

## PROTECCIÓN INTEGRAL DE DERECHOS DEL NIÑO VS DERECHOS EN SITUACIÓN IRREGULAR \*

Mary Beloff<sup>1</sup>

### I. IMPACTO NORMATIVO DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO EN AMÉRICA LATINA

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (en adelante la Convención o CDN), se aprobó por aclamación en la sede de la Asamblea General de las Naciones Unidas, en la ciudad de Nueva York, el 20 de noviembre de 1989, luego de casi una década de debates acerca de

---

\* Este texto fue publicado en *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, Del Puerto, Buenos Aires, 2004, pp. 1-46. Se publica con autorización de la autora por la trascendencia que tiene con respecto a los temas que se analizaron durante el Seminario Internacional sobre los Derechos Humanos de los Niños, Niñas y Adolescentes. Monterrey, Nuevo León, octubre de 2005. Su autora es experta en Derecho Internacional y profesora de Derecho Penal Juvenil en la Universidad de Buenos Aires, Argentina.

<sup>1</sup> Este trabajo reconoce muchos antecedentes. En primer lugar, el titulado Estado de avance del proceso de adecuación de la legislación provincial a la Convención Internacional sobre Derechos del Niño en Argentina, preparado para el Foro de Legisladores provinciales sobre derechos del niño en 1997. Agradezco a Irene Konterllnik haberme invitado a escribirlo e instado a incluir en las conferencias para grandes auditorios, técnicas audiovisuales que hasta entonces no usaba en las conferencias académicas, y a recurrir a modelos gráficos explicativos del tipo de los que se desarrollan en este texto. En segundo lugar, le precede el trabajo que con un nombre parecido, sin referencias a la situación argentina, se incluyó en la Revista *Justicia y Derechos del Niño*, UNICEF, Santiago de Chile, 1999, núm. 1, pp. 9-22. En tercer lugar, la conferencia que dicté en el Seminario “La niñez y la adolescencia ya no son las mismas (lo que todavía no se dijo)”, organizada por el Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad, realizado en Buenos Aires, el 15/4/2002, por invitación de Eva Giberti, a quien agradezco la oportunidad de haber participado en esas excelentes jornadas. Finalmente, decenas de reuniones, seminarios, conferencias, clases. Vaya pues mi reconocimiento a los cientos de personas que, en diferentes

su alcance y contenidos.<sup>2</sup> Su ratificación por veinte países —el número requerido por el instrumento para su entrada en vigencia—<sup>3</sup> ocurrió menos de un año después, lo que la convierte en el tratado que más rápidamente entró en vigor en la historia de los tratados de derechos humanos. Es, además, el tratado de derechos humanos más ratificado de la historia de todos los tratados sobre derechos humanos. Ningún otro instrumento internacional específico de protección de derechos humanos ha tenido la aceptación y el consenso generados por esta Convención.<sup>4</sup> A la fecha, sólo Estados Unidos y Somalía no la han ratificado.<sup>5</sup>

---

países, han debatido conmigo estos temas, con quienes, *as maos dadas*, estamos construyendo una nueva cultura en relación con la infancia y sus derechos. Agradezco, por último, a Verónica Spaventa el cuidadoso trabajo de edición de la conferencia del año 2002 y sus lúcidos aportes.

<sup>2</sup> La Convención no constituye el primer instrumento internacional que proclama o afirma derechos de los niños. La condición social y jurídica de los niños ha sido por largo tiempo un asunto considerado del mayor interés por parte de la comunidad internacional. Diferentes relevamientos señalan que entre el comienzo del siglo y mediados de la década de los ochenta, diferentes organizaciones internacionales adoptaron entre sesenta y nueve (Interights, 1986) y cuarenta (Philip Veerman, 1991) —las diferencias obedecen al método empleado— declaraciones y convenciones que tratan exclusivamente sobre niños. Así, la Declaración de los Derechos del Niño, que fue adoptada por la Liga de Naciones en 1924, fue el primer instrumento internacional de relevancia que incluyó explícitamente el tema. Luego, en 1959, las Naciones Unidas adoptaron la Declaración de los Derechos del Niño. También adoptaron, junto con otras organizaciones internacionales regionales o globales, muchos otros instrumentos específicos para la infancia o instrumentos generales de derechos humanos que específicamente reconocen los derechos del niño en uno o varios artículos. Todos estos instrumentos, sin embargo, no alcanzan —ni en contenido, fuerza vinculante o impacto cultural— sino mínimamente, a la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>3</sup> *Cfr.* Artículo 49 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

<sup>4</sup> *Cfr.* Le Blanc, Lawrence J. *The Convention on the Rights of the Child. United Nations Law-making on Human Rights*, University of Nebraska Press, Lincoln, 1995, p. 11 y ss.

<sup>5</sup> Es de destacar que el recientemente independiente Timor Oriental ya la ha ratificado. En relación con la falta de ratificación por parte de Estados Unidos y Somalía, puede afirmarse que la omisión se explica, en el primer país, por la presencia de demasiados estados; en tanto que en el segundo, por su ausencia casi total. Somalía es un sujeto de derecho internacional, pero de la mayor fragilidad, y lentamente ha comenzado a vincularse con el resto de la comunidad internacional. En cambio, en Estados Unidos algunos estados no sólo toleran sino que aplican la pena de muerte a personas menores de 18 años de edad imputadas de determinados delitos, práctica que está prohibida por la Convención. Este es el argumento de fondo, vinculado con las características de la justicia juvenil en algunos de sus estados, por el cual este país se resiste a ratificar un tratado “políticamente correcto” como la CDN, si bien formalmente se esgrimen otras razones. Obviamente, la posición tradicional de Estados Unidos de América, contraria a la ratificación de tratados internacionales de derechos humanos, constituye también un factor relevante en la explicación general.

Varias y diversas razones explican tal generalizada aceptación.<sup>6</sup> La que comúnmente se invoca es que en todo el mundo los niños<sup>7</sup> son considerados las personas más vulnerables en relación con violaciones a los derechos humanos y que, por lo tanto, requieren protección específica.

Aunque la comunidad internacional demoró bastante en formalizar en diferentes tratados que los derechos humanos pertenecen también a otros sujetos históricamente marginados, tales como las mujeres, los pueblos indígenas o las personas con necesidades especiales, en relación con la infancia esta formalización y reconocimiento llegaron aún más tarde. Recién sobre el final del siglo XX los niños fueron reconocidos en su subjetividad jurídica y política, como últimos actores sociales invitados a sentarse a la mesa de la ciudadanía.

La Convención implica, en América Latina, un cambio radical desde el punto de vista jurídico tanto como político, histórico y –muy especialmente– cultural. Con su aprobación por los países de la región se genera la oposición de dos grandes modelos o cosmovisiones para entender y tratar con la infancia.

Las leyes y las prácticas que existían con anterioridad a la aprobación de la Convención en relación con la infancia respondían a un esquema que hoy conocemos como “modelo tutelar”, “filantrópico”, “de la situación irregular” o “asistencialista”, que tenía como punto de partida la consideración del menor como objeto de protección, circunstancia que legitimaba prácticas peno-custodiales y represivas encubiertas. A partir de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño la discusión sobre la forma de entender y tratar con la infancia, tradicionalmente encarada

<sup>6</sup> Otras razones que en mi opinión explican la generalizada firma y ratificación del tratado son: a) débil mecanismo de control al Estado; b) débil exigibilidad de derechos económicos, sociales y culturales; c) reconocimiento limitado de los derechos en razón de la edad, madurez, capacidad o por el interés superior del niño; y e) ambigüedad en temas problemáticos tales como trabajo infantil, responsabilidad penal, adopción internacional, castigos disciplinarios, derechos sexuales y reproductivos, entre otros. Estas razones son desarrolladas más adelante.

<sup>7</sup> La Convención considera niño a todo ser humano menor de dieciocho años de edad, salvo que, en virtud de las leyes internas del Estado, haya alcanzado antes la mayoría de edad (*cf.* Artículo. 1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño). Argentina declaró en la Ley 23.849 aprobatoria del tratado, con relación al Artículo. 1, que éste debía ser interpretado en el sentido de que se entiende por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad.

desde esa perspectiva asistencialista y tutelar, cedió frente a un planteo de la cuestión en términos de ciudadanía y de derechos para los más jóvenes.

Es indudable que en prácticamente todos los países latinoamericanos se han producido cambios importantes en la manera de concebir los derechos de las personas menores de edad en los últimos quince años, como consecuencia del impacto de la incorporación de la CDN al derecho interno. Esta transformación suele resumirse en el paso de una concepción de los “menores” –una parte del universo de la infancia– como objetos de tutela y protección segregativa, a la consideración de niños y jóvenes como sujetos plenos de derecho.<sup>8</sup> Sin embargo, en términos concretos de reconocimiento y goce de esos derechos, es posible relativizar el impacto real de la ratificación de la Convención en el contexto latinoamericano.<sup>9</sup>

En relación con el poder judicial, pese a la manifiesta contradicción de las leyes tutelares de menores sancionadas con anterioridad a la ratificación de la Convención Internacional –y aún después– con las Constituciones nacionales y con otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (Convención Americana sobre Derechos Humanos, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, entre otros), ningún tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de esas leyes.<sup>10</sup> En este sentido, el proceso de reconocimiento de derechos a los

<sup>8</sup> Sobre la distinción entre “menores” y niños ver Beloff, Mary. “No hay menores de la calle”, en *No Hay Derecho*, Buenos Aires, núm. 6, junio de 1992.

<sup>9</sup> Es interesante destacar que en América Latina la incorporación de este tratado a los sistemas jurídicos nacionales tuvo lugar en el marco de procesos de transición o consolidación democráticas. Las implicancias de esta coincidencia histórica no han sido aún estudiadas en profundidad.

