

Un modelo para armar —y otro para desarmar!: protección integral de derechos vs. derechos en situación irregular* **

Mary Beloff**

1. Impacto de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño en América Latina

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño se aprobó por aclamación en la sede de la Asamblea General de Naciones Unidas, en la ciudad de Nueva York, el 20 de noviembre de 1989, luego de casi una década de debates acerca de su alcance y contenidos¹. Su ratificación por veinte países —el número requerido por el instrumento para su entrada en vigencia²— 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 de derechos humanos. Ningún otro instrumento internacional específico de protección de derechos humanos ha tenido la aceptación y el consenso generados por la Convención.³ A la fecha, sólo

* Este trabajo reconoce muchos antecedentes. En primer lugar, el trabajo titulado *Estado de avance del proceso de adecuación de la legislación provincial a la Convención Internacional sobre Derechos del Niño en la Argentina*, preparado para el Foro de Legisladores provinciales sobre derechos del niño en 1997. Agradezco a la Lic. Irene Konterllnik el haberme invitado a escribirlo, además el haberme 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, 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 n° 1, págs. 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)”, organizado por el Consejo de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes de la Ciudad, realizado en la Ciudad de Buenos Aires, el 15 de abril de 2002, por invitación de la Lic. Eva Giberti, a quien agradezco la oportunidad de haber participado en esas jornadas excelentes. Finalmente, decenas de reuniones, seminarios, conferencias, clases. Vaya pues mi reconocimiento a los cientos de personas que en diferentes 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 a la abogada (UBA) Verónica Spaventa el cuidadoso trabajo de edición de la conferencia del año 2002, la minuciosa lectura de este artículo y sus lúcidos aportes.

** Abogada (UBA), *Magistri in Legibus -LL.M.-* (Escuela de Leyes de la Universidad de Harvard, USA), Profesora de la Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires.

¹ 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. 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.

² Art. 49 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

³ Cfr. LE BLANC, Lawrence J., *The Convention on the Rights of the Child. United Nations Lawmaking on Human Rights*, University of Nebraska Press, Lincoln, 1995, pp. 11 y ss.

Estados Unidos, Somalia y el recientemente independiente Timor Oriental no la han ratificado.⁴

Varias y diversas razones explican tal generalizada aceptación⁵. La que comúnmente se invoca es que en todo el mundo los niños⁶ 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, 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 significa un cambio radical tanto si es mirada desde un punto de vista jurídico como político, histórico o —y muy especialmente— cultural. Con su aprobación 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", y 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 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. Esta transformación se conoce, en la literatura especializada, como la sustitución de la "doctrina de la situación irregular" por la "doctrina de la protección integral", lo que en otros términos significa pasar de una concepción de los "menores" —una parte del universo de la infancia—

⁴ Enfrentados los dos primeros casos, diría que la omisión se explica, en el primero por la presencia de demasiado estado; en tanto que en el segundo por su ausencia casi total. Somalia es sujeto de derecho internacional pero de la mayor fragilidad y comienza a vincularse con el resto de la comunidad internacional. En cambio, en Estados Unidos por el diseño del sistema federal —a diferencia del sistema federal argentino que no permite que los estados regulen esta materia— algunos estados no sólo toleran sino que aplican 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 por el cual Estados Unidos se resiste a ratificar un tratado "políticamente tan correcto", si bien se esgrimen formalmente otros. Timor Oriental es un estado muy joven; es de desear que, a diferencia de Somalia, pronto ratifique la CDN.

⁵ Otras razones que en mi opinión explican la generalizada firma y ratificación del tratado son analizadas en otro artículo. Ver BELOFF, Mary, *Hay algo más allá de la Convención Internacional sobre Derechos del Niño?*, Buenos Aires, 2003, en preparación.

⁶ 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 (cfr. art. 1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño). La Argentina declaró en la ley 23.849 aprobatoria del tratado con relación al art. 1 que este debía ser interpretado en el sentido que se entiende por niño a todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad.

como objetos de tutela y protección segregativa, a considerar a niños y jóvenes como sujetos plenos de derecho.⁷

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 latinoamericano⁸.

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 leyes⁹. En este sentido, el proceso de reconocimiento de derechos a los niños en el contexto latinoamericano se diferencia sustancialmente del proceso desarrollado en los Estados Unidos, donde la Corte Suprema disparó el proceso de reformas con el fallo *Gault* en 1967¹⁰.

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, la década 1990-2000, en la que nos concentraremos en este artículo, encontró a los países latinoamericanos recorriendo tres caminos diferentes¹¹.

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 en la

⁷ Sobre la distinción entre “menores” y niños ver BELOFF, Mary, *No hay menores de la calle*, en Revista *No hay derecho*, Buenos Aires, n° 6, junio de 1992.

