

Justicia y Derechos del Niño

NÚMERO 1



SECCIÓN PRIMERA

ARTÍCULOS PARA EL DEBATE

- **PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y DE LA SITUACIÓN IRREGULAR: UN MODELO PARA ARMAR Y OTRO PARA DESARMAR / MARY BELOFF**
- **INFANCIA, LEY Y DEMOCRACIA: UNA CUESTIÓN DE JUSTICIA / EMILIO GARCÍA MÉNDEZ**
- **EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO / MIGUEL CILLERO B.**
- **A 100 AÑOS DE LA CREACIÓN DEL PRIMER TRIBUNAL DE MENORES Y 10 AÑOS DE LA CONVENCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: EL DESAFÍO PENDIENTE / JULIO CORTES M.**
- **PROBLEMAS TEÓRICOS Y PRÁCTICOS DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE MEDIDAS Y PROGRAMAS, ENTRE LA VÍA PENAL-JUVENIL Y LA VÍA DE PROTECCIÓN ESPECIAL DE DERECHOS / JAIME COUSO S.**
- **DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS DE LA POBLACIÓN INFANTO-JUVENIL / JOSIANE VERONESE**

SECCIÓN SEGUNDA

ANÁLISIS DE CASOS

SECCIÓN TERCERA

ACCIONES CIVILES PÚBLICAS EN BRASIL



unicef



MINISTERIO DE JUSTICIA

Justicia y Derechos del Niño

"JUSTICIA Y DERECHOS DEL NIÑO"

UNICEF

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

MINISTERIO DE JUSTICIA

Comité editorial:

Mary Beloff / Miguel Cillero / Julio Cortés / Jaime Couso

Esta publicación está disponible en www.unicef.cl
Las informaciones contenidas en el presente documento pueden
ser utilizadas total o parcialmente mientras se cite la fuente.

Registro de Propiedad Intelectual
Inscripción N° 111.589
ISBN: 92-806-351-7

Primera edición: 500 ejemplares
Santiago de Chile, noviembre 1999

Diseño y diagramación: Mónica Widoycovich
Impresión: Nuevamérica Impresores

ÍNDICE

PRESENTACION

5

SECCIÓN PRIMERA

ARTÍCULOS PARA EL DEBATE

7

SECCIÓN SEGUNDA

ANÁLISIS DE CASOS

117

SECCIÓN TERCERA

ACCIONES CIVILES PÚBLICAS EN BRASIL

157

PRESENTACION

La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas hace diez años, ha marcado una nueva etapa de la relación de la infancia y la adolescencia con la Ley y el sistema de Administración de Justicia.

El reconocimiento del niño y el adolescente como sujeto de derecho, la necesidad de asegurar una efectiva tutela judicial de sus derechos, la renovación de los procedimientos para garantizar el debido proceso y el diseño de nuevas formas de protección de los derechos económicos, sociales y culturales son algunos de los desafíos que la Convención sobre los Derechos del Niño les plantea a los operadores del sistema de justicia de infancia y adolescencia.

Toda reforma legislativa requiere para su aplicación de la formación, compromiso y creatividad de los operadores del sistema de justicia. Jueces, abogados y fiscales son actores determinantes para el éxito de las reformas introducidas por la Convención sobre los Derechos del Niño.

Conscientes de ello, el Ministerio de Justicia de Chile y el Fondo de las Naciones Unidas para la Infancia, UNICEF, han desarrollado intensas actividades de difusión y formación profesional en Derechos de la Infancia. En esta publicación se recogen los frutos de este esfuerzo, poniendo a disposición de los operadores jurídicos y sociales un valioso material de reflexión, de análisis legislativo y de sentencias judiciales acerca de la protección jurisdiccional de los derechos de la infancia y la adolescencia en el contexto Latinoamericano.

En la primera sección se presentan artículos que abordan temas como el nuevo modelo de protección de derechos de la infancia contenido en la Convención; aspectos históricos del sistema de administración de justicia; la protección de

intereses difusos y colectivos y de los derechos económicos, sociales y culturales; y los problemas de separación de medidas entre la vía proteccional y la penal de adolescentes.

En la segunda parte, se exponen y comentan sentencias judiciales de Argentina, Chile y Uruguay que fueron utilizadas en el Primer Curso de Especialización sobre Protección Jurisdiccional sobre los Derechos del Niño, realizado en el marco de nuestra cooperación en Noviembre de 1998 en Santiago de Chile, y que contó además con el apoyo de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay, la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Administración de Justicia de Menores y de la Familia de Argentina y la Academia Judicial de Chile.

Por último, se ofrece una sección dedicada a las acciones civiles públicas en el marco del Estatuto del Niño y del Adolescente del Brasil, con un artículo de fondo y dos casos interpuestos ante tribunales brasileños.

Estamos convencidos que este material de discusión será de gran utilidad para todos los profesionales interesados en los temas de infancia y en particular de los abogados, jueces y fiscales que desde sus respectivos espacios de trabajo se esfuerzan por promover la protección integral de los derechos de la infancia y adolescencia en el marco de un desarrollo social equitativo que favorezca la construcción de sociedades más democráticas, justas y pacíficas.

M. Soledad Alvear Valenzuela

*Ministra de Justicia
República de Chile*

Mario Ferrari

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

ARTÍCULOS PARA EL DEBATE

MODELO DE LA PROTECCION INTEGRAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y DE LA SITUACION IRREGULAR: UN MODELO PARA ARMAR Y OTRO PARA DESARMAR <i>MARY BELOFF</i>	9
INFANCIA, LEY Y DEMOCRACIA: UNA CUESTION DE JUSTICIA <i>EMILIO GARCÍA MÉNDEZ</i>	23
EL INTERÉS SUPERIOR DEL NIÑO EN EL MARCO DE LA CONVENCION INTERNACIONAL SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO <i>MIGUEL CILLERO BRUÑOL</i>	45
A 100 AÑOS DE LA CREACION DEL PRIMER TRIBUNAL DE MENORES Y 10 AÑOS DE LA CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: EL DESAFÍO PENDIENTE <i>JULIO CORTÉS MORALES</i>	63
PROBLEMAS TEÓRICOS Y PRÁCTICOS DEL PRINCIPIO DE SEPARACION DE MEDIDAS Y PROGRAMAS, ENTRE LA VÍA PENAL-JUVENIL Y LA VÍA DE PROTECCION ESPECIAL DE DERECHOS <i>JAIME COUSO SALAS</i>	79
DERECHOS ECONOMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. PROTECCION JURISDICCIONAL DE LOS INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS DE LA POBLACION INFANTO-JUVENIL <i>JOSIANE ROSE PETRY VERONESE</i>	105

MODELO DE LA PROTECCIÓN INTEGRAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO Y DE LA SITUACIÓN IRREGULAR: UN MODELO PARA ARMAR Y OTRO PARA DESARMAR¹

MARY BELOFF

Significado y alcances de la ratificación de la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño* en el contexto latinoamericano

La *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*² fue adoptada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1989, luego de casi una década de debates acerca de su alcance y contenidos³. Su ratificación por veinte países -el número requerido por el instrumento para su entrada en vigencia⁴- ocurrió menos de un año después. En septiembre de 1990, delegados de 159 países asistieron a la Cumbre Mundial en Favor de la Infancia que tuvo lugar en la oficina de las Naciones Unidas en Nueva York. En esa oportunidad aprobaron un Plan de Acción en el que se afirmó que las aspiraciones de la comunidad internacional respecto del bienestar de los niños estaban reflejadas de manera acabada en la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*⁵. A la fecha, ciento ochenta y seis países la han ratificado.

La *Convención* resulta entonces el marco mínimo de reconocimiento y respeto a los derechos de los niños en el que deben inscribirse las prácticas y las políticas de los países que la han ratificado. Ello sin perjuicio de que la adecuación de las legislaciones internas de los Estados Parte a la Convención deberá tener en cuenta aspectos culturales propios.

Sobre la *Convención* se ha afirmado: “Resulta paradójico, y es de esperar que positivamente premonitorio, que en el contexto de la ‘década perdida’, la comunidad internacional haya sido capaz de superar innumerables conflictos de naturaleza diversa, para

¹ Basado en la conferencia preparada por la Dra. Mary Beloff para la conferencia dictada en la Primera reunión del Foro de Legisladores Provinciales por los Derechos de la Niñez y la Adolescencia, Salta, marzo de 1998.

² Aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en Nueva York el 20 de noviembre de 1989, sancionada por el Congreso de la Nación como ley 23.849 el 27 de septiembre de 1990 y promulgada de hecho el 16 de octubre de 1990.

³ La Convención no constituye el primer instrumento internacional que proclama o afirma derechos de los niños. El status y el tratamiento de los niños han sido por largo tiempo asuntos considerados del mayor interés por parte de la comunidad internacional. Así, la Declaración de Génova de los Derechos del Niño, que fue adoptada por la Liga de Naciones en 1924, fue el primer instrumento internacional importante en recoger esa idea. 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.

⁴ Art. 49 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

⁵ Cfr. UNGA, 1990a:8.

construir una Carta Magna de los derechos de la infancia. Un instrumento que resulta imprescindible situar y que no constituye, ni retórica hueca, ni una vara mágica para enfrentar graves problemas estructurales.”⁶

En términos generales, es posible sostener que ningún otro instrumento internacional específico de protección de derechos humanos ha tenido la aceptación y el consenso generados por la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*⁷. La razón que explica tal generalizada aceptación se encuentra en el hecho de que prácticamente en todo el mundo los niños⁸ son considerados las personas más vulnerables en relación con violaciones a los derechos humanos y que requieren protección específica.

En muchos países de América Latina la incorporación de la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño* a los sistemas jurídicos nacionales ha tenido lugar en contextos de transición o consolidación democráticas. Así, la discusión sobre las formas de entender y tratar con la infancia, tradicionalmente encaradas desde perspectivas asistencialistas y tutelares, ha cedido frente a una discusión en términos de ciudadanía y de derechos para los más chicos.

Es indudable que en prácticamente todos los países se han producido cambios importantes en la manera de concebir los derechos de las personas menores de edad. Tal transformación se conoce como la sustitución de la “doctrina de la situación irregular” por la “doctrina de la protección integral”, que en otros términos significa pasar de una concepción de los “menores” -una parte del universo de la infancia- como objetos de tutela y protección segregativa, a considerar a niños y jóvenes como sujetos plenos de derecho⁹.

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. Si se analiza el proceso que han seguido los países de América Latina luego de ratificar la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño* se observa, por un lado, y en relación al poder judicial, que pese a la manifiesta contradicción de las leyes 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 conocida como Pacto de San José de Costa Rica, Pacto Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos, Pacto Internacional sobre Derechos

⁶ Cfr. *Presentación del libro de AAVV, Ser niño en América Latina. De las necesidades a los derechos*, Buenos Aires, Unicri-Galerna, 1991, p. 7.

⁷ 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.

⁸ 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 en 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.

⁹ Sobre la distinción entre “menores” y niños ver Beloff, Mary, “No hay menores de la calle”, en: *Revista No hay derecho*, Buenos Aires, núm. 6, junio de 1992.

Económicos, Sociales y Culturales, Convención por la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer, entre otros)¹⁰, ningún tribunal ha declarado la inconstitucionalidad de esas leyes¹¹. 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 1967¹².

**¿QUE PASO CON LOS PAISES DE AMERICA LATINA
A PARTIR DE LA RATIFICACION DE LA CONVENCION INTERNACIONAL
SOBRE LOS DERECHOS DEL NIÑO?**

- 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” de las leyes internas del país a los postulados de la Convención Internacional.
- GRUPO C** Se llevó a cabo un proceso de adecuación sustancial de las leyes internas del país a los postulados de la Convención Internacional.
-

Por otro lado, en relación a los poderes Ejecutivo y Legislativo, los países latinoamericanos han seguido un proceso que puede ser caracterizado como de triple vía¹³. 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. En otros países, se ha llevado a cabo una adecuación meramente formal o eufemística de las normas de derecho interno al instrumento internacional. Finalmente, otros países han realizado -o se encuentran en proceso de realizar- una adecuación sustancial de su orden jurídico interno al instrumento internacional.

Ese proceso revela al mismo tiempo otra tendencia que, en general, aparece en el último nivel, es decir, en el de la adecuación sustancial. Diferentes razones (muchas relacionadas con la coyuntura) hacen que algunos países 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 Internacional*, distinguiendo los aspectos

¹⁰ En ese sentido, ver la investigación coordinada por Emilio García Méndez y Elías Carranza, Del revés al derecho. La condición jurídica de la infancia en América Latina. Bases para una reforma legislativa, Buenos Aires, Galerna, 1992.

¹¹ 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.

¹² Cfr. In re Gault, 387 U.S. 1 (1967).

¹³ Cfr. UNICEF/TACRO, Informe Final. Reunión de Puntos Focales. Área Derechos del Niño, Paipa, Colombia, 6 al 9 de diciembre de 1993, p. 16.

relacionados con las políticas públicas de aquellos relacionados con la intervención judicial (aspectos del derecho de familia, infractores de la ley penal). Aún más, 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, etc.). Los segundos han optado por dictar leyes específicas en el marco de la *Convención Internacional: Leyes o Códigos de Familia* o de algún tema específico (adopción, violencia, identidad, etc.), leyes sobre la responsabilidad penal de los adolescentes o sobre un tema 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 37 y 40 del mencionado instrumento internacional); por eso un país que sólo dicta una ley específica no está cumpliendo a cabalidad el compromiso asumido al ratificar la Convención Internacional en el sentido de adoptar las medidas legislativas, administrativas o de otra índole (art. 4) necesarias para hacer efectivos todos los derechos allí reconocidos.

Código integral de la Niñez y la Adolescencia:

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

ADECUACIÓN SUSTANCIAL ó Leyes específicas:

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

Se verifica en ambos casos, tanto el del dictado de leyes específicas cuanto el del dictado de Códigos integrales, cuando no ha existido un profundo proceso de discusión y acuerdos básicos sobre el modo de hacer efectiva en el país la protección integral de derechos, que aparecen secciones en los Códigos o algunas leyes que representan una adecuación sustancial de la *Convención Internacional*, en tanto que otras secciones o leyes sólo son una adecuación eufemística o, peor aún, que dejan intactos dispositivos del sistema anterior.

El sistema que se trata de superar con la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*: la “situación irregular”

En términos teóricos, se ha sostenido que las leyes que regulaban la situación de la infancia y la juventud con anterioridad a la *Convención Internacional* pertenecen a lo que se ha dado en llamar la “doctrina de la situación irregular”. Estas leyes conciben a los niños y a los jóvenes como objetos de protección a partir de una definición negativa de estos actores sociales, en palabras de Antonio Carlos Gomes da Costa, una definición basada en lo que no saben, no tienen o no son capaces.

En líneas generales, el sistema de la situación irregular puede ser caracterizado mediante las siguientes nociones:

La primera es que refleja criterios criminológicos propios del positivismo de fines del siglo pasado y principios de éste. De esa concepción positivista se deriva un sistema de justicia de menores que justifica las reacciones estatales coactivas frente a infractores (o “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. 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”.

El segundo rasgo característico de la situación irregular es el argumento de la tutela. Mediante este argumento 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 y a los jóvenes. En segundo lugar, el hecho de que las consecuencias reales de esa forma de concebir y tratar a la infancia y la juventud sólo reprodujera y ampliara la violencia y marginalidad que se pretendía evitar con la intervención “protectora” del Estado¹⁴.

Estas características de las leyes de la situación irregular explican y justifican la abolición 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 y jóvenes que cometen delitos cuanto para aquellos que se encuentran en situación de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales (a la

¹⁴ 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*, México, Editorial Siglo XXI, 1982; Allen, Francis, *The Borderland of Criminal Justice*, Chicago, *The University of Chicago Press*, 1964.

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”.

El tercer rasgo característico de estas leyes es la singular función atribuida al juez de menores, quien deja de cumplir funciones de naturaleza jurisdiccional para cumplir funciones más propias de las políticas sociales, por decirlo de alguna manera. 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.

Esta función del juez de menores y, en general, la lógica de la situación irregular tuvo gran acogida en América Latina y se articuló perfectamente con los sistemas procesales inquisitivos de la región. Más aún, sistemas inquisitivos y sistemas de menores basados en el sistema de la situación irregular se han alimentado recíprocamente en América Latina en los últimos ochenta años. La concepción de un otro como objeto o como súbdito pero no como sujeto con derechos (menor o imputado), la oficiosidad en la actuación judicial, el secreto y el expediente escrito, la concentración de todas las funciones en una sola persona (juez-padre-acusador-decisor-defensor), cuestiones morales y religiosas fundamentando las decisiones penales, la privación de libertad como regla (internamiento o prisión preventiva), 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 de la situación irregular. Por esas razones ambos sistemas son de difícil -si no imposible- compatibilización, desde el punto de vista jurídico, con el Estado de Derecho.

Si se hiciera una lista de los aspectos que caracterizan a una ley de la situación irregular habría que incluir necesariamente los siguientes indicadores:

- Los niños y jóvenes aparecen como objetos de protección, no son reconocidos como sujetos de derecho sino como incapaces que requieren un abordaje especial. Por eso las leyes no son para toda la infancia y la adolescencia sino sólo para una parte del universo de la infancia y la adolescencia, son para los “menores”.
- Se utilizan categorías vagas, ambiguas, de difícil aprehensión desde la perspectiva del derecho, tales como “menores en situación de riesgo o peligro moral o material”, o “en situación de riesgo” o “en circunstancias especialmente difíciles” o similares¹⁵, que son las que habilitan el ingreso discrecional de los “menores” al sistema de justicia especializado.

¹⁵ Sobre este punto es interesante señalar que las leyes de la situación irregular no solo emplean estas categorías vagas sino que, en muchos casos, luego de una larga enumeración de supuestos que comprendería la definición en análisis, se agrega una cláusula que establece que se encuentra en esa situación 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 según los parámetros del juez de que se trate.

- En este sistema, es el “menor” quien está en situación irregular; son sus condiciones personales, familiares y sociales las que lo convierten en un “menor en situación irregular” y por eso es objeto de intervenciones estatales coactivas tanto él como su familia.
- A partir de esa concepción, existe una división entre aquellos que serán atravesados por el dispositivo legal/tutelar, que generalmente coinciden con los que están fuera del circuito familia-escuela (los “menores”), y los niños y jóvenes, sobre quienes este tipo de leyes -como se señaló- no aplica. Un ejemplo de este punto es que frente a un mismo problema de la familia, un grupo de personas (los “menores”) son intervenidos por la justicia de menores, en tanto que otro grupo, probablemente, si hay intervención judicial, será intervenido por la justicia de familia¹⁶.
- También aparece que la protección es de los “menores” en sí mismos, de la persona de los menores, de ahí la idea de que son “objetos de protección”.
- Por eso, esa protección frecuentemente viola o restringe derechos, porque no está pensada desde la perspectiva de los derechos.
- Aparece también la idea de la incapacidad.
- Vinculada con ésta última, entonces, la opinión del niño es irrelevante.
- En la misma lógica, se afecta la función jurisdiccional, ya que el juez de menores debe ocuparse no solo de las cuestiones típicamente “judiciales” sino también de suplir las deficiencias de la falta de políticas sociales adecuadas. Por eso 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 y tenga facultades omnímodas de disposición e intervención sobre la familia y el niño.
- Todo está centralizado.
- Así queda definitivamente confundido todo lo relacionado con los niños y jóvenes que cometen delitos con cuestiones relacionadas con las políticas sociales y la asistencia, es lo que se conoce como “secuestro y judicialización de los problemas sociales”.
- De este modo es que también se instala la categoría del “menor abandonado/delincente” y se “inventa” la delincuencia juvenil. 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 esa etiqueta de “desviado” y que, en el futuro, efectivamente lleve a cabo conductas criminales.

¹⁶ Esto no significa que en muchos casos la justicia de familia no opere en el marco de las leyes de la situación irregular y de un modo similar al del juzgado de menores.

- Como consecuencia de todo lo explicado, se desconocen todas las garantías individuales reconocidas por los diferentes sistemas jurídicos de los Estados de Derecho a todas las personas (no sólo a las personas adultas).
- Principalmente, la medida por excelencia que adoptan los juzgados -tanto para infractores de la ley penal, cuanto para víctimas o para los “protegidos”- es la privación de la libertad. Todas las medidas se adoptan por tiempo indeterminado.
- Se consideran a los niños y jóvenes imputados de delitos como inimputables, lo que entre otras cosas implica que no se les hará un proceso con todas las garantías que tienen los adultos, y que la decisión de privarlos de libertad o de adoptar cualquier otra medida no dependerá necesariamente del hecho cometido sino, precisamente, de que el niño o joven se encuentre en “estado de riesgo”.

El sistema de la situación irregular entró en crisis en la década del '60 en los Estados Unidos¹⁷ 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 la protección en términos segregativos, y se inauguró la etapa de la protección integral de los derechos de la infancia.

El sistema que se debe implementar a partir de la *Convención Internacional*: la protección integral de derechos

El sistema de la protección integral de derechos de los niños surge de la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*, de instrumentos específicos regionales y universales de protección de derechos humanos y de otros instrumentos internacionales que, sin tener la fuerza vinculante que tienen para el Estado los tratados, representan la expresión de acuerdos e intenciones de la comunidad internacional en esta materia y, por lo tanto, son aplicables en la interpretación de los tratados y en el diseño de las políticas de los Estados miembros de la Organización de las Naciones Unidas - y devienen obligatorios en la medida en que se conviertan en costumbre internacional-. Estos instrumentos son:

- Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como Reglas de Beijing¹⁸ aprobadas por la Asamblea General cuatro años antes de la aprobación de la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*.

¹⁷ 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*, y no aparece en el ámbito europeo o norteamericano. En particular sobre situación irregular y protección integral ver GARCÍA MÉNDEZ, Emilio, *Derecho de la Infancia-Adolescencia en América Latina: De la situación irregular a la protección integral*, Forum Pacis, Ibagué (Tolima), 2da. ed., 1997.

¹⁸ Resolución 40/33 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 29 de noviembre de 1985.

- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad¹⁹.
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como Directrices de Riadh²⁰.

¿DE DONDE SURGE LA “DOCTRINA DE LA PROTECCION INTEGRAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO”?

- Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (20/11/89)
- Reglas mínimas de las Naciones Unidas para la Administración de la Justicia de Menores, conocidas como reglas de Beijing (29/11/85)
- Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad (14/12/90)
- Directrices de las Naciones Unidas para la Prevención de la Delincuencia Juvenil, conocidas como Directrices de Riadh (14/12/90)

Además:

- Otros instrumentos internacionales de protección de derechos humanos (art. 75, inc. 22 de la Constitución nacional argentina)
-

No es posible dar una definición acabada de protección integral de los derechos de los niños. 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. Sin embargo, sí es posible afirmar que protección integral es protección de derechos. En ese sentido, el cambio con la doctrina de la situación irregular es absoluto e impide considerar a cualquier ley basada en esos principios como una ley de protección integral.

Ejemplo de lo afirmado precedentemente es que una noción central de la protección integral, como lo es la del interés superior del niño, que ha sido también criticada por su vaguedad, ha sido en este marco interpretada como un principio garantista de modo que signifique la satisfacción de los derechos del niño²¹. Así, protección integral significa protección de derechos e interés superior del niño significa satisfacción de sus derechos.

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,

¹⁹ Resolución 45/113 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprobada el 14 de diciembre de 1990.

²⁰ 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.

²¹ Cfr. Cillero, Miguel, El interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, Santiago de Chile, mimeo, 1997.

no es posible cerrar el paquete de instrumentos internacionales de los que surge la protección integral con los instrumentos internacionales específicamente orientados al tema infancia. Deben pues considerarse incluidos todos los instrumentos internacionales de protección de derechos humanos suscriptos por el país y que forman parte de la Constitución Nacional a partir de la reforma del año 1994 que sean aplicables.

Obsérvese por ejemplo que la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño* no preve un órgano supranacional de carácter jurisdiccional encargado de aplicar el instrumento. Sólo crea un Comité de los Derechos del Niño que tiene la función de examinar los progresos realizados por los Estados Parte en el cumplimiento de la Convención²². A tal fin los Estados Parte deberán presentar cada cinco años -y por primera vez en el plazo de dos años a partir de la fecha en la que para cada Estado Parte la Convención haya entrado en vigor- al Comité 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, cada cinco años²³. Por su parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos organiza el sistema americano de protección de derechos humanos a través de dos instituciones supranacionales: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos. De este modo, es posible afirmar que la Convención Americana permite completar la noción de protección integral ya que avanza sobre la protección de los derechos humanos de los niños asegurándoles un estándar mejor de reconocimiento y ejercicio de sus derechos que el previsto por la *Convención Internacional*.

Básicamente, el cambio de sistema se ve reflejado en las nuevas legislaciones de los países que han adecuado de manera sustancial su ordenamiento jurídico a la *Convención Internacional sobre los Derechos del Niño*. En términos generales es posible afirmar que una ley se encuentra en un marco de protección integral de derechos de los niños cuando aparecen las características que se mencionan a continuación.

- 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.
- Por eso desaparecen las vagas y antijurídicas categorías de “riesgo” “peligro moral o material”, “circunstancias especialmente difíciles”, “situación irregular”, etcétera.
- Se establece, en todo caso, que quien se encuentra en “situación irregular” cuando el derecho de un niño o adolescente se encuentra amenazado o violado, es alguien o alguna institución del mundo adulto (familia, comunidad o Estado).

²² Cfr. art. 43.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

²³ Cfr. art. 44.1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño.

- Se distinguen claramente las competencias de las políticas sociales de la cuestión penal, planteando la defensa y el reconocimiento de los derechos de los niños y los jóvenes como una cuestión que depende de un adecuado desarrollo de las políticas sociales.
- Las políticas se caracterizan por estar diseñadas e implementadas por la sociedad civil y el Estado, por estar descentralizadas y focalizadas en los municipios.
- Se abandona la noción de menores como sujetos definidos de manera negativa, por lo que no tienen, no saben o no son capaces, y pasan a ser definidos de manera afirmativa, como sujetos plenos de derecho.
- 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.
- La protección es de los derechos del niño y/o el adolescente. No se trata como en el modelo anterior de proteger a la persona del niño o adolescente, del “menor”, sino de garantizar los derechos de todos los niños y adolescentes.
- Por lo tanto, esa protección reconoce y promueve derechos, no los viola ni restringe.
- También por ese motivo la protección no puede significar intervención estatal coactiva.
- De la idea de universalidad de los derechos, se desprende que estas leyes son para toda la infancia y adolescencia, no para una parte. Por eso se dice que con estas leyes se recupera la universalidad de la categoría infancia, perdida con las primeras leyes para “menores”.
- Ya no se trata de incapaces, medias-personas o personas incompletas, sino de personas completas cuya única particularidad es que están creciendo. Por eso se les reconocen todos los derechos que tienen todas las personas, más un plus de derechos específicos precisamente por reconocerse el hecho de que están creciendo.
- De ahí que de todos los derechos, uno que estructura la lógica de la protección integral sea el derecho del niño a ser oído y a que sus opiniones sean tenidas en cuenta²⁴.
- Se jerarquiza la función del juez en tanto éste debe ocuparse de cuestiones de naturaleza jurisdiccional, sean de derecho público (penal) o privado (familia).
- El juez, como cualquier juez, está limitado en su intervención por las garantías.
- En cuanto a la política criminal, se reconocen 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 específi-

²⁴ Sobre este tema ver Baratta, Alessandro, *Infancia y Democracia*, en García Méndez, Emilio y Beloff, Mary Ana, *Infancia, Ley y Democracia en América Latina. Análisis crítico del panorama legislativo en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño (1990-1998)*, Bogotá, Temis/Depalma, 1998.

cas. La principal, en relación con los adolescentes, es la de ser juzgado por tribunales específicos con procedimientos específicos, y la de que la responsabilidad del adolescente por el acto cometido se exprese en consecuencias jurídicas absolutamente diferentes de las que se aplican en el sistema de adultos. 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.

- Se establece como consecuencia jurídica de la comisión de un delito por parte de un joven un catálogo de medidas, en el que lo alternativo, excepcional, ultima ratio y por tiempo breve es la privación de libertad. Estas medidas se extienden desde la advertencia y la amonestación hasta los regímenes de semilibertad o privación de la libertad en institución especializada. Deben dictarse por tiempo determinado.
- Se determina que la privación de libertad será una medida de último recurso, que deberá aplicarse por el tiempo más breve que proceda y, en todos los casos, por tiempo determinado como consecuencia de la comisión de un delito grave²⁵.

²⁵ 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.