<sup>10</sup> La no aplicación de instrumentos internacionales de derechos humanos por parte de tribunales locales con el argumento de su programaticidad no es poco frecuente en los tribunales latinoamericanos, y no es privativa de los tratados relacionados con los derechos de niños y adolescentes. En el contexto argentino, este argumento fue superado a partir de la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo “Ekmekdjian c/Sofovich”, sentencia del 7 de julio de 1992, Fallos: 315:1492, en el que se sostuvo que cuando se ratifica un tratado existe una obligación internacional consistente en que todos los órganos del Estado –administrativos o jurisdiccionales– apliquen ese instrumento siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas que hagan posible su aplicación inmediata. Un análisis más profundo del tema puede verse en 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*, Ed. Del Puerto/CELS, Buenos Aires, 1997, p. 623 y ss.

niños en el contexto latinoamericano se diferencia sustancialmente del proceso desarrollado en Estados Unidos, donde la Corte Suprema disparó el proceso de transformación de la condición jurídica de la infancia con el fallo “Gault” en 1967.<sup>11</sup> Respecto de los poderes ejecutivo y legislativo, los países latinoamericanos han seguido un proceso que a la fecha puede ser dividido en dos etapas. La primera de esas etapas, que comprende la década 1990-2000 –en la que me concentro en este artículo–, encontró a los países latinoamericanos recorriendo tres caminos diferentes.<sup>12</sup>

En algunos países la ratificación de la Convención Internacional no ha producido impacto alguno o, en todo caso, ha tenido un impacto político superficial o un impacto retórico. Ratificada la Convención, su incorporación al derecho interno no produjo realmente ningún cambio en lo sustancial, más allá del impacto político –representado, por ejemplo, por la participación del país en la Primer Cumbre Mundial de la Infancia– o el impacto retórico que sí se ha producido en todos los países.<sup>13</sup>

En otros países se ha llevado a cabo una adecuación meramente formal o eufemística de las normas de derecho interno al instrumento internacional. Este segundo grupo comprende los países en los que se introdujeron reformas en sus leyes –y eventualmente en sus instituciones– pero que sólo operaron como una adecuación formal del derecho interno a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. A este proceso se lo denomina de adecuación formal o eufemística porque se reformaron las leyes pero no cambió la concepción, lo que se refleja a veces hasta en el propio nuevo texto legal.<sup>14</sup> En este sentido, una de las primeras

<sup>11</sup> *Cf. in re “Gault”*, 387 U.S. 1 (1967).

<sup>12</sup> La división en tres vías de este proceso es tomada de UNICEF/TRACO, Informe final. Reunión de puntos focales. Área derechos del niño, Paipa, Colombia, 6 al 9 de diciembre de 1993, p. 16.

<sup>13</sup> Sin lugar a dudas, a este grupo pertenecen los países que están más atrasados desde el punto de vista de la adecuación de sus ordenamientos legales a la Convención, que son básicamente México y los países del Cono Sur (Argentina, Chile y Uruguay). Ningún otro país de la región puede ser ubicado en este grupo. Sobre la problemática argentina puede consultarse Beloff, Mary. “Estado de avance de la adecuación de la legislación nacional y provincial a la Convención sobre los Derechos del Niño en la Argentina. Tendencias y perspectivas”, separata del Foro de Legisladores Provinciales por los Derechos del Niño y la Adolescencia, Salta, 1998, en lo pertinente. También, Beloff, Mary. “Los derechos del niño en la Nación y en las provincias argentinas”, en Beloff, Mary (dir.). *Los derechos del niño en las provincias argentinas*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2004, en prensa.

<sup>14</sup> En esa situación, el caso más simpático es el de la República Dominicana. Ahí, cuando recién se había ratificado la CDN, se aprobó un Código de la Niñez que en nada modificó

tareas que se llevó adelante en América Latina a partir de la ratificación de la CDN fue poner en evidencia los llamados “fraudes de etiquetas” en relación con la infancia y la adolescencia, porque en el fondo nada cambia si sólo se trata de un cambio de nombres vacío de contenido.

Por eso es importante tener en cuenta que la nueva cultura de protección integral de derechos de niños, niñas y adolescentes no propone un cambio en el nivel de los significantes (o al menos no sólo y fundamentalmente), sino que propone un cambio absoluto en el nivel de los significados.

Finalmente, otros países han realizado —o se encuentran en proceso de realizar— una adecuación sustancial de su orden jurídico interno al instrumento internacional.<sup>15</sup>

### ¿Qué pasó en los países de América Latina a partir de la ratificación de la CDN?

#### Primer etapa de reformas legales e institucionales (1990-2000)

---



---

<b>Grupo A</b>	La ratificación no tuvo ningún impacto o tuvo un impacto político superficial o un impacto retórico.
<b>Grupo B</b>	Se llevó a cabo un proceso de adecuación formal o eufemística de las leyes internas del país a la CDN.
<b>Grupo C</b>	Se llevó a cabo un proceso de adecuación sustancial de las leyes internas del país a la CDN.

---



---

la condición jurídica de la infancia en el país. Para dar un ejemplo, no regulaba la figura del abogado defensor, nada más y nada menos. Este Código fue derogado por la Ley 136 del 15/7/2003. Lo mismo sucedió, básicamente, en Honduras —en la parte del Código referida a la protección—, en Bolivia —que ya tiene un nuevo Código, aprobado por Ley 2.026 del 14/10/1999— y en Ecuador, donde el Código sancionado a comienzos de los años noventa, también derogado recientemente por la ley 100, R.O. 737 del 17/12/2002, diseñaba un modelo de justicia de carácter administrativo y en la que, por lo tanto, no intervenían jueces, aun en asuntos penales. Se trata aquí de lo que Antonio Carlos Gomes Da Costa ha llamado “el paradigma de la ambigüedad”.

<sup>15</sup> El caso más citado es el de Brasil (Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil, Ley 8.069 sancionada el 13 de julio de 1990), al que pueden sumarse, en esta primer década, Paraguay (Código de la Infancia y la Adolescencia, Ley 1.680 de noviembre de 2001, modificada por Ley 2.169 de marzo de 2003), Costa Rica (Ley 7.576 de Justicia Penal Juvenil sancionada en marzo de 1996 y el Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 7.739 del 2 de diciembre de 1997), El Salvador (Ley del Menor Infractor, Decreto 863 del 27 de abril de 1994, D.O. 106

En el nivel de la adecuación sustancial se advierte, en general, otra tendencia. Diferentes razones (muchas relacionadas con las circunstancias particulares históricas, políticas o con la cultura jurídica del país) explican que algunos países hayan optado por aprobar un Código integral, en tanto otros hayan optado por el dictado de leyes específicas.

Los primeros<sup>16</sup> sancionaron Códigos o leyes integrales que regulan todos los derechos reconocidos por la Convención, distinguiendo los aspectos relacionados con las políticas públicas de aquellos vinculados con la intervención judicial. Aún más, muchas veces estos Códigos o leyes integrales contienen también dispositivos orientados a la reforma institucional que una ley basada en la protección integral de derechos necesariamente implica. Como es evidente, el dictado de una ley o Código con estas características requiere un detallado estudio y articulación con todas las normas vigentes que tratan de una manera u otra la materia (por ejemplo, el Código Civil o el Código de Trabajo, los decretos de creación y funcionamiento de los organismos de la administración, etcétera).

Los segundos<sup>17</sup> optaron por dictar leyes específicas en el marco de la Convención: leyes o Códigos de Familia o de algún tema puntual (adopción, violencia, identidad, etcétera), leyes sobre la responsabilidad penal de los adolescentes o sobre un aspecto en particular (por ejemplo, ejecución de las sanciones penales juveniles), y leyes de organización o reorganización institucional. Estas adecuaciones sólo lo son respecto de algunos artículos de la Convención (por ejemplo, si se trata del régimen para infractores de la ley penal, se trataría de los Artículos 12, 37 y 40 del mencionado instrumento internacional); por eso, un país que sólo dicta una ley específica no está cumpliendo en toda su dimensión con el compromiso asumido al ratificar la CDN, en el sentido de adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole, necesarias para hacer efectivos todos los derechos allí reconocidos.<sup>18</sup>

---

tomo 323 del 8 de junio de 1994), Panamá (Régimen especial de responsabilidad penal para la adolescencia, Ley 40, vigente desde el 26 de agosto de 1999), Nicaragua (Código de la Niñez y la Adolescencia, Ley 287 aprobada el 24 de marzo de 1998, publicada en mayo y vigente desde el 23 de noviembre del mismo año) y Venezuela (Ley Orgánica para la Protección del Niño y del Adolescente, en vigencia desde el 1º de abril de 2000).

<sup>16</sup> Tales son los casos de Nicaragua, Venezuela o Paraguay.

<sup>17</sup> Tales son los casos de Panamá, El Salvador o Costa Rica.

<sup>18</sup> *Cf.* Artículo 4 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

Hay argumentos que apoyan la variante de la reforma a través de varias leyes y otros que apoyan la variante de la reforma a través de una sola ley o Código. Lo importante a tener en cuenta en el marco de un proceso dirigido a adecuar el derecho interno de un país al tratado que se comenta, es que no queden ámbitos del orden jurídico al margen de los estándares internacionales. Si eso se hace con una ley, reglamento, Código, o con diez, dependerá de cada situación particular. Lo decisivo es no olvidarse de ningún derecho en el camino.

Frente a estas reformas legales, mejores o peores, completas o incompletas, aparecen en el imaginario social latinoamericano dos visiones respecto del efecto que las leyes tienen en relación con la producción del cambio social. Por un lado existe una visión basada sobre una profunda desconfianza en las leyes como herramientas capaces de producir transformaciones sociales.<sup>19</sup> Es la posición característica de ciertos movimientos de base en la región, extendidos en los años setenta y reflejados en la actualidad en la posición que en la materia defienden algunas ONG's relacionadas con la infancia. Por otro lado, hay quienes creen que el derecho puede automáticamente producir cambio social. Esta posición se suele encontrar en sectores tradicionalmente considerados conservadores, como ocurría en las ya superadas discusiones en torno del divorcio vincular en algunos países, o bien como ocurre todavía cuando se plantea el debate acerca de la necesidad de que exista alguna clase de regulación de interrupciones de embarazos.

En materia de infancia se oscila también entre estos dos extremos, sin que sea posible identificar posiciones con personas; por el contrario, según el tema en discusión las mismas personas pueden tener una posición de confianza en la ley, que se convierte en escepticismo o desconfianza si se trata de otro tema (justicia juvenil frente a salud o educación, por ejemplo).

Hace algunos años un fiscal de menores hondureño me dijo en una clase que aquello que yo estaba explicando respecto de la vigencia de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño era literatura. Su afirmación –compartida por muchos de sus colegas en distintos países latinoamericanos y comprensible si referida a otro orden de cosas–,

<sup>19</sup> Sobre derecho y cambio social ver Minow, Martha. *Law and Social Change*, traducción al castellano de Mary Beloff. "Derecho y cambio social", en *Revista Jurídica de la Universidad de Palermo*, año 5, núm. 1, Buenos Aires, 2000, pp. 1-14.

en el orden del derecho y con el sentido que él atribuía a su frase, no puede sostenerse. La Convención, en la clave que aquí se propone, no es literatura.

### Proceso de adecuación sustancial

---



---

#### Código Integral de la Niñez y la Adolescencia/Juventud

- a) Aspectos de protección/políticas públicas.
- b) Redefinición institucional.
- c) Justicia (de familia, penal).