⁸ 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 suficientemente estudiadas en profundidad.

⁹ 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 instrumentos relacionados con los derechos de los 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 v. 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. (comp.), *La aplicación de los tratados sobre derechos humanos por los tribunales locales*, CELS/Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, pág. 623 y ss.

¹⁰ Cfr. *In re Gault*, 387 U.S. 1 (1967).

¹¹ Cfr. UNICEF/TACRO, *Informe Final. Reunión de Puntos Focales. Área Derechos del Niño*, Paipa, Colombia, 6 al 9 de diciembre de 1993, p. 16.

Primer Cumbre Mundial de la Infancia— o el impacto retórico que sí se ha producido en todos los países¹².

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 de los Derechos del Niño. A este proceso se lo denomina de adecuación "formal" o "eufemística" porque se reformaron las leyes pero, no cambió la mirada, lo que se refleja a veces hasta en el propio nuevo texto legal.¹³ En este sentido una de las primeras tareas que se llevó adelante en América Latina a partir de la ratificación de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño 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. En este sentido 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 internacional¹⁴.

¹² 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 y son básicamente México y el Cono Sur (Argentina, Chile y Uruguay), ningún otro país de la región. 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.

¹³ En esa situación, el caso más simpático es el de la República Dominicana donde cuando apenas se ratificó la Convención se aprobó un Código de la Niñez que en nada modifica la condición jurídica de la infancia. Para dar un ejemplo, no regula la figura del abogado defensor, nada mas y nada menos. Lo mismo sucedió, básicamente, en Honduras —en la parte del Código referida a la protección—, en Bolivia —que ya tiene un nuevo Código— y en Ecuador, donde el Código sancionado a comienzos de los años 90, también derogado recientemente, diseñaba un modelo de justicia de carácter administrativo y en la que, por lo tanto, no intervenían jueces, aún en asuntos penales. Se trata aquí de lo que Antonio Carlos GOMES DA COSTA ha llamado "el paradigma de la ambigüedad".

¹⁴ 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 7576 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 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 1 de abril de 2000).

**¿Qué pasó en los países de América Latina a partir de la ratificación de la
CIDN?
Primer etapa de reformas legales e institucionales (1990-2000)**

GRUPO A	- La ratificación no tuvo ningún impacto o tuvo un impacto político superficial o un impacto retórico.
GRUPO B	- Se llevó a cabo un proceso de adecuación “formal” o eufemística de las leyes internas del país a la CIDN.
GRUPO C	- Se llevó a cabo un proceso de adecuación sustancial de las leyes internas del país a la CIDN.

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) hacen que algunos estados opten por aprobar un Código integral y que otros opten por el dictado de leyes específicas.

Los primeros sancionan Códigos o leyes integrales que regulan sobre todos los derechos reconocidos por la Convención, distinguiendo los aspectos relacionados con las políticas públicas de aquellos vinculados con la intervención judicial. Aún mas, muchas veces estos Códigos o leyes integrales contienen también dispositivos para dar lugar a la necesaria 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)¹⁵.

Los segundos optan 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 re-organización institucional¹⁶. 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 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 Convención en el sentido de adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole necesarias para hacer efectivos todos los derechos allí reconocidos¹⁷.

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. Lo importante a tener en cuenta en el marco de un proceso dirigido a adecuar el

¹⁵ Tales los casos de Nicaragua, Venezuela o Paraguay.

¹⁶ Tales los casos de Panamá, El Salvador o Costa Rica.

¹⁷ Cfr. art. 4 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

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 o con diez, dependerá de cada situación particular.

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 de cambio social. Por un lado existe una visión basada sobre una profunda desconfianza en las leyes como herramientas capaces de producir transformaciones sociales. Es la posición característica de ciertos movimientos de base en la región, extendidos en los años `70 y reflejados en la actualidad en la posición que en la materia defienden algunas ONG's de 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 pasaba en las viejas discusiones afortunadamente ya superadas en torno del divorcio vincular en algunos países o bien como ocurre todavía con la discusión vinculada con alguna clase de regulación de interrupciones de embarazos¹⁸.

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 las mismas personas pueden tener una posición de confianza que se convierte en escepticismo o desconfianza si se trata de otro tema (justicia juvenil frente a salud o educación, por dar un ejemplo)¹⁹.

Proceso de Adecuación Sustancial

¹⁸ Sobre derecho y cambio social ver MINOW, Martha, *Law and social change*, traducción en español de Mary BELOFF publicada en la Revista Jurídica de la Universidad de Palermo, Año 5, Nro. 1, Buenos Aires, 2000, págs. 1/14.

¹⁹ En algún sentido estoy queriendo comunicar aquí, estimo, la misma idea que Emilio GARCÍA MÉNDEZ expresa cuando afirma que el tutelarismo está "democráticamente" distribuido por todo el espectro político.