¿COMO ES UNA LEY DE LA SITUACION IRREGULAR?	¿COMO ES UNA LEY DE LA PROTECCION INTEGRAL?
• “menores”	• niños y jóvenes
• objetos de protección	• sujetos de derecho
• protección de “menores”	• protección de derechos
• protección que viola o restringe derechos	• protección que reconoce y promueve derechos
• infancia dividida	• infancia integrada
• incapaces	• personas en desarrollo
• no importa la opinión del niño	• es central la opinión del niño
• “situación de riesgo o peligro moral o material” o “situación irregular”	• derechos amenazados o violados
• “menor en situación irregular”	• adultos, instituciones y servicios en situación irregular
• centralización	• descentralización
• juez ejecutando política social / asistencia	• juez en actividad jurisdiccional
• juez como “buen padre de familia”	• juez técnico
• juez con facultades omnímodas	• juez limitado por garantías
• lo asistencial confundido con lo penal	• lo asistencial separado de lo penal
• “menor abandonado / delincuente”	• desaparece ese determinismo
• se desconocen todas las garantías	• se reconocen todas las garantías
• imputados de delitos como inimputables	• responsabilidad penal juvenil
• derecho penal de autor	• derecho penal de acto
• privación de libertad como regla	• privación de libertad como excepción y sólo para infractores / otras sanciones
• medidas por tiempo indeterminado	• medidas por tiempo determinado

INFANCIA, LEY Y DEMOCRACIA: UNA CUESTIÓN DE JUSTICIA*

EMILIO GARCÍA MÉNDEZ

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

Jürgen Habermas
“Facticidad y Validez”

La Convención y el retorno de la democracia en América Latina

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

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

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

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

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

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

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

² BARCELLONA, Pietro, *Política e passioni*, Bollati Boringhieri, Turin, 1997, pág. 61.

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

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

Los procesos de reforma legislativa

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Derecho y Pedagogía: de la discrecionalidad a la justicia

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Derecho y autoritarismo

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

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

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

en la cada vez más frecuente afirmación sobre la función creativa del juez y en el énfasis sobre un derecho viviente como alternativa a la primacía de un legislador confuso y contradictorio¹⁹.

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

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

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

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

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

¹⁹ Barcellona, Pietro, 1997, pag. 40.

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

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

Infancia y Democracia

El nuevo derecho de la infancia-adolescencia en América Latina constituye en los hechos (y valga el juego de palabras, en el derecho) una desmentida rotunda a las profecías del realismo “sustancialista”. Desde el Estatuto de Brasil de 1990, hasta la nueva ley de infancia de Nicaragua aprobada en el parlamento en marzo de 1998, todas las leyes gestadas por los movimientos de lucha por los derechos de la infancia han sido profundamente negadoras de la realidad. Si se hubiera realizado el “*check reality*” pregonado por el “realismo sustancialista”, las recurrentes políticas de ajuste estructural y las erráticas políticas de seguridad producto de la alarma social por la delincuencia juvenil, hubieran determinado que todas estas leyes fueran no tanto (y sólo) inútiles sino además imposibles. En este libro se encuentran, también para desmentir al “realismo sustancialista”, las leyes, proyectos y anteproyectos “imposibles” de dieciséis países que se atrevieron a construir normas jurídicas que no reflejan la realidad sino que son mucho mejor que la realidad misma (se excluye de esta afirmación al Código de Menores de Colombia, y por eso el número de países se reduce a dieciseis). Leyes que, si bien nadie piensa como instrumentos mágicos, ni mucho menos suficientes para cualquier cambio profundo en las condiciones materiales de la infancia, han servido para ser entendidos como condición sine qua non de la mejora de la situación de niños y adolescentes y sobre todo de la calidad de nuestra vida democrática. Proyectos de ley que acabaron siendo, en la feliz expresión de Antonio Carlos Gomes da Costa, verdaderos proyectos de sociedad. Tal vez sea conveniente recordar aquí que, en este continente de paradojas, los que menos hacen son precisamente los hombres “prácticos y pragmáticos”, y no hacen nada porque emplean todo su tiempo en explicarnos “científicamente” el carácter ineluctable de lo existente; porque lo que es, es lo único que puede ser y lo que no es, lisa y llanamente no puede ser. Tal como lo afirma Alessandro Baratta, en este desprecio de la utopía, entendida particularmente en su dimensión de lo que “todavía no es”, se encuentra la explicación de una parte no poco importante de los problemas de nuestra democracia. De los niños - continua afirmando Baratta- que no han perdido esta capacidad, porque todavía su mundo de vida, no ha sido colonizado por la razón cínica; tenemos, sin exageraciones ni demagogias, muchísimo que aprender²⁷.

²⁷ Cfr. El artículo de Alessandro Baratta sobre “Infancia y Democracia”.

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

Derecho y realidad: el “aporte” del masoquismo institucional

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El hecho de que la nueva ley proponga condiciones materiales mucho mejores que

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

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

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

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

Globalización, infancia y derechos humanos

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

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

²⁵ Pietro Barcellona, 1997, p.49.

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

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

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

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

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

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

²⁶ U.Beck, (1997), pp.21-25.

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

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

Pero si el derecho autoritario cumplió un papel fundamental en la legitimación de las técnicas de exclusión, es necesario conocer ese derecho un poco más, no solo en su contenido sino también en su forma. Si el contenido del derecho autoritario se deja reconocer por cualquiera en forma clara y explícita, no sucede lo mismo con su forma. La forma autoritaria del derecho remite a su casuismo concreto, que en el caso del derecho de menores se refiere a la protección específica de personas pertenecientes a determinadas categorías (niños abusados sexualmente, maltratados, de la calle, trabajadores, privados de libertad, etc)²⁹. Por el contrario, la forma emancipatoria y constructora de ciudadanía para todos hace referencia al carácter abstracto y general de la ley.

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

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

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

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

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

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

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

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

Memoria del futuro: la infancia una cuestión de justicia

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

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

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

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

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

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

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

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

Sólo si tomamos en consideración los siglos transcurridos en la historia de la “protección” de la infancia, no resulta difícil darse cuenta de que el proceso de construcción

³² Cfr. Bustelo, E.- Minujin, A., 1997

de su ciudadanía apenas esta comenzando con ejemplos que sería un grave error subestimar, como el de la reciente Constitución ecuatoriana. El enfoque esquizofrénico de la compasión-represión perdura todavía hoy en muchas cabezas y en algunas pocas leyes; de lo que no cabe duda en cambio es de que el presente y el futuro de la infancia ya son una cuestión de justicia.

BIBLIOGRAFIA

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

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

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

MIGUEL CILLERO BRUÑOL

Introducción

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

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

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

El nuevo derecho de la infancia-adolescencia surgido en América Latina pretende ser la concreción de los mecanismos de exigibilidad y protección efectiva de los derechos contenidos en la Convención. La rica normativa que ha venido a reemplazar a las antiguas leyes de menores se funda en que los derechos del niño derivan de su condición de persona; en consecuencia, se establece que los dispositivos de protección de los derechos de la infancia son complementarios -nunca sustitutivos- de los mecanismos generales de protección de derechos reconocidos a todas las personas (véase el art. 41 de la Convención). Los niños gozan de

una supraprotección o protección complementaria de sus derechos que no es autónoma, sino fundada en la protección jurídica general.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

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

Si bien el consenso como dice Lyotard es siempre un horizonte a realizar, se puede afirmar que la Convención representa el consenso de las diferentes culturas y sistemas jurídicos de la humanidad en aspectos tan esenciales como los derechos y deberes de los padres y del Estado frente al desarrollo de los niños; las políticas

públicas dirigidas a la infancia; los límites de la intervención del Estado y la protección del niño de toda forma de amenaza o vulneración de sus derechos fundamentales; y, finalmente, la obligación de los padres, los órganos del Estado, y la sociedad en general de adoptar todas las medidas para dar efectividad a sus derechos.

La Convención supera, por decisión de los propios Estados, visiones excluyentes de las diferencias culturales que impiden construir estándares jurídicos comunes a todas las personas relativos a sus derechos fundamentales. Esta es una de las principales consecuencias de la positivización internacional de los derechos humanos¹, avance significativo de la humanidad en la segunda mitad del siglo veinte que también se hace extensivo a los niños a partir de la ratificación casi universal de la Convención.

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

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

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

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

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

El estudio que dirigió Alston en 1994² recoge este debate en diversos contextos culturales con atención específica a la relación entre diversidad cultural, derechos del niño e interés superior. Pese a que los diversos estudios analizan casos de difícil conciliación entre derechos del niño y valores culturales, se concluye que se debe aceptar que las consideraciones culturales tendrán que ceder cada vez que entren en conflicto con los derechos humanos.

Igualmente en la literatura especializada e incluso en autores que son adscriptos a la vertiente “comunitarista” -crítica del “universalismo”-, se abre paso la idea de un “minimalismo” que es el resultado de un mutuo reconocimiento, por los protagonistas de diferentes culturas morales de igual desarrollo, de reglas comunes que no son expresión de ninguna cultura en particular y regulan los comportamientos de todas las personas de una manera ventajosa o claramente correcta (Walzer, 1994).

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

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

Los derechos del niño son derechos humanos

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

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

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

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

Un principio básico de la teoría de los derechos humanos es que tanto los instrumentos internacionales como nacionales son aplicables a todas las personas con independencia de cualquier particularidad. Sin embargo, es posible observar que ciertos grupos de personas no están efectivamente protegidos en el goce de sus derechos, ya sea porque en forma discriminatoria se les priva de protección, o bien porque algunas circunstancias particulares de su vida dificultan el acceso o idoneidad de los mecanismos ordinarios de protección.

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

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

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

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

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

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

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

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

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

El principio del interés superior del niño: origen y proyecciones

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

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

Posteriormente se observa un aumento en la preocupación por los niños y se empieza a reconocer que ellos pueden tener intereses jurídicamente protegidos diversos de sus padres. En Gran Bretaña esta evolución se reflejará en la aplicación del derecho de

equidad como alternativa al derecho consuetudinario que sólo consideraba al niño como un instrumento para el uso de sus padres⁵. Igual trayectoria se observa en el derecho francés.

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

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

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

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

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

También la evolución de los instrumentos internacionales de los derechos de los niños revela la permanente presencia de la noción de interés superior del niño, ya sea en la

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

⁶ Cfr. RUBELLIN-DEVICH, *The Best Interests Principle in French Law and Practice*, en ALSTON, *op. cit.*

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

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

Declaración de Ginebra de 1924 que establecía el imperativo de darle a los niños lo mejor, o con frases como los “niños primero”, hasta la formulación expresa del principio en la Declaración de los Derechos del Niño en 1959 y su posterior incorporación, no solo en la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño sino también en la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (arts. 5 y 16).

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

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

El interés superior del niño como “principio garantista”

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

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

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

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

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

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

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

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

Desde el reconocimiento explícito de un catálogo de derechos, se superan las expresiones programáticas del “interés superior del niño” y es posible afirmar que el interés superior del niño es la plena satisfacción de sus derechos. El contenido del principio son los propios derechos; interés y derechos, en este caso, se identifican. Todo “interés superior” pasa a estar mediado por referirse estrictamente a lo “declarado derecho”; por su parte, sólo lo que es considerado derecho puede ser “interés superior”.

Antes de la Convención, la falta de un catálogo de derechos del niño hacía que la noción de “interés superior” pareciera remitir a algo que estaba más allá del derecho, una especie de interés colectivo o particular que pudiera imponerse a las soluciones estrictamente de “derecho”. Es cierto que, en ausencia de normas que

¹⁰ Ferrajoli, Luigi, *Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 1995.

reconozcan derechos y ante la precariedad del status jurídico de la infancia, una norma que remitiera al “interés superior del niño” podía orientar positivamente, aunque sólo fuera ocasionalmente, decisiones que de otro modo quedarían entregadas a la más absoluta discrecionalidad. Sin embargo, una vez reconocido un amplio catálogo de derechos de los niños no es posible seguir sosteniendo una noción vaga del interés superior del niño.

En las legislaciones pre-Convención, y lamentablemente en algunas que siendo post-Convención no han asumido plenamente el enfoque de los derechos, la interpretación del contenido del interés superior quedaba entregado a la autoridad administrativa en el plano de las políticas y programas sociales o a la judicial en el ámbito del control/protección de la infancia. Desde la vigencia de la Convención, en cambio, el interés superior del niño deja de ser un objetivo social deseable -realizado por una autoridad progresista o benevolente- y pasa a ser un principio jurídico garantista que obliga a la autoridad.

En este sentido debe abandonarse cualquier interpretación paternalista/autoritaria del interés superior; por el contrario, se debe armonizar la utilización del interés superior del niño con una concepción de los derechos humanos como facultades que permiten oponerse a los abusos del poder y superan el paternalismo que ha sido tradicional para regular los temas relativos a la infancia.

En el esquema paternalista/autoritario, el Juez, el legislador o la autoridad administrativa “realizaba” el interés superior del niño, lo “constituía” como un acto potestativo, que derivaba de su investidura o potestad y no de los derechos de los afectados; la justicia o injusticia de su actuar dependía de que el Juez se comportara de acuerdo a ciertos parámetros que supuestamente reflejaban su idoneidad. El ejemplo clásico es el Juez buen padre de familia presentado como modelo en las legislaciones y en la literatura basadas en la doctrina tutelar o de la situación irregular. En aquella orientación teórica, el “interés superior” tiene sentido en cuanto existen personas que por su incapacidad no se les reconocen derechos y en su lugar se definen poderes/deberes (potestades) a los adultos que deben dirigirse hacia la protección de estos objetos jurídicos socialmente valiosos que son los niños.

La función del interés superior del niño en este contexto es iluminar la conciencia del juez o la autoridad para que tome la decisión correcta, ya que está huérfano de otras orientaciones jurídicas más concretas y específicas.

La Convención propone otra solución. Formula el principio del interés superior del niño como una garantía de la vigencia de los demás derechos que consagra e identifica el interés superior con la satisfacción de ellos; es decir, el principio tiene sentido en la medida en que existen derechos y titulares (sujetos de derecho) y que las autoridades

se encuentran limitadas por esos derechos. El principio le recuerda al juez o a la autoridad de que se trate que ella no “constituye” soluciones jurídicas desde la nada sino en estricta sujeción, no sólo en la forma sino en el contenido, a los derechos de los niños sancionados legalmente.

El ejercicio de la autoridad, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, se orienta y limita por los derechos que el ordenamiento jurídico le reconoce al niño, considerando además los principios de autonomía progresiva del niño en el ejercicio de sus derechos y de participación en todos los asuntos que le afecten (arts. 5 y 12 de la Convención). En este sentido, se puede afirmar que el principio puede ser concebido como un límite al paternalismo estatal y que puede orientar hacia soluciones no-autoritarias en aquellas situaciones difíciles en las que el conflicto entre derechos del niño exige utilizar una regla compleja para la construcción de una decisión que proteja efectivamente los derechos amenazados o vulnerados.

Esta interpretación, sin embargo, haría innecesario el principio del interés superior del niño, ya que lo único que expresaría es que las autoridades se encuentran limitadas en sus decisiones por los derechos fundamentales de los niños, asunto del todo evidente -aunque no por ello respetado- considerando la adhesión de las constituciones liberales al principio que establece que la soberanía se encuentra limitada por los derechos de las personas. Sin embargo, al margen de otras funciones adicionales que el principio puede cumplir, la historia de la relación de la infancia con el sistema de políticas públicas y de justicia revela que esta reafirmación no es para nada superflua, sino que es permanentemente necesaria debido a la tendencia generalizada a desconocer los derechos del niño como un límite y una orientación a las actuaciones de las autoridades y los adultos en general.

Un mecanismo eficaz para fortalecer el principio de primacía de los derechos y de evitar que se produzcan interpretaciones que entiendan el artículo tercero de la Convención como una mera orientación que ampliaría las facultades discrecionales, es consagrar una precisa definición del interés superior del niño como la satisfacción de sus derechos en todas las legislaciones nacionales que pretendan otorgarle efectividad y exigibilidad a los derechos consagrados a la Convención.

Cualquier otra definición, ya sea de base bio-psicosocial como la que identifica el interés superior con alcanzar la madurez, o jurídica, identificándolo con la obtención de la plena capacidad, dificulta la aplicación de los derechos y resta valor y eficacia a los catálogos de derechos que se reconozcan.

Hecha esta salvedad, señalaré que una concepción garantista del principio no sólo supera estas dificultades, sino que muestra la profunda utilidad del principio del interés superior del niño en el contexto de una nueva legislación de la infancia y adolescencia basada en el reconocimiento de los derechos de los niños.

Función del interés superior del niño en el marco de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño

Además del cometido principal ya desarrollado consistente en limitar y orientar todas las decisiones según los derechos de los niños, expondré a continuación otras importantes funciones que cumple el principio tal cual se encuentra formulado en el artículo tercero de la Convención.

Carácter interpretativo

Sin duda el aporte más específico del artículo tercero es de carácter hermenéutico. En primer lugar, cumple una función hermenéutica dentro de los márgenes del propio derecho de la infancia/adolescencia en cuanto permite interpretar sistemáticamente sus disposiciones, reconociendo el carácter integral de los derechos del niño.

Los derechos del niño deben ser interpretados sistemáticamente ya que en su conjunto aseguran la debida protección a los derechos a la vida, la supervivencia y el desarrollo del niño. Durante la infancia/adolescencia la interdependencia de los derechos se hace más evidente que en otras etapas de la vida. La noción de interés superior refiere a ese conjunto sistemático y apoya una interpretación holística de la Convención.

En segundo término permite la resolución de conflictos entre derechos contemplados en la misma Convención. El principio supone que los derechos del niño se ejercen en el contexto de una vida social en la que todos los niños tienen derechos y en la que, también, se pueden producir situaciones que hagan incompatible el ejercicio conjunto de dos o más derechos consagrados en la Convención para un mismo niño.

En estos casos el principio permite “arbitrar” conflictos jurídicos de derecho. La propia Convención en diferentes situaciones de esta naturaleza toma una decisión -establece un orden de prelación de un derecho sobre otro- para luego relativizarla o dejarla sujeta al “interés superior del niño”. El ejemplo más característico está dado por el artículo 9 de la Convención, relativo a la separación de los niños de sus padres, para defender otros derechos como la vida o la integridad producto de malos tratos; otro caso es el artículo 37 relativo a la privación de libertad en recintos separados de los adultos “a menos que ello se considere contrario al interés superior del niño”, en el que la Convención toma una decisión -otorga una garantía- pero deja abierta la posibilidad (judicial) de tomar una resolución diferente atendida la circunstancia de que se afecte, en el caso particular, algún otro derecho del niño que justifique modificar la regla. Es evidente que este tipo de soluciones propuestas en algunos artículos de la Convención pueden aplicarse a otros casos similares en que aparezcan conflictos entre derechos igualmente reconocidos.

En síntesis, el principio del interés superior del niño permite resolver “conflictos de derechos” recurriendo a la ponderación de los derechos en conflicto. Para evitar un

uso abusivo sería conveniente establecer en la legislación nacional ciertos requisitos para la utilización del principio para resolver conflictos entre derechos como la reserva judicial y la exigencia de que, para poder resolver la primacía de un derecho sobre otro, se pruebe, en el caso concreto, la imposibilidad de satisfacción conjunta.

También debe establecerse que, especialmente en el ámbito de las garantías frente al sistema de persecución de infracciones a la ley penal, se restrinja absolutamente la posibilidad de aplicar medidas en razón del “interés superior del niño” que puedan afectar su derecho a la libertad personal o su integridad.

Finalmente, algunos autores como Parker sugieren que el “interés superior del niño” puede servir de orientación para evaluar la legislación o las prácticas que no se encuentren expresamente regidas por la ley. Es decir, permitiría llenar algunos vacíos o lagunas legales, tanto para la promulgación de nuevas leyes como para tomar decisiones en casos en que no existe norma expresa.

Prioridad de las políticas públicas para la infancia: interés del niño e interés colectivo

Como se ha señalado reiteradamente, la formulación del art. 3 de la Convención proyecta el interés superior del niño hacia las políticas públicas y la práctica administrativa y judicial. Esto significa que la satisfacción de los derechos del niño no puede quedar limitada ni desmedrada por ningún tipo de consideración utilitarista sobre el interés colectivo.

Cuando la Convención señala que el interés superior del niño será una consideración primordial para la toma de decisiones que le afecten, sugiere que el interés del niño -es decir, sus derechos- no son asimilables al interés colectivo; por el contrario, reconoce que los derechos de los niños pueden entrar en conflicto con el interés social o de una comunidad determinada, y que los derechos de los niños deben ponderarse de un modo prioritario.

Una correcta interpretación del precepto lleva a entender que en todas las decisiones los derechos de los niños deben primar por sobre otros intereses de terceros que no tienen el rango de derechos. Por ejemplo, el derecho a la educación no puede ser desmedrado por intereses administrativos relativos a la organización de la escuela, o a los intereses corporativos de algún grupo determinado.

En el caso de conflicto entre los derechos del niño y los derechos de otras personas, como por ejemplo en las infracciones a la ley penal, los derechos del niño deberán tener una primacía no excluyente de los derechos de los terceros.

Es materia de resolución de cada Estado el grado de prioridad que otorga a la infancia en un sistema social donde los diversos grupos “compiten” por recur-

sos escasos, sin embargo, la Convención exige considerar con alguna prioridad a la infancia. En este sentido parece adecuada la solución de la Constitución del Brasil que señala una prioridad absoluta referida a las materias más importantes y otorga, para éstos y otros asuntos, la posibilidad de acciones de interés público que pueden ejercerse contra la autoridad en caso de no respetarse la prioridad de la infancia.

¿Cómo aplicar el principio?: integralidad, máxima operatividad y mínima restricción de los derechos del niño

El interés superior del niño supone la vigencia y satisfacción simultánea de todos sus derechos, descontado el principio de progresividad contenido en el artículo 5 de la Convención. El concepto de interés superior del niño alude, justamente, a esta protección integral y simultánea del desarrollo integral y la calidad o “nivel de vida adecuado” (art.27.1 de la Convención).

Por ello una correcta aplicación del principio, especialmente en sede judicial, requiere un análisis conjunto de los derechos afectados y de los que se puedan afectar por la resolución de la autoridad. Siempre ha de tomarse aquella medida que asegure la máxima satisfacción de los derechos que sea posible y la menor restricción de ellos, esto no sólo considerando el número de derechos afectados, sino también su importancia relativa.

La aplicación de esta regla justifica, por ejemplo, la disminución al mínimo posible -siempre perfectible- de la intervención a través de recursos “penales” sobre la adolescencia y la absoluta excepcionalidad de la medida de separación del niño de su entorno familiar; en efecto, este tipo de medidas, que afectan la libertad personal y el medio de desarrollo del niño, obstaculizan severamente el ejercicio no sólo de los derechos expresamente privados, sino también, de un conjunto de otros derechos que se hacen imposibles de satisfacer en privación de libertad o del medio familiar. Este es el fundamento para señalar que la privación de libertad y del medio familiar son excepcionales y medidas de último recurso.

Pero incluso en estos casos se deben proveer todos los mecanismos para que el niño pueda ejercer los derechos que expresamente no se le han privado. Así, el adolescente privado de libertad por haber cometido un grave delito contra la integridad física o la vida de otra persona, tendrá derecho a que se le satisfaga su derecho a la educación; también el niño separado de uno o ambos padres tendrá derecho a que se le asegure la posibilidad de “mantener relaciones personales y contacto directo con ambos padres de modo regular, salvo si ello es contrario al interés superior del niño” como dispone el art. 9.3 de la Convención.

El interés superior del niño y las relaciones parentales

Es sabido que uno de los ejes fundamentales de la Convención es la regulación de la relación niño-familia, y en particular niño-padres; numerosas disposiciones regulan la materia. Los artículos 5 y 18 reconocen el derecho de los padres a la crianza y la educación y, a su vez, el derecho del niño a ejercer sus derechos por sí mismo, en forma progresiva de acuerdo a la “evolución de sus facultades”.

Por su parte, uno de los aportes de la Convención ha sido extender la vigencia del principio garantista del interés superior del niño, más allá de los ámbitos legislativos (como la Declaración de 1959) o judicial (como lo disponen numerosas legislaciones en materia de familia), sino extenderlo hacia todas las autoridades, instituciones privadas e incluso los padres.

Así el artículo 18, luego de reconocer el derecho y responsabilidad de los padres a la crianza y la educación y el deber del Estado de garantizarlo y apoyarlo, señala que los padres ejercerán sus funciones de acuerdo a una orientación fundamental: el interés superior del niño (art.18.1). Esta disposición debe interpretarse en conjunto con el artículo quinto que señala que el objetivo de las facultades de orientación y dirección de los padres es “que el niño ejerza los derechos reconocidos en la presente Convención” de acuerdo a la evolución de sus facultades. Al intentar una interpretación sistemática de las dos disposiciones es claro que los derechos y responsabilidades de los padres, en relación a la orientación y dirección de sus hijos, tienen por objeto la protección y desarrollo de la autonomía del niño en el ejercicio de sus derechos, y que sus facultades se encuentran limitadas, justamente, por esta función u objetivo. Es decir, se confirma la equivalencia entre ejercicio de los derechos del niño e interés superior.

El Estado tiene el deber de apoyar a los padres en este rol, pero también el deber de garantizar a los niños que su crianza y educación se dirija hacia el logro de la autonomía en el ejercicio de sus derechos. Los roles parentales no son derechos absolutos, ni meramente poderes/deberes, son derechos limitados por los derechos de los propios niños, es decir, por su interés superior.

Conclusión

De las ideas expuestas se desprende que desde la ratificación de la Convención existe una absoluta equivalencia entre el contenido del interés superior del niño y los derechos fundamentales del niño reconocidos en el Estado de que se trate. De este modo es posible afirmar que el interés superior del niño es, nada más pero nada menos, que la satisfacción integral de sus derechos.

Por su parte, la formulación del principio en el artículo tercero de la Convención permite desprender las siguientes características: es una garantía, ya que toda decisión que

concierna al niño, debe considerar primordialmente sus derechos; es de una gran amplitud ya que no solo obliga al legislador sino también a todas las autoridades e instituciones públicas y privadas y a los padres; también es una norma de interpretación y/o de resolución de conflictos jurídicos; finalmente es una orientación o directriz política para la formulación de políticas públicas para la infancia, permitiendo orientar las actuaciones públicas hacia el desarrollo armónico de los derechos de todas las personas, niños y adultos, contribuyendo, sin dudas, al perfeccionamiento de la vida democrática.

BIBLIOGRAFÍA

- Alston Ph. Editor, "The Best Interests of The Child: Reconciling Culture and Human Rights". Oxford University press, 1994.
- Alston, Ph., Bridget Gilmour-Walsh, "El Interés Superior del Niño. Hacia una Síntesis de los derechos del niño y de los valores culturales" Unicef, Argentina, 1996.
- Alvarez- Vélez, M.I., "La Protección de los Derechos del Niño. En el marco de las Naciones Unidas y en el Derecho Constitucional Español". Facultad de Derecho-ICA-DE. Universidad Pontificia de Comillas, Madrid, 1994.
- An-Na'Im, A., "Cultural Transformation and Normative Consensus on The Best Interest of The Child" en Alston, op. cit.
- Bidart-Campos, G., "Teoría General de los Derechos Humanos" Universidad Autónoma de México, 1989.
- Cillero, M., "Leyes de Menores, Sistema Penal e Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos" en "Sistema Jurídico y Derechos Humanos" C. Medina y J. Mera editores. Sociedad de Ediciones Universidad Diego Portales, Santiago, Chile, 1996.
- "Evolución Histórica de la Consideración Jurídica de la Infancia y Adolescencia en Chile", en "Infancia en Riesgo Social y Políticas Sociales en Chile" F. Pilotti coordinador. Instituto Interamericano del Niño, Montevideo, 1994, pp. 75-138.
- Detrick, Sh., "The United Nations Convention on The Rights On The Child". Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1992
- Dworkin, R., "Los Derechos en Serio". Ariel Derecho, Barcelona, 2a. ed. 1989.
- Ferrajoli L., "Derecho y Razón. Teoría del Garantismo Penal". Ed. Trotta, Madrid 1995.
- García Méndez E., "Derecho de la Infancia adolescencia en América Latina: de la situación irregular a la protección integral". Forum Pacis, Bogotá 1994.

- Goonesekere, S., "The Best interests of The Child: South Asian Perspective" En Alston, op. cit.
- Himes, J., "Implementing The Convention On The Rights Of The Child" Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1995
- Larraín, J., "Modernidad, Razón e Identidad en América Latina". Ed. Andrés Bello, Santiago, 1996.
- Lyotard, J.F., "La Condición Postmoderna". Ed. Cátedra, Madrid, 1994.
- O'Donnell, D., "La Convención sobre los Derechos del Niño: Estructura y Contenido". Revista Infancia No. 230, Tomo 63. Julio de 1990. Boletín del Instituto Interamericano del Niño, 1990 Montevideo pp. 11-25.
- Parker, Stephan, "The Best Interests of the child- Principles and Problems", en Alston, op. cit.
- Peña, Carlos, "El Derecho Civil en su Relación con el Derecho Internacional de los derechos Humanos", en C.Medina y J. Mera, op.cit.
- Peces-Barba G., "Derecho Positivo de los Derechos Humanos". Ed. Debate, Madrid 1987.
- Rubellin-Devich, J., "The Best Interests Principle in French Law and Practice" En Alston op. cit.
- Veerman, Ph., "The Rights of The Child and The Changing Image of Childhood", Martinus Nijhoff Publishers, The Netherlands, 1992,
- Walzer, M., "Moralidad en el ámbito local e Internacional" Alianza Universidad, Madrid 1996.

