es un buen mensaje para los jóvenes. Aparte de la cuestionable relación mecánica entre tipo penal y estrategias criminales de la juventud, los operadores olvidan que disponen del tipo de la violación de domicilio (art. 294 del Código Penal) para aplicar algún control punitivo a esas actividades, cuya dosimetría penal es menos intensa que la del Hurto.

la incapacidad de los menores y los hacía responder penalmente, aunque con atenuación de pena⁵².

Conforme la CDN los menores de 18 años son personas que, por ser tales, *disciernen*. En consecuencia, los parámetros de criminalización deben ser diferentes, y, como dijimos con anterioridad, no debe reprocharse imprudencia o negligencia a quienes están en proceso de formación para actuar prudente o diligentemente.

Por otra parte, el criterio de la “personalidad psicossocial” abre una brecha importante en las garantías que deben rodear a la intervención punitiva, por cuya vía pueden deslizarse criterios peligrosistas o sus variopintos equivalentes funcionales, a saber: provenientes del campo de la psicología (adolescentes “problemáticos”, “impulsivos”, de “fácil pasaje al acto”, con “baja resistencia a las frustraciones”, con “dificultad para establecer vínculos”, con “autoestima descendida”, “incontinentados”, etc.); del campo social (pobreza, familia desintegrada, padre ausente y madre incontinente, fracaso escolar, situación de calle, influencia de pares, etc.)⁵³. Por esta vía entra en crisis el principio del derecho penal de acto, el principio de legalidad, el principio de culpabilidad, y el principio de lesividad consagrados en la CDN, en la Constitución y el Código Penal.

Infracciones graves.

El CNA –al igual que el Proyecto de 1999–, en principio con buena inspiración, pretende establecer con claridad cuáles son los delitos por los cuales habrán de responder los jóvenes, pero exhibe en sus artículos 69 y ss. un gran retroceso con respecto al elenco de infracciones o tipos delictivos que entran en el horizonte de reprochabilidad juvenil, en relación al Proyecto de 1999.

Este último proyectaba tres niveles de tipos penales, en función de su gravedad. Un primer nivel, en el cual se incluían los tipos con penas cuyo límite mínimo fuera superior a un año de prisión o cuyo límite máximo fuera superior a tres años de penitenciaría, que si bien el Proyecto no las calificaba explícitamente como infracciones leves, no eran consideradas graves o gravísimas (artículo 27.1, pasaje final); este nivel quedaba fuera del horizonte de la ley penal juvenil. Un tercer nivel, las infracciones gravísimas, que incluía una lista de tipos –que el CNA reitera– y una norma general que incluía los

⁵² El criterio del discernimiento se instaura en nuestro país en el Código Militar de 1884 y lo retoma el Código Penal de 1889 (de 1° de enero de 1889). Si bien en el régimen de este Código, los menores de 10 años de edad estaban exentos de responsabilidad (artículo 17, No. 2), para ellos existía un sistema de intervención punitiva, aunque sin discurso punitivo explícito (normas administrativas, municipales, policiales, con medidas de corrección hasta de reclusión, según las disposiciones del Código de Instrucción Criminal de 1879). Los menores ubicados en la franja de 10 a 14 años también estaban exentos, salvo que hubieran obrado con discernimiento (artículo 17, No. 3). Entonces, el régimen para los mayores de 10 y menores de 14 que actuaron con discernimiento se equiparaba con el de los jóvenes en la franja de 14 a 18 años, para quienes de establecía un sistema de pena atenuada. Era la idea del Proyecto Mancini, y no establecía un criterio legal para ponderar el discernimiento, al igual que este CNA. El criterio del discernimiento fue abandonado por la Ley de Protección de Menores de 24 de febrero de 1911 (véase Grezzi y otros, Infancia, adolescencia y control social (...), cit.).

⁵³ Véase Cheroni, Ariadna y Leopold, Sandra, Acerca de la construcción del “perfil del menor infractor”. En Centro de formación y Estudios del Iname, Serie Material del Apoyo, Año 1, No. 4 y 5, Montevideo, diciembre de 2001.

delitos castigados con una pena cuyo límite mínimo fuera igual o superior a seis años de penitenciaría y cuyo límite máximo fuera igual o superior a doce años de penitenciaría (artículo 30). Y un segundo nivel residual⁵⁴, conforme al cual “las restantes son infracciones graves a la ley penal” (artículo 30 *in fine*).

En suma, el Proyecto de 1999 decriminalizaba por debajo de los delitos graves y gravísimos.

El sistema tenía un gran inconveniente, que consistía en dar por buena y congruente la dosimetría punitiva del Código Penal (y de leyes penales especiales) y trasladarla sin solución de continuidad al terreno de la ley penal juvenil, que, en cambio, debería responder a estrategias político criminales diferentes. Pero, a pesar de ello, el resultado no estaba tan mal, pues conforme al pasaje final del artículo 27.1 del Proyecto de 1999, se excluían de la ley penal juvenil un importante número de tipos penales, que no sólo por sus guarismos punitivos sino además por las propias características de los bienes tutelados y las conductas involucradas, era correcto decriminalizar, en términos generales, en sede de ley penal juvenil. Esa propuesta tenía su origen en el Anteproyecto de fines de 1997, y probablemente fuera una estrategia de sus autores para evitar la decriminalización tipo por tipo, que habría demandado arduas y desgastantes discusiones y, que, con seguridad, habría tenido resultados más magros, desde el punto de vista decriminalizador.

Pero, el CNA suprime en su artículo 69.1 el pasaje final del artículo 27.1 del Proyecto de 1999, que quedó redactado de la siguiente manera: “(Infracciones a la ley penal). A los efectos del este Código son infracciones a la ley penal: 1) Las acciones u omisiones dolosas consumadas cometidas en calidad de autor o coautor, tipificadas por el Código Penal y las leyes penales especiales”⁵⁵. De un plumazo borra una gran conquista del Proyecto de 1999 y rompe la regla de la gravedad mínima del delito para incriminar jóvenes.

Y, paradójicamente, mantiene la regla de que “las restantes son infracciones graves a la ley penal” (artículo 30 *in fine*), que sin el pasaje final del artículo 27.1 del Proyecto de 1999 no tiene sentido alguno; en un cuerpo de normas donde todos los delitos del Código Penal y leyes penales especiales pueden ser reprochadas a los jóvenes, poco importa discriminar entre delitos graves y leves.

Por otra parte, la distinción entre delitos graves y gravísimos, en realidad, en el Código sólo tiene relevancia explicitada en orden a la criminalización de la tentativa y la complicidad, con la particularidad que diremos, y al plazo de la prescripción (dos años para los delitos gravísimos y un año para los delitos graves) (artículo 103, inc. 4°); podría tener también trascendencia, tácitamente, en la aplicación del principio de oportunidad

⁵⁴ Por esa característica lo ubicamos en tercer lugar, pese a constituir un segundo nivel de gravedad.

⁵⁵ Adviértase que el Proyecto de 1999 utilizaba en el acápite del artículo 27 la expresión “sólo son infracciones a la ley penal”, con lo cual ya adelantaba su temperamento decriminalizador.

(artículo 104). En el Proyecto de 1999, en cambio, la clasificación tenía, además, otro aspecto de fundamental relevancia, porque de acuerdo a su artículo 44, inc. 1º (correlativo del artículo 86, inc. 1º, del CNA), la medida de privación de libertad⁵⁶ sólo podía disponerse ante infracciones gravísimas, restricción que lamentablemente desaparece del artículo 86 del CNA, según nos extenderemos más adelante.

Un problema a considerar es si en este Código, las contravenciones o faltas están incluidas en las infracciones a la ley penal juvenil, sobremanera después de la modificación introducida al Proyecto de 1999, suprimiendo la decriminalización de los delitos de menor gravedad, lo que tácitamente dejaba afuera de la ley penal juvenil a las faltas (como formalmente el Código Penal uruguayo denomina a las contravenciones). No ayuda mucho que el CNA –al igual que sus antecedentes– hable de infracciones y no de delitos⁵⁷, pues si hablara de *delitos* permitiría, en vía de interpretación, excluir a las faltas, en función de la clasificación del artículo 2 del Código Penal⁵⁸. De todas formas, el propio inciso final del artículo 72, pese a su inconsistencia, en tanto demanda cierta gravedad para las infracciones a ley penal, permitiría, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 2 del Código Penal, excluir del horizonte de la ley penal juvenil a las faltas o contravenciones⁵⁹.

Infracciones gravísimas.

Conforme al artículo 72 son infracciones gravísimas el homicidio, las lesiones gravísimas, la rapiña, la privación de libertad agravada, el secuestro, la extorsión, el tráfico de estupefacientes, y, como ya dijimos, los delitos con un límite mínimo igual o superior a seis años de penitenciaría y un límite máximo igual o superior a doce años.

Según el artículo 69.3 y 4, la tentativa y la complicidad se castigan en caso de infracciones gravísimas; y según el artículo 72.10, la tentativa y la complicidad en los delitos de homicidio, privación de libertad agravada y secuestro se consideran infracciones gravísimas. Al parecer el CNA erige la tentativa en aquellos delitos en delito gravísimo, con lo que en ese caso iguala la tentativa al delito consumado, y culmina con un tratamiento punitivo de la tentativa más severo⁶⁰ que el del Código Penal con respecto a los mayores⁶¹, que en el peor de los casos y en las peores circunstancias no excede de las

⁵⁶ Y la internación provisoria, por la vía del artículo 33.5.5 (correlativo del artículo 76.5.5 del CNA).

⁵⁷ Quizás ello responda a un designio de mantener cierta especificidad en la ley penal juvenil, a lo que se suma el uso dominante que en nuestro país ha recibido el término infractor.

⁵⁸ Que dispone: "Los delitos, atendida su gravedad se dividen en delitos y faltas (...)".

⁵⁹ Lo que significa un importante avance con respecto al artículo 114.1, inc. 1º, del Código del Niño, redacción dada por la Ley 16.707, de 12 de julio de 1995, que criminaliza las faltas cometidas por jóvenes.

⁶⁰ Hablando, claro está, de la relación de proporcionalidad entre delito consumado y delito tentado, pues teniendo en cuenta la importante aminoración punitiva del artículo 91, en términos absolutos, la infracción juvenil siempre será más atenuada que la infracción de los adultos.

⁶¹ El artículo 87 del Código Penal, según la redacción también dada por la Ley 16.707, de 12 de julio de 1995 –conocida como "Ley de seguridad ciudadana"–, dispone que la tentativa sea castigada con la tercera parte de la pena que correspondería por el delito consumado, pudiendo elevarse la pena hasta la mitad, teniendo en cuenta la gravedad del hecho y la peligrosidad del agente: tratándose de los delitos de violación, homicidio, lesiones, rapiña, extorsión y secuestro, en mérito a las mismas consideraciones, el Juez podrá elevar la pena hasta las dos terceras partes de la que correspondería al delito consumado.

dos terceras partes de la pena que corresponde al delito consumado. Y a este guarismo se llega en épocas de tremenda severización punitiva, en plenas campañas de (in)seguridad ciudadana.

Esta equiparación entre tentativa y delito consumado, esto es, entre peligro de lesión y lesión de bienes jurídicos, que involucra una anticipación en la criminalización de comportamientos, es una técnica legislativa que la ley penal reserva para los bienes jurídicos más caros⁶², y que el CNA utiliza para criminalizar jóvenes. Por esta vía éstos reciben un tratamiento punitivo mucho más grave que los mayores⁶³, por los mismos delitos⁶⁴, lo cual confronta con la política criminal de la CDN. Paradójicamente, esta exacerbación de la tentativa tiene como contrapartida una cierta banalización de la consumación de los delitos gravísimos. Tampoco existe relación entre la decriminalización de la tentativa en delitos *graves* y esta sobre criminalización de la tentativa en delitos gravísimos.

Detrás de esta estrategia política del CNA, está, larvada, la filosofía del derecho penal de autor, la idea del joven como “sujeto peligroso”, del delincuente por tendencia: no importa tanto lo que haga sino quien es, y por el camino quedan el derecho penal de acto y de lesividad.

En el caso de los cómplices, el Código Penal dispone que sean “castigados con la tercera parte de la pena que les correspondería si fueran autores, pero el Juez podrá elevar la pena hasta el límite de la unidad, cuando en su concepto, el agente, por la forma de participación, los antecedentes personales y la naturaleza de los móviles, acuse una visible mayor peligrosidad” (artículo 89). Es decir, en tanto en el Código Penal la aplicación a los cómplices de la pena que corresponde a los autores es una posibilidad severamente condicionada, en el CNA funciona *de iure*, en el caso de los delitos de referencia.

Es oportuno aclarar, que el Código Penal permite acceder a los máximos guarismos punitivos en el caso de la tentativa y la complicidad, entre otras circunstancias, en atención a la peligrosidad del agente. Sin perjuicio de lo que diremos más adelante al respecto, la peligrosidad es un concepto dogmático penal inadmisibles en el derecho penal juvenil. La CDN deroga en este campo del derecho todo lo que el Código Penal dispone al respecto⁶⁵.

⁶² O bien ha sido un mecanismo muy caro a las estrategias político criminales de la seguridad nacional.

⁶³ Siempre hablando en términos de proporcionalidad relativa.

⁶⁴ Aún teniendo presente que la ley penal de mayores impone en algunos casos guarismos punitivos mínimos para la tentativa (p. ej., dos años en el caso de la rapiña y la violación).

⁶⁵ El Código Penal uruguayo es un código enfáticamente peligrosista, básicamente desde dos puntos de vista: por una parte, porque mantiene el instituto de las medidas de seguridad eliminativas, gobernadas por la peligrosidad; y, por otra parte, porque en la propia determinación de la pena también incide la peligrosidad (artículo 86). La CDN, respetuosa de la dignidad del joven, parte de la base de su autonomía progresiva, lo que en buen romance significa su capacidad de optar progresiva, componente esencial de su específica dignidad personal. La peligrosidad involucra un juicio de pronóstico futuro, efectuada desde el mundo adulto, que niega al joven la posibilidad de optar en contra del mismo, y que supone un individuo determinado. En la antropología de la CDN no hay lugar para la peligrosidad, pues existe una profunda incompatibilidad entre el juicio de peligrosidad y el respeto que se debe a quien se va formando y consolidando sus opciones personales. Por otra parte, el CNA, al igual que sus antecedentes deja afuera a las medidas de seguridad eliminativas. Empero, a diferencia de sus antecedentes, instala la peligrosidad en el campo de las medidas punitivas sobre jóvenes, lo que supone un inexcusable retroceso. Volveremos sobre esto más adelante.

De la lista de delitos previstos como gravísimos, llama la atención la inclusión de los delitos vinculados al tráfico de estupefacientes, que pese a los guarismos punitivos máximos de las dos modalidades delictivas consideradas (10 y 18 años de penitenciaría, respectivamente, desproporcionadamente distantes de su mínimo de veinte meses), no involucran conductas cuya gravedad esté a la altura de las incluidas en los restantes numerales (exclusión hecha de la criminalización de la tentativa y la complicidad).

La inclusión de la privación de libertad agravada entre las infracciones gravísimas merece alguna observación (artículo 72.5 del CNA y artículo 282 del Código Penal).

En primer lugar, el artículo 282 del Código Penal contiene dos tipos de agravantes especiales: unas que permiten llegar al máximo de pena prevista para el tipo base (cuya pena va de un año de prisión a nueve años de penitenciaría), y otra –llamada “muy especial”–, cuya pena se establece entre seis y doce años de penitenciaría. Entonces, el artículo 282 del Código Penal comporta circunstancias muy diversas, que el artículo 72.5 del CNA corta con el mismo rasero.