---

#### Leyes específicas

- a) Leyes o Códigos de Familia.
  - b) Leyes de responsabilidad penal juvenil/Ejecución, sanciones juveniles.
  - c) Leyes de organización institucional.
  - d) Leyes de maltrato/violencia.
  - e) Leyes sobre identidad/adopción.
  - f) Otras leyes.
- 
- 

De manera simple, como es sabido, los tratados, las convenciones y los pactos son fuente de derecho internacional. La Convención es una especie dentro de los tratados de derechos humanos, forma parte de ese universo. ¿Qué significa que la Convención sea un tratado de derechos humanos? Significa que los países firmaron un contrato que deben honrar, del mismo modo que cuando dos personas firman un contrato deben cumplirlo. Significa también que es el Estado quien debe respetar los derechos humanos de las personas. La diferencia es que en un tratado, en lugar de ser particulares, quienes se obligan son los Estados –que actúan como sujetos del derecho internacional–. Si los Estados no respetan las obligaciones y compromisos asumidos al firmar un tratado, pueden incurrir en responsabilidad internacional, la que eventualmente puede acarrear consecuencias muy serias.

Por consecuencias serias no me estoy refiriendo necesariamente a consecuencias desde el punto de vista de la fuerza. Hay diversas consecuencias disvaliosas para los Estados que incumplen sus obligaciones internacionales, que implican mayor o menor coactividad; pero que la

coactividad o coerción a los Estados por el incumplimiento sea débil no autoriza a concluir que la CDN no es un orden normativo sino mera ficción o literatura.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño no es una Declaración como la firmada en el año 1959,<sup>20</sup> que era una formulación de principios acerca de cómo el mundo de las posguerra se proponía tratar a los niños. La Convención, en cambio, es un contrato en el que toda la comunidad internacional—con excepción de Estados Unidos y Somalía— se ha puesto de acuerdo respecto del estándar mínimo de tratamiento de la infancia, y se obliga a respetarlo, de modo que cuando un país no cumple con el tratado puede ser responsabilizado y sancionado internacionalmente por ello.

Los derechos que se reconocen en los tratados no necesitan, en general y como principio, ser reglamentados. Cierta doctrina en algunos países—sobre todo en aquellos de tradición inquisitivo-española, como toda la América Latina— plantean que el ejercicio efectivo de un derecho reconocido en un tratado está sujeto a reglamentación por parte de cada uno de los Estados. Si bien existen, por ejemplo, temas procesales que muchas veces requieren mayor reglamentación de los derechos y garantías reconocidos en los tratados, la cuestión, al final, pasa por decidir actuar en defensa de los derechos y no al margen de ellos. En cada situación, frente a un problema concreto, la Convención se puede aplicar directamente. Por ejemplo, el niño tiene derecho a un abogado defensor siempre, cualquiera sea el tipo de procedimiento que le acarree alguna consecuencia disvaliosa. ¿Qué puede decir la ley que reglamente ese derecho que tiene el niño? Es claro: o el niño tiene derecho a un abogado o no lo tiene. El argumento de la reglamentación—que remite a la distinción que en cierta doctrina se hace entre derechos operativos y programáticos— está emparentado con el formalismo propio de la tradición inquisitiva del expediente, de lo escrito, del secreto y la delegación, donde es más relevante el color de la tinta o el papel en el que se hace una petición que el contenido de esa petición o que el derecho involucrado en esa presentación. Al firmar la CDN los Estados

<sup>20</sup> Declaración de los Derechos del Niño, adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, y reconocida en la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (en particular, en los Artículos 23 y 24) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el Artículo 50).

se obligan a respetar los derechos ahí incluidos mediante la adopción de todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole necesarias para darles efectividad.<sup>21</sup> Si alguien alega que el Estado no cumple con esta obligación podría denunciarlo, por ejemplo, en el informe de las ONG's al Comité de Ginebra o, eventualmente, ante un tribunal internacional.

Entonces, si existe el tratado, si ha sido ratificado y está en vigencia, es pertinente preguntarse ¿por qué los niños están como están?, ¿de qué ha servido la CDN? Hace diez años el tratado no existía y no había forma de obligar a nadie para que hiciera algo diferente; hoy se puede. En este tema los abogados tenemos todavía una deuda pendiente que consiste en aceptar y desarrollar mecanismos de exigibilidad de los derechos de niños y niñas. De modo que, para concluir con este punto, los niños no están como estaban; algo ha cambiado, para mejor: su condición jurídica. La mejora sustancial del estatus legal de los niños constituye una condición necesaria, pero no es suficiente para la mejora de sus condiciones concretas de vida. Cómo hacer para que esa transformación normativa tenga un impacto directo en las vidas de los niños y las niñas, es la asignatura pendiente en este campo.

En otro orden de cosas, es importante tener en cuenta que como en cualquier tratado ampliamente ratificado, hay temas problemáticos que el tratado no resuelve, unos relacionados con la estructura del tratado, otros relacionados con su contenido. Algunas cuestiones problemáticas que presenta la estructura de la Convención son: a) el débil mecanismo de control de los Estados; b) la limitación de cada derecho que se reconoce; y c) la baja exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

La Convención considera al niño como sujeto, esto es, como titular de todos los derechos que corresponden a todas las personas, más derechos específicos por encontrarse en una etapa de crecimiento. Sin embargo, cada vez que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño reconoce un derecho lo limita por razones diversas, en general por la madurez, capacidad para formarse un juicio propio, desarrollo emocional o interés superior del niño.<sup>22</sup> La pregunta que una hermenéutica orientada hacia la máxima satisfacción de los derechos del niño debe resolver es cómo es posible compatibilizar el ejercicio de los derechos con la etapa de

<sup>21</sup> *Cf.* Artículo 4 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

<sup>22</sup> Por ejemplo, Artículos 9, 12 y 14 de la Convención.

crecimiento por la que un niño se encuentre atravesando. En la nueva concepción se trata de una interpelación a los adultos, no más una autorización para limitar los derechos a los niños. Son los adultos los responsables de generar los arreglos institucionales y condiciones necesarias para que en cada momento los niños puedan ejercer sus derechos reconocidos por el tratado. Otra interpretación implicaría concluir que el tratado se firmó para que nada cambie, lo que no parece razonable.

Una salida que se ha explorado y que algunos consideran como implícita en la CDN es el concepto de “autonomía progresiva”: el niño, por la “evolución de sus facultades”, va adquiriendo autonomía para el ejercicio de sus derechos. La pregunta es hasta qué punto este desarrollo teórico no reproduce las doctrinas clásicas del derecho civil en el sentido de que, como afirman algunos autores, no es exacto que las leyes tutelares no reconozcan derechos a los niños (incapacidad de derecho) sino que por su condición no pueden ejercerlos por sí, por lo que necesitan representantes legales –sus padres o el asesor de menores, por ejemplo– para que los ejerzan por ellos (incapacidad de hecho). Otro tema importante es la limitación de los derechos en función del interés superior del niño<sup>23</sup> que casi sin excepción hace la Convención cuando reconoce un derecho.<sup>24</sup> A pesar de los esfuerzos que algunos autores han realizado para darle un contenido conforme los nuevos estándares<sup>25</sup> –que obviamente comparto–, la falta de claridad respecto de qué es lo que se entiende por interés superior del niño no ha permitido plantear la discusión en términos superadores de la

<sup>23</sup> Expresado en términos generales en el Artículo 3.1 de la Convención: “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 condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”.

<sup>24</sup> A modo de ejemplo, el Artículo 9 establece: “1. Los Estados Parte 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 (...). 3. Los Estados Parte respetarán 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” (destacado agregado).

<sup>25</sup> Al respecto pueden verse Allston, Philippe (ed.). *The Best Interest of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford University Press, 1994; Cillero, 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*, Ed. Temis/Depalma, Bogotá, 1ª ed., 1998, p. 69 y ss. Hay una segunda edición actualizada y ampliada, en dos tomos, de 1999, y una tercera en prensa, 2004.

obsoleta cultura tutelar. Es que se trata de una noción que, aunque inserta en la Convención, respondió a una visión del mundo y de la infancia diferente de la que se instaura con ella. El interés superior del niño ha funcionado históricamente como un cheque en blanco que siempre permitió que quien tuviera que decidir cuál era el interés superior del niño o niña involucrado —ya sea en el plano judicial, en el orden administrativo, educativo, sea el cuerpo técnico de psicólogos, etcétera— obrara con niveles de discrecionalidad inadmisibles en otros contextos en funcionarios estatales. Su inclusión en la Convención —que era previsible ya que la CDN es producto de un proceso histórico en el que esta categoría, sobre todo en la cultura anglosajona, ha cumplido un papel muy relevante— no ha logrado reducir su uso en este sentido,<sup>26</sup> y de hecho es de ese artículo de donde muchos se toman para defender la vigencia de las antiguas instituciones tutelares en el marco de la CDN. Este es un ejemplo claro de lo que llamo una hermenéutica “hacia atrás”, que convierte a la Convención en una herramienta legitimadora del *statu quo* e inútil para producir cambio social.

Otro aspecto problemático de la Convención es que si bien reconoce todos los derechos —es la primera vez que un tratado reconoce derechos civiles y políticos, y también derechos económicos, sociales y culturales, que son los que históricamente tuvieron que ver con la infancia, ya que las discusiones tradicionales en materia de protección a la niñez estuvieron relacionadas con la supervivencia de los niños, la salud, la vivienda, etcétera—, limita ese reconocimiento a las posibilidades del desarrollo económico de cada país.<sup>27</sup>

Tal vez los núcleos problemáticos señalados brevemente más arriba expliquen por qué prácticamente todos los países del mundo firmaron la Convención. Es claro que el argumento referido a que los niños son

<sup>26</sup> De hecho, en Argentina, donde rigen plenamente las instituciones tutelares, el Artículo 3 de la Convención es el más citado por la jurisprudencia.

<sup>27</sup> Textualmente el Artículo 4 dispone: “Los Estados Partes adoptarán todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole 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 hasta el máximo de los recursos de que dispongan y, cuando sea necesario, dentro del marco de la cooperación internacional”. También, por ejemplo, en materia de derecho a la salud el Artículo 24 concluye su redacción en los siguientes términos: “Los Estados Parte se comprometen a promover y alertar la cooperación internacional con miras a lograr progresivamente la plena realización del derecho reconocido en el presente artículo. A este respecto, se tendrá plenamente en cuenta las necesidades de los países en desarrollo” (destacado agregado).

considerados a nivel mundial las personas más vulnerables en términos de sufrir violaciones a sus derechos humanos es un argumento débil para explicar tan masiva aceptación del tratado. Pero visto desde esta perspectiva, si los Estados se obligan a respetar derechos pero limitados por el interés superior del niño, la madurez, la capacidad para formarse un juicio propio, y en relación con los derechos económicos, sociales y culturales, limitados por el desarrollo del país, parecería que el costo de firmar este tratado no era muy alto; por el contrario, el costo de no firmarlo es evidentemente mucho mayor y sino véase el caso de Estados Unidos.