A 100 AÑOS DE LA CREACIÓN DEL PRIMER TRIBUNAL DE MENORES Y 10 AÑOS DE LA CONVENCION INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS DEL NIÑO: EL DESAFÍO PENDIENTE

JULIO CORTES MORALES

Introducción

En el último año del siglo XX conmemoramos dos hechos clave en la historia social y jurídica de la infancia. En 1899 en Illinois se creó el que es considerado el primer tribunal especial para menores de la historia, dando cuenta en ese momento de una creciente preocupación por el tema de la delincuencia juvenil, y de una compleja trama de intereses entrecruzados con las intenciones más o menos concientes de los reformadores de la época, que han sido objeto de análisis y crítica hasta el día de hoy. En un momento mucho más reciente, 1989, se aprobó por las Naciones Unidas el principal instrumento de derechos humanos específico para la infancia, la Convención Internacional de los Derechos del Niño (en adelante CIDN), en la cual se refleja una nueva consideración de la infancia en nuestras sociedades, enfoque que algunos han calificado de nuevo paradigma, en atención a la ruptura que representa con enfoques más tradicionales dentro de los cuales los niños no eran sujetos de derechos (no al menos en el sentido pleno e integral que plantea la CIDN). Entre medio de estos hitos fundamentales, el recorrido no ha sido lineal, muy por el contrario, se han presenciado avances dispares, obstáculos y hasta retrocesos, los cuales es necesario tener en cuenta en este momento por todos los operadores e interesados en los temas de la infancia y los derechos humanos.

Consideraciones previas acerca de la infancia como construcción socio-histórica

Aunque claramente excede los límites de este artículo un abordaje profundo de los problemas implícitos en la consideración histórica de la infancia en nuestras sociedades, es necesario dejar en claro que en nuestra opinión, pese a la base biológica que está presente en la conceptualización de la infancia en las distintas épocas y culturas, la investigación histórica ha demostrado el importante y definitorio rol que en este campo ha jugado el elemento cultural. En la concepción moderna de la infancia encontramos componentes que provienen tanto del pensamiento humanista de Rousseau y Locke como del romanticismo del siglo pasado -elementos no necesariamente concordantes- y al mismo tiempo ha aparecido durante este siglo en el panorama la ten-

dencia creciente a la autonomía de los niños y la consiguiente eliminación de barreras respecto al mundo adulto. Esto que puede parecer evidente no lo es tanto en la realidad de los debates jurídicos y sociológicos respecto al tema de la infancia, pues -como siempre- pesa de manera a veces inadvertida la tendencia a universalizar temporal y físicamente la concepción aún en boga de una infancia en un sentido clásico o romántico, en general ligada al enfoque jurídico tradicional en la materia, que identifica infancia con incapacidad, como su atributo esencial.

Este enfoque histórico resulta imprescindible como telón de fondo para tratar cualquier aspecto o problemática específica ligada a la infancia, en este caso, el surgimiento de un instrumental jurídico e institucional propio de la infancia, al que nos referiremos sobre todo en sus aspectos penales (en el sentido objetivo de pena o punición).

El Tribunal de Menores de Illinois

El contexto social e ideológico en el que se inserta la creación del tribunal de menores ha sido descrito críticamente por Anthony Platt en su clásica obra “Los salvadores del niño”, editada originalmente en 1969. Hay que tener en cuenta que las características del desarrollo del capitalismo en el siglo pasado en países como Estados Unidos tuvieron como consecuencia un empobrecimiento masivo de las clases populares, y con ello, el surgimiento del fenómeno de los niños pobres como un problema público a ser enfrentado por los gobiernos e instituciones correspondientes. La magnitud del problema y el riesgo que implicaba para la estabilidad social (o sea política y económica) de la sociedad norteamericana la existencia de una gran masa de niños de origen proletario fuera de los mecanismos normales de control y contención (casa y escuela), o criados por familias que no garantizaban su adecuado disciplinamiento, motivó un largo proceso de reformas dentro del cual se sitúa la creación del tribunal de menores en Illinois. Así es como, para Platt, este hecho no representó una “reforma radical” sino más bien “una reforma política transigente que consolidaba las prácticas existentes”, tendientes a castigar la independencia prematura infantil y restringir la autonomía juvenil (op.cit., página 150). Para Platt los intereses reales tras todo el movimiento de reformas alentadas por los “salvadores del niño” consistían tanto en el temor de las clases dominantes a la creciente urbanización, la necesidad de reafirmar los valores tradicionales de la clase media norteamericana (a la cual pertenecían la mayoría de las figuras públicas del movimiento), intereses de las corporaciones religiosas que administraban las instalaciones destinadas al cuidado de los jóvenes, y los intereses corporativos ligados al poder médico y judicial.

En un nivel más propiamente jurídico, parece claro que la necesidad de consagrar un tratamiento especializado para adolescentes acusados de cometer delitos se hizo necesaria para la sociedad de la época en consideración a varios factores. En primer

lugar, hubo un gran movimiento de crítica a la práctica de someter a niños a las mismas normas que a los adultos, que incluía su hacinamiento en cárceles comunes en que se mezclaban con adultos. En muchos casos, a partir de mediados del siglo pasado, los jurados preferían absolver a jóvenes aparentemente culpables antes que enviarlos a instituciones penitenciarias para adultos (Frank Orlando, *The Centennial of the first Juvenile Court- A wake or a celebration?*, en *Juvenile Justice Worldwide*, Nº1, 1999, página 6).

Desde varias décadas antes de 1899 se dictaron normas especiales para el procesamiento y privación de libertad de personas menores de edad. En Illinois, como en los demás Estados de la Unión, regía lo que se conoce como “régimen penal mitigado” para los menores de edad, es decir, que en lo grueso se les aplicaban las mismas disposiciones penales que a los adultos, con algunas reglas o excepciones especiales consagradas en atención a su condición que tomaban en cuenta la inmadurez propia de su edad. El proceso de reformas impulsado en el siglo XIX por los “salvadores del niño” tendía sucesivamente a la creación de un régimen especial de control social para niños, excluyéndolos formalmente del derecho penal de adultos (pese a que se mantuvo hasta el día de hoy la posibilidad de derivar casos desde el tribunal de menores al tribunal criminal de adultos, mediante la figura del “waiving”). En el fondo de estas reformas se situaba la crítica a la retribución pura y a las cárceles por su incapacidad para rehabilitar a los jóvenes y porque las condiciones reales de la privación de libertad significaban una contaminación ambiental para los niños, que en las cárceles de adultos aprendían a perfeccionarse en su carrera delictual. Los reformadores de la época perseguían el ideal rehabilitativo y adherían a la llamada “nueva penología” de orientación socio-etiológica, en lugar de la cárcel proponían la creación de reformatorios de variado tipo (escuelas industriales, escuelas de formación, residencias de acogida en el campo, etc.). Convencido de la necesidad de actuar sobre las causas de la criminalidad, Frederick Wines, notable reformador y experto en criminología, declaraba en 1879: “El objeto de las instituciones de reformatorio está bien claro: no es el castigo por los delitos pasados, sino el adiestramiento para la utilidad futura...” (intervención en el Board of Public Carities de Illinois, citada por Platt, páginas 124-125).

A propósito de todos estos factores hay que tener en cuenta por un lado las preocupaciones genuinamente humanitarias presentes a nivel del discurso, y por otro, los intereses preventivo-especiales de defensa social expresados en un contexto de prevalencia de criterios positivistas en la criminología etiológica de la época, los que permiten comprender adecuadamente esta obsesión por evitar el contagio por contacto con delincuentes adultos, que llegaba a extremos como el quejarse por el hecho de que se actuaba sobre niños no tan pequeños, puesto que habría sido necesario intervenir mediante internaciones en reformatorios en forma pre-delictual.

El modelo de la situación irregular

Los rasgos centrales del sistema creado por la Juvenile Court Act deben entenderse en el ámbito propio del sistema jurídico y procesal anglosajón, sin embargo, las características principales de los sistemas tutelares aplicados en Europa y América Latina durante este siglo se encuentran ya esbozadas aquí.

Básicamente, el sistema del tribunal de menores de Illinois incluía en cuanto a su competencia conductas cometidas por adolescentes que eran constitutivas de delitos (“delinquency offenses”), y se extendía además a las llamadas “status offenses” o delitos en razón de su condición, referidas a comportamientos no criminales que se consideraban dañinos para el correcto desarrollo y crecimiento del menor (tales como huir del hogar paterno, o no asistir a la escuela). En lo procedimental, la idea base era que se estaba aplicando al menor un beneficio y no una sanción, razón por la cual se declararon finalidades de rehabilitación al accionar del tribunal juvenil, las que se conseguirían a través de procedimientos sumarios e informales, desprovistos de garantías para el joven, al final de los cuales se decretaba una medida de duración indeterminada (es decir, sujetas el evento futuro y siempre incierto de la “rehabilitación”).

Estas líneas centrales de este modelo de la “justicia juvenil” corresponden también al núcleo del modelo que en el contexto latinoamericano se conoce como doctrina de la situación irregular. En relación al tratamiento de conductas delictivas cometidas por adolescentes se encuentra presente desde su diseño la confusión de vías (entre la vía sancionatoria y la proteccional), y así es como, por ejemplo, el no ejercicio por el niño de algo que se entiende como un derecho, cual es la educación, puede ser sancionado de la misma forma que si el niño hubiera cometido un robo o un asesinato. Como es propio de los sistemas jurídicos basados en la situación irregular “la corte juvenil estableció una tradición de prestar mucho menos atención al acto criminal en sí mismo, atendiendo en cambio a las circunstancias generales existentes tras la conducta del infractor. El objetivo era identificar la causa del mal comportamiento y luego administrar las medidas apropiadas de rehabilitación” (J.C. Howell, *Juvenile Justice and youth violence*, 1997, citado en el informe de Amnesty International “*Betraying the Young: Human Rights violations against children in the US Justice System*”, 1998).

Una característica de estos sistemas diseñados desde fines del siglo pasado y a principios de este es que el reproche a una conducta cometida por el sujeto en el pasado, base de la legitimidad de la aplicación de sanciones en el derecho penal clásico, se desplaza aquí a un reproche -con base en un diagnóstico seudocientífico-a lo que en el futuro pueda llegar a hacer el niño o adolescente. A través de herramientas como los exámenes de discernimiento se intenta detectar el grado de “enfermedad” de que adolece el sujeto y en base a eso el juez -que más bien actuaría aquí como un médico-receta el remedio adecuado para cada situación. Un fundamento central del modelo lo

constituye la doctrina del *parens patriae*, en virtud de la cual, frente a ciertas situaciones no necesariamente delictivas, el Estado estaría facultado para reemplazar a los padres y adoptar a través del juez -que en América Latina es incluso descrito como “un buen padre de familia”- la decisión adecuada para el futuro del niño, incluso mediante el uso de la fuerza. Esta idea de patronato estatal como base de las decisiones es la que permite a los defensores de estos modelos afirmar que la intervención estatal no es punitiva sino de protección o tutela, y fundamenta la falta de garantías en los procedimientos, que no serían necesarias pues en rigor no se estaría aplicando una sanción sino que averiguando qué es lo mejor para el “interés superior del niño” (un interés superior concebido en relación al niño objeto de protección y no sujeto de derechos es el fundamento de la arbitrariedad máxima, como queda constatado en la doctrina y jurisprudencia previas a la CIDN, criterio que lamentablemente aún se observa con frecuencia en nuestros países).

Los criterios señalados en cuanto a la aplicación de medidas a los jóvenes, hacen absolutamente necesario dotar a estos sistemas de procedimientos muy flexibles, con gran discrecionalidad en las atribuciones del juez, sin garantías procesales mínimas para los jóvenes, y con sentencias que apliquen medidas por tiempo indeterminado. Particularmente en nuestro contexto latinoamericano el cruce de estas ideas con nuestros modelos penales inquisitivos tuvo como resultado un sistema profundamente antidemocrático y antigarantista, respecto al cual ya se ha escrito bastante y no se insistirá más en este momento (en relación al modelo tutelar y de la “situación irregular” en América Latina ver en este mismo volumen el artículo de Mary Beloff).

Como prueba de la influencia del modelo norteamericano en el contexto latinoamericano, tenemos que en 1975 José Pedro Achard, Rafael Sajón y Ubaldino Calvento señalaban la necesidad de “recordar los principios filosóficos en que se fundan los tribunales de menores...expuestos en ocasión de la creación del primer Tribunal de Menores de Chicago, los cuales, a pesar del tiempo transcurrido tienen plena vigencia...”, y a continuación citaban directamente un fragmento de la *Juvenile Court Act*: “La Ley sobre Tribunales de Menores se ha inspirado en el concepto fundamental de que el Estado debe asumir la guarda de todo menor que se encuentre en condiciones sociales o individuales tan adversas que pueden conducirlo a la comisión de un delito...Se propone un plan con arreglo al cual el menor no será tratado como delincuente ni será acusado legalmente de cometer un delito sino que será considerado como pupilo del Estado sujeto a su atención, vigilancia y disciplina, al igual que los menores abandonados o desvalidos, y en cuanto sea posible, recibirá el mismo tratamiento que debían dispensarle sus padres” Sajón, Achard y Calvento, *Menores en Situación Irregular, aspectos sociolegales de su protección*, (1975).

En Estados Unidos, el tribunal juvenil se extendió de Illinois al resto de los Estados, y tan solo luego de varias décadas de funcionamiento del modelo surgieron senten-

cias que dieron cuenta de la grave falta de garantías procesales para los adolescentes infractores. En honor a la precisión habría que señalar que el proceso no ha sido lineal, y que ya en 1879, antes de la creación del Tribunal de Illinois, se dictó por la Suprema Corte de ese mismo Estado una sentencia (*People vs. Turner*) en la que se declaró que las normas en virtud de las cuales se sometía a prisión a jóvenes sin debido proceso eran inconstitucionales. En este caso un niño había sido enviado a la Reform School de Chicago, sin vista de la causa. Respecto de la extensión del *parens patriae* en este caso la sentencia declara: “Esta restricción de la libertad natural es opresión y tiranía. Si sin delito, sin fallo de culpabilidad, los hijos del Estado se ven así confinados por el ‘bien de la sociedad’, valdría más reducir esta a sus elementos originales y reconocer que el gobierno libre es un fracaso...Hay que tomar en cuenta también el bienestar y los derechos del niño...Los mismos criminales no pueden ser condenados y aprisionados sin el debido proceso” (fragmentos de la sentencia citados por A. Platt, *op.cit.* página 122).

Con posterioridad, la tesis sustentada en este fallo (mal acogida en general por el público y los salvadores del niño), fue refutada en sucesivas decisiones. Es durante la segunda mitad del siglo XX que diversos fallos de la Corte Suprema comienzan a hacer tambalear el modelo, llegando en el caso *Gault* al grado de cuestionamiento máximo.

Dos hitos en la crisis del modelo de situación irregular y en la atribución de garantías procesales a los jóvenes: *Gault* (1967) y Sentencia del Tribunal Constitucional español (1991).

Estados Unidos

Pese a que existieron críticas a la falta de garantías en los procedimientos de menores desde muy temprano, las sentencias que hicieron eco de estas críticas en Estados Unidos datan de los años sesenta.

La primera decisión que suele señalarse en este sentido fue la de la Corte Suprema de los Estados Unidos en *Kent vs. United States*, en este caso, un tribunal juvenil había derivado a un adolescente de 16 años al sistema criminal adulto por sospecha de robo y violación, sin vista de la causa ni consideración de peticiones del defensor del joven en orden a suministro de atención psiquiátrica dentro del sistema juvenil. El joven Kent fue sentenciado de 30 a 90 años de prisión. La Corte Suprema determinó que la orden de derivación era inválida en cuanto a requerimientos básicos del debido proceso, y señaló que el principio del *parens patriae* no podía constituir “una licencia para la arbitrariedad procesal...” (referencias a estos fallos tomadas de Platt, *op.cit.*, Orlando, *op.cit.*, y Gardner “Understanding Juvenil Law”).

Un año después de la sentencia en el caso Kent, el mismo tipo de argumentos sería acogido en el famoso caso Gault.

El hecho que dio origen a este caso fue la condena en el Estado de Arizona a un niño de 15 años a la medida de internación en la escuela industrial del Estado por un período que se extendía hasta la fecha en que cumpliera 21 años. El joven Gerard Gault había sido acusado de hacer llamadas telefónicas obscenas a una vecina. Tras la correspondiente denuncia Gerard Gault fue aprehendido por la policía, que llevó el caso a la corte juvenil señalando que se trataba de un joven delincuente necesitado de la protección de dicho tribunal. En la corte juvenil la medida fue impuesta sin evidencia fáctica suficiente, sin la comparecencia del vecino denunciante ni de los padres del joven y sin asistencia jurídica para el acusado, que habría reconocido los hechos en una primera audiencia al ser interrogado en el tribunal.

La Corte Suprema, revisando la constitucionalidad de dicha decisión, determinó que se habían violado una serie de garantías: el derecho a ser notificado de los cargos oportunamente; el derecho a la asistencia por un abogado; el derecho a careo y contrainterrogación de denunciantes y testigos; y la notificación oportuna del derecho contra la autoincriminación (el privilegio de permanecer callado). La Corte Suprema criticó el uso de la doctrina del *parens patriae* como fundamento de la falta de estas garantías constitucionales: “El derecho del Estado, como *parens patriae*, al negar al niño las garantías procedimentales disponibles para los mayores fue elaborado en base a la afirmación de que un niño, a diferencia de un adulto, tenía derecho “no a la libertad, sino a la custodia”. El podría ser obligado a obedecer sus padres, a asistir a la escuela, etc. Si los padres fallaran en el cumplimiento efectivo de sus funciones de custodia -como sería en el caso de que el niño fuera un “delincuente”- el Estado podría intervenir. Al hacerlo, no estaría privando al niño de ningún derecho, porque no tiene ninguno. Meramente estaría proveyendo la “custodia” que el niño necesita. De esta forma, los procedimientos relativos a jóvenes han sido descritos como “civiles” y no “criminales” y en consecuencia no estarían sujetos a los requerimientos que restringen al Estado cuando se trata de privar a una persona de su libertad...De esta forma, los más elevados motivos y los impulsos más iluminados han conducido a un peculiar sistema para jóvenes, desconocido para nuestro derecho en cualquier contexto similar. La base constitucional y teórica para este peculiar sistema es -por lo menos- debatible. Y en la práctica, los resultados no han sido enteramente satisfactorios”.

Unos cuantos casos posteriores a Gault son relevantes en cuanto a la extensión de garantías constitucionales a los niños (casos *Winship* en 1970 y *Breed* en 1975, aplicaron respectivamente el estándar de la duda razonable y la prohibición del doble juzgamiento por los mismos cargos-en tribunal juvenil y criminal de adultos-). En el caso *McKeiver*, en cambio, la Corte sostuvo que la garantía de cono-

cimiento del asunto por un jurado no se extendía a los procesos juveniles aunque los cargos se refieran a hechos que cometidos por adultos constituirían ofensas criminales. Basándose en la idea de que pese a los criterios sustentados en los casos Gault y Winship, la Corte no habría reconocido el carácter de juicio criminal de los procedimientos relativos a jóvenes infractores, y que el objeto de la investigación no era necesariamente la determinación de los hechos, la Corte Suprema llegó a afirmar en esta sentencia que la introducción del sistema de jurados a los procesos juveniles acarrearía la misma formalidad y demora propias del juicio público, resultando probablemente de ello “el fin efectivo de la perspectiva ideal de un procedimiento íntimo, informal y protector”, y que en ese caso “el sistema de tribunal juvenil tendría poca necesidad de existir”.

Para hacer un balance de las implicancias históricas del caso Gault debemos tener en cuenta que la evolución posterior del sistema norteamericano se ha caracterizado por un endurecimiento del trato judicial hacia los jóvenes infractores y por la extensión de la represión a niveles muy exagerados que incluyen la ejecución de jóvenes y las privaciones de libertad excesivas por motivos no necesariamente delictivos. A modo de ejemplo, podemos mencionar que entre 1977 y 1998 fueron ejecutadas 11 personas que tenían menos de 18 años de edad al momento de cometer los crímenes por los que fueron condenados. El año pasado, existía una lista de 70 jóvenes en espera de la ejecución de condenas de muerte dictadas por hechos cometidos mientras eran menores de edad (datos tomados de Amnesty International, “Betraying the Young...”, 1998). En general lo ocurrido en las dos últimas décadas corresponde a tratar a los niños como si fueran adultos, incluso en los aspectos más duros, al punto que hoy en día se discute seriamente si se justifica o no mantener los tribunales juveniles.

A modo de conclusión, se podría afirmar que pese a las implicancias del caso Gault y los otros casos comentados, la atribución de garantías a los jóvenes se realizó sin cuestionar sistemáticamente el soporte jurídico e ideológico de fondo del modelo tutelar. En el fallo Gault, por ejemplo, la Corte empleó básicamente el argumento del equivalente funcional entre el proceso penal de adultos y el proceso juvenil en que se imputan delitos a un joven, pero nunca dejó en claro si todo el sistema de justicia juvenil podía ser asimilado al proceso penal de adultos (“un procedimiento donde el asunto es si el niño puede ser declarado “delincuente” y sujeto a la pérdida de su libertad es comparable en seriedad a la persecución criminal”, In Re Gault, citado por Gardner, pag. 192). Por otra parte, pese a que la sentencia hizo referencia a que si los hechos imputados a Gerard Gault hubieran sido cometidos por un adulto la sanción habría oscilado entre una multa de 5 a 50 dólares o prisión por dos meses como máximo, la Corte no precisó si la sanción aplicada al joven Gault habría sido constitucionalmente válida si éste hubiera contado con las garantías procesales ya señaladas.

España

En un contexto bastante diferente y un época más reciente se produjo otro hito jurisprudencial, señal de la crisis definitiva del modelo tutelar de menores. Nos referimos a la sentencia del Tribunal Constitucional español 36/1991 (del 14 de Febrero de 1991), en virtud del cual se declaró inconstitucional el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores.

En España el modelo tutelar data de principios de siglo, con la Ley de Bases de 1918 mediante la cual se crearon los tribunales de menores, el primero de los cuales comenzó a funcionar en Bilbao en 1920. De 1948 data el texto refundido de la Ley y Reglamento de Tribunales Tutelares de Menores (antecedentes extraídos del texto de José de la Cuesta y Esther Giménez-Salinas, “Situación Actual y perspectivas de futuro del tratamiento de los infractores juveniles en España”, 1995). Esta ley contempla básicamente una competencia triple de los tribunales de menores: protectora, en relación a menores de 16 años; reformadora, también respecto de menores de 16 años; y, finalmente, de enjuiciamiento de mayores de 16 años, en ciertos casos. De acuerdo a su artículo 9, “la jurisdicción del tribunal no tendrá carácter represivo, sino educativo y tutelar”. En cuanto a las sanciones aplicables (artículo 17), estas van desde de la “amonestación o breve internamiento” hasta el ingreso a un “establecimiento especial para menores anormales”. En lo procedimental, los artículos 15, 20 y siguientes contemplaban un sistema en que no existe publicidad del proceso, no interviene abogado defensor (salvo en las situaciones de enjuiciamiento de mayores de 16 años), y se considera que el procedimiento es no contradictorio, puesto que está establecido en beneficio del menor. Además, los miembros del tribunal no eran jueces sino ciudadanos de intachable conducta y vida familiar ejemplar (nuevamente la idea del “buen padre de familia”), sus facultades eran discrecionales, pudiendo decidir la aplicación de cualquier medida si se juzgaba necesario aplicar la “facultad reformadora”, y -al igual que en todos los sistemas basados en la “situación irregular”- el tipo de medida impuesta y su duración no guardaban relación de proporcionalidad con la mayor o menor gravedad de los hechos imputados, que por lo demás no necesitaban ser acreditados.

En 1978, en plena transición democrática luego de la muerte de Franco, España promulgó una nueva Constitución, y a partir de ese momento se sostuvieron duras críticas al sistema tutelar vigente, que era tildado de inconstitucional. En efecto, la Constitución, además de contemplar garantías procesales y penales para todas las personas, se refería también a la juventud y la infancia como colectivos especialmente protegidos (artículos 20.4, 27 y 39.4). En 1985 se modificó parcialmente el sistema al dictarse la Ley Orgánica del Poder Judicial, creándose los Juzgados de Menores, y su disposición adicional primera otorgó al Gobierno plazo de 1 año para la presentación de un proyecto que reformara toda la legislación tutelar de menores. Dicho proyecto no llegó a ser presentado.

En este escenario jurídico, los Jueces de Menores creados por la Ley Orgánica de 1985 se vieron enfrentados a tener que aplicar cotidianamente una normativa que muchos consideraban abiertamente inconstitucional. Así es como los Jueces de Menores de Tarragona, Madrid y Oviedo presentaron cuestiones de constitucionalidad en relación a algunas disposiciones de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores. Por sentencia de 14 de Febrero de 1991 el Pleno del Tribunal Constitucional resolvió las 5 cuestiones de constitucionalidad acumuladas presentadas por los Juzgados mencionados, declarando inconstitucional el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores (además se declaró constitucional el artículo 16 en tanto se interpretara en el sentido indicado en el fundamento jurídico 7º, y se desestimaron las demás cuestiones planteadas).

Frente al vacío en la regulación legal del procedimiento generado por la decisión del tribunal Constitucional, se procedió al año siguiente (1992) a dictar una Ley Orgánica que reforma de manera urgente la ley de Tribunales Tutelares de Menores (que pasa a denominarse Ley Orgánica Reguladora de la Competencia y el Procedimiento de los Juzgados de Menores). Esta ley introdujo modificaciones no sólo procedimentales sino también sustantivas (el procedimiento se estructuró en tres etapas, se contempla el principio de oportunidad, la intervención de abogados y del Ministerio Fiscal, se creó la figura del Equipo Técnico que asesora al Juez y se fijó un plazo máximo de dos años a la medida de internamiento que puede decretar el Juez). En la propia exposición de motivos de esta ley se señaló explícitamente su carácter de “reforma urgente que adelanta una renovada legislación sobre reforma de menores, que será objeto de medidas legislativas posteriores”. Estas medidas posteriores aún se encuentran en fase de proyecto y discusión, y lo cierto es que en el intertanto, a pesar de innegables avances contenidos en la Ley Orgánica de 1992, tal como señala Rocío Cantarero “al momento actual la legislación en la materia es, básicamente, la vetusta y preconstitucional Ley de Tribunales Tutelares de Menores” (Rocío Cantarero, “Los Menores y el Derecho Penal”, 1995, página 15) .

Las características y limitaciones de la situación actual en España se comprenden mejor si se tiene en cuenta que el fallo del Tribunal Constitucional no fue tan radical como uno pudiera imaginarse. De esta forma, hay que tener en cuenta que dicha sentencia afirmó que “El procedimiento previsto en el artículo 15 de la Ley de Tribunales Tutelares de Menores sólo podrá ser considerado constitucionalmente ilegítimo por colisión con el artículo 24 de la Constitución Española si se entiende que se trata de un proceso (o eventualmente de un procedimiento disciplinario o sancionador), pero no si se le atribuye una naturaleza distinta”. En el fondo se siguió un criterio de tipo material, tendiente a comparar las consecuencias jurídicas de las medidas de esta Ley con las penas del Código Penal, pero en todo momento se afirmó que no eran totalmente equiparables. Así, en el Fundamento Jurídico 7º, en relación al artículo 17 de la Ley (que es el que contempla las medidas aplicables) el Tribunal afirmó: “Es cierto que las conductas que de modo muy laxo describe el artículo cuestionado no son supuestos

de hecho para el ejercicio del ius puniendi en su sentido más riguroso, pero tampoco puede ignorarse que las medidas que el Juez puede adoptar...comportan importantes restricciones a la libertad del menor. No son penas en sentido estricto, pero se adoptan precisamente como consecuencia de conductas penalmente tipificadas y resultaría paradójico que la atribución de estas conductas a un menor trajese como consecuencia una disminución, en su contra, de las garantías de las que gozaría si no lo fuese”.

El modelo actualmente aplicable en España resulta ser una combinación de aspectos propios de la doctrina tutelar, con modificaciones a través de las que se han incorporado elementos propios de los modelos educativo y de responsabilidad. De acuerdo a Esther Giménez Salinas y José de la Cuesta, condensando variadas críticas a la situación actual, “se opta por un sistema contradictorio, lleno de incoherencias ideológicas, sui generis, mezcla de aspectos penales y educativos, de flexibilidad y proporcionalidad...(un sistema) que se esfuerza en construir un proceso penal respetuoso de las garantías procesales, peso que - a pesar de eliminar parafernalias, trastornar con aquel pretexto las funciones naturales de no pocos órganos y remitir a las víctimas al orden civil- demora y retrasa demasiado la intervención educativa, sin que logre ocultar su verdadero carácter de juicio y la filosofía punitiva subyacente” (De la Cuesta y Giménez Salinas, op.cit., páginas 10-11).