En segundo lugar, existe un cierto desajuste entre este artículo 72.5 y el 72.2, que incluyen como infracciones gravísimas a la privación de libertad especialmente agravada y a las lesiones gravísimas, y el artículo 73, que excluiría la consideración de las circunstancias agravantes, a la hora de ponderar la responsabilidad de los jóvenes en infracción⁶⁶.

La culpabilidad.

El CNA dispone en su artículo 1º que “A los efectos de la aplicación de este Código, se entiende por niño a todo ser humano hasta los trece años de edad y por adolescente a los mayores de trece y menores de dieciocho años de edad”. En los artículos 69 y ss., SECCIÓN II, del CAPÍTULO IX, titulada “De los adolescentes y las infracciones a la ley penal”, y en el CAPÍTULO X, estatuye un sistema de responsabilidad penal de los adolescentes, esto es, de los jóvenes mayores de trece y menores de dieciocho años. Por una norma de corte procesal, establece directamente que “Sólo puede ser sometido a proceso especial, regulado por este Código, el adolescente mayor de trece y menor de dieciocho años de edad, imputado de infracción penal” (artículo 74.B, inc. 1º). El mismo artículo dispone en su inciso 3º, que cuando en la infracción “se encuentran involucrados niños menores de trece años de edad, *se procederá* de acuerdo a lo preceptuado en el Capítulo en el Capítulo XI, artículos 117 y siguientes de este Código”⁶⁷.

⁶⁶ También sobre este punto volveremos más adelante.

⁶⁷ La cursiva es nuestra. Con ella queremos llamar la atención acerca de la cuestionable derivación automática al sistema de los arts. 117 y siguientes (Protección de los derechos amenazados o vulnerados de los niños y adolescentes y situaciones especiales), sobre el que volveremos más adelante.

El CNA cumple con el requerimiento del artículo 40.3.a. de la CDN, al establecer la edad mínima para responder por infracciones penales en trece años. Sin embargo, ante el Proyecto de 1999, que la establecía en catorce años, hemos sufrido un retroceso⁶⁸.

Ya hemos hablado de la parquedad del CNA con respecto a los principios de derecho penal, como garantías fundamentales del derecho de fondo, que contrasta con la generosidad que exhibe al respecto en materia procesal. Esto es particularmente ostensible en orden al principio de culpabilidad, que no recibe una clara y explícita consagración en el CNA. Sin perjuicio, a partir de la palabra *responsabilidad*, puede concluirse que el Código consagra, de hecho, el principio de culpabilidad.

En efecto, la palabra *responsabilidad*, asociada a la infracción penal, permea el articulado del CNA (artículos 70, 73, 74.B, 75, 77, 79, 86, 103.1); fugazmente el CNA hace referencia a la culpabilidad, si bien ella parece accidental (artículo 76.E). Aunque no es el momento de sistematizar acabadamente el alcance del término *responsabilidad* en el CNA⁶⁹, bien se puede concluir que en él la responsabilidad por infracción se vincula con la autonomía progresiva (artículos 1º, 8, 9), por lo que presupone un *quantum* de capacidad en la base de la responsabilidad. Tanto más cuando marca las diferencias entre los “responsables” con los “niños” (artículo 74.B, inc. 3º)⁷⁰ y con los “adolescentes incapaces”, a quienes somete a un régimen diferente (artículos 10, 106, y ss.). Todo esto, sumado a la circunstancia de que el CNA no habla de *inimputables*, permite desarrollar a su respecto, con otros componentes teóricos y dogmáticos, la doctrina de la culpabilidad, como garantía fundamental del derecho penal juvenil⁷¹.

Quizás, la ausencia de regulación expresa de la culpabilidad sea lo que explique la presencia del artículo 71 en el Código, el que expresa: “(Relación causal). Sólo puede ser sometido a proceso especial regulado por este Código el adolescente a quien se le pueda atribuir material y psicológicamente un hecho constitutivo de infracción a la ley penal. La existencia de la infracción debe ser la consecuencia de su acción u omisión”. Esta preocupación por la causalidad sólo puede entenderse como corrector de los excesos de la intervención punitiva sin el límite de la culpabilidad⁷². Restablecida la

⁶⁸ Aunque, justo es reconocerlo, hemos experimentado un avance con respecto al Anteproyecto de 1996 y al Proyecto de marzo de 1997, que la fijaban en doce años.

⁶⁹ Que, por momentos es algo errático, pues alude tanto al momento en que cae el principio de presunción de inocencia (por efectos de la declaración de responsabilidad por sentencia ejecutoriada) (artículo 70, 77 y 86), como al delito todo (“elementos constitutivos de la responsabilidad”) (artículo 73), o al mencionado principio de responsabilidad personal, por vía procesal (artículo 74.B, inc. 1º), o más bien vinculado a la autoridad (artículo 75), o con cierto contenido ético/pedagógico (la “asunción de responsabilidad” como objetivo de las medidas socio educativas) (artículo 79).

⁷⁰ El CNA, a diferencia de la propia CDN, no presume la incapacidad de los menores de trece años (CDN, artículo 40.3.a), lo que supone una mejor observancia del principio de la autonomía progresiva.

⁷¹ Por supuesto que, en la construcción dogmática del concepto de la culpabilidad juvenil, no habrá de tener mayor peso el tenor del artículo 69.2, en cuanto habla de “capacidad cognitiva”, que deja afuera cuestiones esenciales como la posibilidad de comprensión de la antijudicialidad, la (in) exigibilidad de otra conducta, etc.

⁷² Esta norma viene del Anteproyecto de agosto de 1996, en el cual estaba incluida en el artículo 24.b (Principio de responsabilidad), según el cual “Solo puede ser sometido a proceso especial (...) el adolescente (...) a quien se pueda atribuir material y psicológicamente un hecho típico y antijurídico (...)”. Más allá de la génesis doctrinaria de la expresión “atribuir” y del engañoso nomen iuris del artículo, es inequívoca su filiación causalista, en particular su referencia al nexo material y psicológica del autor con su hecho. Allí también está, larvada, la discusión en torno al sentido de la palabra “hecho” en el Código Penal.

vigencia del principio de culpabilidad, esta norma conserva importancia en el terreno exclusivamente causal⁷³; incluso, no habría inconvenientes en introducir las modernas reflexiones sobre la imputación objetiva –sucedáneo teórico de las viejas cuestiones de la causalidad– a través de la resignificación de la expresión “atribución”.

La normas de fondo.

El artículo 73 del CNA efectúa una remisión genérica a la parte general del Código Penal y a la Ley 16.707, de 12 de julio de 1995, conocida como “Ley de seguridad ciudadana” (LSC), que merece algunas observaciones.

No se comprende esta remisión a la LSC, cuando las normas de ésta -en la materia- ya están incorporadas, ora al Código del Niño, ora al Código Penal, ora quedan derogadas por el nuevo Código. En cuanto a las normas del Código del Niño, incluidas las modificaciones introducidas por la LSC, quedan derogadas por el artículo 224 del CNA. Además, tampoco parece adecuada la remisión a la LSC, porque pone al CNA bajo el alero de la seguridad ciudadana, y nada es bueno esperar para los jóvenes en infracción de esa alianza. La LSC cumplió un ciclo importante en orden a las garantías del debido proceso penal juvenil, en particular a partir del momento de la intervención judicial, que queda cerrado con este nuevo Código.

En cuanto a la parte general del Código Penal, la remisión es comprensible, si tenemos presente la pobreza de normas penales generales de que adolece el CNA. Pero esa circunstancia, unida al enfrentamiento paradigmático que existe entre el Código Penal y la CDN, que está dada por la distancia que existe entre el peligrosismo defensivo del Código Penal y el garantismo minimista de la CDN –y de los documentos de derecho internacional de los derechos humanos de los jóvenes, que conforman la llamada doctrina de la protección de la ONU–, obliga a un futuro trabajo doctrinario para realizar el ajuste normativo que supone esa remisión.

Ese ajuste debería estar gobernado por el principio de especificidad, que el CNA contempla al exigir que en la remisión al Código Penal se tenga en cuenta la “condición de adolescentes”, y su condición de sujetos de derecho (y no de *sujetos peligrosos*, tal cual es la doctrina del Código Penal)⁷⁴.

No está clara la remisión a la parte general del Código Penal, en cuanto a las circunstancias “que aminoren el grado de las infracciones”. Si con ello se quiere excluir a las circunstancias agravantes, en aras de una mitigación general de la punibilidad, ello debería balancearse con tres cuestiones. En primer lugar, con las modalidades agravadas,

⁷³ Una lectura acendradamente garantista podría concluir que allí está -larvado- el principio de lesividad.

⁷⁴ Notas explicativas de Irureta Goyena sobre la Parte General del Código Penal. En Código Penal de la República Oriental del Uruguay, anotado y concordado por Adela Reta y Ofelia Grezzi, séptima edición (con la colaboración de Inés Abadie, ricardo Lackner y Cecilia Salom), FCU, 2004, págs. 223, 224, 259 y 260).

que, en el caso de las lesiones y la privación de libertad, el CNA considera infracciones gravísimas (artículo 72, Nos. 2 y 5), lo que significa que el Código tiene presente a las circunstancias agravantes. En segundo lugar, con la ausencia en el CNA de un sistema de determinación de la pena en lugar del que estatuye el Código Penal (artículo 86)⁷⁵, que nos indique cómo operar entre los mínimos y máximos punitivos, respetando el principio de proporcionalidad (artículo 79, inc. 2º, 84.A, inc. 3º), atemperado por el principio de excepcionalidad y de máxima brevedad, en el caso de la privación de libertad (artículo 76.12). En tercer lugar, con el principio de igualdad (artículo 9), puesto que de no computarse las circunstancias agravantes, se tratarían por igual conductas de similar tipicidad pero con gravedad dispar, lo que no sería un buen mensaje para los jóvenes en infracción y carecería de un mínimo de racionalidad sistemática. ¿Cómo compatibilizar la ausencia de agravantes en la graduación de los mismos tipos delictivos, con el objetivo de “la asunción de responsabilidad”, conforme al cual deberían orientarse las medidas en el CNA (artículo 79)?; la asunción de responsabilidad supone la asunción de matices de gravedad en sus actos. Hay, pues, cierta incompatibilidad entre esta suerte de pedagogía que se requiere de estas medidas socioeducativas y esa cierta banalización de matices de gravedad de las conductas en infracción, que supone la remisión al Código Penal en este aspecto.

Quizás el CNA haya pretendido seguir en este punto, la atinada doctrina de Mary Beloff, cuando sostiene que “las circunstancias personales y de mayor o menor vulnerabilidad del joven infractor solo pueden operar como correctivo que disminuya el reproche por el hecho”⁷⁶, postura que, en buena medida, debe articular el principio de culpabilidad y la corresponsabilidad. Esta idea no es incompatible con el cómputo de circunstancias agravantes, dentro de una dogmática respetuosa de derechos humanos, que a lo menos debería: guardar consonancia con el principio de autonomía progresiva y de especificidad del derecho penal juvenil; excluir todo lo atinente a la *conducción por la vida*⁷⁷, así como el cómputo de antecedentes personales, reincidencia y habitualidad, por estar en confrontación con el principio del *non bis in idem*; y excluir todo el manejo peligrosista que de las circunstancias atenuantes y agravantes hacen los artículos 50 y 53 del Código Penal, que el CNA evoca en el artículo 91, inc. 3º. De la misma forma se debería excluir todo aquello que con la excusa de constituir *aspectos psicosociales o de personalidad*, o de su entorno *incontinente*, suelen ser utilizados para agravar la responsabilidad de los jóvenes en infracción, y que hemos cuestionado al considerar la tipicidad culposa en el CNA (*retro*). De qué sirve, en todo caso, prescindir de las circunstancias agravantes cuando el CNA dispone en su artículo 91, inc. 3º, que “en

⁷⁵ Con respecto al cual -como ya hemos dicho-, deberíamos prescindir de la peligrosidad como criterio para determinar la pena.

⁷⁶ Mary Beloff, “Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina”. En *Infancia, ley y democracia en América Latina*. Emilio García Méndez y Mary Beloff compiladores, T. I, Depalma, 1999, p. 108.

⁷⁷ Que vulnera los principios de derecho penal de acto, tipicidad, culpabilidad, etc.

situaciones de peligrosidad manifiesta se adoptarán las medidas que fueren compatibles con la seguridad de la población y los propósitos de recuperación del infractor” (sobre este punto volveremos con particular énfasis más adelante).

La determinación de las medidas socioeducativas.

El CNA no dice expresamente que las medidas socioeducativas deben ser, en todos los casos, determinadas⁷⁸, lo que es una omisión importante, en un sistema que pretende sustituir al régimen de las medidas indeterminadas del Código Penal y del Código del Niño, propio de la situación irregular. Bien miradas las cosas, habría que recuperar para la expresión “medida”, la idea que le es semánticamente esencial, esto es, si es *medida* es porque *mide* algo, es porque con ella “sometemos a medida determinada situación”⁷⁹. Por esa razón, una *medida indeterminada* es una expresión tautológica.

Por excepción, en el caso de la libertad asistida y vigilada, el CNA establece expresamente que el Juez determinará la duración o el tiempo de estas medidas (artículo 84.A, inc. 3º, y B), de la misma forma que lo hace la CDN (artículo 40.4), para las medidas no privativas de libertad en general, cuando en el artículo 40.4 establece la regla de la proporcionalidad.

Sin embargo, una serie de disposiciones del CNA no tendrían sentido sin el instituto de la determinación de la pena juvenil, a la que el Código denomina “medida socioeducativa”⁸⁰. La regla de la proporcionalidad, consagrada en el artículo 79, inc. 2º, no se entiende si no es en orden a la determinación de la medida. Asimismo, cuando en el artículo 76.12 el CNA sienta la regla de que el “Juez no podrá imponer medidas educativas sin previo pedido del Ministerio Público, ni hacerlo de forma más gravosa de la solicitada por éste”, está dando por supuesta la determinación de la medida. Desde del punto de vista procesal, no tendría sentido el principio de duración razonable del proceso asociado a la duración de las medidas a recaer, sin la idea de determinación de la medida (artículo 74.J). Tengamos siempre en cuenta, finalmente, que en el caso de la privación de libertad, la proporcionalidad debe morigerarse con las reglas de la excepcionalidad y de máxima brevedad, por lo cual funciona como un techo máximo, desde el cual se debe descender (artículo 76.12).

Vinculado al tema de la determinación de las medidas, está la duración máxima que el CNA establece para los distintos tipos de medidas.

⁷⁸ Hacemos alusión al instituto de la determinación de la pena, conforme el cual el Juez debe determinar en el caso concreto la extensión de la medida que corresponde.

⁷⁹ Ana Messuti, El tiempo como pena. Buenos Aires, Campomanes Libros, 2001.

⁸⁰ Expresión que es correcto conservar, para marcar diferencias con la pena de los adultos, pero sin olvidar que las medidas socioeducativas pertenecen al mundo punitivo.

De acuerdo con el artículo 91, la privación de libertad tendrá una duración máxima de cinco años. Nuevamente, se hace sentir aquí la ausencia de disposiciones expresas sobre determinación de las medidas. De todas formas, algunas conclusiones pueden ensayarse. En primer lugar, la fijación de un máximo desarticula –beneficiosamente– el sistema de mínimos y máximos del Código Penal, y establece un sistema de medidas (penas) notoriamente más lenificado, pues los cinco años equivalen a los treinta años de pena del Código Penal; de allí hacia abajo, en función de la proporcionalidad, caso a caso, y de la máxima brevedad. Además, deberá tenerse en cuenta la edad del joven involucrado, en orden a que la dimensión subjetiva del tiempo es significativamente diferente entre los 14 y los 18 años. La vinculación existencial entre el tiempo y el joven es algo que va insertado en la cuestión de la autonomía progresiva y la dignidad. En consecuencia, la proporcionalidad deberá cruzarse con la edad. En segundo lugar, desaparecen los límites mínimos, en particular en el caso de la privación de libertad, lo que es congruente con la regla de la máxima brevedad posible.