A esto se agrega el factor del débil mecanismo de control y seguimiento al Estado, ¿cuál es el sistema de control que prevé la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño? ¿Cómo se responsabiliza al país que no cumple con la Convención?

El mecanismo de seguimiento diseñado en la segunda parte de la Convención es muy débil.<sup>28</sup> No prevé un órgano supranacional de carácter jurisdiccional encargado de aplicar el instrumento. Con la finalidad de examinar los progresos realizados en el cumplimiento de las obligaciones contraídas por los Estados, la Convención crea el Comité de los Derechos del Niño.<sup>29</sup> A tal fin los Estados Parte deben presentar, la primera vez cada

<sup>28</sup> Este tema es particularmente importante, ya que, en muchos casos, esta debilidad se reproduce a nivel nacional. De hecho, las nuevas leyes de protección, en el ámbito latinoamericano, evidenciaron una carencia notable desde el punto de vista del propio texto legal en cuanto descuidaron el diseño de los dispositivos eficaces de garantía y exigibilidad de los derechos. Un análisis sistemático sobre los mecanismos de control previstos en los tratados puede consultarse en Pinto, Mónica. *Temas de derechos humanos*, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 1997, cap. VII.

<sup>29</sup> *Cfr.* Artículos 43 y 44 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. El 27 de febrero de 1991 se designaron los diez primeros integrantes del Comité, que actualmente está integrado por 18 expertos y sesiona dos veces por año en Ginebra. Además del informe gubernamental, el Comité recibe información sobre la situación de los derechos humanos de los niños, niñas y adolescentes en los países a través de otras fuentes, entre ellas las organizaciones no gubernamentales, organismos de las Naciones Unidas, otras organizaciones intergubernamentales, instituciones académicas y la prensa. Teniendo presente toda la información disponible, el Comité examina el informe junto con los representantes oficiales del Estado Parte. Sobre la base de este diálogo, el Comité expresa sus preocupaciones y recomendaciones, conocidas como “Observaciones Finales”, que son públicas. El Comité también hace pública su interpretación del contenido de las disposiciones de los derechos recogidos en la Convención, que se conocen como “Observaciones Generales”. Asimismo expresa Recomendaciones Generales sobre cuestiones temáticas o sobre sus métodos de trabajo. Celebra también discusiones públicas, o días de debate general sobre determinados problemas, como “La violencia contra los niños”.

dos años y luego cada cinco, informes sobre las medidas que hayan adoptado para hacer efectivos los derechos reconocidos por la Convención y sobre el progreso que hayan realizado en cuanto al goce de esos derechos.<sup>30</sup>

No obstante, en busca de construir mejores estándares jurídicos para la infancia, es posible compensar la debilidad del sistema de la Convención con la mayor exigibilidad del sistema interamericano. La Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José crea dos órganos específicos de control:<sup>31</sup> la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos,<sup>32</sup> que estructuran el mecanismo regional de protección de derechos humanos. Específicamente en relación con el juzgamiento de los Estados, éstos tienen que declarar expresamente que reconocen la competencia de la Corte, porque al admitirla están cediendo parte de su soberanía.<sup>33</sup> La solución en este punto es, entonces, ingresar la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño a través del Pacto de San José de Costa Rica –Convención Americana sobre Derechos Humanos– al sistema interamericano, para compensar la debilidad del mecanismo de control al Estado por parte de la CDN. Con los mecanismos de control más intensos que el tratado regional diseña es posible, entonces, reclamar los derechos del instrumento internacional específico para la infancia. De hecho, esto se ha comenzado a realizar. Así, en ejercicio de la jurisdicción contenciosa, en “Villagrán Morales

<sup>30</sup> Un estudio español comprobó que si todos los países hubieran cumplido con el primer envío de informes en plazo debido –dos años a partir de la fecha en la que para cada Estado Parte la Convención entró en vigor–, el Comité habría tardado más de cinco años en leer, procesar y responder todos esos informes, periodo en el que se habría acumulado un informe más por país, por lo menos. Ello demuestra que además de ser un mecanismo débil, es un mecanismo de implementación imposible en términos ideales. La solución que recientemente ha encontrado el sistema es aumentar el número de comisionados, pero es evidente que esto no resuelve el problema de fondo vinculado con el nivel de exigibilidad del sistema de informes periódicos.

<sup>31</sup> Artículo 33 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>32</sup> Las cuestiones vinculadas a la organización, funciones, competencia y procedimiento de cada uno de estos órganos supranacionales están reguladas en los capítulos VII y VIII de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

<sup>33</sup> *Cf.* Artículos 45.1 y 62.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Estado argentino mediante Ley 23.054 aprobó en 1984 la Convención Americana y, expresamente, reconoció la competencia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos por tiempo indefinido y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en especial para aquellos casos en los que esté comprometida la aplicación e interpretación de ese instrumento (Artículo 2 de la mencionada ley).

y otros” (caso de los “Niños de la calle”), la Corte Interamericana de Derechos Humanos estableció que ambos instrumentos forman parte de un muy comprensivo *corpus iuris* internacional de protección de los niños,<sup>34</sup> postura que la misma Corte mantuvo en oportunidad de expedirse en uso de la competencia que le asigna el Artículo 64 del Pacto de San José en la Opinión Consultiva 17.<sup>35</sup>

Finalmente, el 16 de noviembre de 1999 entró en vigor el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales –Protocolo de San Salvador–.<sup>36</sup> Con este Protocolo es posible compensar la debilidad relativa de la CDN respecto de los derechos económicos, sociales y culturales de los niños. Ahora, en el contexto regional, con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, el Pacto de San José y su protocolo adicional, es posible ingresar al sistema interamericano de protección de derechos humanos, en particular en relación con un derecho central de la infancia, para el que el Protocolo Adicional admite el mecanismo de peticiones individuales, que es el derecho a la educación.

## II. CONCEPCIONES EN TENSIÓN: DE LA IRREGULARIDAD DEL TUTELADO A LA INTEGRALIDAD DE LA PROTECCIÓN

El título de este trabajo podría haber sido simplemente “protección integral de derechos: un modelo para armar”; que no se haya quedado sólo en el aspecto propositivo se debe a que a partir de la Convención no se construye de cero una nueva legalidad y una nueva institucionalidad para la infancia en América Latina. El terreno sobre el cual se pretende montar el nuevo sistema no está virgen; no sólo es necesario construir una nueva cultura sino que hay que desmontar otra, aquella con la que

<sup>34</sup> Cfr. “Villagrán Morales y otros” (Caso de los “Niños de la calle”), sentencia del 19 de noviembre de 1999, Serie C, nº 63. Un análisis del fallo puede consultarse en Beloff, Mary. “Los derechos de los niños 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’)”, incluido como capítulo II de mi libro *Los derechos del niño en el sistema interamericano*, *op. cit.*

<sup>35</sup> Cfr. Opinión Consultiva OC 17/2002 del 28 de agosto de 2002. Ver comentario en el capítulo IV del libro *Los derechos del niño...*, *op. cit.*

<sup>36</sup> Suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988.

hemos sido entrenados y funcionamos desde hace casi cien años: la cultura tutelar.

En lo que sigue intentaré caracterizar uno y otro modelo, de manera esquemática y omitiendo ciertamente los aspectos de contacto o continuidades inevitables entre uno y otro.

## II. 1. LA CONCEPCIÓN TUTELAR

Las leyes<sup>37</sup> e instituciones que regulaban la situación de la infancia y la juventud con anterioridad a la Convención pertenecen a lo que se ha dado en llamar, en cierta literatura regional, la “doctrina” o modelo “de la situación irregular”. Los llamaré, en adelante, modelo tutelar.

### MARCO TEÓRICO

El modelo tutelar se encuadra dentro de la escuela etiológica. Reproduce criterios criminológicos propios del positivismo de fines del siglo XIX y principios del XX. El determinismo entre pobreza y marginalidad, y delincuencia, se encuentra presente en todas las leyes, prácticas e instituciones tutelares (el famoso binomio “menor abandonado/delincuente”).<sup>38</sup> Son las condiciones personales del sujeto las que habilitan al Estado a intervenir; no su conducta delictiva concreta, de ahí que estos sistemas suelen ser caracterizados como ejemplos puros de un derecho penal de autor.

Desde el punto de vista político-criminal, de esta concepción se deriva un sistema de justicia de menores que justifica las reacciones estatales coactivas frente a infractores (en su idea “potenciales infractores”) de la ley penal a partir de las ideas del tratamiento, la resocialización –o neutralización en su caso– y, finalmente, de la defensa de la sociedad frente a los peligrosos, a través de medidas coactivas –idealmente privación

<sup>37</sup> Argentina fue el primer país de América Latina que tuvo una ley de estas características, la Ley de Patronato de Menores, de 1919.

<sup>38</sup> *Cfr.* Iglesias, Susana; Villagra, Helena, y Barrios, Luis. “Un viaje a través de los espejos de los Congresos Panamericanos del Niño”, en García Méndez, E. y Carranza, E. (eds.). *Del revés al derecho*, Ed. Galerna, Buenos Aires, 1992, p. 389 y ss.

de libertad bajo el nombre de internación— por tiempo indeterminado.<sup>39</sup> En general, la política criminal tutelar no utilizó a priori un argumento de justificación peligrosista clásico sino que utilizó otro, mucho más legitimador, que es el de la protección a la infancia desvalida. Mediante el argumento de la tutela a los niños con necesidades fue posible obviar dos cuestiones centrales en materia político-criminal. En primer lugar, el hecho de que todos los derechos fundamentales de los que gozan los adultos no fueran reconocidos a los niños. En segundo lugar, el hecho de que las consecuencias reales de esa forma de concebir y tratar a la infancia sólo reprodujera y ampliara la violencia y marginalidad que se pretendía evitar con la intervención “protectora” del Estado,<sup>40</sup> circunstancia que recién fue advertida y puesta en evidencia con la ruptura epistemológica que significó el paso del modelo etiológico al modelo de la reacción social, hacia el final de la década de los sesenta.<sup>41</sup>

#### CARACTERÍSTICAS DEL DESTINATARIO DE LAS NORMAS E INSTITUCIONES TUTELARES

En cuanto al sujeto destinatario de estas leyes e instituciones, no lo constituye el universo de la infancia y la adolescencia sino sólo una parte de ese universo: los “menores”.<sup>42</sup> Como lo recuerda Anthony Platt al usar en su

<sup>39</sup> Desde la perspectiva de las teorías del castigo, tal justificación ha sido llamada prevención especial y dio paso al reemplazo de las penas por medidas de seguridad, terapéuticas o tutelares respecto de estos “menores en situación irregular” o en “estado de abandono, riesgo o peligro moral o material”, o en las igualmente vagas —no obstante ser más modernas— categorías de “menores en circunstancias especialmente difíciles” o “en situación de disfunción familiar”.