La Convención Internacional de los Derechos del Niño y los desafíos planteados en materia de justicia juvenil: las lecciones de Estados Unidos y España.

Volviendo al momento presente, y teniendo en cuenta este breve repaso por 100 años de justicia juvenil, podemos reflexionar acerca de las implicancias de los dos casos emblemáticos comentados. Previo a ello, debemos tener en cuenta que entre el fallo Gault y el del Tribunal Constitucional español se inserta otro hecho histórico de importancia fundamental para todo el tema infancia y dentro de él para los temas relacionados con la responsabilidad penal de los jóvenes, nos referimos a la aprobación en 1989 de la Convención Internacional de los Derechos del Niño por la Asamblea General de las Naciones Unidas. Este instrumento marca el punto más alto de reconocimiento de derechos a los niños, y se enmarca dentro del proceso de positivización de los derechos humanos que hemos presenciado a lo largo del siglo. En conjunto con otros instrumentos internacionales relativos (o aplicables) a la infancia, constituye la base de un nuevo paradigma o modelo en la consideración jurídica de la infancia, que en nuestro medio ha sido denominado de la Protección Integral (para más detalles sobre las características de este modelo, en oposición a las del modelo de la “situación irregular”, ver el artículo de Mary Beloff en esta misma publicación). Sin entrar a analizar todas las implicancias de este nuevo modelo, podemos señalar que el reconocer a los niños la calidad de sujetos de derechos trae aparejado que no se puede, bajo el pretexto de la protección de estas

personas, vulnerar o restringir derechos. Por eso mismo, la lógica de la protección de derechos no puede ser la misma que la de infracción de normas penales por el joven, y las vías de acción por parte del Estado deben ser adecuadamente separadas. En palabras de Jaime Couso: “El niño es visto como ciudadano que progresivamente ejerce, cada vez en mayor medida, sus derechos fundamentales por sí mismo. Al mismo tiempo se reconoce un cierto grado de responsabilidad del joven por sus actos, que cuando se traducen en la violación de los derechos más básicos de otras personas, pueden conducir legítimamente a sanciones necesarias para prevenir ese tipo de atentados. Pero el Estado, en su actitud sancionatoria-preventiva, se encuentra con un ciudadano enfrente dotado de derechos y al que el ordenamiento jurídico debe ofrecer los medios necesarios para garantizar dichos derechos...” (Jaime Couso, “Problemas Teóricos y Prácticos del Principio de Separación de Medidas, entre la vía penal-juvenil y la vía de protección especial de derechos”, página 76, 1998).

Para los casos de infracción de normas penales, los artículos 37 y 40 de la CIDN reconocen una serie de derechos a los niños. Estos derechos corresponden por un lado a derechos propios de toda persona frente a la actividad punitiva del Estado, y por otro, a derechos específicos de los niños, que en virtud de su particular condición de personas en crecimiento, merecen una protección adicional en relación a las personas adultas. Creemos que el modelo que mejor obedece a los dictados de la CIDN y a la realidad de nuestros países es el de responsabilidad juvenil, por varias razones, entre las cuales tienen un peso primordial las siguientes: la responsabilidad es inherente a todas las personas, aunque se encuentre presente en diversos grados atendiendo a la fase de desarrollo de éstas; la responsabilidad permite ligar al sujeto con las consecuencias de su acto, y en ese sentido la responsabilización tiene un innegable valor educativo; la responsabilidad juvenil permite el vínculo entre un acto infractor de la ley penal con una consecuencia jurídica que es la imposición de una sanción a su autor, el reconocimiento del carácter sancionador de la respuesta estatal permite de entrada evitar confusiones respecto a la finalidad de esta intervención, y exige contemplar mecanismos jurídicos que permitan dar efectividad a los derechos de los niños en estas instancias; un sistema de responsabilidad juvenil permite terminar con la nefasta confusión entre situaciones de vulneración por niños de bienes jurídicos y/o derechos de otras personas y situaciones de desprotección de derechos de los niños, confusión de origen positivista y de consecuencias clasistas y criminalizantes que se encuentra en la base de todos los sistemas tutelares.

La discusión en torno a la adecuación de las legislaciones nacionales a la CIDN en esta materia ha sido considerable. A muchos les asusta el reconocimiento del carácter penal de las infracciones y de la respuesta estatal. Esto es comprensible si tenemos en cuenta el grado de deslegitimación y desprestigio que el derecho penal ha alcanzado en estos tiempos por su incapacidad para reducir el nivel de violencia en

nuestras sociedades y por cumplir reales funciones de reproducción de la pobreza y ejercicio de control sobre los sectores más desfavorecidos de la población. Pero en relación a esto hay que ser claros en afirmar que un sistema de responsabilidad juvenil acorde a los planteamientos de la CIDN y la protección integral debe necesariamente ser un derecho penal de mínima intervención, lo que implica despenalizar absolutamente las conductas de los niños por bajo cierto límite de edad (que en las propuestas y leyes implementadas suele variar entre los 12 y los 14 años), y consagrar para los adolescentes sujetos a este sistema un catálogo de infracciones menor que el equivalente adulto de conductas tipificadas en los códigos penales, contemplando en lo medular aquellas conductas que representen atentados graves contra derechos de otras personas. Un imperativo claro de la CIDN es reducir la privación de libertad al mínimo, operando siempre como último recurso y por el mínimo tiempo posible. Además, una separación coherente de vías exige renunciar efectivamente a toda intervención coactiva en los casos de conductas delictivas cometidas por niños bajo la franja de responsabilidad especial (por el contrario, la tendencia ha sido en los países latinoamericanos a mantener una derivación automática a los sistemas de protección, lo cual es en cierto modo una reminiscencia de la doctrina de la situación irregular y del paradigma etiológico de la criminología de inspiración positivista, pues se asume que tras toda infracción existe un déficit social o educativo). Por otra parte, materialmente es claro que a los niños y adolescentes se les ha estado aplicando durante este siglo un sistema penal, tanto o más punitivo que el otro, y desprovisto de garantías. Ante la realidad de este “fraude de etiquetas” no es enteramente correcto que los sistemas de responsabilidad juvenil innoven en cuanto a la aplicación de penas a la infancia, más bien la novedad en esta área está dada por la aplicación de garantías. La propuesta de este modelo ha sido definida por Rocío Cantarero en la siguiente forma: “...conservemos y amplíemos los avances en favor de la dignidad de la persona del moderno derecho penal y penitenciario, reduzcamos la pena privativa de libertad al mínimo y, en los casos en que sea imposible obviarla, desarrollémosla en las mejores condiciones” (Rocío Cantarero, *op.cit.*, página 24). Es más, una fundamentación clave para la aplicación actual de un sistema penal a los adolescentes surge de la constatación práctica de que nuestras sociedades no están dispuestas a tolerar que cometan ciertas conductas graves y que de una forma u otra -abierta o velada, a pretexto de protección o de cualquier otro- en la actualidad se les sanciona. Por eso, resulta imperativo que, mientras no se renuncie a la sanción, ésta se aplique al final de un procedimiento respetuoso de los derechos del joven, donde efectivamente se compruebe la comisión del hecho y su participación. Sin perjuicio de esta consideración necesaria y realista, el autor comparte la idea de que el horizonte que debe guiar nuestros esfuerzos es el de la despenalización progresiva, con vista a la abolición del derecho penal, y en ese sentido la propuesta original de los “salvadores de la infancia” de sustraer a los niños del derecho penal

es éticamente compartida, pero con todas sus consecuencias: debe tratarse de una despenalización efectiva, no de nuevos fraudes de etiqueta, y mientras esto no sea posible, lo que se aplique debe ser un sistema penal.

No es posible entrar aquí a tratar las discusiones acerca de las diversas formas de implementación de este modelo, cuyas principales materias son la de si en un sistema que se reconoce como punitivo se pueden atribuir o no finalidades socio-educativas a las medidas o sanciones y la del rol de la consideración de circunstancias personales y familiares del joven en la determinación de sanciones (en torno a estos temas se recomienda consultar los excelentes trabajos de Mary Beloff, "Los sistemas de responsabilidad penal juvenil en América Latina", 1998, y de Jaime Couso y otros, "Derecho Penal de Adolescentes: ¿Educación, Ayuda o Sanción?", 1999).

Para finalizar este artículo, una reflexión importante a la luz de la evolución sufrida en este siglo por los sistemas de justicia juvenil es que luego de la CIDN no es posible realizar maquiillajes a los sistemas basados en la situación irregular, por más que impliquen dotar a los procedimientos de las mismas garantías que tienen los adultos acusados de cometer delitos. Estamos obligados a ir más allá. La protección integral de los derechos de los niños exige dismantelar el aparato jurídico e ideológico de los modelos tutelares, en aras de un sistema garantista y de intervención mínima en lo punitivo (y máxima en cuanto a políticas sociales universales que prioricen a toda la infancia). Está comprobado que en nuestros países los sistemas de justicia de menores han operado como sucedáneo de políticas que remuevan en los sectores más vulnerables de la infancia los obstáculos para acceder a todos los derechos que implica su ciudadanía plena (civil, política y social). La lección que podemos extraer del caso Gault -contextualizando en todo caso que se dio en un escenario pre-CIDN- es que para los Estados no es tan costoso otorgar garantías procesales, y que si el complejo de fundamentos del modelo no cambia sustancialmente, el resultado puede llegar a ser contraproducente: a los niños se les sanciona con la misma dureza que a los adultos, respetando formalmente las garantías del debido proceso. El ejemplo español es más reciente, post-CIDN, y por eso debe ser muy tenido en cuenta por los países que estamos en pleno proceso de adecuación legislativa de las normas relativas a la infancia: para que operen garantías procesales básicas en los procedimientos relativos a jóvenes infractores no era necesario esperar a la aprobación de la CIDN, en rigor habría bastado para obtener este resultado la aplicación coherente de las normas constitucionales, que en ningún caso hacían excepción en su vigencia a las personas por debajo de cierta edad (al igual que las constituciones de los países latinoamericanos). La protección integral de los derechos del niño exige ir mucho más allá del simple reconocimiento de las garantías de que gozan los adultos, hacia el diseño de un modelo de responsabilidad juvenil garantista que tome en cuenta las especificidades de los jóvenes y se oriente

por principios de oportunidad e intervención mínima. Y la exigencia no se agota aquí. Como ha señalado Mary Beloff (op.cit, 1998, y en numerosas intervenciones orales), la adecuación a los artículos 37 y 40 no es una adecuación a la CIDN como un cuerpo integral. Una reforma que se circunscriba a los aspectos de administración de justicia y no aborde todos los demás desafíos que plantea la protección integral de los derechos del niño, sobre todo en materia de políticas sociales, conlleva el grave peligro de colapso y deslegitimación de los sistemas de responsabilidad juvenil, puesto que la situación irregular continua actuando de forma criminalizadora reclutando entre las capas pobres de la población infanto-juvenil la futura clientela de los sistemas de responsabilidad juvenil y de justicia penal de adultos. Sólo con una reforma integral y sustantiva nuestras sociedades se estarán tomando en serio el imperativo ético y político de la CIDN y de los derechos humanos, y la protección integral de los derechos del niño podría pasar a ser efectivamente un paradigma que plantea un nuevo proyecto de sociedad.

BIBLIOGRAFIA

- Amnesty International, *Betraying the Young: Human Rights violations against children in the US Justice*, 1998.
- Beloff, Mary, *Los sistemas de responsabilidad juvenil en América Latina*, en *Infancia Ley y Democracia en América Latina*, Emilio García-Méndez y Mary Beloff, compiladores, Editorial Temis-Ediciones Depalma, Santa Fe de Bogotá-Buenos Aires, 1998.
- Cantarero, Rocío, *Los Menores y el Derecho Penal*, en *Derecho Privado y Constitución*, N°7, 1995.
- Couso, Jaime, *Problemas Teóricos y Prácticos del Principio de Separación de Medidas y Programas*, entre la vía penal-juvenil y la vía de protección especial de derechos, en *De la Tutela a la Justicia*, varios autores, UNICEF/Corporación OPCION, Santiago de Chile, 1998.
- Couso, Jaime y otros, *Derecho Penal de Adolescentes: ¿Educación, Ayuda o Sanción?*, UNICEF/Universidad de Chile, Facultad de Ciencias Sociales, 1999.
- De la Cuesta, José Luis y Giménez-Salinas, Esther, *Situación Actual y perspectivas de futuro del tratamiento de los infractores juveniles en España*, Agosto 1995.
- Gardner, Martin R., *Understanding Juvenile Law*, Matthew Bender & Co. Inc., Legal Series, NY, USA, 1997.
- Orlando, Frank, *The Centennial of the First Juvenile Court- A wake or a celebration?*, en *Juvenile Justice Worldwide*, N°1, 1999, Defence for Children International.

Platt, Anthony M., Los “salvadores del niño” o la invención de la delincuencia, 2ª Edición, Siglo XXI Editores, 1988.

Sajón, Rafael y otros, Menores en Situación Irregular, aspectos sociolegales de su protección, originalmente publicado en Boletín del INN Nº 230, Tomo 63, tomado de Derecho a tener Derecho, Tomo 1, UNICEF/INN.

PROBLEMAS TEÓRICOS Y PRÁCTICOS DEL PRINCIPIO DE SEPARACIÓN DE MEDIDAS Y PROGRAMAS, ENTRE LA VÍA PENAL-JUVENIL Y LA VÍA DE PROTECCIÓN ESPECIAL DE DERECHOS

JAIME COUSO SALAS

Introducción

En este documento de trabajo me propongo dar cuenta de la existencia de un problema, por cierto, también defenderé una cierta postura de entre las varias que pueden adoptarse en respuesta a las cuestiones encerradas en él, pero desde un comienzo admito que el problema existe, y se puede discutir sobre él.

El problema tiene que ver con nociones básicas del Derecho y de las ciencias sociales tales como “pena”, “educación”, “autonomía”, “control social”, “emancipación”. El sujeto al que está referido el problema es el niño que, convencionalmente entiendo como toda persona menor de dieciocho años de edad, siguiendo la definición etérea de la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos del Niño¹⁻².

Intentaré dar cuenta del problema (que se da en los planos teórico y práctico), con un lenguaje comprensible también para no juristas, pese a mi formación de abogado, pues el documento está destinado a servir de base para una discusión interdisciplinaria.

Es necesario advertir también que el problema del que doy cuenta lo he llegado a comprender de la forma como lo expongo en buena medida por influencia de la discusión europea, y especialmente, alemana y española, en torno al derecho penal juvenil y el derecho de protección jurídica de la infancia. En cambio, una mirada más latinoamericana probablemente comprende el problema de otra forma, pero he intentado hacerme cargo, al menos en forma parcial, también de este otro enfoque.

El problema podría ser enunciado de la siguiente forma:

La Convención postula una nueva forma de ver al niño: un sujeto que necesita y que

¹ En adelante, “la Convención”.

² Sin embargo, en las nuevas legislaciones, se tiende a usar una denominación distinta para los niños mayores de catorce años, como “adolescentes”, o “jóvenes”. Esta última denominación se emplea en el anteproyecto de Ley de Responsabilidad Juvenil que estudia el Ministerio de Justicia. Cuando en este trabajo, al tratar de la responsabilidad juvenil, hablo de “jóvenes” o “adolescentes”, me refiero a los niños mayores de catorce años.

adquiere, progresivamente, un mayor grado de autonomía³ y con ella, de derechos⁴, es decir, como un “ciudadano”⁵, y no ya (como era tradicional) como un individuo completamente dependiente, sometido a los adultos e “incapaz” frente al Derecho⁶. Esa nueva mirada tiende a producir en numerosos países algunos cambios importantes en las normas que regulan las relaciones entre el niño, sus padres (o adultos responsables), la comunidad y el Estado.

Sobre todo, produce una diferenciación decisiva que rompe con la unidad de las viejas legislaciones de menores basadas en la incapacidad del niño, pues mientras éstas tratan como un problema unitario la infracción de normas penales por parte del niño (la “delincuencia”), y las situaciones en las que él es víctima o en las que su desarrollo se encuentra amenazado, el enfoque basado en la autonomía y los derechos del niño distingue, en cambio, entre la intervención estatal fundada en la responsabilidad del niño por hechos que atentan contra los derechos de otros, y la intervención estatal dirigida a asegurar y restituir al niño los derechos que a él se le violan o amenazan.

Esa distinción crea problemas, porque junto con reconocer cierta autonomía al niño, la verdad es que también se sigue asignando un papel orientador, director y una responsabilidad a los adultos respecto de los niños. De modo que, ni la responsabilidad de los niños por sus delitos es absoluta, ni su autonomía es equiparable a la de un adulto. Por ello, cuando se trata de niños se tiende a querer convertir la respuesta punitiva al delito en una respuesta “educativa”, y se tiende a asignar a los adultos el papel de representantes de los niños en el ejercicio de sus derechos.

Pero la distinción también crea problemas porque muchas veces las dos “hipótesis de intervención” estatal van juntas: un niño comprometido en actos delictivos sufre de abandono o explotación. La tentación en este caso es dar una “respuesta integral” al “problema” que se entiende como uno, mientras sus dos manifestaciones se ven como las dos caras de una moneda, volviendo a la confusión de las viejas legislaciones de menores.

Una breve mirada a la evolución del derecho (y de la concepción cultural) en materia de infancia puede aclarar un poco más el problema al que me refiero.

³ El concepto de “autonomía progresiva” ha sido desarrollado con acierto por Cillero, Miguel, “Infancia, autonomía y derechos: una cuestión de principios”, documento inédito, al que accedí por gentileza de su autor.

⁴ O más exactamente, adquiere cada vez mayores facultades para ejercer sus derechos por sí mismo directamente, sin intermediación de personas mayores de edad. Pues, al menos en lo que respecta a los derechos fundamentales, teóricamente el niño se considera titular de todos ellos desde su nacimiento.

⁵ Entiendo por “ciudadano” (en la línea del concepto mantenido por Baratta y García Méndez) el actor básico de la vida democrática, dotado de posibilidades efectivas de participación social y política en la medida que puede ejercer sus derechos civiles y políticos por sí mismo, y disfruta de sus derechos socioeconómicos en un nivel aceptable. La “ciudadanía de la infancia”, aunque no plena, en la medida que no disfruten de todos los derechos políticos, podría ser una realidad si se reconoce su necesidad de autonomía y participación y se convierte esa necesidad en derecho. En la Constitución, en cambio, la ciudadanía se agota prácticamente en el derecho a votar y a optar a cargos de elección popular, derechos que sólo se reconocen al mayor de dieciocho años, excluyéndose a quienes han sido condenados a pena aflictiva (pena privativa o restrictiva de libertad de más de tres años de duración).

⁶ En el sentido de la incapacidad para ejercer sus derechos por sí mismo, aún cuando el niño sea titular de esos derechos. Tratándose de las libertades públicas, esa incapacidad de ejercerlas por sí solo equivale prácticamente a no ser titular de ellas.

Derecho Tutelar de Menores y confusión de Medidas y Programas

Como he señalado, el modelo teórico-doctrinario al que responde la legislación (o Derecho) tutelar de menores (todavía en gran medida vigente en Chile, entre otros países), pretende que tanto la delincuencia infanto-juvenil, como otras “situaciones irregulares” (como las denomina la ley y que, junto con la delincuencia, van desde el abandono hasta el consumo de drogas, pasando por la prostitución infantil, la deserción escolar y el maltrato, entre otros), siendo expresión de un mismo problema social, deben ser tratadas unitariamente:

- 1° entregando la competencia a una sola autoridad (el Juez tutelar de menores) que,
- 2° mediante un procedimiento común para cualquiera de esas situaciones,
- 3° puede adoptar ciertas medidas enumeradas en un catálogo único y común para todas esas situaciones,
- 4° medidas que serán ejecutadas por programas en los que el sujeto de atención se diversifica desde un punto de vista puramente técnico (¿cómo responder mejor a la “irregularidad social” que sufre este niño/joven?), pero no desde un punto de vista jurídico (¿en qué casos se puede restringir o limitar derechos del niño?, ¿en qué casos, por el contrario, sólo debe asegurársele o restituírsele sus derechos amenazados o violados?, ¿qué facultades tiene el Estado y los padres en cada una de las situaciones que hacen indicada una intervención?).

En relación con los programas, pese a la diversificación técnica, en muchos casos se producen confusiones, es decir, se da injustificadamente un tratamiento común a casos jurídicamente muy distintos: casos en que el niño viola derechos ajenos, creando un conflicto de relevancia jurídica, y casos en que el niño es amenazado o vulnerado en sus derechos fundamentales. Así sucede, por ejemplo, en los programas de rehabilitación conductual (muchas veces internados), dirigidos tanto a quienes han cometido hechos tipificados como delito como a quienes tienen ciertos “problemas conductuales” pero no han cometido ese tipo de hechos. Todavía más, en la larga etapa de diagnóstico, realizada a menudo en un internado, se somete a un mismo régimen (en cuanto al disfrute y limitación de derechos) a niños/jóvenes “infractores”, a los que presentan “problemas conductuales” y a los “necesitados de protección”.

Tras esta doctrina jurídica se oculta una ideología punitiva-tutelar que postula, por una parte, la necesidad de un control severo de la infancia pobre y marginal, que se considera un peligro actual y futuro para la estabilidad de un determinado orden a conservar, y por otra, la protección de los niños de la corrupción moral (y psíquica) que les rodea en el ambiente de pobreza y marginalidad en que viven, ambiente en el que

muchas veces se habría contaminado la propia familia del niño, siendo indicada entonces la separación del niño de dicha familia.⁷

El movimiento que está detrás de la creación del Derecho tutelar de menores también se nutre, al parecer ya desde sus inicios, de una corriente despenalizadora expresada en la exigencia de una amplia introducción de la “probation” (libertad vigilada⁸) del derecho inglés, y de la supresión del principio de legalidad procesal-penal (es decir, dar al fiscal y/o al juez la posibilidad de no iniciar el proceso, de “dejar pasar” el delito sin buscar su castigo). Sin embargo, esta corriente despenalizadora se traduce además, en un reforzamiento, en el ámbito de la criminalidad infantil y juvenil, del carácter selectivo y clasista del Derecho punitivo-tutelar de menores que se comienza a consolidar, que aparece como una respuesta, no para toda la desviación de menores, sino especialmente para la de las clases subalternas y marginales.

Estas características varían de país en país, y la configuración del sistema resultante depende en gran medida de factores diferenciales político-culturales, socio-económicos y jurídicos. Pero las notas básicas son parte de un programa y una ideología más o menos compartida por los sostenedores del movimiento en diversos puntos del planeta, quienes alcanzan un gran éxito en materia de consagración legislativa del programa, al menos en la dictación de legislaciones tutelares de menores y en la creación de los tribunales tutelares de menores.⁹

Doctrina de la Protección Integral de los Derechos del Niño y separación de Medidas y Programas

Frente a la “doctrina de la situación irregular”, inspiradora de las viejas legislaciones tutelares de menores, se ha ido construyendo una doctrina jurídica basada en la Convención, que, como señalé, pone el acento en la autonomía y los derechos del niño. Con ello la Convención asume un cierto cambio cultural que se ha ido produciendo en

⁷ La descripción y crítica de esa ideología punitivo-tutelar ha sido emprendida en Latinoamérica especialmente por García Méndez, Emilio, “Para una historia del control penal de la infancia: la informalidad de los mecanismos formales de control social”, en el mismo, *Derecho de la infancia-adolescencia en América Latina: De la Situación Irregular a la Protección Integral*, Santa Fe de Bogotá, D.C., Colombia, 1994, pp. 151-176. Fuera del ámbito latinoamericano, para la desmitificación del movimiento que está detrás del surgimiento del Derecho tutelar de menores y de la jurisdicción especializada de menores, es clásico el trabajo de Anthony Platt, “Los ‘Salvadores del Niño’ o la invención de la delincuencia”, México, 1982, *passim*. En el contexto alemán, en el mismo sentido, cfr. Voß, “Jugend ohne Rechte. Die Entwicklung des Jugendstrafrechts”, Frankfurt-New York, 1986, *passim*, especialmente pp. 200 y ss., donde destaca críticamente que el nuevo modelo de tratamiento jurídico del “problema” juvenil, surgido de la reforma del Derecho de menores alemán de los años 1922-1923, es considerado por sus impulsores como una alternativa más eficaz para el control de la inadaptación juvenil, a través de la duplicación de las hipótesis de intervención (no sólo “delito”, sino también “inadaptación”) y de la supresión de las garantías procesales clásicas; y Albrecht, “Jugendstrafrecht”, 2ª edición, München, 1993 (en adelante, cit. “Jugendstrafrecht.2.”), pp. 76-77, en relación con las raíces ideológicas de la “idea de educación” (“Erziehungsgedanken”) en el Derecho penal juvenil.

⁸ También llamada “libertad a prueba” o “suspensión de la pena a prueba”, se trata de una medida alternativa a la pena privativa de libertad, que consiste en el sometimiento del condenado al control de un funcionario, ante el cual debe presentarse con cierta periodicidad, y en la obligación de cumplir con un programa de actividades como asistencia a la escuela, búsqueda de un trabajo, prohibición de frecuentar ciertos lugares o personas, etc. Si no se cumple con el programa de actividades o no se permite el control periódico por parte del funcionario, puede revocarse la medida y ejecutarse la pena privativa de libertad.

⁹ Cfr., en general, sobre estas referencias históricas, la bibliografía citada supra, en la nota n° 7, particularmente, García Méndez, “Para una historia...”, *op. cit.*, pp. 41-49.

algunas sociedades, y prescribe que algunos aspectos de la autonomía del niño sean considerados derechos humanos de estas personas. A esta doctrina, en el contexto latinoamericano se ha dado en llamar “de la protección integral”.

Con su enfoque centrado en los derechos del niño, la doctrina de la protección integral se preocupa de ofrecer garantías y técnicas de protección especial de tales derechos.

El niño es visto como ciudadano que progresivamente ejerce, cada vez en mayor medida, sus derechos fundamentales por sí mismo. Al mismo tiempo se reconoce un cierto grado de responsabilidad del joven por sus actos que, cuando se traducen en la violación de los derechos más básicos de otras personas, pueden conducir legítimamente a sanciones, necesarias para prevenir ese tipo de atentados. Pero el Estado, en su actividad sancionatoria-preventiva, se encuentra con un ciudadano enfrente dotado de derechos y al que el ordenamiento jurídico debe ofrecer los medios necesarios para garantizar dichos derechos.

Por otra parte, frente a la violación o amenaza de los derechos del niño, sus padres y el Estado resultan obligados, no sólo en forma negativa -no cometer violación de derechos-, sino también en forma positiva o activa, esto es, se les impone el deber (especialmente al Estado) de remover obstáculos, de crear las condiciones para la plena vigencia de los derechos del niño, y de intervenir cada vez que el niño o quien lo represente, reclame la restitución en el goce de sus derechos.

En relación con la familia, lo primero es el derecho del niño a conocer a sus padres, a relacionarse con ellos y a ser cuidado y atendido por ellos y vivir con ellos. Por otra parte, se reconoce el derecho y deber de los padres de dirigir y orientar al niño en el ejercicio de sus derechos, pero no de desplazarlo completamente. Entonces, la forma como se realice esa tarea de dirección y orientación siempre debe respetar el hecho de que el niño es titular de sus propios derechos y debe tener un espacio de autonomía real, espacio que va cambiando a medida que las capacidades del niño evolucionan.

Con lo anterior, resultan claramente separadas:

- i) la intervención sancionatoria que, aunque de forma garantista (es decir, limitada por el respeto de los derechos y garantías), implica una cierta limitación de la libertad del niño/joven, y;
- ii) la intervención de resguardo o restitución de los derechos (del niño) amenazados o violados que, en principio, no puede implicar restricción de sus derechos sino, todo lo contrario, garantía y restitución de ellos.

Por ello, también se promueve una separación de competencias (autoridades llamadas a intervenir), procedimientos, medidas y programas.

A decir verdad, la intervención estatal (y comunitaria) en resguardo de los dere-

chos de los niños admite variadas formas y abarca problemas muy distintos, como la intervención para proteger al niño en contra de malos tratos por parte de sus padres; la decisión de aspectos civiles relativos a la relación entre padres e hijos (tuición, derechos de visitas y de alimentos); la protección jurisdiccional de derechos económicos y sociales de los niños; la protección del niño contra la dependencia del alcohol y las drogas; el combate del trabajo infantil, etc., pero en todos los cuales lo común es que la única justificación para la intervención es dar efectividad y garantía a los derechos de los niños, y no “protección a la sociedad” o al “orden público”. Dentro de todas esas cuestiones, se ha dado en llamar “protección especial” de los derechos de los niños y adolescentes a la intervención dirigida a proteger los derechos de los niños frente a amenazas o violaciones actuales, provenientes de acción u omisión de sus padres o de la propia conducta de los niños¹⁰. Desde luego esas amenazas o violaciones también pueden provenir de acciones u omisiones del Estado, pero entonces, más que “medidas de protección especial” de derechos, proceden recursos como las acciones constitucionales de “amparo” y “protección”, así como (en derecho comparado) acciones para protección de intereses difusos y colectivos (para la protección jurisdiccional de derechos económicos, sociales y culturales).