Por otra parte, el CNA dispone, sin perjuicio de la proporcionalidad, diversos límites máximos a las medidas no privativas de libertad, que nos merecen las siguientes reflexiones.

UNICEF ha observado⁸¹ que el plazo máximo de la prestación de servicios a la comunidad es demasiado breve (dos meses), y que la carga horaria diaria del mismo es demasiado alta (seis horas) (artículos 80.E y 82). En el primer caso, porque por su particular benevolencia, existe el riesgo de que los jueces prescindan de ese tipo de medidas. Si bien el presentimiento de UNICEF es razonable, no hay que perder de vista que la medida es aflictiva y es correcto limitarla en la forma que lo hace el CNA. En cambio, le asiste razón a UNICEF con respecto al horario diario máximo del trabajo comunitario, que puede desarticular todas las actividades del joven, incluidas las que el propio CNA promueve.

También le asiste razón a UNICEF (op. cit.) con respecto a la ausencia de plazos máximos en lo que refiere a la libertad asistida y vigilada, que, independientemente de la proporcionalidad, deberían tenerlos.

El principio de excepcionalidad de la privación de libertad en el CNA.

El artículo 76.12 dispone que la privación de libertad se utilizará sólo como medida de último recurso y conmina al Juez para que fundamente por qué no es posible aplicar otra medida distinta, con lo que, en el plano declarativo, cumple con el artículo 37.b de la CDN. Sin embargo, este principio resulta erosionado en otros pasajes del CNA, el que además deja huérfano al Juez acerca de los criterios que deben gobernar esas decisiones.

⁸¹ Documento "Comentarios al Proyecto de Código de la Niñez y la adolescencia de la República Oriental del Uruguay, aprobado por la Cámara de Representantes el 18 de diciembre de 2001.

La Regla 17.1.c. de Beijing condiciona la aplicación de la privación de libertad a la existencia de “un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves y siempre que no haya otra respuesta adecuada”; en un plano más general, la Regla 17.1.b. establece que “Las restricciones a la libertad personal se impondrán sólo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible”.

La doctrina y la legislación comparada⁸² suelen coincidir en las pautas orientadoras de la gravedad⁸³, la edad, la existencia de dolo (cuando se acepta la culpa), la tentativa, la complicidad. Una regla muy interesante es la del artículo 191.3 del Proyecto de Código del Niño, Niña y Adolescente de Bolivia (Proyecto de ley No. 195/98-99), que obliga a los centros de privación de libertad para adolescentes a establecer la capacidad máxima de sus instalaciones, en proporción a los recursos humanos, técnicos y económicos. Esta suerte de *numerus clausus*⁸⁴, que cuenta con interesantes experiencias en Europa, constituye una estrategia importante para limitar el hacinamiento de las instituciones de privación de libertad de jóvenes.

De nuestra parte pensamos que, para resolver al respecto, deberían descartarse variables como la alarma pública, características de la familia (ej. incontinencia familiar), situación de calle, adicciones, antecedentes⁸⁵, aspectos de personalidad, peligrosidad, etc.

A la luz de estas referencias, el CNA no satisface en este tema. El artículo 86 establece que “Las medidas privativas de libertad sólo se aplicarán a los adolescentes declarados por sentencia ejecutoriada, responsables de infracción, que a juicio del Juez justifique las mismas”. El CNA no dispone ningún tipo de cortapisa ni indica ningún criterio limitador concreto para el Juez⁸⁶ en orden a la aplicación de la privación de libertad, con lo cual *borra con el codo lo que escribió con la mano* en el artículo 76.12.

Con esto, el CNA cierra una trama perversa: criminaliza todo el programa criminal previsto para los mayores, haciendo que los potenciales delitos *leves* se transformen en graves; y no distingue entre tipos graves y gravísimos a la hora de resolver acerca de la privación de libertad⁸⁷, así como tampoco lo hace a la hora de limitar la internación

⁸² *Hablamos de la legislación latinoamericana post CDN sobre niñez y adolescencia, así como de destacados anteproyectos y proyectos en trámite de sanción legislativa. Véase la compilación de García Méndez y Beloff Infancia ley y democracia en América Latina, cit., Ts. I y II.*

⁸³ *Lo que contrasta con la realidad de nuestra actividad judicial, que suele penalizar con privación de libertad hurtos y tentativas de hurtos, según recientes registros estadísticos (Investigación sobre las infracciones juveniles y las sanciones judiciales aplicadas a adolescentes en Montevideo. D. Silva Balerio, J. Cohen, S. Pedrowicz y otros, Montevideo, DNI, UNICEF, noviembre de 2003).*

⁸⁴ *Expresión que hemos recogido de Alejandro Slokar.*

⁸⁵ *Pese al tenor de la Regla de Beijing 17.1c., citada.*

⁸⁶ *A diferencia del Proyecto de 1999, que limitaba la privación de libertad a las infracciones gravísimas.*

⁸⁷ *No hay que olvidar que, por la forma en que quedan planteados los delitos gravísimos en el CNA, tampoco su presencia debería acarrear automáticamente la privación de libertad.*

provisoria (artículo 76.5.5.⁸⁸). Sentadas estas premisas, el artículo 87 queda descolgado, cuando dispone que “las medidas privativas de libertad no son obligatorias para el Juez”, pues qué sentido tiene tal *no obligatoriedad* sin límites concretos que vinculen estrictamente al Juez, para no disponer la privación de libertad. Le asiste razón a UNICEF cuando afirma que de esta forma, en los hechos, la privación de libertad pasa a ser la regla y no la excepción.

Finalmente, en orden a la excepcionalidad de la privación de libertad, el artículo 86, inc. 2º, que establece la privación de libertad preceptiva para quien incumpla las medidas adoptadas por el Juez, merece cuestionamientos. En primer lugar, porque el CNA endurece la situación de quien incumple las medidas adoptadas por el Juez, con respecto al Proyecto de 1999, el que condicionaba la sanción a la existencia de “una infracción en forma reiterada” y limitaba la privación de libertad a sesenta días. En segundo lugar, porque en estos casos la privación de libertad es automática, sin tener en cuenta circunstancias justificantes, exculpatorias o atenuantes, que merezcan una consideración detenida de la cuestión.

Una convidada (in)esperada: la peligrosidad.

Una disposición del CNA que representa un gran retroceso es la del artículo 91, inc. 3º, que dice: “En situaciones de peligrosidad manifiesta se adoptarán las medidas que fueren compatibles con la seguridad de la población y los propósitos de recuperación del infractor”.

Aquí hay que entender que el eje de la situación irregular, en la versión del Código Penal expresamente, y en la versión del Código del Niño de 1934 elíptica o tácitamente, es la peligrosidad. Los jóvenes salen del Código Penal como “sujetos peligrosos” y pasan al Código del Niño, que está gobernado por la idea del *abandono*. En la política del Código del Niño, el abandono es el *estado* de la niñez adolescencia que entabla una relación circular con la infracción: el abandono lleva a la infracción y la infracción es un síntoma del abandono⁸⁹. En consecuencia, no se puede salir de la situación irregular sin salir de la peligrosidad; todo sistema de garantías que se consagre incluyendo, de cualquier manera, la peligrosidad, cae por su base. Veamos.

Los principios del derecho penal juvenil mínimo caen todos con la peligrosidad. Así, caen o se degradan: el principio de tipicidad, por cuanto la peligrosidad no es susceptible de ser recogida en tipos penales cerrados; el principio del derecho penal de acto, pues la peligrosidad concierne a lo que el joven es y no de lo que hizo; el principio de lesividad, que se asocia a un acto externo del ser humano, al contrario de la peligrosidad,

⁸⁸ Esta superposición de numerales es consecuencia del atiborramiento normativo procesal que se concentra en el artículo 76, cuyo contenido pudo haberse extendido en ocho o diez artículos, conforme a una técnica legislativa más distendida.

⁸⁹ La expresión “magma infracción y abandono”, de Emilio García Méndez, da cuenta elocuentemente de esta situación, que, además, está cabalmente explicada en la exposición de motivos del Código del Niño.

que, en todo caso, es una disposición *interna* del individuo; el principio de culpabilidad, que supone la posibilidad de optar, propia de un sujeto de derecho, en tanto la peligrosidad, supone una predeterminación, propia de un objeto *lanzado*; el principio de proporcionalidad, que supone una relación acordada entre el acto, su entidad (subjetiva y objetiva) y la pena, en tanto la peligrosidad rompe esa medida, pues pasa a ser un juicio a futuro, vinculado a posibles o probables hechos futuros.

Los principios de derecho procesal juvenil –las garantías del debido proceso–, también resultan profundamente conmovidos por la peligrosidad. Buenos criterios para demostrar esto son las máximas ferrajolianas, que emanan del principio de legalidad *estricta*. Si caen los principios de tipicidad, de derecho penal de acto, de culpabilidad y de proporcionalidad, no es posible construir adecuadamente un derecho procesal *cognoscitivo*, CONSTRUIDOS sobre la base de conceptos refutables o verificables⁹⁰; “todas las garantías procesales condicionan la efectividad de las garantías penales, y resultan a su vez vaciadas por la ausencia de éstas”⁹¹. Un pronóstico de futuro no es procesalmente refutable. Entonces, caen: el principio de jurisdiccionalidad, pues el proceso *constituye* la peligrosidad y no la *reconoce* a través de un proceso de *cognición o comprobación*⁹²; el principio del contradictorio, que se construye sobre la base de la refutabilidad de las pretensiones procesales (la peligrosidad es funcional en un proceso inquisitivo y permuta el contradictorio jurídico por discursos técnicos, en este caso, con correlatos objetivos indefinidos); el principio de inviolabilidad de la defensa, de suyo inescindiblemente unido al contradictorio; la presunción de inocencia, que supone un acto y la culpabilidad, con respecto a los cuales el juicio de inocencia sea válido y posible; el principio de impugnación y de motivación de las resoluciones judiciales, pues el juicio de peligrosidad que las sustente es apodíctico; el principio del *nos bis in idem*, pues la peligrosidad, en el mejor de los casos –esto es, estimada desde una infracción ya ocurrida–, por definición, supone un plus de castigo *ex ante* por un hecho que *probablemente* habrá de ocurrir.

Como dijimos, la CDN, en realidad, deroga al Código Penal en todo lo atinente a la peligrosidad y sienta las bases de un derecho penal juvenil mínimo; propiamente, el derecho penal encuentra en el derecho penal fundado en la economía de la CDN su mejor expresión minimista.

Relictos de la situación irregular.

En los artículos 117 y ss., el CNA no consigue salir de la trama de la criminalización del abandono; sigue cautivo de la situación irregular y deja abierta la puerta –si no la convoca– a la intervención punitiva sobre el *magma* infracción/abandono.

⁹⁰ Luigi Ferrajoli, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Ed. Trotta, Madrid, 1997, pág. 35 y ss.

⁹¹ Ferrajoli, *op. cit.*, pág. 98

⁹² Principio de jurisdiccionalidad estricta de Ferrajoli, *op. cit.*, págs. 35 y ss.

El artículo 117 reúne bajo el mismo rótulo y con iguales estrategias de intervención, a niños y adolescentes cuyos derechos “sean amenazados o vulnerados” y “niños que vulneren derechos de terceros”. Si ensayamos un ejercicio de heurística y sustituimos “derechos amenazados” por *situación de riesgo* o *abandono*, y vulneración de derechos de terceros por molestias o delitos, y los mezclamos –tal cual lo hace el artículo–, nos da situación irregular. Vayamos por partes.

El artículo 74.B, inc. 3º, dispone, que con relación a los menores de trece años de edad involucrados en infracciones, se proceda de acuerdo con lo preceptuado en los artículos 117 y ss.; y el artículo 117 los incluye de la forma que venimos de decir, esto es, como un *ítem* dentro de los niños que “vulneren derechos de terceros”. La “vulneración de derechos” es un concepto infinitamente más amplio que el delito, por lo que quedan sometidos al régimen de los artículos 117 y ss., ora los niños que incurran en un injusto (conducta típica y antijurídica), ora los que vulneren de cualquier otra manera derechos de terceros.

Los niños en infracción salen de la ley penal juvenil e ingresan en un régimen común con los niños que vulneren derechos y los niños y adolescentes con sus derechos en riesgo. Las tres situaciones son construidas punitivamente⁹³ por los artículos 117 y ss., según las siguientes pautas.

La derivación al sistema de los artículos 117 y ss. es automática y preceptiva (artículo 74.B, inc. 3º), tan automática como la intervención punitiva; tan automática y preceptiva como la detención policial prevista en el artículo 126, detención ésta que no aparece rodeada de las garantías constitucionales previstas para la infracción, ni de la obligación de conducción ante el Juez, pues previa autorización, el niño o adolescente puede ser llevado directamente al INAME⁹⁴. Todo lo que el CNA estatuye en el artículo 76 queda en nada en estos casos. Le asiste razón a UNICEF cuando expresa en su Informe varias veces citado, que las facultades que el artículo 126 acuerda a la policía son propias de la *situación irregular*.

El artículo 118 prevé una audiencia que recuerda a la audiencia preliminar del artículo 76.2, donde el Juez adoptará las medidas urgentes e imprescindibles, tomará declaración al niño o adolescente, en presencia del defensor, con intervención preceptiva del Ministerio Público, y, como no podía ser de otra manera, con el auxilio de los informes técnicos correspondientes.

El Juez podrá adoptar las siguientes medidas:

a) Con respecto a los padres, las previstas en el artículo 119 (llamada de atención,

⁹³ Lo que Héctor Erosa denunciaba hacia 1995 como construcción punitiva del abandono aparece aquí, diacrónicamente renovada, portada en eufemismos más sofisticados (véase Héctor Erosa, “La construcción punitiva del abandono”, *op.cit.*).

⁹⁴ Como se dice en la PARTE PRIMERA de este Informe, la denominación de esta institución, de forma curiosa, cambia de nombre hacia el futuro, pues pasará a llamarse Instituto de Niñez y Adolescencia del Uruguay (INAU), aunque a lo largo del articulado del CNA conserva su vieja denominación.

orientación, inscripción en centro de enseñanza, derivación a programas de protección a la familia). En la lógica del CNA, la imposición de medidas coactivas en estos casos tiene sentido, pues conforme al artículo 7.1 los padres son “prioritariamente responsables” de la efectividad y protección de los derechos de la niñez adolescencia⁹⁵. Estas medidas podrían tener sentido -con los reparos apuntados- en el caso de derechos amenazados o vulnerados, no así en el caso de “vulneración de derechos” de terceros, pues de aplicarse en esos casos se afectaría el principio de trascendencia de la pena (pena en sentido informal y real, porque estas medidas tienen sentido sancionatorio), pues se castigaría a los padres por los hechos de sus hijos (fuera del caso de la responsabilidad civil).

Si tenemos en cuenta, finalmente, que las situaciones de maltrato y abuso están consideradas en los artículos 130 y 131, en los artículos 117 y ss. estamos en el campo de la situación irregular, en el cual se mezclan el riesgo de niños y adolescentes y los injustos protagonizados por niños, con un errático programa de responsabilización punitiva de adultos.

b) Con respecto a los niños y adolescentes, decíamos, se pueden adoptar medidas ambulatorias (*protección* de derechos a través del sistema de atención integral diurno; tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico) (artículo 120), o medidas de internación compulsiva (cuando existan patologías psiquiátricas, episodios de consumo agudo de drogas, o tratamiento médico urgente) (artículo 121).