Código Integral de la Niñez y la Adolescencia

- a) aspectos de protección
- b) redefinición institucional
- c) justicia (de familia, penal)

Leyes específicas

- a) Leyes o Códigos de Familia
- b) Leyes de Responsabilidad Penal Juvenil
- c) Leyes de Organización Institucional
- d) otras leyes

Hace algunos años un fiscal de menores latinoamericano, en una clase, me dijo 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—, en el orden del derecho, no es acertada. La Convención no es literatura.

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. La diferencia es que en un tratado, en lugar de ser particulares, quienes se obligan son los estados —que actúan como personas, sujetos del derecho internacional—. Como consecuencia de esas obligaciones que asumen los estados al firmar los tratados, si no las respetan, ese incumplimiento tiene consecuencias serias en el mundo del derecho internacional.

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 ello no autoriza concluir que no se trata de un orden normativo sino de ficción, de literatura.

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño no es una Declaración, como la firmada en el año 1959²⁰, que era una formulación de principios acerca de cómo el mundo de posguerra se proponía tratar a los niños. La Convención es un contrato en el que toda la comunidad internacional —con excepción de los Estados Unidos, Somalía y Timor Oriental, como se señaló— 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

²⁰ 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 arts. 23 y 24) y en el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (en particular, en el art. 50).

con el tratado puede ser responsabilizado y sancionado internacionalmente por ello.

Los tratados de derechos humanos pueden clasificarse, de manera sencilla, en universales —como la Declaración Universal de Derechos Humanos— o regionales —como, en América Latina, la Convención Americana sobre Derechos Humanos—; y también en generales (para todas las personas) y específicos, por ejemplo dirigidos a las mujeres o a los niños (la CEDAW o la CDN). Cualquiera sea el caso, estos tratados como tales tienen fuerza obligatoria para los estados que los firmaron.

Los derechos que se reconocen en estos instrumentos no necesitan, en general y como principio, ser reglamentados. Ciertas doctrinas en algunos países —sobre todo en aquellos de tradición inquisitivo/española, 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 hay temas procesales que muchas veces requieren desarrollar los derechos y garantías reconocidos en los tratados, la cuestión pasa por decidir actuar en defensa de los derechos y no al margen de ellos. En cada situación, frente al 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 Convención los estados se obligan a cumplirla, a adoptar todas las medidas administrativas, legislativas y de otra índole necesarias para dar efectividad a los derechos reconocidos en el instrumento internacional²¹. Si alguien prueba que el estado no cumple con esta obligación puede denunciarlo. Entonces, si existe el tratado, está en vigencia, ha sido ratificado, es pertinente preguntarse ¿por qué los niños están como están?

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 es 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, pero no es suficiente.

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 misma de la Convención son: a) el mecanismo de control a los estados que prevé, de baja exigibilidad; b) la limitación de cada derecho que se reconoce; y c) la baja exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales.

²¹ Cfr. art. 4 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niños.

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 la vida, 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 niño²². 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 crecimiento por la que un niño se encuentre atravesando. En la nueva concepción es 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 conclusión 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 Convención 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 napoleónico 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 puede 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).

Otra tema importante es la limitación a derechos en función del interés superior del niño²³ que casi sin excepción hace la Convención cuando reconoce un derecho²⁴. A pesar de los esfuerzos que algunos autores han realizado para darle un contenido conforme los nuevos paradigmas²⁵ —que obviamente compartimos—, 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 del viejo paradigma de la situación irregular. Es que se trata de una noción que, aunque inserta en la Convención, respondió a una

²² Por ejemplo, arts. 12 y 14 de la Convención.

²³ Expresado en términos generales en el art. 3.1 de la Convención: “En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienes social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una condición primordial a que se atenderá será el interés superior del niño.”

²⁴ A modo de ejemplo, el art. 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.”

²⁵ Al respecto puede verse ALLSTON, Philippe (ed.), *The Best Interest of the Child: Reconciling Culture and Human Rights*, Oxford University Press, 1994 y CILLERO, Miguel *El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, en GARCÍA MÉNDEZ, E. y BELOFF, M. (comp.), *Infancia, ley y democracia en América Latina*, Temis-Depalma, Bogotá, 1ª ed., 1998, pág. 69 y ss. Hay una segunda edición actualizada y ampliada, en dos tomos, de 1999.

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 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, etc.— 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 rol muy relevante²⁶—no ha logrado reducir su uso en este sentido²⁷ y de hecho es de ese artículo de donde muchos se toman para defender la vigencia de las antiguas instituciones tutelares. Este es un ejemplo claro de lo que llamo una hermenéutica “hacia atrás”.

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 estuvieron relacionadas con la supervivencia, la salud, la vivienda, etc.— limita ese reconocimiento a las posibilidades del desarrollo económico de cada país²⁸.