En este documento me propongo dar cuenta sólo de los principales problemas teóricos y prácticos de la separación de **medidas y programas**. Las cuestiones de **competencia y procedimiento** para las dos grandes vías de intervención con niños que he distinguido, así como el detalle de las finalidades de cada vía y de sus respectivas medidas, serán objeto de otras discusiones como ésta, en el futuro.

Problemas Teóricos y Prácticos del Principio de separación de Medidas y Programas

¿Finalidad educativa en la intervención punitiva?

Problemas teóricos

Pese a la clara separación de vías que se postula desde la doctrina de la protección integral, puede discutirse y se hace mucho, acerca de si la actividad punitiva o sancionatoria realizada frente a la comisión de hechos tipificados como delito tiene o no una finalidad educativa o “socio-educativa”. Para acercarse a una respuesta a esa pregunta hay que intentar caracterizar mejor los conceptos de “pena” (a) y de “educación” (b). Tras ello, ofreceré algunas conclusiones específicas sobre las alternativas de intervención con jóvenes infractores, entre pena y educación (c).

¹⁰ En ese sentido, el concepto de “protección especial” propuesto por Juste, Marian, “Bases para una nueva legislación en materia de protección especial a la infancia y adolescencia”, documento inédito al que accedí por cortesía de su autora, fechado en abril de 1996, pp. 3-4.

a) La pena.

a') La "ontología" de la pena.

Una primera opción metodológica para definir la pena es centrarnos en su "ontología" antes que en su "teleología", es decir, propongo mirar más bien lo que la pena es y no lo que quiere ser (más bien, lo que se quiere que sea). Esta opción que encuentra apoyo en el contexto latinoamericano en la penología de Zaffaroni¹¹, me parece de suma importancia, porque permite atender al sufrimiento real que provoca la pena en cuanto sometimiento violento de una persona por parte del aparato estatal, desentendiéndose de las coartadas ideológicas empleadas por el Estado, bajo el pretexto de tener intenciones más o menos benevolentes al ejercer ese sometimiento.

Además, la ontología de la pena es crucial para superar una definición formal de pena, que lleva a un diálogo de sordos. La pena es lo que parece pena y no lo que la ley llama pena. Los defensores del derecho tutelar de menores vigente dicen que el niño es incapaz, y por eso no se le aplica el derecho penal, y de hecho la ley dice lo mismo. Sin embargo, un crítico puede preguntar ¿y qué hacen los niños en las cárceles?, porque de hecho una de las notas más características del derecho tutelar de menores latinoamericano, a diferencia de sus símiles europeos o norteamericano, es la existencia de miles de niños penalmente incapaces en las cárceles. La respuesta del derecho tutelar de menores puede ser (habitualmente ha sido): están en las cárceles porque todavía no se crean las casas de menores o los hogares especiales en los que deben estar. La crítica puede responder: los niños no tienen la culpa de eso, así que mientras se crean esas casas los niños tienen que estar fuera. No ha sido rara entonces la siguiente respuesta "tutelar": eso deja a los niños en la calle expuestos a todo tipo de peligros; antes que eso, es preferible que estén en la cárcel pues están en sección separada de los adultos y no se los tiene ahí para castigarlos, sino para protegerlos y educarlos (enfoque teleológico). También la crítica, mirando la realidad de las casas de menores puede decir: aunque éstas no se llamen cárceles, son la misma cosa, pues los niños no pueden salir de aquí y hay alguien, pagado por el Estado, que está dispuesto a impedirselos físicamente. La respuesta tutelar es la misma que antes: están para ser protegidos y educados y no para ser castigados.

Sin entrar en definiciones muy académicas, la "ontología de la pena" apunta a ciertos elementos característicos evidentes:

- 1) es reacción a una infracción de normas, aunque no siempre a normas formalmente penales: puede ser reacción a "problemas conductuales" o a consumo de drogas, a deserción escolar, así como a delitos propiamente dichos;

¹¹ Cfr. Zaffaroni, "En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal", 2ª ed., Bogotá, 1990.

- 2) priva de derechos o restringe el ejercicio de derechos pero, sobre todo, implica privación de libertad actual o potencial: si bien hay penas no privativas de libertad, lo cierto es que la amenaza de pena está implícita en ellas para el caso de que se las incumpla (como en el caso de la “libertad vigilada”), y
- 3) es ejecutada por una autoridad oficial, con competencia para ello.

La verdad es que con esa definición de pena quedan incluidas muchas medidas que la ley no reconoce como penas. La ventaja de llamarlas por su nombre es que entonces se puede exigir en todos esos casos las mismas garantías que se tiene frente a las penas del Derecho penal formal, como la necesidad de un juicio previo con todas las garantías, la necesidad de que la ley describa con toda precisión y con anterioridad la conducta que se sanciona así como la naturaleza y cuantía de la pena con que ella se puede castigar (especialmente la duración de la privación de libertad), la exigencia de que lo que se sancione sea una conducta evitable por su autor, y no una característica o un estado del autor (derecho penal de “actos” y no de “autor”), entre otras.

Todavía podrían mencionarse otras características relativas a lo que la pena es, especialmente de lo que es en determinadas sociedades que corresponden, si no a su “ontología”, sí al menos a su “fenomenología”, y desde luego, a su “sociología”. Así, en las sociedades latinoamericanas (aunque también muy probablemente en otras) podría añadirse que la pena es de selectividad y segregación social (la pena se ejecuta básicamente en contra de los más pobres, muchas veces de forma selectiva), y es reproducción de una estructura social estratificada y desigual (la pena perpetúa la posición socio-económica subalterna de aquellos a quienes se les impone).

Ahora bien, para lo que nos importa, ocurre que muchos juristas se han empeñado en concebir la existencia de un derecho especial para los niños y jóvenes infractores de ley penal que no sea Derecho penal, sino derecho educativo, o correctivo. Y la verdad es que no logran convencer de su peculiaridad (no-punitiva) cuando las medidas que proponen como reacción al delito juvenil, si bien mayoritariamente (pero no únicamente) son no-privativas de libertad, son, sin embargo, obligatorias para los niños o jóvenes y en caso de no cumplirse, pueden dar lugar al internamiento del niño o joven en un lugar del que no puede salir porque la ley autoriza a la autoridad encargada de ese lugar que impida que salgan. Eso es pena.

Sin embargo, es cierto que, mientras no pueda renunciarse a la pena, las medidas (sanciones) alternativas a la privación de libertad son un mal menor, las más de las veces, considerablemente menor. Más que sus efectos educativos o resocializadores, el principal argumento en su favor ha sido tradicionalmente éste. Pero en esta materia es prudente tener en cuenta las críticas elevadas por algunos expertos de otros países frente las promesas incumplidas del movimiento pro medidas ambulatorias, en el sentido de que lejos de arrebatarse los clientes a las medidas privativas de libertad, no han logrado reducir el uso del

internamiento y han captado nuevos clientes, frente a los que el sistema tradicionalmente no reaccionaba, con lo cual sólo han ampliado las redes de control social.

En relación con la intervención con niños y jóvenes infractores, para entender esa crítica es necesario que se proceda previamente a una desmitificación del carácter de las medidas educativas y medios disciplinarios en el seno de un sistema de Derecho penal juvenil, contexto que les confiere un carácter predominante de irrogación de mal¹² (y no precisamente de ayuda), unido a un desmantelamiento de garantías procesales¹³.

Por ello, dentro de medios críticos (despenalizadores) se contempla a las medidas ambulatorias básicamente de forma pragmática como una alternativa simbólica a la privación de libertad, que es más fácil de vender que la despenalización lisa y llana, y que es conciliable con el mantenimiento de una cierta eficacia preventivo-general (entendida en cierto sentido como prevención general de estabilización de la conciencia normativa social). Sin embargo, las posibilidades de una Política criminal basada en una táctica semejante, que en cierto sentido “esconde” al público el propio escepticismo sobre la necesidad y la eficacia preventivo especial de esas alternativas, son limitadas, como cualquier política “de espaldas a la gente”.¹⁴

a') La “teleología” de la pena

Sobre esta cuestión se ha discutido mucho en el Derecho penal y en la filosofía del Derecho. No corresponde en este lugar más que recordar las posturas más importantes, y explicitar la propia.

Desde luego hay quienes sostienen que la pena no tiene finalidad, sino que se justifica en sí misma, o todo lo más tiene una finalidad ideal, metafísica: la pena pretende retribuir al delincuente por el mal causado con su delito, pretende compensar mal con mal para así restablecer la justicia quebrantada (Kant), para negar -por medio de la pena- la negación del Derecho -el delito- (Hegel). Esta postura, para la que la pena no mira al futuro (buscando fines) sino al pasado (responder al delito pasado), aunque ha resurgido reformulada, en su versión pura no encuentra acogida en la actualidad, entre otras razones porque se considera que un Estado de Derecho (liberal) no está legitimado para buscar fines trascendentales, y su única legitimación para restringir derechos individuales es la necesidad de esa restricción para la defensa de otros derechos individuales.

¹² Cfr. Albrecht, “Jugendstrafrecht.2.”, op. cit., p. 72: “Como la “educación” jurídico-penal siempre acontece en el contexto de la irrogación de mal, y no en su lugar, ninguna asignación de fines preventivo-especiales logra liberarse de la carga de la naturaleza de mal que tiene la pena” (énfasis mío).

¹³ Cfr. Albrecht, “Respecto del futuro del Derecho penal de menores -peligros y chances-”, traducción de Bustos Ramírez, en Bustos Ramírez (director) *Un Derecho penal del menor*, pp. 63-64.

¹⁴ Los conceptos de “prevención general” y “prevención especial”, que acabo de emplear, son explicados en el siguiente apartado.

Por eso, la cuestión del fin de la pena se responde más bien desde la perspectiva utilitaria: la pena debe tender a prevenir la comisión de nuevos delitos. Esta justificación “preventiva” que mira al futuro (no le interesa el castigo en sí, sino evitar delitos futuros) se sostiene en dos variantes: la que asigna a la pena la finalidad de evitar que el delincuente al que se le impone vuelva a delinquir (prevención especial), y la que le asigna la finalidad que los demás ciudadanos no delinca en el futuro (prevención general). Dentro de la prevención especial se reconocen dos variantes: la “positiva”, que pretende que la pena “resocialice” al delincuente, lo “mejore” para que pueda vivir en sociedad sin cometer delitos, y la “negativa” que pretende ora “anular” (“inocuizar”) al delincuente (por ejemplo, encerrándolo de por vida), ora intimidarlo (para que en el futuro por miedo a que se le vuelva a imponer el mismo sufrimiento, no delinca más). La prevención general también se sostiene en dos variantes: la “negativa” que pretende que la pena intimide a todos los potenciales delincuentes que hay en la sociedad para que, por temor a que a ellos les ocurra lo mismo que al delincuente castigado, no cedan ante la tentación criminal, y la “positiva” que pretende más bien que la pena confirme a toda la sociedad que respetar las leyes es lo correcto, les haga internalizar así las normas de conducta y les devuelva la confianza en que las normas siguen vigentes (confianza puesta en duda por el delito), resultado de lo cual es que aumenta en los ciudadanos la “fidelidad al derecho”.

En la actualidad la prevención especial, que sólo ha pretendido cierta legitimidad en su versión resocializadora y que tuvo cierta influencia hace alguna décadas, está en crisis como justificación de la pena, básicamente porque no se ha podido comprobar que la pena tenga eficacia resocializadora, porque se ha puesto en duda la solidez científica de los pronósticos de peligrosidad (y siempre se ha entendido como un requisito lógico de la pena preventivo-especial, la peligrosidad criminal del delincuente, de lo contrario es innecesario resocializar), pero también porque se pone en cuestión su objetivo mismo, ya que se considera ilegítimo violentar la estructura interna de la personalidad de un individuo sometiéndolo a terapias obligatorias o haciéndole internalizar por la fuerza los valores dominantes.

El fracaso del concepto de “pena resocializadora” es tal, que incluso es extendida la afirmación de la criminología en el sentido de que la ejecución de las penas (particularmente de las privativas de libertad), incluso de las “penas” informales que tienen lugar durante el proceso judicial, no sólo no resocializa, sino que crea y refuerza identidades delictuales, con lo cual resulta ser “criminógena” (es fuente de nuevos delitos, en lugar de medio para prevenirlos). Por eso, en la actualidad, se ha invertido la función de la “prevención especial” y se habla de la prevención especial de la “no-desocialización” con lo que se alude, no ya a un fin de la pena, sino a un límite de la misma, un argumento que aconseja la renuncia total o parcial a la confirmación de la seriedad de la amenaza penal (prevención general), es decir, la no ejecución o el no cumplimiento

total de penas privativas de libertad (dentro de ciertos límites fijados según criterios preventivo-generales), cuando los posibles efectos criminógenos o perjudiciales de la ejecución de la pena así lo aconsejan¹⁵.

La prevención general también presenta ciertos problemas de plausibilidad científica (en el sentido de que no se ha comprobado una relación directa entre amenaza de pena y menor delincuencia), así como problemas de legitimidad: es clásica la crítica de Hegel en contra de la instrumentalización del individuo en imponerle una pena para que otros no delinca pues entonces se trata al hombre como un perro y no como un individuo digno y autónomo. Por lo que respecta a la prevención general positiva, últimamente es la justificación que gana más adeptos en Alemania y España. Sin embargo, se le critica también una completa falta de apoyo empírico (la idea de que la pena refuerce la fidelidad al derecho es una mera hipótesis), que en realidad es una nueva versión de la teoría retributiva que renace bajo una apariencia de científicidad que no corresponde a la realidad, que pretende hacer con la generalidad de los individuos lo mismo que se le critica a la “teoría de la resocialización” (internalizar coactivamente valores).

Dentro de este panorama, para los efectos que aquí importan, el saldo de la discusión se inclina claramente a favor de justificaciones preventivo-generales¹⁶, en ambas versiones, de modo que en la actualidad cada vez se sostiene menos la justificación de la respuesta punitiva por su utilidad para resocializar al delincuente. Esto es especialmente importante en relación con el “Derecho penal juvenil” que tradicionalmente ha pretendido justificarse en base a sus pretendidos efectos preventivo-especiales. Pero como además se ha entendido esta “resocialización” en términos educativos, corresponde decir algo sobre el concepto de educación, antes de ahondar en el problema del Derecho penal juvenil.

Antes de ello, sin embargo, para completar este pequeño cuadro caracterizador del concepto de “pena” haré una breve mención al problema de la legitimación de la pena.

a’’) La legitimación de la pena

El que la pena sea necesaria para la prevención de los delitos no constituye una verdadera justificación de su empleo. Ello sólo significa que el sacrificio de la libertad de un individuo es necesario para la garantía de los derechos y libertades de

¹⁵ Cfr., en ese sentido, Albrecht, “Spezialprävention angesichts neuer Tätergruppen”, ZStW, 1985, pp. 857-858; Cury Urzúa, “La prevención especial como límite de la pena”, ADPCP, 1988., pp. 696 y ss.; Silva Sánchez, “Aproximación al Derecho penal contemporáneo”, Barcelona, 1992, pp. 263 y ss, con matices. Roxin, tras analizar ventajas y desventajas (“Strafrecht. Allgemeiner Teil, Band. I. Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre”, 2ª ed., München, 1994, § 3, margs. 15 y ss.), también parece inclinarse de hecho por un concepto de prevención especial de la no-desocialización, como límite de la pena preventivo-generalmente necesaria (ibid., § 3, margs. 40 y 42).

¹⁶ En el caso de la prevención general de intimidación, que es la que me inclino a acoger, los problemas empíricos se refieren más bien a la relación entre “más pena” y “menos delincuencia”, pero parece difícil negar que la existencia de un sistema de prohibiciones penales que se cumpla en una medida mediana evita que la criminalidad aumente. Eso no se opone a rebajas de pena ni a despenalización de algunos tipos penales, sino sólo a la supresión lisa y llana del sistema de prohibiciones penales. En cuanto a las objeciones relativas a la instrumentalización del individuo, ellas deben ser resueltas en otro capítulo de la discusión penal, distinto al de la teoría de los fines de la pena, a saber, el de la culpabilidad.

otros individuos. Pero ¿por qué va a ser legítimo sacrificar a un individuo para el bienestar de los demás?

La respuesta a esta pregunta es muy compleja y constituye una cuestión muy debatida. Esta es la pregunta que está tras el problema jurídico-penal de la culpabilidad, en su respuesta se enfrentan filosofías políticas y filosofías del Derecho muy diferentes.

Desde luego hay algunas que tienden a identificar el delito con el mal, un mal objetivo y natural, cada delincuente puede saber que es el mal, y por tanto, aún fuera del ámbito de la teoría retributiva, se considera legítimo hacer a cada individuo responsable por el conflicto y por la necesidad de pena que él crea a causa de su mala actuación. Si se reconoce en cambio que el delito es una definición convencional, y por tanto política, de los (algunos) hombres, su identificación con el mal objetivo deja de ser una afirmación racional. Sobre ello existe un relativo consenso en la filosofía del Derecho penal¹⁷.

Fuera de aquélla posición “fundamentalista”, la posibilidad de justificar el sacrificio del individuo en aras de la necesidad social se ha fundamentado de dos maneras diversas: i) el comunitarismo, en base al deber de solidaridad social y de virtud cívica que pesa sobre cada individuo en cuanto miembro de la comunidad social; ii) por el liberalismo, en base a la libertad del individuo que, al cometer un delito sabiendo que eso se castiga con pena, acepta asumir el sacrificio (es la tesis de Nino).

También hay posiciones (las más influyentes en la práctica) que eluden el problema de la legitimidad de la pena. Así, por ejemplo, el correccionalismo afirmado en posturas paternalistas niega la negatividad de la pena para sostener, en cambio, que se trata de un remedio para un individuo con enfermedad moral, de un “bien”, a fin de cuentas, que permitirá recuperar al delincuente. Otros, sin negar la negatividad de la pena, simplemente someten al individuo a las necesidades sociales (y a la “razón de Estado”), porque sostienen que no hay alternativa, ello es consecuencia de la propia configuración de la sociedad frente a lo cual nada puede hacerse (éste es un argumento que se encuentra al final de la cadena argumental de la justificación funcionalista de Jakobs).

A mí me parece que la mejor herencia humanista del Derecho penal es, desde luego, la liberal, siempre que se rechace una imagen idealizada del hombre y se reconozcan sus múltiples condicionamientos sin renunciar a la imagen de hombre libre. Esta opción es la que más y mejores límites impone a la pena, y lejos de cerrarse a las evidencias que una y otra vez hablan precisamente en contra de la libertad de un individuo al momento de cometer el delito, permite atender a esas evidencias negando la legitimidad de la pena en tales casos. La idea de que sólo es legítima la pena evitable, es decir, la que se

¹⁷ El delito es una definición política discutible, no es algo naturalmente “malo” o “socialmente lesivo”; esto es admitido por autores tan variados como Jakobs, Hassemer, Ferrajoli y Baratta. Entre nosotros, Juan Bustos ha insistido en esta perspectiva. Por cierto que es innegable la racionalidad “intersubjetiva” (más que “objetiva”) de ciertos bienes o derechos fundamentales, sin embargo, de ellas no puede derivarse la racionalidad “intersubjetiva” de las formas específicas de protegerlos por medio del Derecho penal, que corresponden a puras decisiones políticas de los grupos dominantes.

impone a un individuo cuyas condiciones de existencia reales le permitan conocer y comprender “en qué lío se metía” al cometer el delito, y que le permitan además motivarse por la alternativa de conducta no-delictiva, es una idea poderosa para limitar -al menos en el plano del discurso- el recurso a la pena, la legitimidad de la imposición de pena al individuo concreto.

b) Educación

Desde luego, mi competencia para hablar de educación es infinitamente menor que la que pretendo para hablar de pena. Sin embargo, ha sido necesario informarme mínimamente para adoptar una postura respecto de la relación entre educación y pena.

En un primer nivel la educación se asocia a la idea de “transmisión de conocimiento”. Si se atiende a la educación formal es posible que este aspecto sea el predominante. En todo caso las actividades asociadas a la educación formal abarcan no sólo la transmisión, sino también la selección, clasificación, distribución del conocimiento educativo que se va a transmitir como la evaluación de dicho conocimiento¹⁸. Detrás de la forma como se realizan esas actividades hay ingredientes de poder y control, de modo que en educación no todo es construcción de personas libres y creativas, pero precisamente las diversas formas como se organicen esas actividades en un currículum y en una determinada forma de transmitirlo, pueden contribuir más o menos a un proceso educativo democrático, en el que se comparte poder con los educandos y se les entrega espacio para ser creativos y autónomos¹⁹. En esa medida también, la transmisión de conocimiento educativo puede ir acompañada de la construcción de sujetos libres y creativos.

Ahora bien, en el contexto en el que hablamos de educación no interesa la educación formal, se trata más bien de la educación que tiene lugar con niños y jóvenes “en dificultades”, asociadas a la comisión (más o menos frecuente, en cierta época de su vida) de actos delictivos que han llamado la atención de los órganos oficiales de control social de la delincuencia (policía, fiscales, jueces), y que normalmente en la realidad chilena han desertado del sistema escolar formal.

Esa “educación” puede llegar a caracterizarse de formas tan diversas, que difícilmente puede identificarse elementos comunes en los tipos de educación resultantes para cada caracterización.

En primer lugar, vale la pena mencionar una obra que comienza a adquirir creciente importancia en latinoamérica en relación con la educación de adolescentes en “difi-

¹⁸ Bernstein, Basil, “Clasificación y enmarcación del conocimiento educativo”, tomado de *Class, Codes and control*, vol 1 *Towards a Theory of Educational Transmissions*, London Routledge and Kegan Paul, 1974, traducido por Mario Díaz (e inserto en una publicación colectiva con cuyas referencias bibliográficas lamentablemente no cuento), p. 45.

¹⁹ *Ibid.*, *passim*. y pp. 60-61, tratando de los “códigos integrados” en la transmisión del conocimiento educativo.

cultades”. Se trata de la “Pedagogía de la Presencia”²⁰, del brasilero Antonio Carlos Gomes Dacosta.

Para Gomes Dacosta la educación de adolescentes en dificultades, particularmente de los infractores de ley penal, se dirige a la reconciliación o encuentro del adolescente consigo mismo y con los demás²¹. El antecedente es la idea de que el educador (de programas de atención al adolescente infractor) se sitúa al final de una larga serie de omisiones y transgresiones sufridas por el educando, de modo que sobre su trabajo recaen las fallas de la familia, la sociedad y el Estado, y la actuación de ese educador es, muchas veces, “la última línea de defensa personal y social de su educando”²².

Gomes Dacosta ve la conducta delictiva (especialmente las primeras) de los adolescentes como un modo peculiar de reivindicar una respuesta más humana a los impases y dificultades personales y sociales en que se encuentra. Cuando frente a esos llamados se le responde con indiferencia y con prejuicios, el adolescente se encierra en su mundo, construido bajo el signo de un luto interior por las pérdidas y daños sufridos. Entonces ya pocos podrán entender sus pedidos de auxilio.²³

Planteándose en forma abierta críticas frente a la práctica habitual de los programas de intervención con adolescentes en dificultades, Gomes Dacosta sostiene que, más que una respuesta correccional y represiva o que meras prácticas asistencialistas, la única forma de educación eficaz en estos casos es la que da respuesta al problema existencial del adolescente, es decir, la que se propone la: “adquisición, por el propio educando, a través de un abordaje autocomprendido y orientado a la valorización y fortalecimiento de los aspectos positivos de su personalidad, concepto de sí mismo, de la autoestima y de la autoconfianza necesarios para la superación de sus dificultades”.²⁴ Y para ello, según su experiencia y sus conocimientos, nada puede reemplazar “la frescura y la inmediatez de la presencia solidaria, abierta y constructiva del educador ante el educando”, por lo cual “hacerse presente, de forma constructiva, en la vida de un adolescente en situación de dificultad personal y social es, entonces, la primera y la más primordial de las tareas del educador que aspire a asumir un papel realmente emancipador en la existencia de sus educandos”.²⁵

En seguida, Gomes Dacosta se ocupa de caracterizar esta presencia del educador en la vida del adolescente que educa: No debe ser intervencionista, sino que requiere consentimiento, reciprocidad y respeto mutuo. Debe “comunicar al jo-

²⁰ Gomes Dacosta, Antonio Carlos, “Pedagogía de la Presencia. Introducción al trabajo socioeducativo junto a adolescentes en dificultades”, traducción castellana de Mary Beloff y Mariana Jodara, Losada, Buenos Aires, 1995.

²¹ *Ibid.*, p. 27.

²² *Ibid.*, p. 22.

²³ *Ibid.*, p. 28.

²⁴ *Ibid.*, p. 35.

²⁵ *Ibid.*, pp. 29 y 33-34.

ven los elementos que le permitan comprenderse y aceptarse y comprender y aceptar a los demás”. Pero el educador se encuentra con dificultades: el reglamento, la estructuración del programa socio-educativo, el propio sistema político-institucional y la legislación, así como, en definitiva, la propia estructura de nuestra sociedad.²⁶

La socialización que se intenta mediante la “pedagogía de la presencia” va “mucho más allá de la adaptación”, en el sentido de respeto exterior de las normas sociales. Se trata de comunicar una ética personal basada en el respeto y valoración hacia todos los hombres.²⁷ Desde ahí el joven podrá juzgar los aspectos positivos y negativos de la sociedad de la que es miembro, y “tendrá incluso la libertad (el derecho) de expresar, cuando esto corresponda con su voluntad y su entendimiento, la indignación saludable que induce a la denuncia y al combate contra la injusticia y la opresión que pueblan la vida de los hombres en una sociedad como la nuestra”.²⁸

En esta pedagogía de la presencia, a la que Gomes Dacosta ofrece el apoyo teórico del modelo de la “relación de ayuda”²⁹, también ocupa un papel la autoridad del educador. Pero debe ser una autoridad ganada en el contexto de un ambiente cálido, proporcionado por una relación de reciprocidad en la que los adolescentes tengan el derecho a participar en la elaboración de las normas que regulan la convivencia. La verdadera autoridad, según este autor, nace de la capacidad del educador de (re)conocer y aceptar al educando.³⁰

Como puede verse, se trata de una propuesta profundamente humanista y emancipadora, precisamente por ello su contenido no tiene ningún punto de encuentro con el contenido de la pena. En mi opinión, no hay forma imaginable de realizar una pedagogía como la que Gomes Dacosta propone en el seno de una medida punitiva. Ello no quiere decir que no sea posible la presencia constructiva y emancipadora de un educador en la vida de un adolescente que sufre la imposición de una pena, pero pretender que la pena misma satisfaga los objetivos pedagógicos de la pedagogía de la presencia es tan inútil como buscar la cuadratura del círculo.

Por ello, cuando se habla de “educación” en el seno del Derecho penal juvenil, se hace referencia a un concepto del todo distinto al que maneja Gomes Dacosta. Para ilustrar esto puede ser de interés recurrir a la discusión alemana sobre el tema, considerando que el Derecho penal juvenil alemán es el primer sistema de derecho penal -reconocido como tal, sin los eufemismos de las leyes tutelares de menores- con pretensiones “educativas” respecto de los adolescentes.

²⁶ *Ibid.*, pp. 41-43.

²⁷ *Ibid.*, pp. 53-55.

²⁸ *Ibid.*, p. 55.

²⁹ Siguiendo a Robert Carkhuff, entre otros autores; *ibid.*, pp. 13-14 y 91 y ss.

³⁰ *Ibid.*, pp. 71-74.