Estas medidas (b) son sumamente delicadas, si no abusivas, en el caso de vulneración de derechos de terceros, puesto que se estaría medicalizando o psicologizando un conflicto social, donde *el problema* es el niño. Es una grosera simplificación de los conflictos sociales, que en todos los casos *extrae* al niño del conflicto o de su medio, ora para internarlo en *medio abierto*, ora para *tratarlo*, ora para encerrarlo. Son intervenciones punitivas sobre el niño, pues las medidas ambulatorias son también compulsivas (el CNA guarda silencio acerca de las consecuencias que tiene el incumplimiento de esas medidas).

En el caso de derechos amenazados o vulnerados, la lógica de las medidas (a) y (b) pasa por recargar el peso de la intervención en la familia *inhábil* o el niño adolescente *desviado*⁹⁶, con una fuerte hipocratización de los conflictos. Pese a que en algunos casos no exista formalmente internación, todas las intervenciones tienen la lógica de la internación, esto es, la política institucional de *llevarse el conflicto hacia la institución - de instituirlo-*, de secuestrar institucionalmente el conflicto. Y ocurre que este estilo de intervención deja los conflictos y los derechos vulnerados o amenazados en la misma o peor situación, pues hay que sumar el desarraigo que ese tipo de intervención genera.

⁹⁵ Véase lo que al respecto se dice en este informe, en lo que refiere a políticas sociales, donde se cuestiona este orden de prioridad.

⁹⁶ Parecería escapar de estas perspectivas la derivación hacia programas de protección a la familia (artículo 119.D).

Significativamente, el artículo 68, que consagra al INAME/INAU como órgano administrativo rector en materia de políticas de niñez y adolescencia, y le encomienda la tarea de determinar la forma de llevar a cabo la implementación de las políticas de integración de niños y adolescentes en sus ámbitos primarios de socialización. De acuerdo a la norma referida, el INAME "previos diagnósticos y estudios técnicos, deberá velar por una adecuada admisión, ingreso, atención, derivación y desvinculación de los niños y adolescentes bajo su cuidado". Bajo esta atmósfera de construcción institucional clínica y de desarraigo el CNA pretende construir políticas sociales, con las mismas palabras que se utilizan en el cotidiano circuito de criminalización institucional⁹⁷. En este marco de política institucional, los artículos 117 no desentonan, sino que, al contrario, constituyen una adecuada puerta de entrada, para una institución que se lleva los problemas sociales *para adentro*.

Además, cuando el CNA habla de derechos amenazados o vulnerados, está pensando en agresiones cercanas, inmediatas, y no en las agresiones o violencias que operan en otra escala, a distancia, en derechos sociales o económicos agredidos, que a nadie se le ocurre criminalizar ni hipocratizar. Es muy probable que todas aquellas situaciones que puedan dar lugar a tratamiento psicológico o psiquiátrico intenso y que respondan a situaciones propias de la exclusión, no estén en el horizonte político del CNA.

El CNA contiene dos previsiones que agravan la gravedad e iniquidad de estas intervenciones. En primer lugar, cuando permite que el INAME/INAU pueda aplicar directamente las medidas ambulatorias o de internación, sin la previa intervención judicial (artículos 120.B, inc. 2º y 121, inciso final). Y, en segundo lugar, cuando establece que el plazo máximo de la internación compulsiva sea de treinta días, prorrogables por períodos de igual duración, hasta el alta (artículo 121, inc. 2º), sin límite en cuanto a las prórrogas (*sine die*, bajo el designio de la indeterminación).

El artículo 121.B criminaliza de hecho el consumo de drogas, lo que no ocurre en la ley penal de adultos, y que directamente va contra el principio del derecho penal de acto y el principio de lesividad, y hace caer, como en el dominó, a los demás principios garantistas.

Por todo esto, la situación de los niños adolescentes sometidos a este tipo de medidas es mucho más desfavorable en orden a sus garantías, que la de los adolescentes que incurren en infracción, y todo ello bajo el altar de la protección de sus derechos.

Finalmente, el CNA luce una disposición que no estaba en el Proyecto de 1999, cuyos alcances no resultan claros, y en lo poco claro que tiene es de temer. El artículo 188, incluido en el CAPÍTULO XIII (DE LA PREVENCIÓN ESPECIAL⁹⁸), trata de los medios

⁹⁷ Según Emilio García Méndez, estas estrategias de intervención institucional son a las políticas sociales lo que las cataplasmas a la medicina.

⁹⁸ Es importante llamar la atención acerca de esta expresión "prevención especial", muy cara al derecho penal, en particular a la teoría de la pena, y de su inadecuación para titular las normas que allí se edictan (también aparece en otras normas, proyectos o anteproyectos de derecho comparado latinoamericano).

masivos, la publicidad protagonizada por niños y adolescentes, espectáculos o centros de diversión, y la prohibición de vender determinados objetos. Dicho artículo establece en su No. 2, inc. 2º: “El niño adolescente encontrado en situación de riesgo *será conducido* y entregado por parte del Juez a los padres, tutor o encargado. El Juez advertirá a éstos personalmente y bajo su más seria responsabilidad de la situación. Si éstos han incumplido alguno de los deberes establecidos en el artículo 16 de este Código, el niño o adolescente *será entregado* al Instituto Nacional del Menor”. El riesgo, en este caso, está vinculado a los espectáculos o centros de diversión.

Nuevamente, la construcción punitiva del riesgo, detención automática y preceptiva, sin garantías, ausencia de debido proceso, extracción del niño adolescente de su medio y la institucionalización.

III) ASPECTOS PROCESAL PENALES

Estructura del CNA en la presentación de las normas procesales.

Como ya adelantamos, el punto fuerte del CNA radica en su normativa procesal, que, en general, reúne satisfactoriamente un conjunto de disposiciones que estatuyen acerca del debido proceso, con las salvedades que habremos de señalar. Es oportuno recordar, que las carencias del CNA en orden a los aspectos penales se filtran en sus disposiciones procesales, comprometiendo su jurisdiccionalidad estricta (en el sentido que a esta expresión le da Ferrajoli, según ya hemos adelantado).

En el CAPÍTULO X, SECCIÓN I, establece que los actuales Juzgados Letrados de Menores -que pasarán a llamarse Juzgados Letrados de Adolescentes- serán competentes en primera instancia en materia de infracciones de adolescentes a la ley penal; en segunda instancia entenderán los Tribunales de Familia (artículo 65, que modifica el artículo 67 de la Ley 15.750, de 24 de junio de 1985). Esta norma comienza a romper legalmente el magma infracción/abandono, desde el punto de vista procesal, estableciendo la competencia exclusiva específica en materia penal juvenil, en primera instancia. Aunque, acto seguido, encomienda a los Tribunales de Familia la competencia en segunda instancia, con lo que no mantiene la regla de la especialización.

Luego, en la SECCIÓN II, DEL CAPÍTULO X se ocupa de las infracciones a la ley penal. Retoma en el CAPÍTULO X, SECCIONES I y II la reglamentación del proceso por infracciones a la ley penal, materia que interrumpe en las SECCIONES III (Medidas socioeducativas), IV (Principios de la ejecución), y V (Derechos y deberes durante la ejecución de las medidas socioeducativas). Retoma, la materia procesal en la SECCIÓN VI (Cesación del proceso), se ocupa de las medidas curativas en la SECCIÓN siguiente y vuelve al proceso en las SECCIONES VIII (De las audiencias), IX (De las comunicaciones procesales), y X (De los plazos procesales).

Una mirada panorámica a la forma en que el CNA estructura estos temas, arroja dos observaciones. En primer lugar, llama la atención la inserción de todo lo referente a las medidas socioeducativas entre las normas que regulan el proceso penal juvenil, con respecto al cual, propiamente, son un *posterius*⁹⁹. En segundo lugar, también llama la atención la concentración de normas que luce el artículo 76, que, como hemos dicho, podrían haber sido articuladas de otra manera. Todo ello le quita algo de claridad al CNA.

Comentarios generales.

El CNA profundiza los avances que en la materia procesal penal juvenil se vienen dando en nuestro país, a partir de la Acordada 7236, sobre ordenamiento de normas en materia de menores infractores¹⁰⁰, y la ya reiteradamente mencionada Ley 16.707, de 12 de julio de 1995, de Seguridad Ciudadana (que en esta materia está derogada por el CNA), en el sentido de adecuar el derecho interno a la CDN.

Como ya hemos dicho, en el artículo 74 se consagran una serie de principios fundamentales: judicialidad y legalidad, detención por flagrancia u orden escrita de Juez, humanidad, inocencia, inviolabilidad de la defensa¹⁰¹, publicidad, prohibición de juicio en rebeldía, impugnación, duración razonable, oportunidad reglada.

En ese sentido, se afirman las garantías en las actuaciones policiales previas al proceso^{102 103}, se prevé una audiencia preliminar^{104 105}, que deberá ser convocada en un plazo que no exceda las veinticuatro horas de la detención (artículo 16 de la Constitución), y que será oral, regida por el principio de inmediación, concentración y el contradictorio¹⁰⁶, con presencia obligatoria del Ministerio Público, el adolescente y su defensor (artículos 74.C, 76, Nos. 1 y 2 y 109.1º, *in fine*)¹⁰⁷; en ella las partes podrán solicitar las medidas

⁹⁹ Es probable que ello esté pautado por la intensa ingerencia que el CNA le confiere a la justicia en sede de ejecución de las medidas.

¹⁰⁰ Circular No. 54, de 29 de julio de 1994, de la Suprema Corte de Justicia.

¹⁰¹ El art. 74 F consagra el derecho a la defensa desde la detención, lo que supone un gran avance en orden a las garantías individuales.

¹⁰² La autoridad aprehensora sólo deberá proceder a la detención en caso de flagrancia, o por orden escrita del Juez, cuando existan elementos de convicción suficientes de la comisión de una infracción (artículo 74.C, Constitución, artículo 15). La detención será una medida excepcional (artículo 74.C). Además, se deberá poner de inmediato en conocimiento de ello al Juez, hacer conocer al joven los motivos de la misma y sus derechos, e informar a sus padres (artículo 74).

¹⁰³ Téngase presente lo que hemos dicho con respecto a la actuación policial en las circunstancias previstas en los arts. 117 y ss. y su relación con las garantías de la detención.

¹⁰⁴ Las audiencias, comunicaciones y plazos procesales están regulados en las SECCIONES VIII, IX y X del CAPÍTULO X. El proceso penal juvenil está gobernado en el CNA por el principio de celeridad y concentración procesal.

¹⁰⁵ Esta "audiencia preliminar", que sustituye a la "audiencia indagatoria" del artículo 114.1, inc. 1º, del Código del Niño (red. Ley 16.707), que bajo el mismo nomen iuris figuraba en el Proyecto de agosto de 1996, aparece con su formulación actual en el Proyecto de marzo de 1997.

¹⁰⁶ A diferencia de la audiencia indagatoria del artículo 114.1 del Código del Niño (red. Ley de Seguridad ciudadana) y la praxis extendida, que si bien permitían la presencia de la defensa en la audiencia, resolvían acerca de la situación provisoria del joven sin sustanciar la solicitud fiscal al respecto. Una interpretación más ajustada a la CDN, debería restablecer la igualdad de oportunidades para la defensa y mejorar la calidad del contradictorio en esa audiencia. La Acordada 7517, de 7 de junio de 2004, vino a corregir esa práctica (art. 4).

¹⁰⁷ El artículo 76.2, inc. 3º, dispone, además, que se "procurará" la presencia de los padres o responsables. El artículo 114.1, inc. 1º, del Código del Niño -redacción dada por el artículo 25 de la Ley 16.707-, en cambio, establecía la obligación de interrogar a los representantes legales.

probatorias que estimen convenientes, que deberán diligenciarse en audiencia, en plazos breves (artículo 76.3). Se aclara la naturaleza cautelar de las medidas que el Juez disponga con respecto al joven al cabo de la audiencia preliminar, en particular la internación provisoria (artículo 76.5)¹⁰⁸. La audiencia final deberá realizarse en un plazo de sesenta días, que se reduce a treinta si se dispuso arresto domiciliario o internación provisoria (artículo 76.4.B). Al cabo de los informes técnicos, si correspondiera, el Ministerio Público deducirá acusación -cuya fundamentación está estrictamente reglada-, que se sustanciará con un traslado a la defensa, la que además podrá ofrecer prueba y contradecir (artículo 76.8). El Juez deberá dictar sentencia al cabo de la audiencia final, obviamente, en forma fundada (artículo 76.10 y 11). Se establece el régimen impugnativo del Código General del Proceso, con apelación automática, en el caso de imponerse medidas de privación de libertad superiores a un año (artículo 76.14). En segunda instancia entenderán –como ya se dijo– los Tribunales de Familia; con la remisión al CGP, el régimen de casación es más limitado que el previsto en el Código del Proceso Penal (CPP), que abre la posibilidad de casar las sentencias que confirmen en todo a las de primera instancia.

No es el momento para plantear algunas cuestiones técnicas de interpretación, que implican un afinamiento que no es oportuno efectuar en esta oportunidad, p. ej., cómo y cuándo se diligencia la prueba ofrecida por la defensa al contestar la demanda, teniendo en cuenta que a partir de la contestación corre plazo para la realización de la audiencia final; o cómo se incorporan al proceso las actuaciones policiales; o cómo cesan las medidas cautelares, fuera de la internación provisoria y del arresto domiciliario¹⁰⁹, siempre y cuando no jueguen a su respecto las suspensiones del artículo 115, etc.

Algunos comentarios específicos.

El CNA avanza decididamente en la acusatoriedad del proceso penal juvenil, consagrando aspectos que la doctrina y el derecho comparado aconseja al respecto, lo que redundará en un proceso más respetuoso de las garantías a los derechos de la persona, con particularidades muy estimables en el caso de los jóvenes. Entre ellas resalta la ausencia del auto de procesamiento o de "iniciación del proceso", ausencia robustecida por reiteradas disposiciones que aluden a la inexistencia de responsabilidad de no mediar sentencia ejecutoriada (artículos 70, 74.B, inc. 2º, 77 y 86.1); todo esto consolida el principio de inocencia. En los hechos, es importante que la pureza del sistema no se desnaturalice por la duración excesiva del proceso.

¹⁰⁸ Desaparece la remisión expresa al artículo 16 de la Constitución que establecía el art 114.1, inc. 2º, del Código del Niño, y no existe un auto formal de "iniciación del proceso", equivalente al auto de procesamiento con el que se inicia la etapa sumarial del proceso penal de adultos.

¹⁰⁹ O, aún en estos casos, antes del vencimiento de los plazos máximos establecidos.

Obviamente, las medidas cautelares que puedan adoptarse en la audiencia preliminar no constituyen antecedentes con relevancia penal alguna.

Pese a la tendencia a la acusatoriedad, el CNA conserva una adecuada *presencia* e iniciativa judicial (p. ej. en las actuaciones previas y en la audiencia preliminar), que puede corregir los excesos del proceso acusatorio, en particular el riesgoso desplazamiento de poderes hacia el Poder Ejecutivo¹¹⁰. Ello es ostensible, p. ej., en la forma en que se reglamenta el principio de oportunidad reglada, pues el Juez puede prescindir de la persecución penal “oyendo al Ministerio Público”, que contrasta, p. ej., con la forma en que la solicitud de sobreseimiento vincula al Juez (artículo 76.8) (artículos 74.L y 104).

Observaciones críticas.