<sup>40</sup> Cfr. Platt, Anthony. *The Child Savers. The Invention of Delinquency*, Chicago, The University of Chicago Press, 1969. Hay traducción al castellano (de la segunda edición en inglés ampliada) de Félix Blanco. *Los “Salvadores del Niño” o la invención de la delincuencia*, Ed. Siglo XXI Editores, México, 1982.

<sup>41</sup> Sobre ese cambio de paradigma puede consultarse, en español, Baratta, Alessandro. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Ed. Siglo XXI Editores, México, 1991; Pavarini, Massimo. *Control y dominación*, Ed. Siglo XXI Editores, México, 1999; Taylor, I., Walton, P. y Young, J. *La nueva criminología*, Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1977, entre otros .

<sup>42</sup> “Estas dos leyes [la Ley 4.513 de 1964, que en Brasil establecía la Política Nacional de Bienestar del Menor y la Ley 6.697 de 1979, que creó el Código de Menores] no se dirigían al conjunto de la población infanto-juvenil brasileña. Sus destinatarios eran solamente los niños y jóvenes considerados en situación irregular. Entre las situaciones tipificadas

clásico libro una famosa cita de Enoch Wines, un “salvador de niños”, estas normas e instituciones “especiales para menores” fueron creadas para la “excrecencia” de la categoría infancia a la que “[s]u indigencia, su vida vagabunda, sus depravados hábitos, su condición harapienta e inmundas, impiden que [los] admitan en las escuelas ordinarias. De esta clase de desarrapados es de donde se están reclutando continuamente nuevos criminales, y así seguirá siendo mientras se permita su existencia. Nacieron para el crimen, y para él los criaron. Hay que salvarlos”.<sup>43</sup>

Los “menores” –en este sentido– son aquellos que no ingresan al circuito de socialización a través de la familia, primero, y de la escuela, después, como lo ha expresado claramente Antonio Carlos Gomes Da Costa; los menores son el producto del proceso: aprehensión + judicialización + institucionalización = menor.<sup>44</sup>

Para los menores se crearon los dispositivos tutelares, que representan una forma de mirar, conocer y aprehender la infancia, que determinaron la implementación de políticas asistenciales durante más de 70 años, las que en casi un siglo de implementación consolidaron una cultura de lo tutelar-asistencial.

En ese sentido es posible afirmar que la ley tutelar construyó un sujeto social mediante la producción de una división entre aquellos que serían socializados por el dispositivo legal/tutelar, que generalmente coinciden con los que están fuera del circuito familia-escuela (los “menores”), y los niños, sobre quienes no se aplican este tipo de leyes. Un ejemplo de este punto es que ante a un mismo problema de la familia –violencia–, la respuesta estatal frente a los “menores” es la intervención de la justicia de menores, en tanto que en condiciones similares, si los involucrados pertenecen al otro segmento de la infancia, es probable que

---

como situación irregular se encontraba a los menores en estado de necesidad ‘en razón de manifiesta incapacidad de los padres para mantenerlos’. De esta forma, los niños y adolescentes pobres pasaban a ser objeto potencial de intervención del sistema de administración de justicia de menores. Además, había un único conjunto de medidas aplicables a las que se destinaba, indiferentemente, al menor carente, al abandonado y al infractor”. *Cfr.* Gomes Da Costa. “Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano-adolescente”, en AA.VV. *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa*, Buenos Aires, Ed. Galerna, 1992, p. 137.

<sup>43</sup> *Cfr.* Platt. *The Child Savers. The Invention of Delinquency*, *op. cit.*, p. 10.

<sup>44</sup> Gomes Da Costa. *Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano-adolescente*, *op. cit.*, pp. 131-154.

no haya intervención judicial y, si la hay, intervendrá la justicia de familia,<sup>45</sup> también con sus particularidades, que no es posible analizar aquí.

Otra característica del modelo tutelar es que los “menores” son considerados como objetos de protección, seres incompletos e incapaces que requieren un abordaje especial. Es evidente que esta concepción se construye a partir de una definición negativa de estos actores sociales, basada en lo que no saben, no tienen o no son capaces, como “una isla rodeada de omisiones”, esa bella metáfora que utiliza Antonio Carlos Gomes Da Costa,<sup>46</sup> uno de los promotores del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil.<sup>47</sup> Por esta razón, también, la opinión del niño deviene irrelevante.<sup>48</sup> Un ejemplo de lo que se acaba de afirmar es que el “derecho de menores” —que lo que haya sido y siga siendo, es algo bastante alejado de la idea que de “derecho” tienen las sociedades occidentales modernas— utilizaba un lenguaje propio del derecho patrimonial. Términos como “disposición” o “depósito” son frecuentes en el derecho de menores, si bien provienen del derecho de las cosas, y no del derecho de las personas.

Esta distinción respecto del nivel de los significantes se corresponde en el plano de los significados porque, en el modelo tutelar los menores son considerados objetos de tutela y represión encubierta bajo eufemismos. Es por este motivo, también, que en esta concepción la protección a la que son sometidos “los menores” con frecuencia viola o restringe derechos, precisamente porque no está pensada desde la perspectiva de los derechos, como acción estatal dirigida a garantizar derechos.

<sup>45</sup> Esto no significa que en muchos casos la justicia de familia no opere dentro de una lógica tutelar y de un modo similar al del juzgado de menores, como ocurre con la medida cautelar de protección de persona en la justicia de familia de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

<sup>46</sup> Gomes Da Costa. *Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano-adolescente*, op. cit., p. 138.

<sup>47</sup> Con la promulgación del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil en 1990, por Ley 8.069, se inauguró en la región latinoamericana la etapa de adecuación sustancial de la legislación interna de los países a la CDN, antes mencionada.

<sup>48</sup> El “menor”, como el educando en el paradigma que Paulo Freire llamó “educación bancaria”, es como un receptáculo, carente de iniciativa y protagonismo en las acciones en el contexto de la vida familiar, escolar o comunitaria. Sobre la relación entre derecho y pedagogía, ver Gomes Da Costa, Antonio Carlos. “Pedagogía y justicia”, en García Méndez y Beloff (comps.). *Infancia, ley y democracia en América Latina*, op. cit., p. 59 y ss.

## SUPUESTOS QUE HABILITAN LA INTERVENCIÓN ESTATAL

El menor ingresa al dispositivo tutelar a partir de que algún funcionario estatal considera, discrecionalmente, que se encuentra en una situación “definida” mediante categorías vagas, ambiguas, de difícil aprehensión desde la perspectiva del derecho (ya que colisionan con el principio de legalidad material), tales como “menores en situación de riesgo o peligro moral o material”, o “en situación de riesgo” o “en circunstancias especialmente difíciles” o similares.<sup>49</sup> Como es el “menor” quien está en situación irregular –por sus condiciones personales, familiares y sociales–, es objeto de intervenciones estatales coactivas, junto con su familia, en gran parte de los casos.<sup>50</sup>

De este modo se explica y justifica la abolición implícita del principio de legalidad, principio fundamental del derecho penal de un Estado de derecho. El desconocimiento de este principio ha permitido que las leyes contemplen el mismo tratamiento tanto para niños a quienes se imputa haber cometido un delito cuanto para aquellos que se encuentran en situación de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales (a la familia, a la alimentación, a la salud, a la educación, al esparcimiento, a la vestimenta, a la capacitación profesional, entre otros).<sup>51</sup> Además posibilita que las reacciones estatales sean siempre por tiempo indeterminado y sólo limitadas, en todo caso, por la mayoría de edad, oportunidad en la que cesa la disposición judicial o administrativa sobre el menor en “situación irregular”.

<sup>49</sup> Sobre este punto es interesante señalar que las leyes tutelares no sólo emplean estas categorías vagas sino que, en muchos casos, luego de una larga enumeración de supuestos que comprendería la definición en análisis, agregan una cláusula que establece que está en esa situación (irregular) todo menor que se encuentre en un estado o condición análoga a las anteriores, con lo que la categoría queda definitivamente abierta y por lo tanto con la posibilidad de ser definida discrecionalmente según los parámetros morales, religiosos, etcétera, del juez o funcionario que toma conocimiento y debe decidir el caso (ver, por ejemplo, el derogado Código de Menores de Paraguay).

<sup>50</sup> Cfr. Donzelot, Jacques. *La police des familles*, Ed. du Minuit, 1977; en español, *La policía de las familias*, Ed. Pre-Textos, Valencia, 1990; en particular el capítulo II.

<sup>51</sup> Se relaciona este punto con la “profecía autocumplida”: si se trata a una persona como delincuente aun cuando no haya cometido delito es probable que exitosamente se le “pegue” la etiqueta de “desviado” y que, en el futuro, efectivamente lleve a cabo conductas criminales. Un análisis sobre las teorías del etiquetamiento puede consultarse en Baratta. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, op. cit., cap. VII, p. 83 y ss.; y Taylor, Walton y Young. *La nueva criminología*, op. cit., cap. 5, p. 157 y ss.

## CARACTERÍSTICAS DE LA RESPUESTA ESTATAL

La principal característica es la centralización, tanto como concentración de funciones en la misma persona, el juez de menores, cuanto concentración territorial e institucional. Ejemplo de ello son las enormes instituciones nacionales de protección a la infancia creadas a lo largo del siglo en prácticamente todos los países de América Latina (SENAME en Chile, PANI en Costa Rica, FUNABEM en Brasil, Consejo del Menor en Argentina, INAME en Uruguay, ICBF en Colombia, ISPM en El Salvador, IHNEA de Honduras, etcétera). De ese modo queda definitivamente confundido todo lo relacionado con los niños a quienes se imputa haber cometido delitos con cuestiones relacionadas con las políticas sociales y la asistencia directa. Es lo que se conoce como “secuestro y judicialización de los problemas sociales” que producen la “invención” de la delincuencia juvenil.