Tal vez los núcleos problemáticos señalados brevemente expliquen por qué prácticamente todos los países del mundo firmaron la Convención. Es claro que el argumento referido a que los niños son 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 de 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 si no véase el caso de los 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?

²⁶ Sobre el desarrollo histórico de la categoría “interés superior del niño” ver BELOFF, Mary, *La historia del interés superior del niño*, Buenos Aires, 2003, en preparación.

²⁷ De hecho, en Argentina, donde rigen plenamente las instituciones tutelares, el art. 3 de la Convención es el más citado por la jurisprudencia.

²⁸ Textualmente el artículo 4 dispone que: “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 art. 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.” (Las cursivas son mías).

El mecanismo de seguimiento diseñado en la segunda parte de la Convención es muy débil²⁹. 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 Niño³⁰. A tal fin los Estados Parte deberán presentar, la primera vez cada 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 derechos³¹.

No obstante, en busca de construir mejores estándares jurídicos para la infancia, es posible compensar la debilidad del sistema de la Convención con el sistema fuerte propio del ámbito latinoamericano. En este sentido, la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José crea dos órganos específicos de control³²: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos³³. Los estados tienen que declarar expresamente que reconocen la competencia de la Corte porque al admitirla están cediendo parte de su soberanía³⁴.

²⁹ 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*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, cap. VII.

³⁰ Cfr. arts. 43 y 44 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

El 27 de febrero de 1991 se establecieron los diez primeros integrantes del Comité, que actualmente está compuesto de 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", las cuales son públicas.

El Comité también hace públicas 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 discusiones públicas, o días de debate general sobre determinados problemas, como "La violencia contra los niños".

³¹ Un profesor español realizó una investigación a través de la cual 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 alrededor de 8 años en leer, procesar y responder todos esos informes, período en el que se habrían acumulado dos informes más por país aproximadamente, lo que determina que además de ser un mecanismo débil, es 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.

³² Art. 33 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³³ Las cuestiones vinculadas a la organización, funciones, competencia y procedimiento de cada uno de estos órganos supranacionales están reguladas en los capítulos VI y VII de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

³⁴ Cfr. arts. 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

La solución en este punto es 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 de su mecanismo de control al estado. 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 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 niños³⁵, postura que la misma Corte mantuvo en oportunidad de expedirse en uso de la competencia que le asigna el art. 64 del Pacto de San José en la Opinión Consultiva 17³⁶.

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 Salvador³⁷—. Con él es posible compensar la debilidad relativa a 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.

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

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

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 (art. 2 de la mencionada ley).

³⁵ 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”)”, en: Revista *¿Más derecho?*, Editorial Di Plácido, Buenos Aires, Año 1, noviembre de 2000.

³⁶ Cf. Opinión Consultiva OC-17/2002 del 28 de agosto de 2002.

³⁷ Suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988.

2.1. La concepción tutelar

Las leyes³⁸ 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”.

Marco teórico

El modelo o sistema tutelar o de la “situación irregular” 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”³⁹). 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 clásicos 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 de libertad bajo el nombre de internación— por tiempo indeterminado⁴⁰.

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 Estado⁴¹, circunstancia que recién fue advertida y puesta en evidencia con la

³⁸ Argentina en 1919 se convierte en el primer país de América Latina que tuvo una ley de estas características.

³⁹ Cf. 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*, Galerna, Buenos Aires, 1992, pág. 389 y ss.

⁴⁰ 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”.

⁴¹ Cfr. PLATT, Anthony, *The Child Savers. The Invention of Delinquency*, Chicago, The University of Chicago Press, 1969. Hay traducción al español de la segunda edición en inglés ampliada de Félix BLANCO, *Los “Salvadores del Niño” o la invención de la delincuencia*, Editorial Siglo XXI, México, 1982.

ruptura epistemológica que significó el paso del modelo etiológico al modelo de la reacción social, hacia el final de la década del '60⁴².

Características del destinatario de las normas e instituciones tutelares

En cuanto al sujeto destinatario de estas leyes e instituciones, es posible afirmar que no fueron pensadas para ser aplicadas para todo el universo de la infancia y la adolescencia, sino sólo para una parte de ese universo, para los "menores". Como lo recuerda Anthony Platt al usar en su 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 inmunda, impiden que [la] 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."⁴³

Se trata de aquellos que no ingresaban 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, son el producto del proceso aprehensión + judicialización + institucionalización = menor⁴⁴. Para los menores se crearon los dispositivos tutelares que representan una forma de mirar, de conocer y de aprehender a la infancia, que determinaron la implementación de políticas asistenciales durante más de 70 años las que, en todo este tiempo, consolidaron una cultura de lo tutelar-asistencial.