Sin perjuicio de lo expuesto, es preciso efectuar algunas observaciones críticas.

- a) En el artículo 74.J se consagra el principio de duración razonable, de importancia estratégica, por cuanto con la duración excesiva de los procesos entran en crisis buena parte de las garantías penales, de fondo y adjetivas. La norma expresa: “(...) En ningún caso la situación derivada de la formalización del proceso excederá en sus consecuencias al término de duración de la medida que *hubiere correspondido*”. No parece conveniente que el plazo razonable coincida con la medida proporcionalmente razonable; duración razonable no equivale a *pena* razonable, que es un concepto distinto. No es razonable que un proceso dure lo que dure la medida a recaer. El plazo razonable de duración de un proceso, si bien puede estar vinculado a la medida a recaer, debe establecerse en un porcentaje sensiblemente inferior, sobremanera cuando la concatenación de los plazos en el CNA es tan estricta y ágil, desde la detención hasta la audiencia final, en primera instancia. Si no fuera por la norma del artículo 76.4.B, que dispone que en caso de decretarse como medida cautelar la internación provisoria, la audiencia final se fijará en un plazo máximo de treinta días¹¹¹, el criterio de razonabilidad del artículo 74.J dejaría la puerta abierta al sistema de presos sin condena. En consecuencia, de la forma en que está consagrado el principio, pone en crisis el principio de inocencia, consagrado en el propio CNA (artículo 74.E).

Si bien es ostensible la preocupación del CNA por la celeridad, hay que tener presente que todo su sistema de abreviación de plazos rige sólo para la primera instancia. En efecto, como ya adelantamos, en materia de infracciones juveniles son competentes en primera instancia los Jueces Letrados de Adolescentes y en segunda instancia los

¹¹⁰ Eugenio Raúl Zaffaroni, *Sistemas Penales y Derechos Humanos en América Latina. Informe Final. Buenos Aires, Depalma, 1986, pág. 168.*

¹¹¹ *Que, sin embargo, puede estar sujeto a prórroga, por el juego del artículo 115.*

Tribunales de Familia (artículo 65), sin que el CNA establezca un sistema de duración específico de la segunda instancia¹¹². El régimen impugnativo de las resoluciones judiciales es el establecido en los artículos 253 y 254 del CGP, por lo que la duración de la segunda instancia estará reglada por esas normas, siguientes y sus concordantes (en particular los artículos 344 y ss.), y por los artículos 204 y ss. del CGP, que si bien han sido establecidos con el *desideratum* de la brevedad, no guardan relación con la celeridad de la primera instancia regulada en el CNA.

Por otra parte, hay que tener presente la norma del artículo 115 del CNA, conforme la cual, en casos excepcionales, el Juez podrá suspender el curso de los plazos procesales fundando la medida y la duración. No se establece allí cómo, quién y con qué consecuencias controla esas suspensiones, que a diferencia del régimen del CPP, que en cuanto a prórroga de plazos máximos de duración del proceso prevé la intervención de la Suprema Corte de Justicia y, eventualmente, la aplicación de sanciones administrativas estrictas.

b) El artículo 75 se remite en lo no previsto por el CNA al Código General del Proceso (CGP). Es posible que al consagrar el CNA un proceso con importantes niveles de acusatoriedad, a sus autores les haya parecido más apropiado remitirse en lo no previsto al CGP. Sin embargo, debe tenerse presente que este cuerpo de normas procesales, en los asuntos contenciosos, está diseñado para dirimir conflictos entre pares y con libertad de iniciativa, esencialmente distintos a la indagación acerca de un hecho y un responsable, que está en la esencia de la cuestión penal. Esto haría más coherente la remisión al CPP, que deberá incluir a los Pactos Internacionales de Derechos Humanos, en particular la Convención Americana, aprobada por la Ley 15.737, de marzo de 1985.

La remisión al CGP se vincula a una idea arraigada en nuestra doctrina procesal en cuanto a la unidad general del proceso. Sin embargo, pese a que formalmente puede lograrse un adecuado nivel de ensamblado formal y muy general entre el proceso civil y penal, existen diferencias de esencia pautadas por la construcción punitiva de los conflictos sociales, sobre la cual se construyen las garantías del debido proceso penal. La intervención punitiva siempre conlleva una *indagación* acerca de un hecho, sus circunstancias y sus responsables¹¹³, que inevitablemente genera una actuación anterior a la formalización del proceso¹¹⁴ y que en éste hace que las audiencias y la prueba no estén precedidas por las narraciones de las partes sino que, en mejor de los casos,

¹¹² A diferencia del artículo 114.1 del Código del Niño, redacción dada por la Ley de Seguridad Ciudadana.

¹¹³ Michel Foucault, *La verdad y las formas jurídicas*. México, Gedisa, 1984, págs. 91 y ss.

¹¹⁴ Que se filtra en el proceso, como en el caso del artículo 76.E, que puede estar mistificando el interrogatorio policial. El CNA, si bien consagra el derecho a no declarar (artículo 74.E), no prohíbe el interrogatorio policial -como hubiera sido deseable-, aunque lo rodea de la garantía del derecho a la defensa desde la detención (artículo 74.F) (y siempre queda pendiente la cuestión de si en nuestro derecho es constitucionalmente admisible la declaración sin la presencia del Juez). Al respecto, nos parece que debería mejorarse la notificación a "su defensor" (artículo 111), por una comunicación preceptiva e inmediata a Defensoría de Oficio, quien luego podría cesar en sus funciones ante la presencia de abogado particular (lo que, en la materia, sería excepcional).

estarían gobernadas por la necesidad de averiguar los hechos, a diferencia del proceso civil, en el que las partes determinan qué es lo que se debe probar¹¹⁵. Sin el CPP: ¿cuál sería el régimen de los allanamientos, qué significaría “flagrancia”?; ¿cuál sería el valor de la confesión?; ¿qué significaría “elementos de convicción suficientes”?; etc.?

- c) De acuerdo al artículo 76.2, si bien se respetan los plazos constitucionales, no se cumple con la normativa de la ONU. En efecto, el principio que rige en la CDN (Artículo 37.b), Regla 17 (RMPL) y Regla 10.2 de Beijing es el de que la detención dure el menor tiempo posible, y esto debió ser clara y expresamente consagrado en el CNA¹¹⁶, en consonancia con del principio de excepcionalidad de la detención (artículo 74.C), de excepcionalidad de la internación preventiva, y de excepcionalidad y mínima duración de la privación de libertad (entendida en el más amplio de los sentidos, según la Regla 11.B de las RMPL). El artículo 76.f dispone que si no fuese posible llevar al joven de inmediato a presencia del Juez¹¹⁷, deberá conducírsele al INAME/INAU, o a dependencias de la policía (donde no podría permanecer más de doce horas; supuestamente, al cabo de las cuales, volvería al INAME/INAU). Pero siempre la detención podría extenderse hasta las 24 horas. El plazo constitucional de 24 horas, si bien es un límite máximo, no puede ser el mismo para mayores que para menores, por esa razón la doctrina de la ONU opera por debajo de ese guarismo.
- d) UNICEF ha señalado que en el artículo 76.e el CNA deja la puerta abierta al interrogatorio policial, y que sería preferible la prohibición de todo interrogatorio en ese ámbito. Ciertamente el Código da por supuesto el interrogatorio policial, cuando el joven puede estar detenido hasta 24 horas, 12 de las cuales puede ser en dependencias policiales, y porque consagra además el derecho a la defensa desde la detención (artículo 74.F). Este temperamento del CNA guarda relación con la no consagración expresa y eficiente del principio de mínima duración de la detención¹¹⁸.
- e) La medida cautelar de internación provisoria (artículo 76.5.5) no está expresamente constreñida a la gravedad de la infracción, y sí sólo a la posibilidad de que en definitiva la infracción que se imputa pueda ser objeto de una medida privativa de libertad (artículo 86). Y, como vimos, esta última norma tampoco condiciona ese tipo de medida a la gravedad del delito¹¹⁹, con lo que se afecta el principio de excepcionalidad. Entonces: si la privación de libertad y la internación provisoria no están constreñidas a la gravedad de la infracción, el principio de excepcionalidad de la

¹¹⁵ Adolfo Gelsi Bidart, Proceso Penal. Aproximación a su funcionamiento. Montevideo, FCU, 1997, pág. 78.

¹¹⁶ Con las garantías del caso, p. ej., que se justifique explícitamente la duración de la detención.

¹¹⁷ Aunque la norma no dispone que deba llevarse al joven de inmediato a presencia del Juez, es posible interpretarla de esa manera, acompañándola con la doctrina de la ONU.

¹¹⁸ Véase lo que decimos al respecto en nota anterior.

¹¹⁹ A diferencia del Proyecto de 1999, que condicionaba la privación de libertad a la existencia de infracciones gravísimas (artículo 44).

detención carece de referencias que le confieran límites ciertos, lo que desvirtúa el principio. Por otra parte, no hay que perder de vista la desnaturalización de la detención por la vía de los artículos 117 y ss. Finalmente, la brevedad del plazo para la audiencia preliminar¹²⁰, así como el tenor del artículo 76.2, inc. 3º (que habla del “detenido”), están advirtiendo que lo normal será que la audiencia se celebre con el joven detenido, porque ¿qué sentido tiene que la audiencia se celebre en 24 hs. si el joven está en libertad? La ley debería despejar dudas y regular mecanismos como la inmediata liberación y el emplazamiento para la audiencia preliminar, que debería ser la regla.

- f) La evaluación médica y social del internado provisoriamente, prevista en el artículo 76.6, merece una serie de observaciones. En primer lugar, esa norma viene del Anteproyecto de 1996 (artículo 25.6), que limitaba esa evaluación “a las posibilidades de convivencia en régimen de internación”, lo cual tenía una filosofía limitadora de la intervención técnica y apuntaba a organizar la internación provisoria de la forma menos violenta posible. Ya en el Anteproyecto de marzo de 1997 se introdujo el actual texto, que establece que el equipo técnico se expedirá sobre “las posibilidades de convivencia en régimen de libertad”, con el cual se desnaturaliza el sentido original y la evaluación pierde toda referencia y sentido limitador de la intervención técnica, que ahora equivale a *conducta por la vida*. En segundo lugar, esa dispersión que adquiere el texto conspira contra el principio de inocencia, que tan celosamente consagra el CNA. En tercer lugar, tiene razón el informe de UNICEF cuando alerta sobre el riesgo de caer en un derecho penal de autor y peligrosa, con este tipo de evaluaciones no sujetas a límites racionales. En cuarto lugar, la inclusión tan temprana y dispersa de estas intervenciones técnicas, permuta la discusión jurídico penal por una discusión técnica –muchas veces no explicitada–, que opera como una suerte de proceso penal subterráneo de autor, que es a la postre el que decide el destino del involucrado.

IV) ASPECTOS EJECUTIVO PENALES

Comentarios generales.

En lo que refiere a la ejecución de las medidas socioeducativas, el CNA dedica un generoso número de normas, que supone un gran avance en la materia.

Se dispone que sólo podrán aplicarse por sentencia ejecutoriada (artículo 77), y se enfatiza en su carácter educativo, bajo la regla de la proporcionalidad (artículo 79). Se establece un amplio listado de medidas no privativas de libertad –que no es taxativo–,

¹²⁰ Que, huelga decirlo, es conveniente si el joven está detenido.

con una adecuada reglamentación de las más importantes, entre las que se incluye la mediación (artículos 80 y ss.). Se consagra expresamente la regla de la determinación de la duración para la libertad asistida y la libertad vigilada (artículo 84), así como la regla del *non bis in idem* (artículo 85).

Con respecto a las medidas de privación de libertad, como ya dijimos, no está claramente consagrado en el CNA el principio de excepcionalidad. El principio de mínima duración posible de la privación de libertad, está consagrado en el artículo 76.12, inc. 2º, y en el artículo 94, inc. 1º. Empero, su vigencia efectiva está coartada POR normas como la del artículo 92, inc. 2º, que presiona hacia el cumplimiento de las medidas hasta su finalización, o la del artículo 94, que condiciona el cese de la medida de privación de libertad al cumplimiento de su finalidad socioeducativa.

En el artículo 96 se establece una importante restricción a los medios de comunicación, en cuanto a la identificación de jóvenes en infracción, con un régimen de sanciones, que sigue el régimen procesal de las faltas y son competentes los Jueces Letrados de Adolescentes y los Tribunales de Familia, en segunda instancia (artículos 96 y ss.).

El CNA comporta un importante avance en orden a la jurisdiccionalización de la ejecución de las medidas en general, estableciendo, además, funciones de vigilancia y control (artículos 99 y ss.).

En cuanto a los objetivos de las medidas de privación de libertad, además de los fines educativos y de preservación del interés superior, que con alcance general se consagran en los artículos 79 y 76.12, se dispone, como principios especiales de la privación de libertad, la minimización de sus efectos perjudiciales y el fomento de su integración social, conforme a la Regla 3, de las RMPL, cuyas disposiciones estaban ya en el Anteproyecto de agosto de 1996 (artículo 102, acápites). Esta disposición permite ingresar al CNA enfoques alternativos a los tradicionales de la prevención especial positiva o teorías "re", enfoques que deberían compatibilizarse con el carácter educativo de las medidas (artículo 79) y que permitirían orientar la preservación del interés del adolescente en la privación de libertad (artículo 76.12).

El artículo 102.A consagra un satisfactorio programa mínimo de derechos en la privación de libertad¹²¹, aparte de los reconocidos en el artículo 74¹²², sin perjuicio de lo que diremos más adelante.

Con respecto a los deberes¹²³ del joven privado de libertad, hay que evitar que los mismos conduzcan a la gestación de un estado de aletargante sumisión o de transacción

¹²¹ La que debe ser entendida en el más amplio de los sentidos, conforme a la CDN (artículo 37.b) y RMPL (Regla 11.b) (artículo 102.C del CNA).

¹²² No se comprende por qué razón el artículo 102.A.2 suprimió el derecho a comunicarse con compañeros y amigos que incluía el Proyecto de 1999.

¹²³ Debería corregirse en el artículo 102.B la reiteración del respeto a los educadores y responsables, que se arrastra desde el Proyecto de 1999.

premieral, incompatible con los fines educativos, de integración o de reducción de los efectos perjudiciales, y que termine segando los derechos que el CNA consagra.

Observaciones críticas.

El CNA debió consagrar aparte, como principios específicos, aquellas reglas de respeto a derechos humanos y de organización básica institucional del derecho ejecutivo penal juvenil, y luego darles una presentación y desarrollo normativo. En el contexto de las normas procesales, el CNA consagra algunos principios que tienen particular relevancia en el campo de la ejecución de las medidas socioeducativas. Así los principios de judicialidad y legalidad (artículo 74.A), de humanidad (artículo 74.D), en particular. Además, debería hacerse una referencia a la aplicación de los demás principios del garantismo penal, de fondo y adjetivo, en lo que fueran aplicables.

Específicamente, el CNA debió consagrar expresamente y aparte, como principios específicos mínimos -aunque justo es reconocer que buena parte de ellos surge de sus normas en la materia-, los siguientes: seguridad jurídica (artículo 102.A.4, inc. 2°); orientación de la organización y gestión por la realización de derechos y necesidades (artículo 102, en general, y 102.A.4, inc. 1°); gestión educativa (artículo 79, inc. 1°); reducción de la vulnerabilidad al sistema penal juvenil (Resolución de la ONU 45/113, que aprueba las RMPL); minimización de los efectos perjudiciales del encierro (artículo 102, acápite); integración a la comunidad (artículo 102, acápite).