## CARACTERÍSTICAS Y ROL DEL JUEZ

En este marco, el juez de menores<sup>52</sup> deja de cumplir funciones de naturaleza jurisdiccional para cumplir funciones más relacionadas con la ejecución de políticas sociales. En palabras de Donzelot, “[m]ás que un lugar de deliberaciones y de juicios públicos, el Tribunal de Menores hace

<sup>52</sup> El juez de menores en el sistema tutelar —que cumple en cierto imaginario social el rol de *pater familiae*— me recuerda el cuento *El príncipe feliz*, de Oscar Wilde. Su protagonista es una estatua, la de un príncipe (¿Feliz?), que al enterarse de los infortunios de los vecinos de su ciudad desde la posición de observador privilegiado que le ofrecía la altura del pedestal en el que había sido situado, decide asumir tareas de ayuda a estas personas desgraciadas. Los jueces de menores hacen lo mismo, a veces al punto de despojarse de bienes personales, igual que el príncipe/estatua del cuento. El problema es que el príncipe/estatua de la historia de Wilde perdió todo, hasta la mirada de los otros, por ayudar erráticamente y actuar lo que no era. En cierto sentido los jueces de menores latinoamericanos siguen siendo depositarios de la necesidad de ciertas familias socialmente desaventajada, para actuar como “policías” de esas familias, ordenadores, proveedores, sin contar con los recursos ni ser los órganos adecuados. Ellos se encuentran muchas veces en una situación que combina frustración, impotencia y buenas intenciones. Recuperar un lugar desde la especificidad del rol judicial para promover derechos, permitiría superar la intervención fragmentaria bien intencionada para permitir a los jueces pasar a formar parte de un sistema coherente y articulado de protección de derechos, en el que los diferentes actores estatales trabajen y sean responsables objetivamente por aquello para lo cual están llamados de acuerdo con el diseño institucional de la República.

pensar en la reunión del Consejo de Administración de una empresa de producción y de gestión de la infancia inadaptada”.<sup>53</sup>

Se concentran muchas y diversas funciones en una sola persona: juez/padre/defensor/acusador/decisor. Se espera que el juez actúe como un “buen padre de familia” en su misión de encargado del “patronato” del Estado sobre estos “menores en situación de riesgo o peligro moral o material”. De ahí que el juez no esté limitado por la ley en su función protectora paternal y tenga facultades omnímodas de disposición e intervención sobre la familia y sobre el niño.<sup>54</sup>

Esta función del juez de menores –y, en general, la lógica tutelar– tuvo gran acogida en América Latina y se articuló perfectamente con los sistemas procesales inquisitivos de la región. Más aún, sistemas inquisitivos y sistemas tutelares de menores se han alimentado recíprocamente en América Latina en los últimos ochenta años. La concepción del otro como objeto o como súbdito pero no como sujeto con derechos, la oficiosidad en la actuación judicial, el secreto, cuestiones morales y religiosas como fundamento de las decisiones penales, la privación de libertad como regla y pena encubierta anticipada, la concentración de funciones, en suma, la violación de todas las garantías individuales son características compartidas tanto por el procedimiento inquisitivo cuanto por el procedimiento previsto por las leyes tutelares de menores. Por esas razones ambos sistemas resultan incompatibles con el Estado de derecho.

## CONTENIDO Y CARACTERÍSTICAS DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL FRENTE A LOS CASOS DE PROTECCIÓN

La respuesta clásica en clave tutelar fue el internamiento –presentado como una medida de protección del menor–, que constituye una forma de encierro. La privación de la libertad según la regla 11.b de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad se define –para terminar con los eufemismos, con los “como si”– como “toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento

<sup>53</sup> En este sentido, es importante recordar que el mayor porcentaje del trabajo de los juzgados de menores que funcionan según las previsiones de las leyes de la situación irregular es de naturaleza tutelar o asistencial.

<sup>54</sup> Cfr. Donzelot. *La policía de las familias*, op. cit., p. 103.

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”.

Si bien es cierto que históricamente los sistemas tutelares han contado con otras “medidas de protección”, la principal reacción siempre ha sido la privación de libertad de los menores considerados en riesgo, peligro moral o material, o situación irregular, por tiempo indeterminado y hasta la mayoría de edad en la mayor parte de las legislaciones. La crisis del encierro tutelar ha coincidido no sólo con una crítica terminal a la eficacia del encierro como práctica rehabilitadora sino también con una crisis severa del Estado de bienestar. Esto es particularmente evidente en América Latina.

#### CONTENIDO Y CARACTERÍSTICAS DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL FRENTE A LOS CASOS DE IMPUTACIÓN DE DELITO AL MENOR DE EDAD

Finalmente, desde la lógica tutelar se considera a niños y jóvenes imputados de delitos como inimputables –en concordancia con la concepción de ellos como incapaces–. Ello entre otras cosas ha implicado, en la práctica, que frente a la imputación de un delito no se les siga un proceso con todas las garantías que tienen los adultos, y que la decisión de privarlos de libertad o de adoptar cualquier otra medida coactiva no dependa necesariamente del hecho cometido sino, precisamente, de que el niño o joven se encuentre en “estado de riesgo” o “situación irregular”.<sup>55</sup>

Tal como señalé, el modelo tutelar se monta sobre un argumento muy poderoso y persuasivo cual es la ayuda a la infancia desvalida. En ese marco, la pregunta que funda el derecho penal moderno –acerca de los límites al poder punitivo del Estado– desaparece y, con ella, los derechos y garantías que representan la respuesta a la pregunta respecto de cómo

<sup>55</sup> En este punto es interesante recordar la distinción que la doctrina penal hace entre el derecho penal de autor y de acto. El primero consiste en un diseño político criminal propio de sistemas autoritarios en el que el Estado reacciona frente a las personas por lo que son y no por lo que hacen. En un Estado de derecho el derecho penal de acto deviene garantía fundamental porque asegura que el aparato coercitivo estatal se ponga en funcionamiento sólo frente a la comisión de un delito que tiene que estar claramente tipificado en la ley penal (de acuerdo al principio de legalidad, piedra basal –como se dijo– del derecho penal de un Estado de derecho).

limito el mal con intención de serlo que es la pena. La concepción tutelar, en cambio, no tiene espacio conceptual ni político para preguntarse sobre los límites, porque se pone en marcha y justifica para “proteger”, para ayudar a los niños desvalidos. Si bien cierta doctrina ha señalado una ruptura entre el modelo peligrosista y el modelo tutelar (del sujeto peligroso al sujeto carente),<sup>56</sup> esta ruptura no es tan clara. Como en todo modelo basado sobre premisas positivistas, la legitimación explícita encubre una justificación latente que, como se señaló, en este caso se refiere a la protección de la sociedad de sus integrantes “peligrosos”. Cuando se priva de la libertad al “menor” se está separando a la sociedad de ese integrante conflictivo, con lo que se genera la ilusión de seguridad, bajo excusa de su protección.

## II. 2. LA CONCEPCIÓN DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO

La concepción tutelar descrita someramente más arriba, entró en crisis en la década de 1960 en Estados Unidos y en la década de 1980 a nivel de la comunidad internacional. Con la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, en 1989, se cerró el ciclo iniciado casi un siglo atrás con el movimiento de los “Salvadores del Niño”, que concebía la protección de la infancia en los términos ya explicados, y se inauguró la nueva etapa, que puede ser definida como etapa de la protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes.<sup>57</sup>

Esta nueva concepción se construyó no sólo a partir de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño sino también a partir de instrumentos específicos regionales y universales de protección de derechos humanos y de otros documentos internacionales que, sin tener la

<sup>56</sup> Cfr. Gomes Da Costa. *Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano-adolescente*, op. cit.

<sup>57</sup> Es importante recordar aquí que la categorización de estos modelos o sistemas, como de la situación irregular y la protección integral, ha sido producto de elaboraciones teóricas latinoamericanas posteriores a la ratificación de la Convención Internacional; como tal, no aparece en el ámbito europeo o estadounidense. En particular sobre el punto, ver García Méndez, Emilio. *Infancia. De los derechos y de la justicia*, 2ª ed., Ed. Del Puerto, Buenos Aires, 2004. Además, es importante tener en cuenta que estos modelos sólo fueron pensados como instrumentos metodológicos, pedagógicos, como modelos explicativos y con una finalidad clara de ser útiles para provocar transformaciones en el ámbito de la práctica. El uso indiscriminado actual de estas categorías, ya a nivel teórico, ha impedido desarrollar una elaboración científica rigurosa, más sofisticada y profunda, en torno del tema.

fuerza vinculante que tienen para el Estado los tratados, representan la expresión de acuerdos e intenciones de la comunidad internacional en esta materia y, por lo tanto, son aplicables en la interpretación de los tratados y en el diseño de las políticas de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas, y pueden evidentemente devenir obligatorios en la medida en que se conviertan en costumbre internacional.

Los principales instrumentos a partir de los cuales se crean nuevos estándares en relación con la condición jurídica de la infancia son:

-La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (20/11/89); y sus dos protocolos facultativos:

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados (12/02/02);<sup>58</sup> y

Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de Niños en la Pornografía (18/01/02).<sup>59</sup>

- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing (29/11/85).<sup>60</sup>

- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (14/12/90).<sup>61</sup>

- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como Directrices de Riadh (14/12/90).<sup>62</sup>

Además de otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; Declaración Universal de Derechos Humanos; Convención Americana sobre Derechos Humanos; Pacto Internacional de Derechos

<sup>58</sup> Resolución 54/263 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 25 de mayo de 2000. Al 13/3/03 fue ratificado por 52 países.

<sup>59</sup> Resolución 54/263 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 25 de mayo de 2000. Al 13/3/03 fue ratificado por 50 países.

<sup>60</sup> Resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 29 de noviembre de 1985, cuatro años antes de la aprobación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

<sup>61</sup> Resolución 45/113 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, aprobada el 14 de diciembre de 1990.

<sup>62</sup> Resolución 45/112, aprobada por la Asamblea General sobre la base del informe de la Tercera Comisión A/45/756 en el Cuadragésimo Quinto Período de Sesiones el 14 de diciembre de 1990.

Económicos, Sociales y Culturales; Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; Convención sobre la Prevención y Sanción del Delito de Genocidio; Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes;<sup>63</sup> Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas;<sup>64</sup> Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad).<sup>65</sup>

A partir de estas reglas e instrumentos internacionales –que tratan sobre temas tales como la delincuencia juvenil, la escuela, el rol de la familia, el rol de la comunidad, el rol de la justicia – es posible afirmar que se inaugura una era de ciudadanía de la infancia,<sup>66</sup> ya que se reconoce al niño como sujeto pleno de derecho, situación sustancialmente diferente desde el punto de vista normativo, a la vigente hasta hace poco tiempo en América Latina.

No es posible dar una definición acabada de “protección integral de los derechos de los niños”.<sup>67</sup> Sin embargo, sí es posible afirmar que en América Latina, cuando hoy se habla de protección integral se habla de protección de los derechos de niños, niñas y adolescentes. En este sentido, quizá puramente teórico pero con implicaciones prácticas muy concretas, el cambio con la concepción anterior es absoluto e impide considerar cualquier ley o institucionalidad basadas sobre postulados peligrasistas y filantrópicos como una ley de protección integral de derechos inspirada en la Convención sobre los Derechos del Niño.

<sup>63</sup> Todos ellos incorporados con jerarquía constitucional en la reforma de la Constitución Nacional de Argentina en 1994 (cfr. Artículo 75, inc. 22, CN).

<sup>64</sup> A través de la publicación en el *Boletín Oficial* del 9/5/1997 de la Ley 24.820, se aprobó la jerarquía constitucional de esta Convención en Argentina.