En ese sentido es posible afirmar que la ley construyó un sujeto social mediante la producción de una división entre aquellos que serán 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 este tipo de leyes —como se señaló— no se aplican. Un ejemplo de este punto es que frente 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 no haya intervención judicial y, si la hay, intervendrá la justicia de familia⁴⁵, también con sus bemoles.

Otra característica del modelo 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

⁴² Sobre ese cambio de paradigma puede consultarse BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, Editorial Siglo XXI, México, 1991; PAVARINI, Massimo, *Control y dominación*, Editorial Siglo XXI, México, 1999; TAYLOR, I., WALTON, P. y YOUNG, J., *La nueva criminología*, Amorrortu, Buenos Aires, 1977, entre otros en español.

⁴³ Cfr. PLATT, Anthony, *op cit*, pág. 10.

⁴⁴ GOMES DA COSTA, Antonio Carlos, *Del menor al ciudadano-niño y al ciudadano-adolescente*, en AAVV, *Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa*, Buenos Aires, Galerna, 1992, págs. 131/154.

⁴⁵ 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.

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 Costa⁴⁶, uno de los autores del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil⁴⁷. Por esta razón, también, la opinión del niño deviene irrelevante⁴⁸. 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 este área, si bien son más utilizados por el derecho de las cosas que por el derecho de las personas. Esta situación respecto del nivel de los significantes se correspondía en el plano de los significados porque, en el modelo tutelar, los menores eran 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, vale la pena reiterarlo, porque no está pensada desde la perspectiva de los derechos.

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 similares⁴⁹. 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 casos⁵⁰.

⁴⁶ GOMES DA COSTA, Antonio Carlos, *op cit*, pág. 138.

⁴⁷ Con la promulgación del Estatuto del Niño y del Adolescente de Brasil en 1990, por ley 8069, se inauguró en la región latinoamericana la etapa de adecuación sustancial de la legislación interna a la Convención.

⁴⁸ El paralelo resulta gráfico. 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, E. y BELOFF, M. (comp.), *op cit*, pág. 59 y ss.

⁴⁹ 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 se encuentra 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, etc., del juez o funcionario que toma conocimiento y debe decidir el caso.

⁵⁰ “Estas dos leyes [la ley 4513 de 1964 que en Brasil establecía la Política Nacional de Bienestar del Menor y la ley 6697 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 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

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 permite 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). 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 sobre el menor en “situación irregular”.

Características y rol del juez

En este marco el juez de menores deja de cumplir funciones de naturaleza jurisdiccional para cumplir funciones más relacionadas con la ejecución de políticas sociales.⁵¹ En palabras de Donzelot, “[m]ás que un lugar de deliberaciones y de juicios públicos, el Tribunal de Menores hace pensar en la reunión del Consejo de Administración de una empresa de producción y de gestión de la infancia inadaptada.”⁵²

Se concentran muchas y diversas funciones en una sola persona: juez-padre-acusador-decisor-defensor. 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.

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 territorial e institucional⁵³. Ejemplo de ello son las enormes instituciones nacionales de

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.” Cf. GOMES DA COSTA, Antonio Carlos, *Del menor ...*, op. cit., pág. 137.

⁵¹ 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.

⁵² Cfr. DONZELOT, Jacques, *La policía de las familias*, Pre-Textos, Valencia, 1990, pág.103.

⁵³ El juez de menores en el sistema que la Convención trata de superar —que cumple en el imaginario social el rol de *pater familiae*— siempre me hace recordar el cuento El príncipe feliz de Oscar WILDE. Su protagonista es una estatua, la del Príncipe Feliz, imagen por todos admirada, más que cualquier otra cosa de la ciudad, completamente revestida de oro fino, con dos zafiros como ojos y un gran rubí rojo en el puño de su espada. Esta estatua, ubicada en la parte más alta de la ciudad, posibilitaba al Príncipe Feliz observar todas las miserias de su ciudad, que tanta angustia le provocaban. Así fue, llorando, como conoció a una golondrina despechada que volaba hacia Egipto, escapando del frío del norte de Europa. Gracias a ella, conmovida por su tristeza, incluso al punto de perder su vida al resignar su viaje hacia el calor

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, IHNFA de Honduras, etc.).

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.⁵⁴

Contenido y características de la intervención estatal frente a los casos de “protección”

La respuesta clásica en clave tutelar es el internamiento —presentado como una medida de protección del menor—, lo que no es más que una forma de encierro. El concepto de 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 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.”