Los principios de excepcionalidad y de mínima duración de la privación de libertad, navegan a dos aguas entre el derecho penal juvenil de fondo y el derecho de la ejecución de las medidas socioeducativas. En esta área son importantes a los efectos de privilegiar la sustitución de la privación de libertad, el régimen de semilibertad y el cese de las medidas de privación de libertad.

Pensamos que el CNA pudo avanzar más en la incorporación de algunas normas incluidas en las RMPL, en particular algunos derechos que deben ser enfatizados en la privación de libertad y normas que se refieren a aspectos de organización de la privación de libertad, que consagradas como derechos tienen la virtud de promover *status* institucionales más proclives a respetar derechos y evitar su vulneración.

Así, p. ej., la Regla 24, sobre la información que debe recibir el joven a su ingreso; la Regla 32, que regula el espacio físico de los establecimientos y su mínima adecuación a las necesidades y derechos específicos del joven; las Reglas 32, 34, 35 y 85.e, que enfatizan en el derecho a la intimidad; las Reglas 59, 61, 45, 80 y 87.f, que promueven la paradójica apertura de las instituciones de encierro; la Regla 60, que consagra con gran concreción el derecho a las visitas; la Regla 72, que dispone la presencia de *Inspectores*, ajenos a la administración de los centros de privación de libertad; la Regla 77, que promueve la creación de un cargo independiente de *mediador*, para la articula-

ción de los conflictos, independiente de las funciones de vigilancia del Juez; la Regla 84, que obliga a adoptar formas de organización y gestión que faciliten la comunicación interna.

Disciplina y agrupamiento de jóvenes.

Otros aspectos importantes que contemplan las RMPL y que no aparecen jerarquizadas en el CNA son el régimen de disciplina y los criterios de agrupamiento de los jóvenes en la convivencia.

Un asunto trascendente como el régimen disciplinario no puede ser soslayado, por cuanto constituye una garantía fundamental en el encierro. El Proyecto de agosto de 1996 tenía algunas previsiones al respecto que fueron abandonadas por los Proyectos posteriores. Como mínimo al respecto, debería recogerse lo dispuesto por las Reglas 68, 69 y 70 de las RMPL, e incorporar la institución del *mediador*, pues suele ocurrir que cuando un conflicto se arrastra sin ser articulado, se criminaliza construyéndolo como un problema disciplinario; y lo que hace la disciplina, en tales casos, es disimular el conflicto, lo que no es una pauta adecuada para gestionar estas instituciones.

La Ley debería prever entonces, como mínimo, lo siguiente: que las infracciones disciplinarias constituyan actos lesivos antijurídicos y culpables, previamente tipificados por la reglamentación y jerarquizados por su gravedad; las sanciones deberán ser claramente relacionadas y limitadas en su duración; la autoridad competente y la alzada. Debería establecerse, además, la vigencia de principio de las normas de derecho penal juvenil y las garantías del debido proceso, en lo que fueren aplicables. E, insistimos, con la actuación *preceptiva* de un mediador, ajeno a los protagonistas de la infracción¹²⁴.

En cuanto al agrupamiento de jóvenes, el CNA apenas le dedica un fugaz pasaje, en el artículo 92, inc. 2º, conforme al cual las medidas de privación de libertad se cumplirán de acuerdo a criterios, "entre otros, de edad, complexión física, gravedad de la infracción y adaptación a la convivencia". Por cierto que la edad y la complexión física son criterios adecuados, mas la gravedad de la infracción no parece ser *per se* un criterio sólido, en la medida que no se tomen en cuenta algunas características del joven en orden a la convivencia. Estos criterios no deberían limitarse a la perspectiva de la *adaptación* a la institución, lo que sólo promovería actitudes disciplinarias inauténticas de sumisión, reñidas con la dignidad de la persona.

¹²⁴ Como protagonistas de la infracción incluimos, además del autor y partícipes, a la víctima y a quien eleva el informe.

V) EL CNA EN EL TIEMPO

Ya hemos mencionado que el CNA fue sancionado cuando los observadores estimaban que ello no ocurriría en esta última legislatura. Hubiera sido más prudente postergar algunos meses su entrada en vigencia, como corresponde con un cuerpo normativo de esta complejidad y alcance.

En estos momentos, las instituciones directamente involucradas en las cuestiones de niñez adolescencia, con gran urgencia comienzan a disponer lo necesario para adecuarse al nuevo Código.

En la urgencia, deberá considerarse el alcance de las normas penales en el tiempo.

De conformidad con el principio de la retroactividad de la ley penal más benigna, el art. 15 del Código Penal establece que "Cuando se suprimen... delitos existentes o se disminuye la pena de los mismos, se aplican a hechos anteriores a su vigencia, determinando la cesación del procedimiento o de la condena en el primer caso, y sólo la modificación de la pena, en el segundo, en cuanto no se hallare ésta fijada por sentencia ejecutoriada". El art. 9 de la Convención Americana establece que "si con posterioridad a la comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello". En consecuencia el alcance de la retroactividad de la norma penal cuando disminuye la pena es mayor en el Pacto de San José que en el Código Penal. A nuestro juicio el Pacto deroga al Código, en ese sentido.

Esto significa que con respecto a los jóvenes que estén procesados (existencia de "auto de iniciación de proceso") o condenados por tentativa o complicidad en delitos que no sean gravísimos (art. 72 del CNA), debe cesar el procesamiento o en su caso la condena (art. 69 del CNA).

En la medida en que el CNA establece un máximo de duración de las medidas privativas de libertad de cinco años (art. 91, inc. 1º), en función del principio de proporcionalidad, deberán revisarse la causas y modificarse los lapsos de las medidas, en el sentido dispuesto por la Convención Americana; en los procesos en trámite, en los cuales exista privación de libertad, deberá procederse de la misma forma, a la luz de lo dispuesto por el art. 74.J^{125 126}.

El art. 103 del CNA dispone que "El plazo de prescripción será de dos años para los delitos gravísimos y un año para los delitos graves". Conforme al art. 16 del Código Penal esta norma es también retroactiva, siguiendo *–mutatis mutandi–* el régimen referido en el párrafo anterior.

¹²⁵ Art. 74.J "(Principio de duración razonable). En ningún caso la situación derivada de la formalización del proceso excederá en sus consecuencias al término de duración de la medida que hubiere correspondido".

¹²⁶ Si bien el art. 7 del Código General del Proceso –vigente desde el año 1981– tiene diferencias con el Código Penal –de 1934–, en orden al alcance de la retroactividad de las normas penales, no debe ser tomado en cuenta en este aspecto por la remisión genérica al Código Penal que el CNA realiza en el art. 73.

En cuanto a las normas procesal penales rige la retroactividad consagrada por los arts. 8 del Código Penal y también 8 del Código del Proceso Penal (norma específicamente procesal), que coinciden en su tenor, retroactividad que solamente cede si la nueva ley suprime un recurso o elimina determinado género de prueba.

VI) REFLEXIONES FINALES

A lo largo de una década hemos asistido a numerosas iniciativas serias, tendientes a adecuar nuestra normativa vinculada a la infracción juvenil a los postulados de la CDN. Sin embargo, es apreciable el carácter ideológicamente errático y jurídicamente contradictorio de esos emprendimientos, que en los últimos tiempos se han alejado de la CDN.

Como hemos señalado, la forma política con la que peculiarmente se acordó la sanción de este Código (que fue aprobado en el Senado por 26 votos en 26 senadores presentes), abre un campo de discusión para su estudio y modificación.

En esa discusión la doctrina habrá de apuntar hacia la inconstitucionalidad de algunas de sus disposiciones, tanto en lo que tienen de afrenta directa a la misma, como en lo que contradicen a la Convención sobre los Derechos del Niño y otros Pactos y Convenciones sobre Derechos Humanos, que como ya es doctrina y jurisprudencia pacífica, ingresan a nuestro derecho positivo con rango constitucional.

Esto significa que se abre la posibilidad –que es imperioso difundir–, ora de emprender acciones de inconstitucionalidad contra aquellas disposiciones que lo merezcan, cuyo trámite será particularmente lento y sólo tendrá valor para los casos concretos en los que se planteen, con acceso al sistema interamericano de derechos humanos, ora de ensayar en vía interpretativa la abrogación de aquellos alcances inconstitucionales particularmente graves de algunas normas incluidas en este Código.

URUGUAY

REFLEXIONES SOBRE EL CÓDIGO DE LA NIÑEZ Y ADOLESCENCIA

LEY Nº 17.283

DR. RICARDO C. PÉREZ MANRIQUE *

Introducción

Desde 1934 rigió en Uruguay el Código del Niño, norma que fue considerada en su época modelo de la concepción dominante, que posteriormente fue identificada como “Doctrina de la Situación Irregular”.

El sistema definía un modelo de intervención del Estado respecto de los niños, con mayor precisión de algunos niños, basado en la figura todopoderosa del Juez de Menores, que actuaba con el criterio de un buen padre de familia (art.113), en el marco de un proceso que no era tal (art.119) y con una norma de hecho en blanco (art. 121), que permitía considerar en estado de abandono y generalmente privar de libertad a todo niño. En consecuencia la intervención estatal se desarrolla en el marco de la absoluta discrecionalidad del aplicador.

Tal normativa superó varios intentos de reforma, las que se hicieron especialmente necesarias a partir de la aprobación de la Convención de los Derechos del Niño, ratificada por Uruguay por Ley Nº 16.137 de 1990 y ante las observaciones del Comité de los Derechos del Niño de octubre de 1996 que marcaron la total contradicción entre la norma internacional y la ley interna.

En ese entonces, surgen desde el Poder Judicial, una serie de iniciativas que tienen la evidente finalidad de ajustar las prácticas judiciales a la Constitución de la República en primer término, a la luz de una nueva lectura de la misma desde los principios de la Convención de los Derechos del Niño, las que se concretan a través del dictado de Acordadas (actos administrativos obligatorios para los integrantes del Poder Judicial), tales como la 7.236 de 29 de julio de 2004 sobre “Ordenamiento de normas procesales en materia de menores infractores” y las 7.307 y 7.308, de 1996, relacionadas con la ejecución de medidas y la intervención en materia tutelar.

* Magistrado uruguayo.

La primera de ellas tomada como modelo por el legislador al aprobar el artículo 25 de la Ley Nº 16.707 denominada de Seguridad Ciudadana, introdujo el debido proceso legal respecto de los infractores a la ley penal.

Es precisamente a partir de 1996 que comienza un largo proceso, a iniciativa del Poder Ejecutivo de la época, que culmina con la aprobación prácticamente por unanimidad de un Proyecto de Código de la Niñez y Adolescencia por la Cámara de Diputados. Posteriormente, el Senado en 1999 sobre la finalización de la legislatura en tratamiento sobre tablas, dispone el retorno a comisión del proyecto, con lo que fracasa el proceso de reforma.

Después de las elecciones la nueva Cámara de Diputados comienza un largo proceso de discusión y revisión que culmina con la aprobación también prácticamente unánime de un Proyecto con fecha 18 de diciembre de 2001, el que es convertido en ley por aprobación del Senado de la República en el presente año de 2004 y que empezó a regir con fecha 26 de setiembre del presente.

Consideraciones generales

El proceso de reforma desde su inicio, tiene por criterio orientador y objetivo central, el ajuste de la legislación interna a la nueva concepción de la doctrina de Protección Integral de los Derechos de los Niños y Adolescentes, contenida en la CDN.

En consecuencia, el paradigma de la Convención de los Derechos del Niño que como he sostenido se integra con el concepto de niño como toda persona menor de 18 años de edad, su concepción como sujeto de derecho en desarrollo hacia la construcción de ciudadanía plena, cuyo interés superior debe ser contemplado en la medida que se respeten y protejan "integralmente" todos sus derechos, es la matriz a partir de la cual debió concretarse la reforma legislativa.

Dicho modelo en nuestro país tiene rango constitucional, toda vez que de acuerdo al artículo 72 de la Constitución de la República, conforme jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia (Sentencias 400/97 entre otras):

"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"

En consecuencia al analizar el Código de la Niñez y Adolescencia debe evaluarse si el resultado se ajusta a los objetivos trazados, sin perjuicio de no poder obviarse que la cuestión de la efectividad de los derechos y de la normativa es central pues se debe luchar contra prácticas y formas de pensar incorporadas, se podría afirmar que visceralmente, en la mentalidad de los operadores del sistema de protección.

Como afirmara la Suprema Corte al expresar los fundamentos de la Acordada N° 7.236:

“...la práctica judicial suele ser, en muchos aspectos, tratándose de hechos similares, menos garantizadora de los derechos y más severa, en relación a menores presuntamente infractores que respecto a quienes son imputables penalmente, siendo obvio que la edad no debe ser motivo para una discriminación que se traduce en un inadmisibles tratamiento diferencial”

En definitiva, la CDN define un nuevo criterio en la relación entre los adultos y los niños y adolescentes, el Código aprobado debe ser considerado en consecuencia a la luz de tal criterio fundador, es decir determinar si recoge adecuadamente tales orientaciones y se habilita la construcción de prácticas acordes con las mismas.

Con la intención de reflexionar sobre estos aspectos se ingresará al análisis las soluciones normativas en los aspectos que son esenciales para determinar si habilita la construcción de ciudadanía responsable de todos los niños y adolescentes.

Los principios

Los artículos 1 a 17 del Código subdivididos en Principios Generales, De los Derechos de los Niños y Adolescente, De los Deberes del Estado y de los Deberes de los Padres o responsables, así como De los Deberes de los Niños y Adolescentes, constituyen un desarrollo de los principios básicos de la Doctrina de la Protección Integral.

Las críticas al Código se han desarrollado sobre aspectos puntuales, sin tener en cuenta que los principios contenidos en estos artículos condicionan la interpretación de aspectos que pueden resultar controvertidos o dudosos.

Se define el ámbito de aplicación del Código: todos los seres humanos hasta los dieciocho años de edad, entendiéndose por niño a toda persona de hasta 13 años de edad y como adolescentes a las personas desde los 13 años hasta los 18 años incompletos (art. 1).

Se recoge así el principio de la CDN que determina la fijación de edad mínima respecto de la responsabilidad por actos infraccionales.

El artículo 2 establece que todos los niños y adolescentes son sujetos de derechos deberes y garantías, inherentes a su calidad de personas humanas. Se consagra así un elemento cardinal, que consiste esencialmente en la puesta en práctica de este principio general respecto de las personas de hasta 18 años de edad, a los cuales se rescata de la consideración como objetos que habían tenido hasta el presente.

Se consagra el principio de protección de los derechos (art. 3), el que se expresa a través de medidas especiales de protección, por su condición de sujeto de derecho en desarrollo.

Se determina como obligados en ese plano a la familia, a la sociedad y al Estado, en término de deuda obligación, es decir la positivización de los Derechos de la Infancia, se manifiesta en definir en concreto y como consecuencia de la existencia de la obligación de respeto de los derechos, la determinación de los obligados.

El artículo 4 determina un criterio de interpretación de esta norma y de las restantes referidas a los niños y adolescentes, en función de las disposiciones y principios generales de la Constitución de la República, la Convención de los Derechos del Niño, leyes nacionales y demás instrumentos internacionales.

Entiendo que esta norma establece un principio especial de interpretación a partir de las normas más generales, es decir de la Constitución y de la CDN, con lo que legitima un criterio que toma a las normas más generales como fuente inspiradora de las normas particulares, lo que se verá posteriormente de qué manera incide en ciertas circunstancias.