De hecho, el *leit motiv* del Derecho penal juvenil tradicional es la *orientación educativa*. Pero esta *orientación educativa* es definida realmente en términos preventivo-especiales.³¹

En el Derecho penal juvenil alemán, entonces, la “educación”, que es entendida como principio político-criminal guía para la interpretación de la gran mayoría de sus instituciones (contenidas en la Ley Judicial Juvenil -JGG- alemana), no tiene nada que ver con un concepto de educación propio de la pedagogía.³² Se trata de una educación que se conseguiría a través de la pena, ya en el sentido de una intimidación individual (a través del “efecto educativo de la retribución”), ya en el sentido de una resocialización.³³ Es la idea de educación que se traduce en una política de desprivilegio de la posición del menor respecto del adulto y en un modelo de adaptación conformista a las normas de la cultura adulta,³⁴ una educación entendida predominantemente como fundamento de la intervención penal-juvenil y no como límite.³⁵

En la pedagogía y la psicología, en cambio, sostiene Albrecht, la educación es un proceso complejo que aspira del educando un desarrollo de personalidad. Educación en este sentido complejo exige autonomía y participación, y una plena consideración de la subjetividad del educando. También es necesario contar con posibilidades de socialización adecuadas, es decir, circunstancias vitales que permitan un desarrollo de la personalidad. La disposición y distribución de tales posibilidades de desarrollo -concluye Albrecht- es una tarea sociopolítica estatal, no la tarea del derecho penal y la justicia. Mientras que “el objetivo exclusivo constitucional sostenible del derecho penal (de menores) es la dirección parcial del comportamiento, en el sentido de la exigencia de un comportamiento legal. Desde la perspectiva científico social esto último no es “educación” (socialización), sino exclusivamente control social”.³⁶

³¹ Cfr. críticamente, Albrecht, “Jugendstrafrecht.2.”, op. cit., p. 78. Heinz, “Abschied von der “Erziehungsideologie” im Jugendstrafrecht?”, en RdJ, 1992, passim., acepta la crítica, pero, como se verá, cree posible una reformulación de la “idea educativa”, que conserve su (supuesta) función de límite de la intervención, y, al mismo tiempo, dentro del respeto al principio de proporcionalidad, construya las bases para unas medidas de ayuda, apoyo y mejoramiento de posibilidades sociales del joven. Eisenberg, “Jugendgerichtsgesetz” (Beck’sche Kurz-kommentar), 6ª edición, München 1995, Einleitung, marg. 5b, considera que desde el punto de vista jurídico-penal-juvenil la idea educativa debiera incluir, al menos, la prohibición de agravar los perjuicios y desventajas del joven.

³² Cfr. Albrecht, “Respecto del futuro...”, op. cit., pp. 62-63.

³³ Cfr. Albrecht, “Jugendstrafrecht.2.”, op. cit., p. 69.

³⁴ Cfr. Eisenberg, “Jugendgerichtsgesetz.6.”, op. cit., Einleitung, marg. 5g.

³⁵ Sin embargo, también se sostiene que esta idea de educación tiene un sentido limitador de la pena o, sobre todo, que, pese a que no ha sido interpretada en ese sentido, podría reformularse de cara al futuro el concepto de educación en el seno de la praxis judicial sobre la JGG para invertir su sentido, y hacer de él un verdadero límite. Cfr., en ese sentido Heinz, “Abschied von der “Erziehungsideologie”...?”, op. cit., pp. 133-134, autor según el cual esa dimensión de límite, ya estaría en el propio origen de la “idea de educación”, pp. 125-126, aún cuando admite que esa idea también ha servido de hecho para imponer a los menores una “posición de desprivilegio” frente a los adultos (ibid., p. 129).

³⁶ Albrecht, “El Derecho penal de menores”, traducción de la primera edición alemana por Bustos Ramírez, Barcelona, 1990, pp. 108-109.

c) Conclusiones: alternativas teóricas en la intervención con niños y jóvenes infractores de ley penal.

Ahora es interesante explicitar un poco la problemática relación entre pena y educación, respecto de la intervención con niños y jóvenes infractores, analizando las alternativas que existirían:

- i) En primer lugar, podría pensarse en una intervención educativa de tipo preventivo-especial, en que la educación aparece como un efecto esperado de la imposición coactiva de una sanción para que el joven declarado responsable aprenda las consecuencias de la violación de los derechos de terceros, y en el futuro, en lo posible, se abstenga de seguirlos violando. La educación sería el efecto de una “sanción educativa”. A eso parecen referirse también expresiones como la “educación en la responsabilidad” y otras similares.

Esa alternativa, en todo caso, en primer lugar, falsifica el concepto de educación propio de la pedagogía o, al menos, el de una pedagogía emancipadora, y en segundo lugar, hereda los problemas y críticas de la teoría de la prevención especial cuando se la sostiene como fundamento (y no límite) de la pena.

- ii) En segundo lugar, podría pensarse que, si bien no se espera un efecto genuinamente educativo de la sanción, es posible aprovechar la relación establecida entre el educador y el joven para, desentendiéndose del mandato de la Administración de justicia (de controlar y sancionar), ofrecer al joven auténticas posibilidades de desarrollo, es decir, hacer verdadera educación.

Éste parece ser el propósito de algunos programas de tratamiento alternativo e innovador. Si bien en realidad ellos no están a salvo del riesgo de bajo el pretexto de ofrecer ayuda y educación, aprovechar también la presencia obligada del niño o adolescente³⁷, fuera de esos casos, en aquéllos programas se acusa, en el fondo, una falta de sintonía con el aspecto sancionatorio que les encomienda el tribunal, los educadores simplemente no se identifican con su rol sancionatorio y tratan de aprovechar la ocasión que les brinda esa relación “mal agestada” para hacer verdadera educación, renunciando a la tácita amenaza de uso de fuerza que hay aún en las medidas ambulatorias (exigencia de asistencia al programa, de cumplimiento de reglas de conducta, de reparación a la víctima o de trabajos en favor de la comunidad, y denuncia al juez de los incumplimientos graves, reiterados e injustificados, lo que puede traducirse en arrestos para el joven).

³⁷ El argumento rezaría: “sólo podemos ayudarlo si lo tenemos presente”, con lo que se invertiría la máxima de la “pedagogía de la presencia: en lugar de que el educador se haga presente constructivamente en la vida del joven, al joven se le haría presente por la fuerza en el espacio del educador.

Este esquema puede tener cierta racionalidad cuando la institucionalidad y la legislación para la infancia está mal planteada, pero en el fondo parece que no puede corresponder a un esquema diseñado deliberadamente pues, si en el caso concreto es posible afirmar que, respecto de ciertos jóvenes, los educadores hacen bien al despreciar el aspecto punitivo reduciendo la relación a pura educación y ayuda, entonces lo indicado en el plano del diseño institucional y legal es renunciar abiertamente a la sanción en esos casos y hacer pura oferta de ayuda y de educación. De hecho, parece ser una máxima a seguir en una política legislativa correcta para la infancia: despenalizar ciertos delitos para jóvenes (14 a 18 años) y excluir toda intervención sancionatoria por debajo de cierta edad (14 años). Sin embargo, en casos de delitos de cierta gravedad, y por sobre dicha edad, la sociedad no renuncia a una intervención sancionatoria-preventiva con jóvenes, aún cuando las medidas sean mayoritariamente ambulatorias. En estos casos la credibilidad de un sistema sancionatorio especial para jóvenes, que reduzca la privación de libertad al mínimo (muchos presionarán para reemplazar éste por penas privativas de libertad, o por Derecho penal de adultos), pasa también por un mínimo de seriedad y autenticidad en el cumplimiento de sus normas.

Quien, con todo, esté consciente de los efectos contraproducentes que los procesos sancionatorios suelen tener respecto de los jóvenes, podrá procurar ampliar al máximo la renuncia a la pena. También la moderna política del Derecho penal juvenil ofrece numerosas salidas para ello, renunciándose al procedimiento, o a la ejecución efectiva de la sanción ordenada por el juez. Pero si todo ello no resulta (si el abogado defensor no logra obtener del juez esas medidas, dadas las características del hecho y del autor), ¿es consistente sostener que quienes ejecuten el programa educativo deben burlar la dimensión sancionatoria, ignorando el encargo que el sistema de justicia juvenil les hace?, ¿puede esperarse de ello una verdadera educación?

Al parecer con esa actitud el sistema pierde toda consistencia en su previsibilidad, en su certeza, que también es un derecho (el derecho del joven a un trato igualitario, lo que se vería vulnerado respecto del que tiene la “mala suerte” de caer en un programa que sí cumple con la función que le asigna la ley), y por lo demás, sienta las bases para su futuro reemplazo (por la presión de corrientes más conservadoras) por uno mucho más represivo.

Otra cosa es que se descubra que educativamente (en el sentido de la genuina educación emancipadora) es aconsejable que el joven cuente con el apoyo de personas que no se identifiquen con el rol de control y sanción. Pero entonces parece sensato plantear que pueden intervenir, respecto de un mismo joven, las dos vías al mismo tiempo y separadamente, por medio de agentes diferenciados: al mismo joven “sancionado” con una medida ambulatoria obligatoria y al que se controla el cumplimiento de sus deberes, puede ofrecérsele además educación y ayuda social, económica y terapéutica, pero por parte de un programa y por personas distintas, provenientes de la vía de protección especial de derechos.

- iii) También puede entenderse lo “socioeducativo” en un sentido completamente diverso, como entrega de herramientas al joven para la superación de su marginalidad social y económica, para incrementar su poder social y económico, permitiéndole un disfrute más real de sus derechos. Pero también en este caso surge el mismo inconveniente que se acaba de analizar: los programas de medidas socio-educativas se insertan en medio de una lógica de control y sanción, de modo que la tensión entre esta lógica y aquella finalidad de lo “socioeducativo” parece difícil de resolver al interior de un sólo programa y a través de un mismo educador.
- iv) Si se hace caso de lo anterior, cualquier propósito de genuina educación y de restitución de derechos pasaría por la implementación de programas ajenos al sistema y a la lógica del derecho penal juvenil. Entonces, reducido el derecho penal/sancionatorio juvenil a su aspecto de control para la prevención de delitos, parece lógica la conclusión de que debe renunciarse a alcanzar, por medio de la intervención sancionatoria, aquellos objetivos educativos y restitutorios de derechos. El Derecho penal juvenil es control punitivo-preventivo, y no puede ser otra cosa, de modo que si ha de privilegiarse una intervención verdaderamente educativa y restitutiva de derechos, ello ha de ocurrir fuera del Derecho penal juvenil y lo mejor que puede hacer éste, lejos de “entusiasmarse” con la idea de educación y pretender hacerla suya, es replegarse todo lo posible renunciando al máximo a una sanción, no sólo si es privativa de libertad, sino también si es ambulatoria.
- v) Pues parece que realmente es poco lo que puede esperarse de las sanciones del derecho penal juvenil, incluso en relación con el objetivo de control para la prevención de delitos. En primer lugar, respecto de la delincuencia juvenil ocasional y de delitos menos graves, porque ella parece responder a una fase relativamente normal en la vida de los adolescentes, en la que se intenta desafiar a las normas sociales, probar experiencias-límite y construir una identidad propia. Esa delincuencia tiende a desaparecer al término de esa fase vital y lo más indicado de parte del sistema de justicia es tolerar al joven durante ese tránsito hacia la vida adulta, reaccionando sólo de forma mínima. Y respecto de la delincuencia más grave o más arraigada en la vida y ambiente social del joven, las medidas sancionatorias no responden a las condiciones económicas, sociales y ambientales en las que la delincuencia ha llegado a convertirse en un medio de vida. Aquí precisamente es indicado, por el contrario, entregar al joven herramientas para superar la marginalidad económica y social de forma alternativa al delito, así como contribuir a su emancipación personal por medio de una educación orientada a ello.

Entonces, ¿no es preferible renunciar incluso a las sanciones ambulatorias y reducir el derecho penal juvenil exclusivamente al ámbito de los delitos más graves como los homicidios, violaciones, secuestros y robos con violencia, respondiendo sólo

con privación de libertad cuya duración se intentaría reducir, por lo demás, al mínimo, mientras que la genuina educación y la restitución de derechos se desarrollaría por una vía ajena a la penal-juvenil?

Es una salida posible, pero existe la impresión de que en una fase como la del sistema de justicia juvenil chileno, en la que recién se pretende sustituir un derecho punitivo-tutelar, que en Chile ha privilegiado tradicionalmente el internamiento, la existencia de sanciones ambulatorias contribuiría a reducir el número de medidas privativas de libertad. Entonces, la existencia de los programas ambulatorios no se justificaría propiamente por los objetivos que logra cumplir, sino como mal menor frente al mal mayor de las medidas privativas de libertad, a las que pretende sustituir.

Sin embargo, deben recordarse las críticas frente a las “promesas incumplidas” del movimiento pro-medidas-ambulatorias, a las que me he referido más arriba, si bien son críticas surgidas a partir de la realidad de otros países. Sería importante contar con estudios empíricos que confirmasen o refutasen esa crítica, para nuestro propio contexto.

*** Preguntas pendientes:**

Dada la utilidad que se dará a este documento, me parece pertinente proponer algunas preguntas, que surgen del desarrollo anterior, y cuya respuesta puede encontrar nuevas luces en un diálogo interdisciplinario como el que se proponen animar los documentos de trabajo.

- ¿Qué concepto de educación ofrecen la pedagogía, la psicología y la sociología en la actualidad?, ¿qué condiciones se requieren para lograr una genuina educación?
- ¿Es posible alcanzar una educación emancipadora en el marco de un programa coactivo, o la libertad es una condición para ella?
- Y si la inconsistencia del sistema de justicia juvenil no tiene visos de resolverse pronto, ni siquiera por una nueva ley ¿no es preferible que los programas innovadores sigan ofreciéndose como alternativas sancionatorias ambulatorias aunque su verdadera función sea de genuina educación emancipadora y restitución de derechos, y que se ignore el “encargo sancionatorio”?
- En caso de una intervención simultánea de las dos vías respecto del mismo joven, ¿podría haber contraindicaciones educativas?, ¿sería capaz el joven de comprender la distinta naturaleza de la intervención (ayuda versus sanción) y de entablar una relación de confianza con quien le ofrece ayuda para la restitución de sus derechos y para una genuina educación?
- ¿De dónde sacan los clientes las medidas ambulatorias para infractores en Chile: del antiguo internamiento o ha captado nuevos clientes?, ¿qué pasará cuando se creen nuevas medidas ambulatorias para infractores al alero de una ley de responsabilidad juvenil?, ¿de dónde se sacará esos nuevos clientes?

Problemas prácticos

- + El principal problema práctico se refiere a la posibilidad de dar cumplimiento al principio de separación de medidas en sistemas como el chileno, que carecen de una suficiente “capacidad instalada” de programas diferenciados en base a ese principio.
- + Otro problema práctico se refiere a la operatividad de una intervención simultánea, respecto de un mismo joven, realizada por encargados de la ejecución de la medida sancionatoria ambulatoria y por los encargados de la medida de restitución de derechos y de ofrecer genuina educación al joven.

** Preguntas pendientes:*

- ¿Qué otros problemas prácticos existen en Chile para la aplicación del principio de separación de medidas?
- Concretamente, si en Chile se implanta un modelo que aplique el principio de separación de medidas, ¿qué programas ambulatorios de los conocidos actualmente podrían desempeñar el papel de sanciones ambulatorias, dirigidas al control para la prevención de delitos?, ¿qué papel tendrían los programas ambulatorios innovadores que actualmente pretenden ofrecer genuina educación emancipadora a infractores de ley penal, como los programas “SIDTEL” (sistema integrado de tratamiento en libertad) de Opción?; ¿no podría pensarse en que la medida sancionatoria ambulatoria por excelencia fuese la libertad vigilada, con un delegado nombrado por el tribunal, que controle y negocie con el joven un programa de actividades obligatorio, y que los SIDTEL se encuentren simplemente dentro de la oferta de actividades a incluir en el programa, junto con la escuela y el club juvenil, pero sin asumir funciones de sanción y de control, sino apenas la obligación de informar sobre la asistencia y desempeño del joven?, ¿resolvería ello los problemas teóricos de la mezcla sanción-educación, o sólo los encubriría?

Riesgos de que la “orientación y dirección” al niño en el ejercicio de sus derechos, cuando es efectuada fuera del ámbito familiar, se convierta en privación y restricción de libertad.

Ahora paso, aunque muy brevemente, a un problema completamente distinto, que también surge del principio de separación de vías y de separación de medidas y programas, entre la intervención que se basa en la responsabilidad del niño por un delito, y la que se basa en la amenaza o vulneración de los derechos de un niño.

El riesgo, en relación con esta segunda vía de intervención, es que lo que debe ser

ayuda y restitución de derechos termine desnaturalizándose, a causa de la concepción del niño como sujeto incapaz de ejercer sus derechos por sí mismo, como plenamente dependiente de los mayores. Hablar de riesgo no deja de ser utópico, pues nos ponemos en la hipótesis (futura) de que el principio de separación se respete. Pero la verdad es que este riesgo se realiza diariamente en la actualidad, al amparo de la ideología que inspira la legislación tutelar de menores vigente.

Un caso paradigmático en que se presenta este problema es el de las medidas “residenciales” adoptadas respecto de niños que no viven con sus padres, como medida de la vía de protección especial de derechos. En esos casos, el cuidado personal del niño es ejercido por adultos-funcionarios que no son sus familiares, que no tienen una relación afectiva con él siquiera comparable con la que los padres tienen con sus hijos.

Entonces, la facultad de “orientación y dirección” al niño para el ejercicio de sus derechos (facultad entregada por la Convención a los padres, la familia o la comunidad, “según la costumbre local”), así como facultades tradicionales vinculadas a la “potestad parental”, como la “corrección y castigo moderados” del niño y la elección de la forma y establecimiento de educación, son entregadas a aquellos adultos-funcionarios, pero con ello, dichas facultades corren el grave riesgo de convertirse en un fenómeno completamente distinto a lo que representan en el seno de la relación padres-hijo, con otro sentido social y otras repercusiones en el proceso de progresiva autonomía del niño.

En ese contexto esas facultades pueden convertir a la medida residencial en una auténtica privación de libertad, con un régimen de institución total que no promueve el desarrollo del niño sino que lo aplasta. No hace falta un gran esfuerzo de la imaginación para vislumbrar ese peligro, parece ser pan de cada día en muchos internados para niños no-infractores.

Entonces, a falta de padres u otros familiares o familia sustituta, parece que las residencias no pueden basarse en la ilusión de reemplazar a la familia, y por tanto, no debe entregarse a los adultos que las dirigen las mismas facultades que los padres tienen respecto de sus hijos. Para ser plásticos, el espacio dejado por los padres de “dirección y orientación” al niño en el ejercicio de sus derechos no puede ser llenado por aquellos adultos-funcionarios, así que debe ayudarse al niño a que lo llene por sí mismo. Esto implica un salto en el tiempo dentro del proceso evolutivo de autonomía progresiva. El niño deja de ser niño en cierta medida; la adultez le llega antes en algunos aspectos. Es algo penoso de aceptar, pero no cabe duda que es preferible una adultez parcialmente precoz, antes que el encierro. Un niño que no tiene padres (ni siquiera en una familia sustituta) con quienes compartir su autonomía, debe asumirla toda solo; si otros adultos se la arrebatan a la fuerza, no se convierten en sus padres, sino en sus carceleros.

Caso de los infractores menores de la edad de responsabilidad juvenil

Un caso particularmente complejo es el de la intervención que suele tener lugar respecto de niños que cometen hechos delictivos pero que no pueden ser considerados responsables ante la ley por los mismos. Si los planes de reforma del gobierno en materia de responsabilidad juvenil prosperan, esa hipótesis se dará por debajo de los catorce años. Es decir, para efectos legales³⁸, el delito cometido por niños de trece o menos años de edad, no existe, pues ni siquiera será posible imponer en ese caso las medidas (sanciones) especiales de la futura ley de responsabilidad juvenil, se las considere o no “educativas”.

Este es un caso que desafía la consistencia del principio de separación de medidas, porque la tendencia habitual en los casos de delitos graves cometidos por niños no-responsables, es a aplicarles por ese hecho medidas de la vía de “protección” (la vía aplicable a los niños abandonados, maltratados, etc.), a las que muchas veces se tiende a configurar como medidas pseudo-sancionatorias, con un importante grado de control. Este peligro se encuentra incluso en un cuerpo legal tan elaborado y respetuoso de los derechos del niño, como el Estatuto del Niño y el Adolescente, de Brasil, que al acto infractor de ley penal cometido por un niño (menor de doce años, completamente no-responsable por esas conductas) aplica, sin necesidad de otro requisito, las medidas de protección. Desde luego que si las medidas de protección (incluida la acogida en centros u hogares residenciales) se configuran realmente como oferta de ayuda y no como imposición, no hay ninguna objeción frente a que dicha oferta se haga a un niño necesitado de ella, que además ha cometido un hecho delictivo (por el que, dada su edad, no es responsable). El problema es que si la sola comisión de ese hecho (que se supone ante la ley no existe) ya es mérito para aplicar medidas de protección³⁹, la tendencia natural a configurarlas de un modo sancionatorio es fuerte y su carácter de “ayuda” y de “restitución de derechos” corre el riesgo de desnaturalizarse, y convertirse en un nombre que encubre control y sanción en pena encubierta⁴⁰.

Por ello, la decisión de fijar el límite de responsabilidad penal (aunque sea penal-juvenil) a una determinada edad, debe ser muy seria e implica asumir el siguiente compromiso político, que se debe garantizar jurídicamente: por grave que sea el hecho delictivo cometido por una persona menor de esa edad, se renuncia absolutamente a privarlo de libertad o a imponerle otra medida cuyo incumplimiento por el niño pueda implicar privación de libertad.

³⁸ Salvo, ciertamente, la responsabilidad civil del niño o de sus padres, por los daños indemnizables en dinero.

³⁹ Recuérdese la primera característica del “concepto ontológico” de pena (reacción a infracción de normas penales), en este documento, *supra*, IV, 1.1.a’. La tercera característica (imposición por autoridad con potestad pública para hacerlo) normalmente estará presente. Así que no será fácil evitar que el círculo se complete, con la segunda característica (restricción de derechos, particularmente privación o amenaza de privación de libertad).

⁴⁰ Por ello me parece muy acertada Juste, “Bases para una nueva legislación...”, *op. cit.*, p. 9, cuando, al tratar de los principios que deben guiar una ley para protección especial de los derechos de los niños, propone el siguiente: “Descriminalización: introducción de dispositivos legales que garanticen que ningún niño o adolescente sea objeto de aplicación de una medida de protección exclusivamente por la comisión de un acto delictivo del cual no puede ser legalmente declarado responsable o ser declarado culpable (ej: persona menor de 14 años [la autora se pone en el caso de que se apruebe la propuesta ministerial en materia de responsabilidad juvenil] que comete un delito o mayor de 14 pero que no se prueba su participación en él)”.

Casos de “paternalismo jurídico justificado”

Otras situaciones complejas son las que podrían denominarse casos de “paternalismo jurídico justificado”,⁴¹ en los que la voluntad del niño es suplida por la de personas mayores de edad que pueden decidir lo mejor para el niño, aún privándolo de libertad, si es necesario para ello. En este contexto específico, me interesan particularmente esos casos en que la realización de la voluntad paternalista puede implicar privación de libertad.

Pero no me detendré en los casos en los que son los padres los que adoptan esas medidas. Esta cuestión se inserta en el difícil problema, que no corresponde abordar aquí, de cómo se compatibilizan la potestad paterna (que la Convención caracteriza como el derecho-deber de orientar y dirigir al niño, conforme a la evolución de sus facultades, en el ejercicio de sus derechos), y la autonomía y derecho a la libertad personal del niño.

Me detendré sólo en los casos de paternalismo jurídico en que la autoridad puede imponer al niño lo que mejor le conviene, por la fuerza, privándole de su libertad, si es necesario.

A mí me parece, en esta materia, que se debe ser extremadamente restrictivo pues está en juego la eficacia de la pretendida autonomía del niño. Creo que la solución debe buscarse de la mano de dos principios:

- reconocer la idea de la “autonomía progresiva” del niño y traducirla en la distinción de dos o más tramos de edad, dentro de la niñez (0 a 18 años), con diversas facultades (según el tramo) para ejercer sus derechos y, particularmente, para rechazar la imposición paternalista de medidas dirigidas a su bienestar, y;
- realizar para cada tramo de edad, de acuerdo con el principio de “autonomía progresiva”, una ponderación de los derechos en juego, de modo de sacrificar la libertad del niño sólo en aras de los derechos más importantes, pero no frente a cualquier riesgo, sino sólo frente a los riesgos más graves, inminentes e irreversibles.

Un ejemplo de una propuesta de solución basada en estos principios, es la de un proyecto alternativo de “Código del Niño” del Uruguay,⁴² en el que tras regular las medidas de protección en régimen residencial no privativas de libertad (es decir, de las que el niño podría salir a su arbitrio), se establece la posibilidad excepcional de privar o restringir su libertad sin responsabilidad por un acto infractor de ley penal:

⁴¹ Expresión que tomo de Garzón Valdés, si bien no puedo asegurar que este autor la usa exactamente en el sentido que aquí le asigno; pero me parece muy ilustrativa de lo que quiero decir.

⁴² En cuya discusión tuve ocasión de participar, como consultor de UNICEF.

“Art. 113° b.- Medidas de internación compulsiva para niños y adolescentes

El Juez sólo podrá aplicar las siguientes medidas de internación compulsiva, debiendo constatar el cumplimiento de los requisitos que en cada caso correspondan:

- a) internación del niño o adolescente con patología psiquiátrica en centro especializado, por un plazo máximo de 72 horas, prorrogables por una sola vez, si se encontrare en una crisis que ponga en grave e inminente riesgo su vida o la integridad física de otras personas;
- b) internación del niño o adolescente necesitado de urgente tratamiento médico destinado a protegerlo de graves riesgos para su vida o salud, medida que terminará apenas terminen dichos riesgos;

Art. 113° c.- Tratamiento de adicciones a drogas y alcohol

El juez podrá ordenar la aceptación del niño o adolescente en centros residenciales especializados en atención de adicciones a drogas y alcohol. Tratándose de un adolescente se requerirá su conformidad. Si se trata de un niño será necesario el consentimiento de sus padres o reponsables y se oírá previamente al niño.”

Esta propuesta de “Código del Niño” entiende por “niño” la persona menor de catorce años y por “adolescente” la persona mayor de catorce y menor de dieciocho años de edad. De modo que, en relación con el tratamiento de las adicciones, se reconoce la diferente autonomía entre unos y otros. El adolescente, en este caso (tratamiento de adicciones), ejerce de modo completamente autónomo su libertad personal, pero si se trata de riesgos graves e inminentes para su vida o salud (por cualquier causa médica, sea una peritonitis o un síndrome de abstinencia), es posible recurrir a una medida de internación con fundamento “paternalista”.

En cambio, en mi opinión, cabe excluir medidas paternalistas privativas de libertad, para hacer efectivos derechos menos urgentes como el derecho a la educación. El concepto de “enseñanza básica obligatoria” debe entenderse como el deber del Estado de ofrecerla y no como una habilitación para emplear la fuerza, si es necesario, para llevar a los niños a la escuela. La hipótesis de conflicto puede llegar a producirse, y de hecho no es rara en ciertos contextos especialmente sensibles: adolescentes privados de libertad que no han completado la enseñanza básica y a quienes se les impone, dentro de las actividades regladas del establecimiento privativo de libertad, la asistencia a la escuela interna.

*** Preguntas pendientes:**

- ¿Qué tipo de reglas pueden establecerse en un programa residencial, que permita su funcionamiento y la protección de los derechos de los demás, pero sin convertirse en cárceles?

- ¿Debe reconocerse al niño de un programa residencial el derecho de abandonarlo e irse a la calle?
- ¿Cómo ayudar al niño a asumir su autonomía en forma acelerada, pero sin dañar su desarrollo y sus posibilidades futuras?
- ¿Es posible concebir otros casos de “paternalismo jurídico justificado” respecto de niños o adolescentes, que lleguen a justificar privación de libertad?
- ¿Qué tramos de edad es razonable reconocer, para efectos de distinguir el modo (más o menos autónomo) como los niños ejerzan sus derechos?

DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES. PROTECCIÓN JURISDICCIONAL DE LOS INTERESES DIFUSOS Y COLECTIVOS DE LA POBLACIÓN INFANTO-JUVENIL

*(Ponencia presentada en el primer Curso de Especialización
sobre Protección Jurisdiccional de Derechos del Niño, Santiago de Chile, 1998)*

JOSIANE ROSE PETRY VERONESE

Algunas Consideraciones

Primeramente, saludo y felicito a los señores coordinadores del presente evento, el cual se presenta como una posibilidad de impedir el creciente proceso de violación al que está siendo sometida la población infanto-juvenil del planeta.

El presente Curso de Especialización en Protección jurisdiccional de los Derechos del Niño constituye una oportunidad única de reflexionar sobre nuestro papel de operadores del derecho, pese a que no me es suficiente esta categoría en su sentido estricto, pues más que técnicos habilitados para trabajar con la dogmática jurídica, queremos ser en esta función provocadores de justicia. He ahí que en este contexto se presenta lo “nuevo”, el empeño en construir una Justicia que sea realmente una Justicia Social, entendida como la concretización de condiciones dignas de vida para toda la sociedad y la garantía de participación en los destinos de la misma. Lo que importa afirmar que la utopía, en cuanto sueño posible de ser realizado, no depende única y exclusivamente de leyes, aspecto este por demás importante en los días actuales, en que se verifica el fenómeno de la inflación legislativa, en la tentativa insólita de querer que se resuelvan problemas sociales a través de la creación meramente normativa.

Sería de hecho una ilusión pensar que la estructura económico-político-social de una cierta sociedad se alteraría automáticamente y se tornaría, en consecuencia, una democracia caracterizada por la participación de todos, individuos y grupos, mediante la dictación de nuevas leyes.