Contenido y características de la intervención estatal frente a los casos de imputación de delito al menor de edad

Finalmente se considera a niños y jóvenes imputados de delitos como inimputables —en concordancia con la concepción de ellos como incapaces—, lo que entre otras cosas ha implicado, en la práctica, que frente a la imputación 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”.⁵⁵

de otras tierras, el Príncipe Feliz primero se desprendió del rubí rojo del puño de su espada, luego de los zafiros de sus ojos y finalmente de cada una de las finas láminas de oro que lo revestían, para que los pobres de su ciudad no sufrieran el frío y el hambre al que estaban condenados por príncipes que como él —cuando estaba vivo y gobernando— miran hacia otro lado.

⁵⁴ 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, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal*, op cit, cap. VII, pág. 83 y ss. y TAYLOR, I., WALTON, P. y YOUNG, J., op cit, cap. 5, pág. 157 y ss.

⁵⁵ 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

Como vimos, 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 del poder punitivo del estado— desaparece y, con ella, los derechos y garantías. La concepción tutelar no tiene espacio conceptual para preguntarse sobre los límites porque se pone en marcha y justifica para “proteger”, para ayudar. Si bien cierta doctrina ha señalado una ruptura entre el modelo peligrosista y el modelo tutelar (del sujeto peligroso al sujeto carente)⁵⁶, la línea no es 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, con la excusa de su protección.

2.2. La concepción de la protección integral de los derechos del niño

La concepción tutelar entró en crisis en la década del ‘60 en los Estados Unidos y en la década de los ‘80 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 a la protección de la infancia en los términos ya explicados, y se inauguró la nueva etapa, de protección integral de los derechos de niños, niñas y adolescentes⁵⁷.

Esta nueva concepción se construye 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 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 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:

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

acuerdo al principio de legalidad, piedra basal —como se dijo— del derecho penal de un Estado de Derecho).

⁵⁶ Cf. GOMES DA COSTA, Antonio Carlos, *Del menor ...*, op. cit..

⁵⁷ Es importante recordar aquí que la categorización de estos modelos o sistemas como de la situación irregular y de 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 norteamericano. En particular sobre situación irregular y protección integral ver GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Infancia de los derechos y la justicia*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1998.

- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño relativo a la Participación de Niños en los Conflictos Armados (12/02/02)⁵⁸;
- Protocolo Facultativo de la Convención sobre los Derechos del Niño, relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y Utilización de Niños en la Pornografía (18/01/02)⁵⁹;
- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing (29/11/85)⁶⁰;
- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (14/12/90)⁶¹;
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como Directrices de Riadh (14/12/90)⁶²;
- 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 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 Degradantes⁶³; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas⁶⁴; Convención sobre la Imprescriptibilidad de los Crímenes de Guerra y de los Crímenes de Lesa Humanidad⁶⁵).

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, ya que se reconoce al niño como sujeto pleno de derecho, situación sustancialmente diferente desde el punto de vista normativo, a la vigente hasta ahora en América Latina⁶⁶.

⁵⁸ 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.

⁵⁹ 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.

⁶⁰ 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.

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

⁶² 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.

⁶³ Todos ellos incorporados con jerarquía constitucional en la reforma de la Constitución Nacional de Argentina en 1994 (cf. art. 75, inc. 22, CN).

⁶⁴ 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 la Argentina.

⁶⁵ 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 la Argentina.

⁶⁶ Hay algo de paradójico en esta situación que indirectamente señalan CUNNINGHAM, Hugh, *Children & childhood in western society since 1500*, Longman, 1995; POSTMAN, Neil, *The*

No es posible dar una definición acabada de protección integral de los derechos de los niños⁶⁷. 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, quizás puramente teórico pero con implicancias prácticas muy concretas que ya veremos, el cambio con la concepción anterior es absoluto e impide considerar cualquier ley o institucionalidad basadas en los postulados peligrosistas y filantrópicos como una ley de protección integral de derechos inspirada en la Convención del Niño.

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 cerrar el paquete de instrumentos internacionales de los que surge la protección integral con aquellos específicamente orientados al tema infancia, tal como se hacía en los primeros artículos que sobre el tema se escribieron a comienzos de la década del '90. Deben pues considerarse incluidos todos los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos suscriptos por cada país.

En términos generales es posible afirmar que un sistema de protección integral de derechos de los niños presenta 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 etiológico⁶⁸. La condición de pobre, marginal o delincuente deja de ser una cuestión relevante. Ya no son las condiciones personales del sujeto las que habilitan al estado a intervenir; sino su conducta delictiva concreta (derecho penal de acto). 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 las personas desde mucho tiempo atrás. En este nuevo modelo, no hace falta cometer delitos para tener familia, ir a la escuela, comer, recibir atención médica, tener casa o no ser maltratado.⁶⁹

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, como veremos más adelante.

dissapearance of childhood, Vintage, 1994; y JENKS, Chris, *Childhood*, Londres, Routledge, 1996.

⁶⁷ De hecho, la falta de claridad respecto de qué significa protección integral permite todavía hoy a algunos funcionarios defender las leyes de la situación irregular como modelos de protección integral de la infancia.