El Código contiene una aproximación a la definición del principio del interés superior del niño, definido como criterio específico de interpretación e integración, artículo 3 de la CDN, que es innovador y único en el Derecho Positivo vigente en el continente: se lo define como el reconocimiento y respeto de los derechos inherentes a su persona humana, pero a lo que se agrega una garantía: "este principio no se podrá invocar para menoscabar tales derechos". El último apartado refiere a la interpretación de la norma a partir de los derechos en juego de los niños y adolescentes, en cada uno de los casos a estudio, lo que deberá fundamentarse adecuadamente de forma de no menoscabar o suprimir sino de afianzar y garantizar el ejercicio de tales derechos.

El artículo 7 refiere a la concurrencia para la efectividad y la protección de los derechos, reproduciendo en líneas generales los principios de la Constitución de la República y de la CDN, es decir reconociendo el rol principal de la familia, la necesidad del aporte estatal cuando ésta tenga dificultades para cumplir su función (Cfme. arts. 40 y 41 de la Constitución).

En el plano de la consagración de derechos, se destaca en el artículo 8 el de acudir ante los Tribunales, con asistencia letrada, debiendo ser oído, siendo nulas las actuaciones que se cumplan sin contemplar tales garantías.

Se efectúa una enumeración de derechos en el artículo 9, que se declaran como esenciales, destacándose el de la dignidad; el artículo 11 consagra el derecho a la privacidad de la vida.

Es esencial el derecho al disfrute de los padres y la familia del artículo 12: reconoce a la familia como el ámbito adecuado para el logro de la protección integral, teniendo derecho todo niño y adolescente a vivir y crecer en ella y a no ser separado por razones económicas.

La separación solamente puede ser decretada en su interés superior y con las garantías del debido proceso. Se garantizará el contacto con sus padres, salvo que esto sea contrario a su interés, en tal caso se derivará a un grupo familiar y en última instancia y por el menor tiempo posible será derivado a establecimiento público o privado.

El sistema general que articula el Código es de garantías, las que se determinan fundamentalmente por la intervención del Poder Judicial en el marco del debido proceso legal, pero a través de una intervención acotada por la necesidad de restituir derechos amenazados o vulnerados, limitada a un función de restitución y con la orientación de preservar este derecho central al disfrute del medio familiar.

Se repite, la intervención del Estado respecto de los derechos de los niños solamente se justifica en dos hipótesis: ante vulneración o amenaza de derechos o ante infracción a la ley penal, entendiéndose que ante esta situación debe generarse una reacción estatal de responsabilidad y de creación de ciudadanía en los términos del art. 5 de la CDN.

De los adolescentes y las infracciones a la ley penal

El legislador ha dedicado a la cuestión la mayor cantidad de artículos que suman 47, lo que demuestra la especial preocupación por un asunto de gran repercusión pública a partir de las demandas de la población sobre su seguridad.

El tema es polémico por naturaleza y es en este aspecto puntual en que se han centrado las críticas más duras respecto del proyecto.

Como no es el objetivo de este trabajo un comentario o desarrollo del Código en profundidad, sino un análisis de sus aspectos fundamentales, desde la óptica de la Doctrina de la Protección Integral, el estudio se limitará a los puntos críticos de un sistema de responsabilidad de adolescentes (en el Uruguay la palabra "juvenil" tiene un alcance más amplio).

Garantías de fondo o creación de un Derecho Penal Mínimo (arts. 69/73)

El legislador ha intentado acercarse hacia la determinación de un Derecho Penal Mínimo de aplicación a los adolescentes.

Así el artículo 69 define como infracciones a la ley penal: las acciones u omisiones dolosas, consumadas, cometidas en calidad de coautor.

Acciones u omisiones culposas, cometidas en calidad de autor o coautor, cuando conforme informe técnico, el adolescente disponía de capacidad cognitiva de las posibles consecuencias.

Este artículo 69 2) introduce una suerte de juicio de discernimiento cuando un adolescente incurre en conducta culposa, lo que es de rechazo siendo inclusive de difícil

interpretación el objetivo del informe técnico, al que parecería que indebidamente se le está asignando la función de determinar la “capacidad de culpa” del indagado.

La única interpretación de la norma en función de los principios generales del Código desarrollados y que permitirá una práctica garantizadora de derechos es que en caso de imputarse conductas a título de culpa deberá preceptivamente solicitarse informe técnico en forma previa, debiendo estarse, obviamente, a la decisión judicial.

Tentativa y complicidad solamente en el caso de infracciones gravísimas: homicidio, privación de libertad agravada y secuestro.

El artículo 72 distingue entre infracciones graves y gravísimas, detallando las segundas: homicidio, lesiones gravísimas, violación, rapiña; privación de libertad agravada; secuestro; extorsión; tráfico de estupefacientes; delitos castigados como mínimo con seis años de penitenciaría y como máximo igual o superior a 12 años de dicha pena y la tentativa y complicidad en los casos vistos.

Se suprimen las presunciones en las violaciones cometidas por personas de hasta 18 años de edad, lo que significa que la acusación debe probar todos los elementos del tipo, incluso las violencias o amenazas.

Las demás son infracciones graves.

Esta calificación se justificaba en el proyecto original elaborado por la que se denominara Comisión Revisora, porque solamente se permitía privar de libertad por delitos gravísimos. No obstante, este criterio no fue seguido en el proyecto aprobado.

Se consagra el principio de que solamente se considera infractor a quien ha sido declarado tal por sentencia firme.

De acreditarse la imputación objetiva y subjetiva de las conductas, en función de los principios generales del Derecho Penal.

El artículo 73 del Código consagra posición jurisprudencial en el sentido de no computar las circunstancias agravantes de la responsabilidad, previstas en Derecho Penal como elementos determinantes para el agravamiento de la pena.

Puede considerarse que se ha recortado el número de figuras delictivas que pueden reprocharse a los adolescentes, algunas de gran difusión, tales como la tentativa de hurto.

Solamente podrán considerarse delitos consumados en grado de autor o coautor, suprimiéndose también la tentativa salvo en tres delitos gravísimos y la complicidad en las mismas hipótesis.

Finalmente, la supresión de las agravantes es fundamental, porque en la aplicación de la ley anterior al Código, en el cómputo de las agravantes radicaba muchas veces el fundamento de la imposición de la medida de privación de libertad.

Garantías del procedimiento (art.74)

solamente son responsables los adolescentes más de 13 y menos de 18 años (b)

principio de humanidad (d) humanidad y respeto; no sometido a torturas etc, contacto permanente con su familia o responsables

principio de inocencia (e)

inviolabilidad de la defensa, desde la detención, en el proceso y hasta la ejecución completa de la medida (f)

libertad de comunicación durante la privación de libertad: libremente y en privado con defensa, padres, responsables, familiares y asistentes espirituales

Régimen procesal (arts.75/76)

76 Num. 1) lit a) f) la policía si no puede llevar de inmediato ante el Juez, con autorización de éste lo conducirá a INAU o sede policial, no pudiendo permanecer allí más de 12 horas

Centro de Detención: la norma no desea que los adolescentes permanezcan a cargo de la Policía y limita severamente el tiempo de permanencia a su cargo

Esto se ve reforzado con la obligación del informe médico en los traslados institucionales y a la sede judicial, esto también alcanza al INAU

Al finalizar audiencia indagatoria se debe fijar audiencia final para sentencia:

en 60 días

en 30 días se aplicó privación de libertad o arresto domiciliario

Medidas cautelares: solamente con fines procesales, asegurar comparecencia, seguridad de la víctima denunciante o testigo

El arresto domiciliario

La internación provisoria, solamente se puede cumplir en establecimiento de INAU

En estos últimos dos casos no puede durar más de 60 días, transcurrido dicho plazo sin el dictado de sentencia se decretará la libertad (la remisión al 86 es inocua por el contenido del mismo).

Informes durante privación cautelar de libertad

Del equipo técnico del establecimiento/en 20 días/evaluación médica y psicosocial, expresamente debe pronunciarse sobre la posibilidad de convivencia en régimen de libertad

Centro internación- además los que el Juez disponga, supervisarán aplicación, informes verbales en audiencia (cuando el Juez lo disponga así)

Contenido de la sentencia, medidas o la cuestión de la privación de libertad

La cuestión de la privación de libertad está en el centro de la polémica respecto del Código.

La medida está relacionada en tres normas:

El artículo 76 Num 5 inc.5 se refiere a la privación de libertad de libertad como medida cautelar, la que está limitada en un doble sentido: a las hipótesis del artículo 86 y exclusivamente a la finalidad procesal de asegurar la comparecencia del indagado y la seguridad de la víctima del denunciante o de los testigos¹.

Esta normativa presenta desde el punto de vista del análisis del régimen del Código un importante avance en cuanto al carácter exclusivamente procesal del fundamento de la aplicación de la medida en carácter de cautelar.

No obstante señalar que el legislador ha dispuesto una estricta limitación en el tiempo, pues se limita a sesenta días, disponiéndose la libertad inmediata del adolescente si en dicho plazo no se dicta sentencia definitiva.

Representa un avance significativo en la medida que en Derecho Penal de adultos se introducen criterios tales como el de la alarma social para justificar los procesamientos con prisión.

A la consideración del artículo 86 ingresaremos a continuación.

El Código distingue entre medidas no privativas de libertad y privativas de libertad, se ha señalado que en realidad se ha aprobado una normativa que permite considerar que la privación de libertad es la regla, en directa violación de los principios de la CDN.

Admito que la redacción del Código concretamente en alguno de los artículos no es satisfactoria y que responde a la necesidad de obtener determinados acuerdos a nivel parlamentario para que lograra la aprobación final.

Puntualmente en su artículo 86 el Código responde a la intención de evitar que la privación de libertad sufriera a criterio de sus impulsores la limitación original y quedara referida solamente a los delitos calificados como gravísimos, generando un criterio amplio, que podría derivar a criterio discrecionales de aplicación².

¹La internación provisoria.

El arresto domiciliario y la internación provisoria no podrán durar más de sesenta días. Transcurrido ese plazo sin que se hubiera dictado sentencia de primera instancia, se deberá dejar en libertad al adolescente. Ambas medidas cautelares sólo podrán aplicarse si la infracción que se imputa al adolescente puede ser objeto en definitiva de una medida privativa de libertad, de acuerdo con el artículo 86, y siempre que ello sea indispensable para:

A) Asegurar la comparecencia del adolescente a los actos procesales esenciales.

B) La seguridad de la víctima, el denunciante o los testigos.

La internación provisoria se cumplirá en un establecimiento especial del Instituto Nacional del Menor.

² *Artículo 86. (Aplicación). - Las medidas privativas de libertad sólo se aplicarán a los adolescentes declarados por sentencia ejecutoriada, responsables de infracción, que a juicio del Juez justifique las mismas.*

También podrán aplicarse a los adolescentes que, habiendo sido declarados por sentencia ejecutoriada responsables de una infracción, incumplan las medidas adoptadas por el Juez.

Ahora bien la medida de privación de libertad en la norma en estudio aparece limitada prima facie exclusivamente al juicio del Juez en cuanto a su justificación. Refiriéndose a continuación al incumplimiento de otras medidas como hipótesis de aplicación.

El primer párrafo leído aisladamente podría sustentar una solución de discrecionalidad, opuesta radicalmente a los principios de la CDN, no obstante lo cual, a continuación se incluye el artículo 87 de la anterior redacción que debe interpretarse conforme los principios generales del Código ya vistos, especialmente los artículos 2, 3, 4, 6 y especialmente 12 como severamente limitativo del margen del Juez para determinar qué medida habrá de aplicar, prefiriendo las no privativas de libertad³.

En primer término se establece que las medidas de privación de libertad no son obligatorias para el Juez, lo que debe entenderse en el sentido de que el Juez en ninguna hipótesis está inhabilitado para decretar medidas no privativas de libertad.

Tal afirmación tiene importancia fundamental en un país como el Uruguay, en el que el artículo 27 de la Constitución, limita la libertad provisional a los casos de delitos en los que recaerá pena que no sea de penitenciaría (más de 24 meses de reclusión). En Uruguay el Juez penal está obligado a procesar con prisión en todos los casos en que se configura uno de estos tipos de delitos cometidos por adultos.

Tal norma no obliga al Juez de Adolescentes, lo que ya impone una severa limitación a la aplicación de la medida de privación de libertad.

Se aplican solamente en caso de que no existan otras medidas adecuadas, son en consecuencia RESIDUALES. Lo que debe leerse en consonancia con el artículo 79 in fine cuando fija los criterios de proporcionalidad y de idoneidad para la selección de las medidas.

Idoneidad debe entenderse en el sentido de aptitud para lograr los fines requeridos de la medida definidos en el mismo artículo: procurar la asunción de responsabilidad del adolescentes y fortalecer en el mismo el respeto por los derechos humanos y las libertades fundamentales de terceros como asimismo el robustecimiento de los vínculos familiares y sociales (79 inc. 1 in fine).

En resumidas cuentas, debe seleccionarse la medida más idónea, más apta, para habilitar la construcción y desarrollo del sujeto de derecho adolescente que cometió infracción a la ley penal, lo que debe leerse en el contexto del art. 5 de la CDN.

Se le asigna al Juez un deber adicional, el que debe ser considerado también desde los principios generales: la motivación de por qué no aplica medida no privativa de libertad.

³ *Artículo 87. (Aplicabilidad).* - Las medidas privativas de libertad no son obligatorias para el Juez. Se aplicarán cuando configurándose los requisitos legales, no existan otras medidas adecuadas dentro de las no privativas de libertad. El Juez fundamentará los motivos de la no aplicación de otras medidas. Se tendrá en consideración el derecho del adolescente a vivir con su familia, y en caso que proceda la separación, a mantener contacto permanente con la familia, pareja, amigos, referentes afectivos y otros, si ellos no fueren perjudiciales para el mismo.

Tendrá que analizar el caso a estudio y fundar por qué razón en el arco de medidas no privativas de libertad no encuentra ninguna adecuada.

Lo que significa a mi entender otro elemento de garantía que no está dicho de modo expreso: la erradicación de la aplicación mecánica de la Regla Nº 17 de Beijing en el sentido de que aún en las hipótesis del literal c) el Juez no está obligado a privar de libertad.

Finalmente y sobre este aspecto, la justamente criticada remisión al anacrónico criterio de la peligrosidad inserta en el inciso 3º del artículo 91⁴, en oportunidad de referirse a infractores que cumplen mayoría de edad y que deben continuar sometidos al cumplimiento de la medida de privación de libertad, si bien inapropiada está referida estrictamente a personas que son mayores de edad.

A mi criterio no existe mayor discrecionalidad que la habitual en toda decisión judicial, con el agregado de que está severamente reglamentada la forma de fundamentación para justificar la aplicación de la medida.

Corresponderá a la Defensa y a la Segunda Instancia, preceptiva cuando la privación de libertad sea por más de un año (art. 76 Num. 14 inc. 2) el adecuado contralor de la aplicación excepcional de la medida de privación de libertad.

Sin duda la jurisprudencia responderá a estos principios y los hechos demostrarán que la privación de libertad no es la regla sino la excepción, no obstante las críticas que se han formulado.

Sin norma habilitante y en aplicación de los principios generales se ha afirmado:

“En primer lugar deja constancia su radical discrepancia con los lacónicos y escuetos fundamentos de la imposición de la medida que el Señor Juez de Feria realiza en el acto de disposición recurrido, muy cercanos a los propios de un derecho penal de autor y no de acto (fs.13). Fundamentación totalmente insuficiente atento el derecho que se afectó en la decisión jurisdiccional.

Se funda sin otra consideración en los antecedentes registrados en las sedes especializadas, en la ausencia de continentación familiar y fugas...

La Sala reiteradamente ha señalado que los antecedentes no son elemento relevante en sede de menores, menos cuando según constancia de autos en ninguna de las causas se ha dictado sentencia definitiva, por tanto existe solamente semiplena prueba de la eventual participación del indagado.