Se percibe que en este punto la cuestión se torna todavía más compleja, pues aunque se tenga una producción normativa de tenor progresista y en constante armonía con las transformaciones que se producen en la sociedad, los juristas, en razón de tener una formación construida en base a mitos y dogmas, se tornan sumisos a preceptos y fórmulas y, en vez de contribuir en la tarea de vivir completamente enraizados en la sociedad en que están insertos y teniendo el compromiso de “llevar a ella el inconfor-

mismo del cambio necesario”¹, al contrario de eso, desgraciadamente, crean obstáculos a la concretización de preceptos de carácter social.

Se desprende de esta cuestión que, a pesar de la existencia de todo un instrumental, cuya efectividad dependería tan sólo de su uso, este se restringe a pocos casos aislados y, lo que es todavía peor, se está a merced de determinados padrones que ven anticipadamente en la aplicación de las normas jurídicas que tengan la función de contribuir en la transformación de la sociedad, un cierto peligro de desequilibrio en el sistema de tripartición de poderes. Algunos temen que el Poder Judicial, en la medida que juzgue procedentes la mayoría de los casos de conflictos que involucran al individuo o colectividades enteras que interpongan acciones civiles públicas en razón del incumplimiento del Estado en materia de políticas sociales, se estaría adentrando en un terreno que no le pertenece, pues son cuestiones que tradicionalmente se entendía que estaban a cargo de los otros dos poderes, Ejecutivo y Legislativo.

Hablar de la cuestión de intereses difusos y colectivos de la población infanto-juvenil implica referirnos a la cuestión de la tutela jurisdiccional del niño y adolescente en la interposición de acciones que tengan por objetivo la garantía de sus intereses.

Hay que aclarar que el tema del acceso a la justicia no puede ser comprendido como la simple capacidad de entrar en juicio, teniendo en cuenta que, cada vez más, no se puede dejar de considerar la importancia del derecho a asistencia pre-procesal. Además, no basta tener acceso al poder Judicial si no está garantizado un proceso justo, con la garantía del debido proceso.

En Brasil, el Estatuto del niño y el adolescente, inspirado en la Doctrina de la Protección Integral, garantiza que todo niño y adolescente tenga acceso a la justicia.

El tema en análisis está previsto en el Título VI: “Del Acceso a la Justicia”, que en su artículo 141 dispone: “Se garantiza el acceso de todo niño o adolescente a la Defensoría Pública, al Ministerio Público y al Poder Judicial, por cualquiera de sus órganos”.

La ineficacia de las naciones en el ofrecimiento de políticas sociales como salud, educación, vivienda, pleno empleo, entre otros, tiene agigantada la deuda de éstas para con la infancia y juventud.

Los intereses individuales, difusos y colectivos

En lo que concierne a la defensa de los intereses difusos y colectivos de la población infanto-juvenil, conviene definir, primeramente, que se entiende por “interés” una pretensión, que designa una relación que tiene en uno de los polos al hombre, y en el otro, un bien -material o no- capaz de satisfacer una necesidad humana, como alimenta-

¹ Faoro, Raymundo. “O jurista marginal” en Lyra, Doderó Araújo. *Desordem e processo: estudos sobre o direito em homenagem a Roberto Lyra Filho*. Porto Alegre: Fabris, 1986. p. 37.

ción, salud, saber, vivienda, trabajo, medio ambiente, etc., en fin, todo lo que diga relación con la existencia y la garantía de la calidad de vida.

Tratando de conceptualizar los intereses individuales, difusos y colectivos, se puede afirmar, en síntesis, que:

Los intereses individuales se refieren a pretensiones pertenecientes a cada ser humano singularmente considerado, el cual tiene derecho a la libertad física o individual, a la libertad espiritual -de religión, opinión-, o sea, al acceso a los medios que le garantizan suplir sus necesidades.

Los intereses colectivos dicen relación con intereses pertenecientes a una pluralidad de sujetos, los cuales son posibles de ser identificados a partir de un vínculo jurídico que los une, o une a cada uno de ellos con la parte contraria. Este concepto fue formulado basándose en las obras de Ada Pellegrini Grinover, Rodolfo de Camargo Mancuso y José Carlos Barbosa Moreira, que tratan con mucha acuciosidad este tema.

Los intereses difusos, a su vez, tratan de pretensiones pertenecientes a una serie indeterminada de sujetos, agrupados en el transcurso de situaciones fácticas. Este concepto fue, de igual modo, formulado a partir de la lectura de los autores arriba citados.

Durante mucho tiempo había en el campo doctrinario una discusión en torno a la diferenciación entre intereses difusos y colectivos². A nivel internacional merecen ser destacadas las intervenciones de Cappelletti³, que entendía como distintos los dos intereses.⁴

Sintéticamente comprendemos que los **intereses difusos** son:

- a) Transindividuales, pues traspasan la esfera de actuación de los individuos singularmente considerados, para encontrarlos en cuanto entidad colectiva;
- b) El bien jurídico, en lo que atañe al objeto, es de naturaleza indivisible, resultando esta indivisibilidad en la absoluta imposibilidad de determinación de sujetos;
- c) En cuanto a la titularidad, esto es, el aspecto subjetivo, los intereses difusos tienen como nota característica la indeterminación de los titulares, los cuales están ligados entre sí por circunstancias fácticas, lo que equivale a decir que no existe un vínculo jurídico.

En cuanto a los intereses colectivos, se puede afirmar que son los comunes a determinado grupo, categoría o clase de personas unidas entre sí a través de una relación jurídica base que las congrega entre sí o con la parte contraria, y al igual que los

² Para una mayor profundización sobre la temática de los intereses difusos ver Veronese, Josiane Rose Petry. *Interesses difusos e direitos da criança e do adolescente*. Belo Horizonte: Del Rey, 1997.

³ Cf. Cappelletti, Mauro & Garth, Bryant. *Acesso à Justiça*. 1988, Cappelletti, M. "Acesso à justiça". Separata da Revista do Ministério Público do Rio Grande do Sul, 1985.

⁴ En Brasil, hay que referirse a los trabajos de Mancuso, Moreira y Grinover.

intereses difusos son transindividuales. En cuanto a la cuestión de la indivisibilidad del objeto, en los intereses colectivos es relativa, pues si bien es difícil, en algunos casos, es siempre posible la identificación de los miembros de un grupo, categoría o clase de personas, o sea, es posible su determinación.

Milaré indica a los menores de la bajada santista como ejemplo de intereses difusos, mientras que para hacer más claros los intereses colectivos cita dos casos: el de miembros de una asociación que tiene por objetivo el amparo de niños con problemas de deficiencias, hipótesis en la cual existe un vínculo jurídico que los liga, y el de los estudiantes de una misma escuela, caso en que se configura la existencia de una relación-base que los une con la parte contraria.⁵

Los intereses protegidos

Para conocer acerca de los intereses protegidos por el Estatuto del Niño y del Adolescente es necesaria la comprensión del siguiente artículo:

“Artículo 208- Se rigen por las disposiciones especiales de esta ley las acciones de responsabilidad por ofensa a los derechos asegurados al niño y al adolescente, referentes al no ofrecimiento u oferta irregular:

- I de enseñanza obligatoria;
- II de atención educacional especializada a los portadores de deficiencia;
- III de atención en guarderías infantiles y pre-escuela a niños de cero a seis años de edad;
- IV de enseñanza nocturna regular, adecuada a las condiciones del educando;
- V de programas suplementarios de oferta de material didáctico-escolar, transporte y asistencia de salud del educando de enseñanza fundamental;
- VI de servicios de asistencia social cubriendo la protección a la familia, la maternidad, la infancia y la adolescencia, así como el amparo a los niños y adolescentes que lo necesiten;
- VII del acceso a las acciones y servicios de salud;
- VIII de escolarización y profesionalización de los adolescentes privados de libertad.

Parágrafo único- Las hipótesis previstas en este artículo no excluyen de protección judicial a otros intereses individuales, difusos o colectivos, propios de la infancia y adolescencia, protegidos por la Constitución y por la Ley.”

⁵ Milaré, Edis. “Intereses difusos y colectivos” en Cury M. y otros (coords.). *Estatuto da Criança e do Adolescente comentado: comentários jurídicos e sociais*, p. 651.

El Estatuto del Niño y del Adolescente “al enumerar -dice Bezerra- las acciones de responsabilidad resultantes del no ofrecimiento o de la oferta irregular de servicios públicos necesarios para el cumplimiento de la protección integral del niño y del adolescente, lo hace de manera enunciativa, ejemplificativamente”.⁶ Esto se hace evidente con la lectura del párrafo único, que dice que los derechos enumerados en los incisos del N° I a VIII no son exclusivos, siendo posible la tutela de otros intereses allí no señalados. De hecho, el legislador no podría dejar de utilizar esta técnica, toda vez que el ser humano es, por su propia naturaleza, un ser cambiante, en una sociedad también en constante transformación; así, las necesidades se modifican, pudiendo o no ser ampliadas.

En esta lista pueden ser enumeradas acciones como las que se destinan a promover la construcción de casas y refugios para niños y adolescentes; las que buscan garantizar exámenes médicos de laboratorio; las que tienen por objetivo la atención en guarderías y pre-escuela de niños de cero a seis años de edad, y las que pretenden la garantía de la enseñanza pública y gratuita; las que tengan por objeto los servicios de asistencia social persiguiendo la protección de la familia, la maternidad, la infancia y adolescencia; las demandas en el área de salud, como las que buscan una atención adecuada en las unidades hospitalarias, y un sinnúmero de hipótesis que podrán surgir en consonancia con la Ley N° 8.609/90 y la Constitución Federal.

Entiendo como una cuestión gravísima el hecho de vivir en países que no tienen una preocupación real, verdadera, por la consolidación de políticas públicas; como mucho, son elaborados programas de gobiernos y cambiando éstos, en función de la renovación democrática, todo es disuelto y se parte nuevamente de cero. Tal situación revela inmadurez político-administrativa, pues la salida de un gobernante jamás debería implicar el abandono de ciertas actividades en el área social, de promoción humana.

La cuestión de la competencia

El Estatuto del Niño y del Adolescente, en lo que toca a la competencia para el ingreso a juicio de acciones que tengan por fundamento de la petición la protección de intereses individuales, difusos y colectivos, determina:

“Artículo 209 - Las acciones previstas en este capítulo serán interpuestas en la jurisdicción del lugar en que ocurrió o deba ocurrir la acción u omisión, cuyo juez tendrá competencia absoluta para procesar la causa, reservadas la competencia de la Justicia Federal y la competencia originaria de los Tribunales Superiores”.

Esta disposición ratifica la contenida en el artículo 148, IV, según el cual la Justicia de Infancia y Juventud es el órgano adecuado para conocer acciones civiles que tengan,

⁶ Bezerra, A.B. “Art.208” en Cury, M. y otros (coords.). *Op. cit.*, p. 648.

por fundamento de la petición, intereses individuales, difusos y colectivos relacionados con la infancia y la juventud.

El artículo 209 define la competencia para las acciones previstas en el artículo 208, las cuales deberán ser interpuestas en la jurisdicción del lugar en que ocurrió o deba ocurrir la acción u omisión, de modo que el Juez de Infancia y Juventud posee competencia absoluta para el procesamiento de la causa.⁷

La cuestión de la legitimación para actuar

El Estatuto del Niño y el Adolescente dispone:

“Artículo 210 - Para las acciones civiles fundadas en intereses colectivos o difusos, se consideran legitimados, concurrentemente:

- I El Ministerio Público;
- II La Unión, los Estados, los Municipios, el Distrito Federal y los Territorios;
- III Las asociaciones legalmente constituidas hace por lo menos un año y que incluyan entre sus fines institucionales la defensa de los intereses y derechos protegidos por esta Ley, prestada la autorización de la asamblea, si la hubiere previa autorización estatutaria.

1º- Se admite el litisconsorcio facultativo entre los Ministerios Públicos de la Unión y de los Estados en la defensa de los intereses y derechos que protege esta Ley.

2º- En caso de desistimiento o abandono de la acción por asociación legitimada, el Ministerio Público u otro legitimado podrá asumir la titularidad activa.”

En esta materia parecen muy oportunas las observaciones de Monaco da Silva: “toda vez que los derechos constitucionales y legales de niños y adolescentes fueren expresa o veladamente violados, la solución legal residirá en la interposición de acciones civiles públicas, a cargo de personas legitimadas de acuerdo con el artículo 210 arriba transcrito, sin perjuicio, si fuera el caso, de la persecución de la responsabilidad civil y administrativa del agente al que se atribuya la acción u omisión reprochable. Para la mejor comprensión de lo que acabamos de decir, tomemos el siguiente ejemplo: la red de enseñanza municipal de determinada ciudad deja de ofrecer enseñanza obligatoria regular a los ciudadanos del municipio, afectando con eso de sobremanera el derecho a la educación de un gran contingente de niños y adolescentes, omisión que dará lugar, sin sombra de duda, a la interposición de una acción civil pública contra tal Municipio”.⁸

⁷ La Ley Nº 8.609/90 no extiende a la Justicia de Infancia y Juventud la competencia para conocer de las acciones propuestas por la Unión o en contra de ella, cuya competencia está entregada a la Justicia Federal.

⁸ Silva, José Luis Mônaco da. *Estatuto da Criança e do Adolescente: comentários*, p. 369.

Resta señalar que la interposición de acciones civiles, persiguiendo como objetivo la efectivización de intereses difusos, no se dirigirá únicamente contra el Estado, sino también contra empresas, por ejemplo, que estén incumpliendo los derechos asegurados a la infancia y juventud en la Constitución Federal y en el Estatuto del Niño y el Adolescente.

El Estado en el banquillo de los acusados

Entiendo que una de las mayores innovaciones introducidas por el Estatuto consiste, justamente, en la posibilidad de cobrar del Estado a través, por ejemplo, de la interposición de una Acción Civil Pública, el cumplimiento de determinados derechos como el acceso a la escuela, a un sistema de salud, a un programa especial para portadores de dolencias físicas y mentales, etc., previstos en la Constitución Federal y reglamentados por el Estatuto.

Como afirma Nogueira, es innegable el hecho de que en Brasil hay toda una producción legislativa “en favor del ciudadano, concediéndole los derechos individuales, difusos o colectivos, a través de la Constitución Federal, de las Constituciones Estatales y de las Leyes Orgánicas Municipales, además de otras leyes ordinarias, como el Estatuto del Niño y del Adolescente, pero lo que falta, en este complejo de leyes, es hacer justamente al Estado funcionar, a través de sus gobernantes, que conocen los problemas y tienen las soluciones, pero que sólo se preocupan de disfrutar el poder”.⁹

Entiende Paula que la ley anterior, o sea, el Código de Menores de 1979, “a despecho de ser tratado, por algunos, como instrumento de protección y tutela, olvidó que el Estado es el gran responsable por esa degradante situación en la cual se encuentra la mayoría de la población infanto-juvenil, eximiéndolo de cualquier responsabilidad. Considerando a los padres o responsables como los exclusivos causantes de la situación irregular, ninguna mención existe en relación a la nula participación del Estado y, por vía de consecuencia, tampoco contempla el Código de Menores mecanismos jurídicos para compelir al Poder Público a cumplir sus funciones. Así, se restringió la Justicia de Menores al juzgamiento de conflictos eminentemente individuales, jamás poniendo a la Administración en el banquillo de los acusados. El Estado nunca fue llevado a la presencia judicial, ni siquiera para justificar sus constantes omisiones”.¹⁰

No se puede negar que ha habido una cierta evolución en la atención a la población carenciada, sin embargo, hasta en esa distribución de beneficios sociales había una selectividad, que en la mayoría de los casos se caracterizaba por una política social excluyente, puesto que las acciones sociales implantadas beneficiaban diferentemente

⁹ Nogueira, Paulo Lúcio. *Estatuto da Criança e do Adolescente Comentado*, p. 283.

¹⁰ Paula, Paulo Afonso Garrido de. *Menores, Direito e Justiça: apontamentos para um novo direito das crianças e dos adolescentes*, p. 122.

a la pobreza urbana y a la rural. La primera recibía una cantidad mayor de beneficios que la segunda. Además también en las ciudades la distribución era desigual, pues los beneficios se destinaban más a los sectores de la industria que al de la construcción civil y al sector informal del mercado. Ese hecho poseía una justificación “lógica”, ya que estos últimos tenían menos condiciones de articulación política, y, por lo tanto, en la perspectiva de la legitimación del régimen que se impusiera, eran considerados menos estratégicos.

Consideraciones finales

Al tratar de la tutela jurisdiccional de los intereses individuales, difusos y colectivos, llama la atención el hecho de que el Estatuto del Niño y del Adolescente está en consonancia con las nuevas directrices de la procesalística civil, por tres motivos:

Primero, al contemplar los medios judiciales garantizadores de los intereses del niño y el adolescente, sobre todo en lo que dice relación con los colectivos y difusos, se percibe que la naturaleza privatista del derecho procesal está siendo objeto de profundas modificaciones, las cuales remiten a la necesidad de superación de determinadas estructuras tradicionales. Por consiguiente, la Ley Nº 8.069/90, al admitir el ingreso al juicio de los mas variados tipos de demanda que persigan la protección de sus intereses, importa un significativo avance en el campo procesal, toda vez que no está presa de la idea de procedimiento, de ritual, considerando merecedor de atención el contenido del derecho que está siendo litigado.

Segundo, al preocuparse del tema del acceso a la Justicia, la nueva Ley está atenta al hecho de que hoy la garantía de este acceso se constituye en uno de los más elementales derechos, pues la sociedad poco a poco pasó a comprender que no sólo es suficiente que el ordenamiento jurídico contemple derechos, sino que es imprescindible que estos sean efectivizados, siendo que la interposición en juicio es, por lo tanto, uno de los mecanismos que permiten su aplicabilidad.

Tercero, el acceso a la Justicia en la interposición de intereses relativos al niño y el adolescente se constituye en un factor más a corroborar en el proceso de transformación del propio Poder Judicial, el cual pasa a ser un instrumento de expansión de la ciudadanía. Eso se da porque, de la antigua posición de árbitro de litigios de naturaleza intersubjetiva, ahora es llamado a posicionarse frente a situaciones de carácter transindividual como son los derechos sociales.

Entendemos, así, que es imprescindible, en la actual realidad brasilera, que se tenga un Poder Judicial que responda a los anhelos de la sociedad y que se tengan dos preocupaciones básicas: primero, la incrementación de leyes que retraten las reivindicaciones populares, esto es, que se exija el cumplimiento de leyes favorables a la gran mayoría de ciudadanos empobrecidos y, en segundo lugar, se torna fundamental el

perfeccionamiento de la estructura de este Poder, tanto en lo que dice relación con los recursos materiales como con los recursos humanos. Como parte de esto, crece la importancia de dar formación a una nueva magistratura, que sea creativa en la actividad judicial y en la aplicación de la legislación social.

Del poder judicial, en el tratamiento de conflictos que involucren intereses difusos y colectivos, se exige una postura que hasta ahora estaba fuera de su actividad jurisdiccional, cual es la de hacer de sus sentencias un espacio participatorio, atribuyéndoles un sentido de emancipación efectiva.

De los operadores del derecho y específicamente de la magistratura se espera que, a partir de una formación multidisciplinaria y de la ampliación de sus poderes decisorios, tengan la capacidad de remodelarse, rompiendo con la cultura corporativista hasta el momento existente, lo que importa, por tanto, un cambio de mentalidad de toda una estructura secular.

El Poder Judicial solamente podrá democratizarse a partir del momento en que consiga reflexionar los nuevos caminos que se presentan en la sociedad civil, en el sentido de las necesidades y aspiraciones de esta última. Para el magistrado, por tanto, se vuelve imperiosa una conciencia crítica, de que ya no es posible aislarse en su gabinete, ajeno al mundo que lo circunda.

En las sociedades actuales el orden jurídico no puede ya ser concebido como una verdad incontestable, de modo que la crisis vivida hoy por ese Poder abre espacio para reflexiones de orden político, en el sentido de discutir si el mismo cumple efectivamente su función social.

La Justicia de Infancia y Juventud no es una Justicia Especializada, es más bien una rama especializada de la Justicia Común. Tiene por objetivo la solución/composición de problemas que afectan a todos los niños y adolescentes, en coherencia con la Doctrina de la Protección Integral; por tanto, no es dirigida a una categoría específica de personas que se encuentran en situación irregular. Eso era propio de la Doctrina Tutelar, que caracterizaba la legislación anterior al actual Estatuto del Niño y del Adolescente.

Del juez que actúa en la rama especializada de Infancia y Juventud se requiere una postura activa en la exigencia del cumplimiento de los preceptos contemplados en la Carta Política y ya reglamentados en el Estatuto del Niño y el Adolescente. Se hace también necesario un conocimiento multidisciplinario, que se perfeccione constantemente en lo que toca, inclusive, al aprendizaje de nuevas técnicas, de nuevos conocimientos en el área en que actúa.

Es más, se espera que las decisiones no sean fundamentadas tan sólo en el texto legal, sino que atiendan al contexto social extrayendo, de ahí, las justificaciones para sentencias que necesariamente deberán tutelar intereses de una masa de niños y adolescentes, frecuentemente abandonados a su propio infortunio, frente a la falencia de la fami-

lia, el desinterés de la sociedad y las promesas vanas e irresponsabilidades de los programas de acción gubernamental.

Una incesante lucha y búsqueda de justicia social será la forma por la cual los magistrados -y todos los que tengan relación con lo judicial- responderán al clamor de un gran número de niños y adolescentes carenciados, que tienen sus derechos amenazados o que ya les han sido violados, los que recibirán una respuesta a sus reivindicaciones, en la medida que se garanticen judicialmente sus intereses difusos. De este modo se abrirá la oportunidad para la construcción de guarderías infantiles, escuelas, viviendas, hospitales y todo lo demás que diga relación con las necesidades fundamentales del ser humano y que conduzca a una mejor calidad de vida, sobre todo teniendo en cuenta su “condición peculiar de persona en desarrollo”, según el precepto constitucional.

Constatamos, en este estudio, que la efectivización/implementación de los Derechos del Niño y el Adolescente encuentran como uno de sus grandes obstáculos la propia estructura conservadora del Poder Judicial, que evita posicionarse ante las acciones civiles públicas, por entender que se está metiendo en un campo que no es de su competencia, sino de los poderes Legislativo y Ejecutivo.

Sin embargo, ahí reside una de las grandes novedades de este nuevo derecho que contempla la protección jurisdiccional de los derechos de los niños, o sea, ubicarse como árbitro de contiendas, como las que envuelven intereses difusos y colectivos, las cuales son marcadamente conflictos de naturaleza política. Por tanto, se hace menester que el Poder Judicial, en cuanto guardián de la Ley, efectivamente ejecute el nuevo papel que ésta le reservó. Solamente así el acceso a la justicia en la interposición de intereses difusos relativos al niño y al adolescente brasileiros podrá llegar a ser una realidad.

Esto puesto que entendemos que postular que el Poder Judicial persiga la garantía de los derechos e intereses individuales, difusos y colectivos, representa una evolución del proceso civilizatorio. Así es que se evidencia que ya no es suficiente que los ordenamientos jurídicos proclamen derechos, tornándose imprescindible que los mismos sean concretizados.

Por tanto, el acceso a la Justicia se considera uno de los derechos humanos, esto es, consiste en un camino o una posibilidad de que los derechos existentes al nivel formal pasen a tener eficacia plena en el mundo de los hechos.

Enfrente de estas consideraciones acerca de la interposición de demandas que busquen resguardar los intereses relacionados con el niño y el adolescente, el tema conduce también a una reflexión acerca de que tal acceso constituye un avance en la construcción de ciudadanía en dos planos: el primero, en el sentido de que torna más explícitos los derechos del niño y el adolescente, posibilitando a la sociedad una mayor concientización en lo que atañe a su papel de continua reivindicación de los citados derechos e intereses. En segundo lugar, el propio Poder Judicial pasa a ser definido

como un instrumento de expansión de esta ciudadanía, pues sus sentencias, en cuanto accedan a los derechos litigados, impulsarán, para su eficacia, determinadas realizaciones por parte del Poder Ejecutivo, sobre todo en el campo social.

Resta agregar que el tema del acceso a la Justicia, que no puede ser entendido como la mera capacidad de ingresar a un juicio, tiene en su fundamento la necesidad de una mayor politización por parte de las capas populares. En este sentido, la comprensión de que toda persona es sujeto de derechos se hace imprescindible en la formulación del concepto de ciudadanía, esto es, como la condición que identifica los derechos y garantías de los individuos, los cuales teniendo ya satisfechas sus necesidades humanas básicas, tengan las condiciones para, ya sea como individuos singularmente considerados o ya sea organizados en grupos, participar efectivamente en los destinos de la sociedad y de la vida política de su país. Según esta lectura, las innovaciones traídas por la Convención Internacional de los Derechos del Niño deben gradualmente revolucionar el modo en que la familia, la sociedad y los Estados Partes abordan las cuestiones relativas a la infancia y juventud.

SECCIÓN SEGUNDA

ANÁLISIS DE CASOS

Caso 1 DERECHOS DE PARTICIPACIÓN Y EXPRESIÓN: LA OPINIÓN DEL NIÑO (CASO CHILENO)	<i>119</i>
Caso 2 DERECHO DEL NIÑO A LA LIBERTAD PERSONAL (CASO ARGENTINO)	<i>135</i>
Caso 3 DETERMINACIÓN DE MEDIDAS O SANCIONES: ROL DE LAS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES, FAMILIARES Y SOCIALES VS. PRINCIPIO DE NO-DISCRIMINACIÓN (CASO URUGUAYO)	<i>145</i>

CASO 1

DERECHOS DE PARTICIPACIÓN Y EXPRESIÓN: LA OPINIÓN DEL NIÑO

(CASO CHILENO)

SENTENCIA:

Corte de Apelaciones de Valparaíso, 26 de julio de 1996

Menor M. C. O. A.

Tuición (menores) - Menores (tuición) - Interés superior del niño (bienestar del niño) - Libertad de religión (menor) - Padres (libertad de religión).

Doctrina: En materia de tuición y de visitas de un menor se aplica la doctrina del interés superior del niño, conocida como de la “Providencia”, que es la disposición anticipada o prevención que mira o conduce al logro de un fin, que no es otro que el bienestar del niño.

La Convención de los Derechos del niño ratificada por Chile el 13 de agosto de 1990, garantiza la libertad de religión del menor y no la de los padres.

Conociendo del recurso de apelación

La Corte

Visto:

Se reproduce la sentencia en alzada, previa eliminación de su fundamento décimo-tercero.

Y se tiene, además, presente:

Primero: Que, como lo señala la apelante la Convención sobre los Derechos del niño, de 1989, en su artículo 3º.1 se dispone: “En todas las medidas concernientes a los niños, que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño”. El concepto de interés superior del niño, como se dice en el fallo que se revisa se reitera en el artículo 9º.1 que dice: “Los Estados Partes velarán porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de éstos, excepto cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen, de conformidad con la ley y los procedimientos aplicables,

que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”. Aún antes de la ratificación de la Convención por Chile (13.08.90) ya la Excma. Corte Suprema había acogido este principio del interés superior del niño (Fallos del Mes Nº 371), mediante recurso de queja de 25/08/89 se dijo: “La demandante no está inhabilitada psicológicamente para ejercer la tuición, pero desarraigar a la niña de todo el entorno familiar y afectivo que tiene con su padre natural demandado, la mujer de éste y sus hijos, sería altamente perturbador para su equilibrio emocional”; el 19/03/90 por la vía del recurso de queja adopta semejante criterio (Fallos del Mes Nº 376): “La concepción del artículo 233 del Código Civil es mucho más amplia que la que se le atribuye, ya que la Ley Nº 16.618 es más amplia conceptualmente que el marco rígido de las reglas que dicen respecto de la tuición de menores del Código Civil”, más adelante se dice: “En efecto, la Ley de Menores está inspirada en principios de previsión, ya que los menores tienen derecho a que se les asista ampliamente cuando se encuentran en una situación que aparente los caracteres de alguna irregularidad”, en otro párrafo se agrega: “Al determinarse la persona a quien se deba entregar la tuición de un menor debe tenerse como buena razón el que el menor quede en un ambiente de hogar en el cual ojalá haya vivido, o del cual haya estado cerca para que no sufra ninguna molestia en su personalidad afectiva ni padezca alteraciones emocionales posteriores”. Como puede verse éste ha sido un tema de extrema preocupación del máximo Tribunal, ya que el año 1956 lo abordó en un fallo que sienta esta doctrina del interés superior del niño, que se conocía como de la Providencia, esto es la disposición anticipada o prevención que mira o conduce al logro de un fin, que no es otro que el ulterior bienestar del niño.

Segundo: Que, en este sentido, deben enmarcarse los fundamentos cuarto, noveno, décimo-quinto y décimo-sexto y no aquellos que supone la apelante en su escrito de fojas 109.