<sup>65</sup> A través de la publicación en el *Boletín Oficial* del 3/9/2003 de la Ley 25.778, se aprobó la jerarquía constitucional de este instrumento internacional de derechos humanos en Argentina.

<sup>66</sup> Hay algo de paradójal en esta situación que indirectamente señalan Cunningham, Hugh. *Children & Childhood in Western Society Since 1500*, Longman, 1995; Postman, Neil. *The Disappearance of Childhood*, Vintage, 1994; y Jenks, Chris. *Childhood*, Routledge, Londres, 1996: la era de los derechos del niño como derechos de ciudadanía –que acerca conceptualmente los niños a los adultos– conspira contra el derecho del niño a ser niño –que mantiene a los niños en una dimensión conceptual claramente diferenciada de los adultos–.

<sup>67</sup> De hecho, la falta de claridad respecto de qué significa protección integral permite todavía hoy a algunos funcionarios defender las leyes tutelares como modelos de protección integral de la infancia.

Se advierte entonces que protección integral como protección de derechos es una noción abierta, en permanente búsqueda de nuevos y mejores estándares. Por tal motivo, no parece adecuado para definirla limitarse a los instrumentos internacionales específicamente orientados al tema de la infancia, tal como se hacía en los primeros artículos que sobre el tema se escribieron a comienzos de la década de los noventa. Deben pues considerarse incluidos todos los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos suscritos por cada país, en la medida en que establecen una mayor protección. En términos generales es posible afirmar que un sistema legal e institucional de protección integral de derechos de los niños debe presentar las características que se mencionan a continuación.

### MARCO TEÓRICO

El nuevo modelo de protección integral de los derechos del niño se enmarca en lo que se conoce como escuela de la reacción social, que representa una ruptura con el modelo etiológico.<sup>68</sup> Las características del sujeto dejan de ser cuestiones relevantes para autorizar una intervención estatal coactiva respecto del niño de que se trate. Ya no son las condiciones personales del menor de edad las que habilitan al Estado a intervenir, sino su conducta delictiva concreta (derecho penal de acto). De modo que, desde el punto de vista político-criminal, de esta concepción se deriva un sistema de justicia juvenil que sólo justifica las reacciones estatales coactivas frente a infractores (ya no “potenciales infractores”) de la ley penal.

La promoción y garantía de los derechos económicos, sociales y culturales de una persona menor de 18 años no es más tarea de la justicia penal, que durante un siglo pretendió garantizarlos al precio no sólo de no garantizarlos, sino de violar derechos civiles elementales reconocidos a todas las personas desde mucho tiempo atrás. En este nuevo modelo, en consecuencia, no hace falta cometer delitos para tener familia, ir a la escuela, comer, recibir atención médica, tener casa o no ser maltratado.<sup>69</sup>

<sup>68</sup> Sobre el paradigma criminológico que se instala a partir del enfoque de la reacción social o *labelling approach*, ver Baratta. *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, op. cit., cap.VII, p. 83 y ss.; y Taylor, Walton y Young. *La nueva criminología*, op. cit., cap. 5, p. 157 y ss.

<sup>69</sup> Cfr. Beloff, Mary. “Los equipos multidisciplinarios en las normas internacionales de las que surge el modelo de la protección integral de derechos del niño”, en *Nueva Doctrina Penal*, 2002/B, Ed. Del Puerto, Buenos Aires, pp. 419-442.

## CARACTERÍSTICAS DEL DESTINATARIO DE LAS NORMAS E INSTITUCIONES DE PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DE LA INFANCIA

Los niños son ahora definidos de manera afirmativa, como sujetos plenos de derecho. Ya no se trata de “menores”, incapaces, personas a medias o incompletas, sino de personas cuya única particularidad es estar creciendo. Por eso se les reconocen todos los derechos que tienen los adultos, más derechos específicos precisamente por reconocerse esa circunstancia evolutiva.

El reconocimiento y promoción de los derechos de los niños se produce en una concepción integral que recupera la universalidad de la categoría de la infancia, antes fragmentada por las leyes de “menores”. Los derechos que la Convención garantiza tienen como destinatarios a todos los niños y niñas y no sólo a una parte de ellos. Si se es titular de derechos, si la protección es concebida como derecho, entonces deben existir remedios legales en caso de violaciones a los derechos, no así cuando la protección es concebida como ayuda o caridad, donde las nociones de exigibilidad y responsabilidad desaparecen.

De todos los derechos, uno que estructura la lógica de la protección integral es el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta.<sup>70</sup> Se pasa de una concepción de exclusión de la voz del menor, donde los niños, como incapaces, no tenían nada que decir, a otra más cercana a la situación ideal de diálogo en la que participan todos los ciudadanos, pensado el proceso en términos habermasianos.<sup>71</sup> En este sentido, la aplicación de la Convención se asocia directamente con la construcción de una sociedad más democrática y participativa.<sup>72</sup>

En palabras de Alessandro Baratta, la democracia necesita que los niños opinen y participen. Cómo lograrlo es responsabilidad de los adultos, quienes deben diseñar e implementar arreglos institucionales que permitan que las opiniones de los niños sean tenidas en cuenta.<sup>73</sup>

<sup>70</sup> Cfr. Artículo 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Sobre este tema ver Baratta, Alessandro. “Infancia y democracia”, en García Méndez y Beloff (comps.). *Infancia, ley y democracia en América Latina*, op. cit., p. 31 y ss.

<sup>71</sup> Cfr. Habermas, Jürgen. *Teoría de la acción comunicativa*, Ed. Taurus, Madrid, 1987.

<sup>72</sup> Cfr. Grant, J. *Los derechos de los niños: la base de los derechos humanos*, UNICEF, Nueva York, 1993. Discurso del Ex-Director Ejecutivo Mundial del UNICEF ante la Conferencia Mundial de los Derechos Humanos, p. 13.

<sup>73</sup> Cfr. Baratta. *Infancia y democracia*, op. cit.

## SUPUESTOS QUE HABILITAN LA INTERVENCIÓN ESTATAL

En este enfoque, las leyes definen los derechos de los niños y establecen que en caso de que alguno de esos derechos se encuentre amenazado o violado, es deber de la familia, la comunidad y/o del Estado restablecer el ejercicio concreto del derecho afectado a través de mecanismos y procedimientos efectivos y eficaces tanto administrativos cuanto judiciales, si así correspondiere.<sup>74</sup>

Los alcances de esta formulación, expresada por primera vez en el Artículo 227<sup>75</sup> de la Constitución de Brasil, no han sido suficientemente analizados. Se trata de una transformación radical del contenido de las leyes de infancia, que junto con el artículo del Estatuto del Niño y el Adolescente, del mismo país, que prohíbe separar a un niño de su familia por razones de pobreza, son los artículos emblemáticos del cambio, presentes en todas las nuevas legislaciones de infancia de la región. Al desaparecer las vagas y antijurídicas categorías de “riesgo”, “peligro moral o material”, “circunstancias especialmente difíciles”, “situación irregular”, etcétera, no es más posible cargar sobre el niño las omisiones de los adultos que determinan violaciones a sus derechos. Por el contrario, a partir de esta nueva formulación, quien se encontrará en “situación irregular” cuando el derecho de un niño se encuentre amenazado o violado, será alguna persona o institución del mundo adulto (la familia, la comunidad o el Estado).

## CARACTERÍSTICAS DE LA RESPUESTA ESTATAL

La lectura que aquí se propone de la CDN y otros tratados relevantes, permite entonces distinguir claramente la competencia de las políticas sociales de la cuestión específicamente penal, y permite plantear la defensa y el reconocimiento de los derechos de los niños como una cuestión que depende de un adecuado desarrollo de las políticas sociales universales. De este modo, se desjudicializan cuestiones relativas a la falta o carencia

<sup>74</sup> *Cfr.* Artículos 4 y 5 de la CDN.

<sup>75</sup> “... [e]s deber de la familia; de la sociedad y del Estado, asegurar al niño y al adolescente, con prioridad absoluta, el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, a la recreación, a la profesionalización, a la cultura, a la dignidad, al respeto, a la libertad y a la convivencia familiar y comunitaria, además de colocarlos a salvo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad u opresión”.

de recursos materiales, supuesto que en el sistema anterior habilitaba la intervención de la jurisdicción especializada.

### CARACTERÍSTICAS Y ROL DEL JUEZ

En el nuevo modelo se jerarquiza la función del juez en tanto éste debe ocuparse estrictamente de cuestiones de naturaleza jurisdiccional, sean de derecho público (penal) o privado (familia). Los nuevos jueces, en ejercicio de esa función, como cualquier juez, están limitados en su intervención por las garantías constitucionales. Deberán además ser idóneos en derecho, más allá de tener conocimientos específicos de temas vinculados con la infancia.

### CONTENIDO Y CARACTERÍSTICAS DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL FRENTE A LOS CASOS DE PROTECCIÓN

La protección es ahora de los derechos del niño. No se trata, como en el modelo anterior, de proteger a la persona del “menor”, sino de garantizar los derechos de todos los niños. Si no hay ningún derecho amenazado violado no es posible intervenir. Por lo tanto, esa protección reconoce y también promueve derechos, no los viola ni restringe, y por ese motivo la protección no puede traducirse en intervenciones estatales coactivas, salvo supuestos excepcionales en los que exista peligro concreto para la vida del niño.

### CONTENIDO Y CARACTERÍSTICAS DE LA INTERVENCIÓN ESTATAL FRENTE A LOS CASOS DE IMPUTACIÓN DE DELITO AL MENOR DE EDAD<sup>76</sup>

Existen tres áreas en las que en el marco de la protección integral las aguas continúan divididas: el trabajo infantil,<sup>77</sup> la adopción internacio-

<sup>76</sup> Sobre los nuevos sistemas de justicia juvenil, 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 adelante, “Algunas confusiones”), en García Méndez, Emilio (comp.). *Adolescentes y responsabilidad penal*, Buenos Aires, Ed. Ad-Hoc, 2001, pp. 29-70; y Beloff, Mary. “Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina”, en García Méndez y Beloff (comps.). *Infancia, ley y democracia, op. cit.*, entre otros.

<sup>77</sup> Ciertos movimientos sociales de infancia –sobre todo en los países andinos– consideran que en la Convención se reconoce “el derecho del niño a trabajar”. Sin embargo, no se puede

nal<sup>78</sup> y lo relacionado con las personas que tienen menos de dieciocho años de edad a quienes se atribuye haber llevado a cabo una conducta tipificada en el Código Penal. Acorde con la CDN, un sistema de respuesta estatal frente a la imputación de delito a una persona menor de dieciocho años de edad, debe establecer que ellos responden por sus delitos en la medida en que los reconoce como sujetos de derecho con cierta capacidad para autodeterminarse, a partir de cierta edad.<sup>79</sup> Se trata de un sistema de justicia especializado, completamente distinto del sistema tutelar, que al considerar a los menores como inimputables y dejarlos bajo la tutela de un juez, los privaba de todos sus derechos; es, además, un sistema de justicia distinto del sistema penal de adultos.