⁶⁸ Sobre paradigma criminológico que se instala a partir del enfoque de la reacción social o *labelling aproach*, ver BARATTA, Alessandro, *Criminología crítica y crítica del derecho penal, op cit*, cap. VII, pág. 83 y ss. y TAYLOR, I., WALTON, P. y YOUNG, J., *op cit*, cap. 5, pág. 157 y ss.

⁶⁹ Cf. BELOFF, Mary, *Los equipos multidisciplinarios en las normas internacionales de las que surge el modelo de la protección integral de derechos del niño*, en Revista "Nueva Doctrina Penal", Buenos Aires, Del Puerto, 2002/B, págs. 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 que están creciendo. Por eso se les reconocen todos los derechos que tienen los adultos, más derechos específicos precisamente por reconocerse esa circunstancia de estar creciendo.

El reconocimiento y promoción de los derechos de esos sujetos 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 toda la infancia y no a una parte de ella.

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 cuenta⁷⁰. 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 habermasianos⁷¹. En este sentido, la aplicación de la Convención se asocia directamente con la construcción de una sociedad más democrática y participativa.⁷² En palabras de Alessandro Baratta la democracia necesita que los niños opinen y participen, y este sí es representa un cambio absoluto y, al mismo tiempo, el gran desafío⁷³.

Supuestos que habilitan la intervención estatal

Se definen los derechos de los niños y se establece que en caso de que alguno de esos derechos se encuentre amenazado o violado, es deber de la familia, de la comunidad y/o del Estado restablecer el ejercicio concreto del derecho afectado a través de mecanismos y procedimientos efectivos y eficaces tanto administrativos cuanto judiciales, si así correspondiere.⁷⁴ Por eso desaparecen las vagas y antijurídicas categorías de “riesgo” “peligro moral o material”, “circunstancias especialmente difíciles”, “situación irregular”, etc. No es más posible cargar sobre el niño las omisiones de los adultos que determinan violaciones a sus derechos. Por el contrario, se establece, en todo caso, que quien se encuentra en “situación irregular” cuando el derecho de un

⁷⁰ Cfr. art. 12 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Sobre este tema ver BARATTA, Alessandro, *Infancia y democracia*, en GARCÍA MÉNDEZ, E. y BELOFF, M. (comp.), *op cit*, págs. 31 y ss.

⁷¹ Cfr. HABERMAS, Jürgen, *Teoría de la acción comunicativa*, Taurus, Madrid, 1987.

⁷² 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.

⁷³ BARATTA, Alessandro, “Infancia...”, *op cit*.

⁷⁴ Cfr. arts. 4 y 5 de la CDN.

niño se encuentra amenazado o violado, es alguna persona o institución del mundo adulto (familia, comunidad o Estado).⁷⁵

Características y rol del juez

Se jerarquiza la función del juez en tanto éste debe ocuparse 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 limitado en su intervención por las garantías y deberán ser idóneos en derecho.

Características de la respuesta estatal

Se distinguen así claramente las competencias de las políticas sociales de la cuestión específicamente penal y se plantea la defensa y el reconocimiento de los derechos de los niños como una cuestión que depende de un adecuado desarrollo de las políticas sociales. De este modo, se desjudicializan cuestiones relativas a la falta o carencia de recursos materiales, supuesto que en el sistema anterior habilitaba la intervención de la jurisdicción especializada.

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 promueve derechos, no los viola ni restringe, y por este motivo la protección no puede significar intervención estatal coactiva.

Contenido y características de la intervención estatal frente a los casos de imputación de delito al menor de edad⁷⁶

⁷⁵ Esta transformación absoluta se dio por primera vez en la Constitución de Brasil de 1988, un año antes que la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobara por unanimidad la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño. Así, el art. 227 establece: “[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.”

⁷⁶ 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 García Mendez, Emilio (comp.), *Adolescentes y responsabilidad penal*, Buenos Aires, Ad Hoc, 2001, págs. 29/70; también publicado en Revista “Justicia y Derechos del Niño”, Buenos Aires, UNICEF, Nro. 3, diciembre de 2001, págs. 9/36; y BELOFF, Mary, *Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina*, en GARCÍA MENDEZ, Emilio y BELOFF, Mary (comps.), *Infancia, Ley y Democracia. Análisis*

Existen tres áreas en las que en el marco de la doctrina de la protección integral las aguas continúan divididas: el trabajo infantil⁷⁷, la adopción internacional⁷⁸ 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.

Un sistema de respuesta estatal frente a la imputación de delito a una persona menor de dieciocho años de edad, acorde con la Convención, establece que estos deben responder en la medida en que los reconoce como sujetos de derecho con cierta capacidad para autodeterminarse, a partir de determinada edad⁷⁹. Se trata de un sistema de justicia especializado, completamente distinto del sistema tutelar, que al dejarlos bajo la tutela de un juez y considerarlos inimputables los priva de todos los 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 pertinentes, más garantías específicas⁸⁰.