La falta de continentación familiar y las fugas, son argumentos propios de un derecho penal de autor”.

⁴ “En situaciones de peligrosidad manifiesta, se adoptarán las medidas que fueren compatibles con la seguridad de la población y los propósitos de recuperación del infractor”.

En cuanto al principio de la privación de libertad como última ratio, en la legislación comparada y en la doctrina ha sido desarrollado en el entendido que constituye la obligación del operador jurídico de considerar en primer lugar el abanico de medidas disponibles y es a falta de otra medida adecuada que se aplica la de privación de libertad.

Como la Sala ha sostenido reiteradamente, tal principio invierte la relación entre medidas que privan de libertad que constituyen la excepción, las que se aplican preferentemente, y la privación de libertad que es lo verdaderamente excepcional y alternativo.

La Defensa Social, que constituye el sustento de todo sistema punitivo, aunque no el único, no puede ser sostenida como exclusivo fundamento de la aplicación de sanciones que se sustentan en criterios relativos a la personalidad o situación familiar del indagado y no en la entidad de la conducta que se reprime, lo que se expresa, se repite, en la dicotomía Derecho Penal de Autor versus Derecho Penal de Acto.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos en Opinión Consultiva N° 17/2002 Párrafo 135 expresa al respecto: "Las normas internacionales procuran excluir o reducir la "judicialización" de los problemas sociales que afectan a los niños, que pueden y debe ser resueltos, en muchos casos con medidas de diverso carácter, al amparo del artículo 19 de la Convención Americana, pero sin alterar los derechos de las personas... Por ello es preciso que se regule con especial cuidado la aplicación de estos medios alternativos en los casos en que se hallan en juego los intereses de los menores de edad".

A mayor abundamiento se ha afirmado:

"En cuanto a la privación de libertad en sí, la misma se justifica y legitima como medida cautelar – cf. Sentencia SCJ 13/00 entre otras– cuando ella tiene por finalidad evitar la destrucción de prueba o que el presunto autor utilice su libertad para presionar testigos o a la víctima para sí obtener beneficios en el proceso, o para asegurar la comparecencia del imputado en juicio".⁵

Conclusiones

En el marco acotado de un análisis de las normas del Código de la Niñez y Adolescencia con relación a sus aspectos más polémicos, especialmente en los cuestionamientos referidos al principio de la privación de libertad, a partir del análisis realizado es posible considerar lo siguiente.

El Código establece un adecuado marco de interpretación y de protección de los derechos de los niños, niñas y adolescentes acordes con los principios de la Convención de los Derechos del Niño establecidos por la CDN.

⁵ Tribunal de Apelaciones de Familia de 2° turno Sentencia N° 124/2004.

Normas que no se analizaron en este trabajo como las correspondientes al Derecho de Familia, protección de niños y adolescentes amenazados o vulnerados en sus derechos, definen desde lo jurídico lo que sin duda debe considerarse un importante avance desde lo normativo.

No obstante, sin políticas sociales adecuadas y sin el compromiso y la capacitación de quienes desde el mundo adulto nos relacionamos con los niños y adolescentes, ninguna norma por más adecuada que sea será apta para cumplir con sus cometidos.

La falta de medios y las carencias en la formación y en el compromiso han llevado al fracaso a legislaciones más elaboradas en lo jurídico.

Pero lo central sigue siendo desterrar las prácticas tutelares que están insertas en las mentes y en los corazones y afluyen expresa o subliminarmente ante la primer dificultad.

Este Código que fija una edad mínima de responsabilidad en los 13 años, que no es de las más bajas en el Derecho Comparado, que delimita en forma bastante completa un Derecho Penal Mínimo, de acto, en que las tentativas y la participación en grado de complicidad están reducidas a tres delitos de todos el espectro, en que han quedado radiados delitos muy frecuentemente cometidos por adolescentes es un avance indudable.

Las críticas puntuales, que se comparten en parte, deben ser objeto de un trabajo con el objetivo de lograr un ajuste legislativo posterior.

Pero la batalla por la puesta en práctica de sus principios desde la sociedad y desde la mente y los corazones de los operadores, no admite la menor demora porque la aplicación de una legislación que habilite la creación de ciudadanía responsable es cuestión esencial a la calidad de la Democracia en que vivimos.

En resumen: este Código pese a sus imperfecciones, como se ha visto en los puntos de análisis de este trabajo, permite construir una interpretación y una práctica acordes con la Convención de los Derechos del Niños, respetuosa de los Derechos del Niño y que ampare la formación y construcción del sujeto de derecho.

DERECHOS HUMANOS, SEGURIDAD Y LOS NIÑOS, NIÑAS Y ADOLESCENTES DE AMÉRICA LATINA

ROBERTO GARRETÓN

Ser niño, niña o adolescente en América Latina es difícil.

Significa pertenecer a la región menos equitativa del mundo, donde el 20% de los más ricos obtienen 60% de la riqueza generada y los 40% más pobres, apenas el 10%.

Significa haber nacido en una región donde en promedio se gasta menos del 20% de los presupuestos nacionales en salud y educación y más del 35% de las exportaciones nacionales en servicio de la deuda.

No deben sorprender, entonces, las estadísticas que nos dicen que un niño de cada diez nace con bajo peso, o llega a adulto sin saber leer o escribir, y que dos ya estén trabajando a corta edad.

Esa realidad la vemos cada día en los niños de las calles de nuestras principales ciudades, limpiando vidrios, vendiendo chicles, o haciendo gracias.

Ser niño, niña o adolescente en América Latina es hoy peor que antes.

Hasta hace algunos años, el drama era que los discriminábamos, los excluíamos y los ignorábamos. Les desconocíamos su dignidad esencial.

Hoy los vemos como una amenaza a nuestra seguridad, casi como un enemigo, pasando a ser blanco fácil de discursos y prácticas que erróneamente buscan combatir la inseguridad pública desconociendo los derechos humanos de los más vulnerables. La Alta Comisionada para los Derechos Humanos, señora Louise Arbour, ha levantado su voz y autoridad moral señalando la inconsistencia de esas políticas con las obligaciones asumidas por los Estados en los tratados de derechos humanos que éstos han asumido y se han obligado a respetar.

Peor aún si el niño es indígena o descendiente de esclavos.

Y peor aún si se les asocia a los polillas, maras, bandas, pandillas, o como se las quiera llamar.

No se piensa si esos niños, solos o unidos en maras son, en realidad, las víctimas de la inseguridad.

Es verdad que el tema de la seguridad está hoy en centro de los debates políticos tanto en lo interno como en lo internacional. Las personas y los pueblos reclaman seguridad. Todos los golpes y dictaduras militares que hemos sufrido los latinoamericanos se han pretendido justificar en razones de seguridad. Pero nunca vivimos más inseguros que en las dictaduras y sus doctrinas de seguridad nacional, y sus recursos a medidas de fuerza, algunas revestidas de un simulacro de legalidad formal, otras, sin concesión alguna a la decencia: los estados de excepción; el recurso a tribunales militares para juzgar civiles, incluidos niños; servicios llamados de "seguridad"; campos de concentración conocidos o clandestinos; con total impunidad, etc.

Pero, dramáticamente, también en democracia hay resabios de autoritarismo que nos hablan de "mano dura", "tolerancia cero", "gatillo fácil", "guerra a las drogas", "guerra contra el terrorismo", y con ellos vienen las propuestas de aumento de presupuestos policiales y militares; de aumento de penas; de tratamiento judicial de los niños como si fueran mayores; de rebaja de la edad de la imputabilidad penal; de permitir la detención de sospechosos sin cargos bajo acusaciones de participar en desórdenes públicos e, incluso, de encarcelarlos por motivos de protección del propio niño. Se suele demandar la reedición de la pena de muerte. Y no faltan los que justifican la tortura, las ejecuciones extrajudiciales y las políticas de "limpieza social". El concepto de "seguridad ciudadana", legítimo en principio, se invoca para justificar políticas ética y jurídicamente insostenibles. Muchas de estas propuestas son flagrantemente contrarias a los tratados de derechos humanos que los Estados se han soberanamente comprometido a respetar, y a las propias Constituciones nacionales y así lo ha declarado reiteradamente el Comité de los Derechos del Niño¹.

No se trata sólo de propuestas; en nuestra región también hay hechos: detenciones abusivas y palizas, violaciones sexuales y atentados contra la vida. Centenares de niños y adolescentes mueren ejecutados extrajudicialmente a manos de agentes policiales o de "escuadrones de la muerte" o "grupos de auto-defensa"². Iniciativas oficiales para poner fin a estos asesinatos son ampliamente publicitadas en muchos países, pero pocos son los responsables que comparecen ante los tribunales. Así lo han establecido el mismo Comité y la Relatora sobre Ejecuciones extrajudiciales, arbitrarias o sumarias.

¹ Observaciones del Comité de Derechos del Niño para El Salvador (CRC/C/15/Add.232) y las observaciones del Comité de Derechos Civiles y Políticos para Guatemala (CCPR/CO/72/GTM).

² Observaciones del Comité de Derechos del Niño para Brasil (CRC/C/15/Add.232) y para Honduras (CRC/C/15/Add.105).

Ciertamente, las maras y pandillas son causantes de inseguridad. Lo que cabe discutir si la vía de garantizar la seguridad son los resabios de los autoritarismos.

Naciones Unidas ha elaborado un concepto nuevo de seguridad, la seguridad humana. En 2003 fue publicado el excelente informe “La Seguridad Humana Ahora”, elaborado por una Comisión de altísimo nivel nombrada por el Secretario General, y de la que formó parte la digna hija del país que hoy nos acoge, Sonia Picado. El informe destaca que “las demandas de seguridad humana involucran una amplia gama de cuestiones interconectadas. En su labor la Comisión se ha concentrado en cierto número de conexiones diferentes pero interrelacionadas derivadas de los conflictos y la pobreza, en la protección de las personas durante conflictos violentos y en situaciones posteriores a los conflictos, en la defensa de las personas que se ven obligadas a desplazarse, en la superación de inseguridades económicas, en la garantía de la disponibilidad y asequibilidad de la atención médica esencial, en la lucha contra el analfabetismo y contra la miseria educativa, y en la eliminación de las escuelas que promueven la intolerancia”.

Sergio Vieira de Mello –nuestro asesinado Alto Comisionado para los Derechos Humanos– escribió que “las violaciones graves a los derechos humanos constituyen a menudo el núcleo de la inseguridad interna e internacional”, para luego lamentarse de nuestra “incapacidad de comprender la amenaza para la seguridad que suponen las violaciones graves de los derechos humanos y la incapacidad de lograr consensos prácticos a la hora de actuar contra la amenaza”³.

No obstante esta nueva conciencia de lo obvio, creo que falta un paso más que dar. Creo que la solución llegará cuando estudiemos el fenómeno de la inseguridad y adoptemos las políticas pertinentes con “enfoque o perspectiva” de derechos humanos y busquemos hacer realidad el derecho humano a la seguridad.

Esto no debiera ser una novedad, si la propia Declaración Universal proclamó “que el desconocimiento y el menosprecio de los derechos humanos han originado actos de barbarie ultrajantes para la conciencia de la humanidad; y que se ha proclamado, como la aspiración más elevada del hombre, el advenimiento de un mundo en que los seres humanos, liberados del temor y de la miseria, disfruten de la libertad de palabra y de la libertad de creencias” así como consideró “esencial que los derechos humanos sean protegidos por un régimen de derecho, a fin de que el hombre no se vea compelido al supremo recurso de la rebelión contra la tiranía y la opresión”.

El derecho humano a la seguridad está consagrado en el artículo 3 de la Declaración Universal y uno de la Declaración Americana junto a la vida y la libertad; y en los artículos 9 del Pacto de Derechos Civiles y Políticos y 7 de la Convención Americana, en ambos casos ligado sólo a la libertad.

³ Revista Sur Internacional de Derechos Humanos, N° 1, página 175.

El derecho a la seguridad consiste en la certeza del goce de todos los derechos humanos, y en este sentido es un derecho integrador de todos los demás. Mientras el ciudadano no sienta asegurado sus derechos a no ser discriminado; a no ser torturado; a no ser encarcelado arbitrariamente, a no ser víctima de delitos; a que va a comer esta noche, y que sus hijos serán educados gratuitamente, y tendrán atención de salud, **va a buscar esa seguridad recurriendo al delito**, con lo que va a comprometer la seguridad de todos los demás. O va a buscar alivio en la droga. O será impulsado a la rebelión.

El derecho humano a la seguridad pertenece, desde luego, al **inocente**, cuya integridad y libertad no pueden vulnerarse por el Estado y que debe tener la conciencia que el obrar recto no puede significarle vulneración de sus derechos a su integridad; a ser tratado con el respeto debido a su dignidad; a no sufrir apremios ni torturas; a que se investiguen y se sancionen las transgresiones a estos derechos y a una justa reparación.

Pertenece al **delincuente**, que tiene derecho a ser castigado sólo con la pena señalada en la ley, pero con ninguna otra sanción;

Pertenece a la **víctima**, que vio su derecho violado por obra de un delincuente y que exige su derecho a justicia y a una reparación justa, pero no a venganza;

Pertenece al **niño**, que debe nacer con la certeza de que el Estado del que es parte cumplirá con sus obligaciones frente a la comunidad internacional y a su propio pueblo de adoptar todas las medidas hasta el máximo de los recursos de que se disponga, para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos a la alimentación, educación, vivienda y salud⁴, para no verse compelido a recurrir al delito para vivir. Y que debe contar que todas las políticas públicas considerarán entre sus objetivos el interés superior del niño, como lo reclama la Convención de los Derechos del Niño; y que –si llega a delinquir– tendrá el derecho humano a la rehabilitación y a la reintegración.

Pertenece a la **sociedad** que no puede desarrollarse sin la conciencia de todos y de cada uno de sus miembros que es posible construir un mundo mejor en que todos los derechos de todos están garantizados.

Pertenece a la **mujer**, que debe tener la certeza que construye un hogar y se desarrolla profesionalmente en igualdad de derechos con su pareja.

Pertenece al **indígena** y al **afrodescendiente**, que requieren la certeza de un tratamiento igualitario y en condiciones de dignidad como todo miembro de la familia humana, etc.

Lo importante es que si la seguridad es un derecho humano, como lo es, es exigible, y el obligado es el Estado, que debe satisfacerlo por medio de la ley y el respeto de todos

⁴ Artículo 2 del Pacto Internacional de derechos económicos, sociales y culturales.

los derechos humanos de todos. No puede garantizarse la seguridad de unos con la inseguridad de otros.

El niño que a esta hora está naciendo debe ver la luz con la certeza que el Estado adoptará todas las medidas, hasta el máximo de los recursos de que disponga, para no alentarle nunca a convertirse en ofensor del derecho a la seguridad de los demás.

“Mano Dura” sí, pero con la miseria que ahoga a la mayoría de nuestros niños, niñas y adolescentes.

“Tolerancia Cero” sí, pero contra sus explotadores.

“Gatillo Fácil” también, para las iniciativas y malas prácticas que buscan reducir sus derechos.

“Guerra contra las drogas” en la que nuestros niños, niñas y adolescentes buscan la esperanza de seguridad que no somos capaces de darles.

“Lucha contra el terrorismo” de los escuadrones y grupos de autodefensa que busca su eliminación en nombre de nuestra incapacidad de dar soluciones fundadas en la justicia y el derecho.

Aliento a las altas autoridades participantes en esta VI Conferencia a enfocar los problemas de la protección integral de la niñez y la adolescencia iberoamericana con una perspectiva de derechos humanos, única base sólida y de valor universal.