En cuanto a la política criminal, este sistema reconoce a los niños todas las garantías que le corresponden a los adultos en los juicios criminales, según las constituciones nacionales y los instrumentos internacionales aplicables, más garantías específicas.<sup>80</sup> Los adolescentes sólo pueden ser juzgados por tribunales específicos y bajo procedimientos especiales. Desde el punto de vista procesal, se establece un sistema acusatorio (oral y contradictorio) que sea flexible y que permita instancias conciliatorias a lo largo de todo el proceso, no para desconocer las garantías como en el

---

extraer de la CDN tal conclusión. El ideario sobre el cual la CDN está basada se corresponde con el de la socialización habitual de un niño occidental, básicamente de países desarrollados, a través de la escuela y la familia. Si el niño tiene derecho a ir a la escuela, a descansar y a jugar, tal como la CDN lo reconoce expresamente, no hay espacio para el reconocimiento del derecho a trabajar ni en términos prácticos ni en términos teóricos. Lo que sí garantiza el tratado es el derecho de los niños a no ser explotados laboralmente (*cf.* Artículo 32).

<sup>78</sup> Ver por ejemplo Artículo 21 de la CDN. Al ratificarla, por Ley 23.849, Argentina hizo una reserva en relación con los incisos b), c), d) y e) de ese artículo, manifestando que éstos “no regirán en su jurisdicción por entender que para aplicarlo, debe contarse previamente con un riguroso mecanismo de protección legal del niño (...) a fin de impedir su tráfico y venta”.

<sup>79</sup> Piénsese en las mujeres, por ejemplo, que durante mucho tiempo no podían “cometer delitos”. Si una mujer realizaba una conducta penalmente disvaliosa, ésta era explicada como un trastorno orgánico hormonal pero no como “delito”. Es del caso recordar el reclamo de Olympe De Gouges al derecho a la tribuna y al patíbulo, reclamo que parece anticiparse a la tesis hegeliana de la pena entendida como un derecho para el reo, pues es honrado en su ser racional. Para un cuidadoso análisis sobre este aspecto ver Graziosi, Marina. “Infirmas sexus”, en *Nueva Doctrina Penal*, 1999/A, Ed. Del Puerto, Buenos Aires.

<sup>80</sup> *Cf.* Artículo 40 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Este reconocimiento de garantías es independiente del hecho de sostener que los niños y jóvenes son inimputables, como es el caso, por ejemplo, del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil. Al respecto ver Beloff, Mary. “Algunas confusiones”, *op. cit., supra*, nota 76.

modelo anterior, sino para permitir una solución real al conflicto que puso en marcha el proceso penal juvenil.

En un sistema de este tipo, la responsabilidad del joven por el acto cometido debe expresarse en consecuencias jurídicas absolutamente diferentes de las que se aplican en el sistema general de adultos. El catálogo de esas medidas se extiende desde la advertencia y la amonestación hasta los regímenes de arresto domiciliario o privación de la libertad en institución especializada. En este sistema la privación de libertad en centro especializado es una medida excepcional, *ultima ratio*, que en todos los casos debe dictarse por tiempo determinado y más breve posible, sólo frente a la comisión de un delito gravísimo.<sup>81</sup>

	Modelo tutelar o de la situación irregular (pre-cdn)	Modelo de la protección integral de derechos (post-cdn)
Marco teórico Características del destinatario de las normas e instituciones	Escuela etiológica - “menores” - incompletos - incapaces - objetos de protección - infancia fragmentada - no importa la opinión del niño	Escuela de la reacción social - niños y jóvenes/adolesc. - personas en desarrollo - capaces relativos - sujetos de derecho - universalidad de la infancia - es central la opinión del niño
Supuestos que habilitan la intervención estatal	- “situación de riesgo o peligro moral o material” o “situación irregular” o “circunstancias especialmente difíciles” - “menor en situación irregular”	- derechos amenazados o violados  - adultos, instituciones y servicios en “situación irregular”
Características de la respuesta estatal	- centralización - lo asistencial confundido con lo penal - judicialización	- descentralización - lo asistencial separado de lo penal - desjudicialización
Características y rol del juez	- juez ejecutando política social/asistencia - juez como “buen padre de familia” - juez con facultades omnímodas	- juez en actividad jurisdiccional - juez técnico  - juez limitado por garantías

<sup>81</sup> Los delitos graves deben estar taxativamente mencionados en la ley con el fin de evitar interpretaciones de la palabra “grave” que afecten el principio de excepcionalidad, como sucede en algunos países.

<p>Contenido y características de la intervención estatal frente a los casos de protección</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- protección que viola o restringe derechos</li> <li>- separación del niño de la familia e internación como principal intervención</li> <li>- medidas coactivas por tiempo indeterminado</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- protección que reconoce y promueve todos los derechos que tienen los adultos, más derechos específicos</li> <li>- no hay intervenciones estatales coactivas para garantizar derechos</li> <li>- medidas de protección de derechos por tiempo necesario hasta restablecer el derecho vulnerado</li> </ul>
<p>Contenido y características de la intervención estatal frente a los casos de imputación de delito al menor de edad</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- “menor abandonado/delincuente”</li> <li>- derecho penal de autor imputados de delitos como inimputables</li> <li>- especialización sin justicia</li> <li>- “procedimiento” sin debido proceso</li> <li>- sistema inquisitivo</li> <li>- se desconocen todas las garantías</li> <li>- prevención especial</li> <li>- privación de libertad como regla</li> <li>- medidas por tiempo indeterminado</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>- desaparece el determinismo</li> <li>- derecho penal de acto</li> <li>- responsabilidad penal juvenil (consecuencias jurídicas absolutamente diferentes de las que se aplican en el sistema de adultos)</li> <li>- justicia especializada</li> <li>- procedimientos especiales</li> <li>- sistema acusatorio (oral y contradictorio)</li> <li>- se reconocen todas las garantías, más garantías específicas</li> <li>- privación de libertad como excepción, por tiempo determinado y el más breve posible, y sólo para infractores graves</li> <li>- otras sanciones/medidas por tiempo determinado</li> </ul>

### III. LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO COMO HERRAMIENTA PARA PROMOVER EL CAMBIO SOCIAL

Sin duda, ninguna ley vinculada con la condición jurídica de la infancia, ni la CDN ni las leyes nacionales producidas tras su incorporación al derecho interno, cambiaron automáticamente la realidad de la vida de los

niños latinoamericanos. No es la ley por sí sola la que fabrica, produce o reproduce la realidad social. Sin embargo, sin un marco de legalidad y sin un diseño institucional que legalice y legitime las políticas, prácticas y abordajes de protección integral de los derechos de la infancia, existe una dificultad adicional que obliga a trabajar desde la para-legalidad.<sup>82</sup> Para que los derechos de niños y niñas sean respetados es necesario contar con leyes cuidadosamente diseñadas y con técnicos entrenados. Además la ley debería contener, más allá de los derechos, los mecanismos de exigibilidad para hacerlos efectivos. Indudablemente los procesos de reforma legal deben estar acompañados de una readecuación institucional, de los programas y de los servicios destinados a la infancia, que permita a los niños ejercer sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales garantizados *ex ante* en las leyes de protección integral.

Considérese el siguiente caso. El Artículo 34 de la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia (PANI), de 1996, de Costa Rica, indica que el 7 por ciento de los impuestos recaudados deben ser transferidos enteramente al PANI en el mes de enero de cada año. El gobierno no transfirió esos fondos desde que la ley entró en vigencia, acumulando una deuda de más de 42 millones de dólares con la niñez más pobre de ese país. Frente a ese incumplimiento, Casa Alianza –organización gubernamental en cargada de la niñez y la adolescencia en Costa Rica– inició una acción constitucional ante la Sala Constitucional que el 1º de marzo del 2002 ordenó al gobierno de Costa Rica pagar los fondos adeudados e incluir la asignación legalmente prevista en el presupuesto ordinario anual de la República. Asimismo, la Sala advirtió al Ministro de Hacienda sobre la posibilidad de enfrentar cargos criminales si no acataba el fallo.<sup>83</sup>

Sin estos mecanismos legales de exigibilidad de los derechos contenidos en las nuevas leyes, la protección a la infancia permanece en el nivel de las buenas intenciones. La reciente historia latinoamericana demuestra que para que esta situación comience a modificarse, la ley cumple un rol

<sup>82</sup> Utilizo este término y no hago referencia a la ilegalidad de las leyes porque, en última instancia, la protección integral de la infancia es un mandato constitucional en cualquier país latinoamericano, por más que las leyes tutelares de menores no hayan sido modificadas. Las reformas legales son un imperativo constitucional porque las leyes tutelares de menores son inconstitucionales.

<sup>83</sup> Tanto el funcionario que al momento de dictarse el fallo se desempeñaba como Ministro de Hacienda como su predecesor, fueron denunciados penalmente por Casa Alianza.

central. En los estados populistas –como algunos estados latinoamericanos de los años cincuenta– la “protección” a la infancia se traducían en políticas asistenciales canalizadas mediante políticas sociales universales. Hoy estas políticas de ciudadanía reclaman en las nuevas leyes y en la realidad social mecanismos de exigibilidad para la plena vigencia de los derechos que sean fácilmente apropiables por los destinatarios, fundamentalmente, niños, niñas y adolescentes.

En este sentido, la Convención Internacional sobre Derechos del Niño se convirtió –probablemente a pesar de ella misma y de quienes la escribieron– en un diseño utópico; no en el sentido de utopía regresiva, sino en un texto, en una narrativa que nos habla de cómo queremos que el Estado –y el mundo adulto en general– se relacione con la infancia. Su impacto a través de reformas legales en América Latina permite advertir cómo la ley incide directamente para que la realidad de la vida de los niños se acerque un poco a ese diseño utópico.

En ocasión de recibir el Premio Nobel en 1982, Gabriel García Márquez afirmó que se sentía con el derecho de creer que todavía no era demasiado tarde para emprender la creación de una utopía contraria a la de la aniquilación del hombre:

Una nueva y arrasadora utopía de la vida, donde nadie pueda decidir por otros hasta la forma de morir, donde de veras sea cierto el amor y sea posible la felicidad, y donde las estirpes condenadas a cien años de soledad tengan por fin y para siempre una segunda oportunidad sobre la tierra.<sup>84</sup>

La Convención se ha constituido en esta segunda oportunidad para millones de niños y niñas, y es deber de los juristas, que históricamente los han ignorado, trabajar para que esa nueva oportunidad no se pierda.

<sup>84</sup> García Márquez, Gabriel. *La soledad de América Latina*, discurso de aceptación del Premio Nobel, 1982.