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 modelo anterior sino para permitir una solución real al conflicto.

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 de adultos. El catálogo de esas

crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998), Temis/Depalma, Bogotá, 1998. Del mismo artículo, versión corregida y actualizada en *Infancia, Ley y Democracia. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, 2da. ed. aumentada y actualizada, Temis/Depalma, Bogotá, 1999, entre otros.

⁷⁷ 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 extraer de la CDN tal conclusión. El ideario sobre el cual la CDN está montada se corresponde con el de la socialización 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. art. 32).

⁷⁸ Ver por ejemplo art. 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 los mismos “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”.

⁷⁹ 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 nunca 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. Un cuidadoso análisis sobre este aspecto ver GRAZIOSI, Marina, *Infirmitas sexus*, en Revista “Nueva Doctrina Penal”, 1999-A, Ediciones del Puerto, Buenos Aires.

⁸⁰ Cfr. art. 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.

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.⁸¹

	MODELO TUTELAR O DE DE LA SITUACION IRREGULAR (PRE-CDN)	MODELO DE LA PROTECCION INTEGRAL DE DERECHOS (POST-CDN)
Marco teórico	escuela etiológica	escuela de la reacción social
Características del destinatario de las normas e instituciones	<ul style="list-style-type: none"> - “menores” - incapaces - objetos de protección - infancia fragmentada - no importa la opinión del niño 	<ul style="list-style-type: none"> - niños y jóvenes/adolescentes - personas en desarrollo - sujetos de derecho - universalidad de la categoría de la infancia - es central la opinión del niño
Supuestos que habilitan la intervención estatal	<ul style="list-style-type: none"> - “situación de riesgo o peligro moral o material” o “situación irregular” o “circunstancias especialmente difíciles” - “menor en situación irregular” 	<ul style="list-style-type: none"> - derechos amenazados o violados - adultos, instituciones y servicios en situación irregular
Características y rol del juez	<ul style="list-style-type: none"> - juez ejecutando política social / asistencia - juez como “buen padre de familia” - juez con facultades omnímodas 	<ul style="list-style-type: none"> - juez en actividad jurisdiccional - juez técnico - juez limitado por garantías
Características de la respuesta estatal	<ul style="list-style-type: none"> - centralización - lo asistencial confundido con lo penal - judicialización 	<ul style="list-style-type: none"> - descentralización - lo asistencial separado de lo penal - desjudicialización

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

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

3. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño como herramienta para promover cambio social

Sin duda, ninguna ley vinculada con la condición jurídica de la infancia, ni el tratado ni las leyes nacionales producidas tras la incorporación de la Convención al derecho interno, cambian automáticamente la realidad. No es la ley por sí sola la que fabrica, produce o reproduce realidad social. Pero lo que es claro es que 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, la discusión genera un *plus* de dificultad porque obliga a trabajar desde la para-legalidad⁸². Es necesario contar con leyes

⁸² 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

cuidadosamente diseñadas y con técnicos entrenados para que los derechos de la infancia sean exigibles, además de, por principio, porque la ley contiene —o debería contener— más allá de los derechos, los mecanismos de exigibilidad para hacer efectivos esos derechos. 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 permitan a los niños ejercer sus derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales garantizados *ex ante* en las leyes de protección integral. De ahí la importancia del marco legal.

Veamos un ejemplo. El art. 34 de la Ley Orgánica del Patronato Nacional de la Infancia (PANI), de 1996, de Costa Rica, indica que el 7% 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 encargada de la niñez y la adolescencia en Costa Rica— inició una acción constitucional ante la Sala Constitucional que el 1 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.⁸³

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 central. En los estados populistas —como algunos de los implementados en el contexto latinoamericano en los años 50— la “protección” a la infancia se traducía 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 escribieron⁸⁴— 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, en relación con la miseria y la pobreza, decía que se sentía con el derecho de creer que todavía no era demasiado tarde para emprender la creación de una utopía contraria a la que nos estaba siendo impuesta, "(...) una nueva y

reformas legales son un imperativo constitucional porque las leyes tutelares de menores son inconstitucionales.

⁸³ 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.

⁸⁴ Cf. BELOFF, Mary, *Hay algo más allá de la Convención...*, *op cit.*

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”⁸⁵. La Convención se ha constituido en esta segunda oportunidad y es nuestro deber —en este caso, de los juristas— trabajar para que esa nueva oportunidad no se pierda.

⁸⁵ GARCÍA MÁRQUEZ, Gabriel, *La soledad de América Latina*, Discurso de aceptación del Premio Nobel, 1982.