Tercero: Que, la indicada Convención en su artículo 12 Nº1 dispone: “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afecten al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño, oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente (o) por medio de un representante o de un órgano apropiado, de conformidad con las normas de procedimiento de la ley nacional”. En consecuencia, éstas son las normas que regulan la opinión del menor y no las de inmadurez que supone el apelante en el numeral 11 de su recurso y que se reiteraron en estrados. Además, esta medida como puede verse, al tenor de las normas legales transcritas, no tiene por objeto mejorar la prueba de la demanda ni suplir la negligencia de la parte, sino que el imperativo normativo a que se encuentra obligado el Juez de Menores, no sólo por la Convención sino que por el claro texto del artículo 36 de la Ley Nº 16.618: “...si fuere posible, deberá oír siempre al menor púber y al impúber, cuando lo estimare conve-

niente. Además de los informes que solicite a los asistentes sociales, podrá requerir informes médicos, psicológicos u otros que estimare necesarios”.

Cuarto: Que, en lo relativo al asunto religioso que se indica en la apelación y que fue objeto de largas argumentaciones en estrados, se resume en que la madre y demandante teme que la abuela de la menor y madre de la apelante, por su pertenencia a la Iglesia de los Testigos de Jehová, aparte a su hija de la Iglesia Católica. Hay dos órdenes a considerar, uno de hecho, siendo la madre de la apelante Testigo de Jehová no pudo influir a su hija en la pertenencia a otra Iglesia, lo que importaría el grado de libertad que dejó en su oportunidad y no hay elementos que ameriten que tal criterio haya mudado. El segundo orden dice relación con la Convención de los Derechos del Niño, norma jurídica posterior al Código Civil, en el artículo 14 en sus numerales 1, 2 y 3, prescribe: “Los Estados Partes respetarán el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión. Los Estados Partes respetarán los derechos y deberes de los padres y, en su caso de los representantes, de guiar al niño en el ejercicio de su derecho de modo conforme a la evolución de sus facultades. La libertad de profesar la propia religión o las propias creencias estará sujeta a las limitaciones prescritas por la ley que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la moral o la salud públicos o los derechos y libertades fundamentales de los demás”. Lo primero que se garantiza es la libertad de religión del menor y no de los padres como erradamente se sostiene por la apelante. En un segundo orden, la facultad de guiar de los padres y/o en su caso por el guardador, lo que implica que también existe un error de concepto en esta materia por la apelante y, finalmente, no se divisa que la Iglesia a que pertenece la abuela esté en la situación del numeral tercero. Finalmente, y sin querer entrar a un terreno muy delicado, parece que la diferencia no es de religión sino que sólo de la pertenencia a una u otra Iglesia, aun cuando puede no ser así y las diferencias pueden ser de mayor envergadura. En todo caso y de acuerdo a los antecedentes que obran en autos no parecen estas diferencias haber alterado en alguna medida a la menor.

Quinto: Que de acuerdo a lo preceptuado en el artículo 48 de la Ley N° 16.618 cada vez que se confiare un menor a alguno de sus padres o a un tercero, se deberá establecer en la resolución respectiva la obligación de admitir que sea visitado por quien carece de la tuición determinándose la forma en que se ejercitará este derecho. Al efecto no se ha fijado tal derecho, ya que del expediente no consta y de la causa rol 10.210-92, a la vista, se fijó un régimen de visitas en su letra C) cuya regulación quedaba entregada al criterio de doña E. R. A. G., lo que por el tiempo transcurrido no parece justo, lógico ni prudente.

En virtud de lo anterior, se fija derecho de visita de doña M. C. O. A. de la siguiente forma: durante 2 meses domingo por medio la madre retirará a su hija a las 09.00 horas y deberá retornarla a las 13.00. En los 2 meses siguientes, el horario será de las

09.00 horas a las 18.00. En la conclusión de esta etapa se deberá efectuar una evaluación por el Tribunal, sin que ello importe suspender el derecho de visita, tendiente a su ampliación si fuere aconsejable.

Y visto, además, lo dispuesto en los artículos 37 de la ley N° 16.618 y 186 del Código de Procedimiento Civil, se confirma la sentencia apelada de 30 de diciembre del año pasado, escrita a fojas 105 y siguientes con declaración de que se regula el régimen de visita en forma provisoria como se indica en el fundamento quinto.

Redacción del Ministro don Gonzalo Cristián Morales.

Gonzalo Morales H., Patricio Martínez ., Eduardo Uribe M.

COMENTARIO

Introducción

La Opinión del niño en el Ordenamiento jurídico chileno: breves referencias

- i) Normativa legal interna extra-convencional: Constitución, Código Civil y la Ley de Menores, N° 16.618.

La Constitución, a propósito del reconocimiento, a todas las personas, del derecho a la igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos (en el artículo 19, n° 3°), dispone que “La ley establecerá siempre las garantías de un racional y justo procedimiento”, si bien en los juicios civiles sobre tuición de un niño tradicionalmente se ha entendido que las partes son sólo las personas mayores de edad que se disputan el cuidado personal, y no el niño sobre el que recaerá la decisión judicial, con lo cual las garantías procesales, como la bilateralidad de la audiencia, se han reconocido sólo a aquellas.

El Código Civil vigente a la época de la resolución del caso¹ establece normas que establecen quién debe hacerse cargo del cuidado personal² de un niño, en caso de separación de sus padres. Por regla general, se entrega a la madre, pero a falta de la madre o en caso de que esté inhabilitada física o moralmente, el cuidado personal corresponde al padre, salvo que también se encuentre inhabilitado física o moralmente. A falta de padre y madre, el Código Civil dispone que el cuidado personal se entregará a otras personas competentes, prefiriendo a los parientes consanguíneos del

¹ La normativa del Código Civil que regula las relaciones de filiación ha sido recientemente modificada en forma sustancial (por una ley promulgada el 13 de octubre de 1998, que entró en vigencia el 27 de Octubre de 1999). Es interesante consignar aquí el nuevo tenor -fruto de esa modificación- del artículo 242, inciso segundo, del Código Civil inspirado en el artículo 12.1 de la Convención: “En todo caso, para adoptar sus resoluciones el juez atenderá, como consideración primordial, al interés superior del hijo, y tendrá debidamente en cuenta sus opiniones, en función de su edad y madurez”.

² Obviando los confusos problemas terminológicos del derecho chileno, en la materia, hablaremos indistintamente de cuidado personal y de tuición, para referirnos al derecho-deber de los padres, o de ciertas personas señaladas por el juez o la ley a falta o en subsidio de aquéllos, de velar directa y personalmente por la crianza y educación de los hijos, lo que regularmente se cumple además morando con ellos.

niño, sobre todo los ascendientes (los abuelos, en la práctica). Ninguna norma del Código Civil vigente al resolverse este caso hacía referencia a la opinión del niño.

Por su parte, la Ley de Menores (ahora, como al resolverse el caso) establece las situaciones en las que se entenderá que la madre o el padre de un niño están en situación de inhabilidad física o mental, dispone que a falta de padres y de otros parientes consanguíneos el cuidado personal de los niños se entregará a uno de los establecimientos especiales que establece la ley, y finalmente, en lo que respecta a la opinión del niño, establece -en el artículo 36- que el Juez, al resolver, “si fuere posible, deberá oír siempre al menor púber³ y al impúber, cuando lo estimare conveniente”.⁴

ii) La Convención, por su parte, en su artículo 12.1 establece que “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniendo en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

Y cuando la Convención se refiere a la separación judicial del niño de su familia, establece, en su artículo 9.1., que los Estados Parte deben velar porque dicha separación no se produzca en contra de la voluntad de los padres, salvo cuando, a reserva de revisión judicial, “las autoridades competentes determinen, en conformidad con la ley y los procedimientos aplicables, que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”.

También pueden tenerse presentes las disposiciones de los artículos 3, 5, 7 y 18 de la Convención.

En Chile se admite ampliamente que las normas de esta Convención, en tanto que reconozcan derechos, tienen rango constitucional específicamente como atributos personales que los órganos del Estado deben respetar y promover, por disposición del artículo 5º, inciso segundo, de la Constitución.⁵

1.2. Jurisprudencia comparada: fallos de la Corte Suprema y el Tribunal de Apelaciones de Familia uruguayos.

Una serie de fallos de los tribunales uruguayos, que resuelven en contra de la opinión expresada por los niños en los respectivos procesos, se refieren a los factores o consideraciones que restan valor a la opinión de éstos, o que prevalecen sobre la misma. Consideramos interesante tener en cuenta esos fallos al discutir sobre el caso chileno analizado en este taller, no necesariamente como un modelo a seguir, sino simplemente como argumentaciones posibles o cursos de acción alternativos hipotéticos, para tener en cuenta en la discusión de este caso.

³ El niño mayor de catorce años y la niña mayor de doce.

⁴ Agregando que “Además de los informes que solicite a los asistentes sociales, podrá requerir informes médicos, psicológicos u otros que estimare necesarios”.

⁵ “...El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y promover tales derechos, garantizados por esta Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentren vigentes”.

- a) En un recurso de casación, sobre un caso en que se contraponen la opinión del niño y la determinación judicial de visitas no consentidas por éste, a su abuela paterna (se trata de un niño que no tiene padre), la Suprema Corte de Justicia de Uruguay (en sentencia Nº 675, del 27 de julio de 1994), aplica la siguiente doctrina:
- i) Si bien **la Convención garantiza que se recoja la opinión del niño en todos los asuntos que le afecten, no impone su opinión como factor excluyente** de otras consideraciones: edad (se trata de un niño de nueve años), la autenticidad de su opinión y la interrelación entre el deseo y el interés propios del niño (el interés del niño no necesariamente coincide con su opinión). El fallo rechaza el recurso (interpuesto en contra de la sentencia que establece visitas no consentidas por el niño).
 - ii) **Es necesario considerar las distorsiones que otras personas provocan en la opinión del niño.** En casos como éste, “frente a la opinión del niño es necesario indagar si tras su negativa, se encuentra un sustento en las actitudes del progenitor al que rechaza, o si la misma está determinada o al menos influida por los sentimientos del rechazo que le son transmitidos por aquél con quien convive” (el fallo, citando a V. Stilerman, “Menores, tenencia, régimen de visitas”, pág. 72 y ss.).
 - iii) **Es favorable al interés del niño que vive con la madre mantener lazos con sus abuelos paternos;** ello será importante para su evolución posterior.
- b) Por su parte, el Tribunal de Apelaciones de Familia de 2º Turno, de Uruguay (en Sentencia nº 34/98, del 11 de marzo), al resolver sobre una apelación, interpuesta por la madre en contra de la sentencia de primera instancia que concede al padre (anteriormente afectado por adicciones y patologías psiquiátricas) la rehabilitación de patria potestad para efectos de acceder **a visitas al hijo, quien manifiesta opinión contraria a relacionarse con su padre** (a quien no conoce), aplica la siguiente doctrina:
- La actitud negativa del menor (de corta edad) a relacionarse con el padre, que aparece como lógica y natural si se tiene en cuenta que no lo conoció y que se fundamenta en la negativa de la madre y en las peculiaridades del entorno social en que actualmente está inserto, “más que un elemento en contra del progreso del vínculo, puede valorarse en sentido de necesidad de éste para un positivo desarrollo, naturalmente en el proceso de control especializado que el caso reclama”. Por ello, la Corte de Apelaciones, confirma la sentencia de primera instancia.
- c) El mismo Tribunal de Apelaciones de Familia de 2º Turno, de Uruguay (en Sentencia nº 12/98, del 4 de febrero), resuelve sobre una apelación, interpuesta por la madre en contra de la sentencia de primera instancia que, desestimando la opinión de la adolescente (de casi 16 años) mantiene la tenencia de la hija común en el hogar del padre y abuela paterna (en el que se encontraba bajo el amparo de un

convenio de tenencia perfeccionado con el consentimiento de la madre). Inicialmente la niña se había mostrado favorable a permanecer con el padre y abuela paterna (junto a otros hermanos suyos); pero después, en una diligencia probatoria de segunda instancia (cuando además ya había fallecido su abuela paterna), se pronuncia a favor de residir con su madre y hermanitas.

El Tribunal, que tiene especialmente en cuenta el principio “rebus sic standibus”, dado que la niña se encuentra radicalmente integrada a ese núcleo desde hace nueve años, decide no hacer caso de la opinión de la adolescente y mantener la custodia en favor del padre, atendiendo al informe de la psicóloga, según el cual “tiene escaso valor lo que ella expresa”, y a lo señalado por la terapeuta de la niña, quien afirma que ésta “tiene una personalidad conflictiva e insegura, a veces agresiva... y con relación a la convivencia con sus padres a veces se ha manifestado en su deseo de cambiar su situación de vida de acuerdo a cómo fuera el trato de cada uno de ellos”.

d) En cambio, el mismo Tribunal de Apelaciones de Familia de 2º Turno (en Sentencia nº 33/98, del 11 de marzo), resolviendo sobre una apelación, interpuesta por la madre en contra de la sentencia de primera instancia que entrega la tenencia de dos de los tres hijos del matrimonio, hace caso de la opinión de una de las hijas (de unos catorce años de edad), que manifiesta su voluntad de establecerse en el hogar paterno. En la fundamentación, el Tribunal de Apelaciones aplica la siguiente doctrina:

i) El principio rector a tener en cuenta en este tipo de causas es el del “interés del menor”, “concepto multifacético para cuya correcta actuación se debe tener en cuenta, primordialmente, que con él estamos apuntando a futuro ya que el secreto del mismo radica en predecir, en base a los hechos, cuál va a ser la solución más adecuada para el futuro del niño, con el único fin de protegerlo y lograr su desarrollo físico, síquico, moral y material, procurando una estabilidad que resulte apta para la formación equilibrada de su personalidad” (citando a Carrión).

ii) Si bien es cierto que el interés del niño, en principio, se ha de interpretar en coincidencia con la tesis de no alterar la situación preexistente, salvo por motivos graves, ello no puede transformarse en una limitante infranqueable para que la situación pueda reverse en favor del menor. La tenencia inicial de la niña en favor de la madre de hecho fue cambiando, por las intervenciones de la propia niña, de modo que actualmente se desarrolla una permanencia mensual de “la interesada” en el núcleo de cada uno de los progenitores.

iii) Considerando que, de acuerdo a los informes periciales, ninguno de los padres se encuentra inhabilitado para el ejercicio de sus roles parentales, “debe especialmente valorarse la intervención de la menor ...(que) resultó la que internalizó de mejor manera el profundo conflicto existente entre los mayores..., verbalizando su deseo manifiesto de residir en el núcleo familiar de su padre y

hermano Ismael” (“...a pesar del alejamiento del compañero de su madre cuya presencia en el grupo familiar de ésta, en un primer momento, aparecía como el obstáculo mayor para una normal integración”); “...las mentadas participaciones de la menor afectada deben entenderse actuando... su propio interés en calidad de sujeto de derecho, a cuyo respecto no es posible determinar apartamientos, habida cuenta que, en lo medular, la expresión de voluntad no se advierte enervada por conflictivas subconscientes no verbalizadas o expresadas”. Como los menores deben ser considerados “sujetos de protección y no objetos de amparo”, debe dárseles “la debida intervención en los procesos judiciales en los cuales se discutan cuestiones que puedan afectar a sus personas”, y debe hacerse un esfuerzo por dar efectividad a sus derechos, lo que en este caso se trata de privilegiar, ponderando, entre otros elementos, la voluntad de la niña y “su derecho a la integración al núcleo que en la actualidad estima más conveniente para lograr un desarrollo pleno”.

El caso a analizar

Se trata de un recurso de apelación interpuesto en un juicio sobre tuición, ante la Corte de Apelaciones de Valparaíso, Chile, por la madre de una niña, en contra de la resolución de primera instancia que niega lugar a la petición (de la madre) de que su hija vuelva bajo su cuidado personal. La niña se encuentra hace años bajo el cuidado personal de su abuela (madre de la demandante), y manifiesta en el juicio de tuición que quiere permanecer con ella. Su madre, para recuperarla, argumenta -en la vista de la apelación- que no debe hacerse caso de la opinión de la niña, dada su inmadurez, y sostiene además, que la permanencia de la niña con su abuela, que profesa la religión de los Testigos de Jehová, hace temer que la niña sea apartada de la religión de su madre -católica-, afectando con ello el derecho a la libertad de religión de la madre. La sentencia confirma el fallo de primera instancia, con fecha 26 de julio de 1996, dejando a la niña, por tanto, al cuidado de su abuela.⁶

Para enriquecer la reflexión sobre el problema del valor de la opinión del niño en decisiones judiciales sobre su custodia, tuición o cuidado personal, tendremos también especialmente en cuenta uno de los casos uruguayos reseñados en la introducción, de modo que bien puede entenderse que el objeto de este taller trasciende del puro análisis del caso chileno.

Doctrina aplicada por el fallo chileno:

- i) Para entregar el cuidado personal de un niño a una persona distinta de la madre, no es necesario que se declare a ésta inhabilitada, como da a entender el Código

⁶ La sentencia de segunda instancia analizada, lamentablemente, no consigna expresamente un dato que podría ser fundamental: la edad de la niña. De todos modos, el caso y sus alternativas, pueden estudiarse imaginando distintos escenarios respecto de la variable “edad”.

Civil. La regulación de la Ley de Menores es más amplia, e interpretada ésta a partir de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, permite entregar el cuidado personal del niño a otra persona cuando el interés superior del niño así lo exige, principio que apunta a la doctrina de la “Providencia, esto es la disposición anticipada o prevención que mira o conduce al logro de un fin, que no es otro que el ulterior bienestar del niño”. Y, precisamente en un caso como éste, la Corte Suprema ha decidido algo parecido, aún sin que exista inhabilidad de la madre, pues consideró que “desarraigar a la niña de todo el entorno familiar y afectivo que tiene con el padre natural demandado, la mujer de éste y sus hijos, sería altamente perturbador para su equilibrio emocional”.

- ii) La consideración de la opinión del niño se rige por lo dispuesto en el artículo 12, nº 1 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, y no por las consideraciones sobre la inmadurez del niño, supuestas por la apelante. Oír al menor es un imperativo normativo para el juez, a partir de lo dispuesto por la Convención y por el claro texto del artículo 36 de la Ley de Menores.
- iii) Respecto de la cuestión sobre la libertad de religión, el punto de partida debe ser el artículo 14, numerales 1, 2 y 3, de la Convención, que es una norma posterior a la del Código Civil, y que asegura “el derecho del niño a la libertad de pensamiento, de conciencia y de religión”, y no el derecho de los padres, como erradamente sostiene la apelante. Además, los derechos de los padres de guiar al niño en el ejercicio de estos derechos, conforme a la evolución de sus facultades, pasan en su caso al guardador (la abuela, en este caso).

Solución adoptada y soluciones alternativas

I. Fuera del destacable reconocimiento de la libertad de conciencia y de religión, como un derecho propio del niño, no sometido a la libertad de conciencia y religión de sus padres, el fallo reviste interés, en primer lugar, debido a una particularidad del derecho local llamado a resolverlo. Habitualmente, de acuerdo con lo dispuesto por el Código Civil chileno (a la época de resolución de este caso), se ha entendido que sólo cabe privar a la madre del cuidado personal de sus hijos menores si ella se encuentra en situación de inhabilidad física o mental. Este fallo -como otros que le antecedieron, en realidad- se distancia de esa regulación, en este caso en favor de la preferencia expresada por la propia niña afectada: esta preferencia es explícitamente el fundamento de la decisión de la Corte, y no una supuesta inhabilidad de la madre; la Corte de Apelaciones, de hecho, declara que la madre no se encuentra inhabilitada para ejercer la tuición.

Tal vez podría celebrarse que este fallo representa una cierta ruptura con una regulación paternalista de la institución del cuidado personal de los niños, en la que la decisión queda entregada a la voluntad de los padres y demás parientes mayores de edad

o a reglas legales que venían a resolver eventuales conflictos entre ellos, regulación que, además, define la “inhabilidad” a partir de unos criterios discriminatorios y moralizantes que suponen juicios de valor negativos de ciertas formas de vida poco tradicionales, y especialmente de la parentalidad de las familias que viven en condiciones de pobreza.

En ese sentido, podría considerarse un avance el reconocimiento de que en la regulación chilena sobre la tuición del niño, antes que (o por lo menos, “junto a”) la voluntad de las personas mayores que rodean al niño y las reglas de prelación algo mecánicas llamadas a suplir el acuerdo voluntario de aquéllas -cuando no se alcanza-, la opinión del niño está llamada a ocupar un rol central en una decisión tan fundamental, relativa a la forma como se va a garantizar un derecho fundamental del mismo. Ello no resuelve, por cierto, todavía, toda la cuestión de cuáles son los criterios para determinar que el niño “está en condiciones de formarse un juicio propio” ni menos para decidir cómo se tiene “debidamente” en cuenta la opinión del niño “en función de su edad y madurez” (art. 12.1 de la Convención).

II. Pero cabe hacerse la pregunta de si acaso esta decisión respeta el artículo 9.1. de la Convención, según el cual los niños no deben ser separados de sus padres en contra de la voluntad de éstos (no de los niños) salvo que ello sea necesario “en el interés superior del niño”.

Podría sostenerse que no, pues precisamente el interés superior de la niña aconseja no desarraigarla, tal como sostuvo el fallo de la Corte Suprema de Chile citado al analizar la doctrina aplicada por la Corte de Apelaciones de Valparaíso. También el Tribunal de Apelaciones uruguayo considera, en un caso (resumido en la letra c del apartado 1.2.), en aplicación del principio “rebus sic standibus”, que la mantención de la niña en el hogar en que se encuentra es lo más conveniente.

Sin embargo, hay una diferencia no despreciable entre el caso chileno analizado y esos otros dos casos (Corte Suprema chilena y Tribunal de Apelaciones uruguayo): en aquél, al decidir la tuición de la niña, a la madre no inhabilitada se prefiere la abuela, mientras que en estos dos casos a la madre no inhabilitada se prefiere el padre.

Y, según parece, los principios regulatorios no son exactamente los mismos, según la Convención.

Es cierto que, en ambos casos, se establece el criterio del “interés superior del niño” (artículos 3.1. y 9.1. de la Convención). También rige para estos casos, por cierto, la obligación de tener en cuenta la opinión del niño (art. 12.1).

Pero la Convención, cuando se trata de separar al niño de ambos padres, exige la existencia de situaciones calificadas, para que se pueda sostener “que tal separación es necesaria en el interés superior del niño”. En efecto, según el artículo 9.1, debe tratarse de situaciones graves, como el maltrato o descuido de los padres.

En cambio, en el mismo artículo y numeral, se hace referencia al caso de separación entre los padres, que hace necesario adoptar una decisión sobre el lugar de residencia del niño (que debe adoptarse en su interés superior), lo que obviamente implica y justifica la separación del niño de uno de los padres, a saber, de aquél a quien no se dará la tuición, sin que en estos casos sea necesario demostrar situaciones calificadas, como el maltrato o descuido por parte de éste.

Entonces, cabe preguntarse si acaso es justificado separar a la niña de su madre, para entregar la tuición de aquella a la abuela, siendo que no se ha demostrado la inhabilidad de la madre; en términos de la Convención, no se ha demostrado una situación equivalente al maltrato o descuido.

Supongamos que debe responderse que ello no es justificado, ¿cambia la respuesta si, como en el caso que decidió la Corte de Apelaciones de Valparaíso, no se trata realmente de separar a la niña de su madre, sino de mantenerla al cuidado de su abuela, dado que ya estaba separada de su madre? El argumento que se refiere a la inconveniencia de evitar el desarraigo de la niña (apoyado en el principio del “rebus sic standibus”), podría hacer relevante a este nuevo dato, si es posible afirmar en el caso concreto que el impacto negativo del desarraigo que sufriría la niña sería equiparable al impacto de una situación de maltrato o de descuido. El dato relativo a los años que la niña lleva separada de su madre, y de la intensidad de los lazos que ha establecido, puede ser de importancia para decidir esa cuestión. Por su parte, el dato adicional de que la niña no quiere sufrir ese desarraigo puede ser determinante.

Pero puede haber casos menos claros. Si en todo caso suponemos, volviendo al principio que parece contener el art. 9.1. de la Convención, que la separación originalmente se produjo contra la voluntad de la madre, porque se consideró que estaba inhabilitada, y ahora en cambio, años después, ya no lo está, ¿habría que volver a la regla general de que, no habiendo razones graves de inconveniencia para su interés superior, la niña no debe ser -o mantenerse- separada de su madre, sin el consentimiento de ésta?

III. Todas esas variables suelen ser tenidas en cuenta cuando, en un juicio sobre tuición de un niño, se busca decidir en su “interés superior”, y su peso específico puede variar según particularidades de la cultura jurídica en la que se inserta la decisión del tribunal.

Ahora bien, frente al peligro de una configuración absolutamente arbitraria de los criterios para decidir “lo que le conviene” al niño, la tesis de que su interés superior no es otra cosa que la vigencia más plena de todos sus derechos fundamentales, representa un avance fundamental y una garantía irrenunciable.⁷

⁷ Tesis formulada, entre nosotros, por Miguel Cillero Bruñol.

Así, podría examinarse, desde la perspectiva de la mejor vigencia de los derechos del niño, si acaso el criterio “de sentido común”, según el cual se supone que al niño no le conviene cambiar su situación para volver a vivir con su madre, si ésta durante años se conformó con que otros parientes (padre, abuela) tuvieran su cuidado personal, es un criterio que maximiza la vigencia de aquéllos derechos. Sólo en caso afirmativo -aunque la respuesta hay que darla en cada caso concreto-, podría afirmarse que esa pre-concepción satisface al criterio del “interés superior del niño”, en su versión más garantista.

Sin embargo, más allá de ello, lo que interesa en relación con los casos analizados, es preguntarnos si acaso frente a esos criterios, aún suponiendo que tengan apoyo en el principio del “interés superior del niño”, la opinión del niño puede tener un valor determinante.

IV. La pregunta pone de manifiesto una tensión potencial (que se da en el caso uruguayo analizado) entre ciertos criterios empleados para la determinación del “interés superior del niño” y la opinión del propio niño. En este sentido puede sostenerse que los criterios conformadores del interés superior del niño, aún cuando se conecten con la idea de la vigencia más plena de sus derechos, tienen una orientación paternalista: en ellos se contiene una versión de lo que le conviene al niño que puede no coincidir con lo que el propio niño cree que le conviene.⁸ Eso no necesariamente es un problema si se cree que precisamente éste es uno de los ámbitos del derecho de infancia en que rige un “paternalismo jurídico justificado”.⁹

Pero ciertamente, las condiciones de la justificación de una decisión paternalista de lo que interesa al niño, en contra de su voluntad, deben encontrarse jurídicamente reguladas, y exigen un esfuerzo del juzgador, pues de lo contrario la exigencia de “tener debidamente en cuenta” la opinión del niño (art. 12.1 de la Convención) se convierte en un mero consejo y no en un principio jurídico vinculante, tal como debe ser entendido en el marco de la Convención.

Entre las condiciones de las que depende la justificación de una decisión en contra de la opinión del niño se encuentran la edad y madurez del niño. Pero también debe tenerse en cuenta la materia, es decir, el derecho del niño, de que se trata. Hay derechos y libertades de la Convención en los que no se hace ninguna referencia al interés superior del niño. Así, por ejemplo, cuando el artículo 15 reconoce a los niños el derecho a la libertad de asociación y de reunión pacífica, no hace referencia a la posibilidad de establecer límites paternalistas al ejercicio de este derecho, de modo que al parecer ninguna autoridad podría prohibir reuniones pacíficas de niños para proteger su “inte-

⁸ Incluso aunque se argumente que, entre los criterios del “interés superior”, junto a los demás derechos hay que incluir también el derecho del niño a que se tenga en cuenta su propia opinión. Pues, aún teniéndola en cuenta, el peso de los demás criterios en el caso concreto puede permitir al juez decidir en contra de lo que el niño opina es lo mejor para él, lo que más le interesa.

⁹ Empleando la expresión de Ernesto Garzón Valdés.

rés superior”; sólo podrá prohibirlas en el interés público o en protección de los derechos de los demás (cfr. Art. 15.2 de la Convención).¹⁰

En relación con decisiones sobre el cuidado personal del niño, cuando se trata de la decisión de si acaso se le debe entregar al padre o a la madre (como el caso uruguayo reseñado en el punto 1.2., letra c), podría operarse sobre la base de los siguientes principios:

- Mientras el niño no esté en condiciones de formarse su propio juicio, y a falta de acuerdo entre los padres, una ley y una jurisprudencia respetuosas de la Convención, que adhieran a una versión garantista del principio del interés superior del niño, tal vez deberían establecer formas compartidas de cuidado personal, que no impacten negativamente en el niño, salvo que en el caso concreto, atendiendo a la edad del niño y a las destrezas y disponibilidad de tiempo del respectivo padre o madre, la permanencia de éste con uno de ellos parezca desventajosa desde el punto de vista de la vigencia de los derechos del niño.¹¹
- Si se trata de un niño que esté en condiciones de formarse su propio juicio, y desde el punto de vista de la vigencia de sus derechos no hay diferencia entre su permanencia con el padre o la madre (es decir, no está en juego su “interés superior”), la voluntad del niño al parecer debiera ser determinante, sin importar si es una voluntad más “inestable” que la de una persona mayor de edad: el niño podría cambiar de idea al cabo de un tiempo, sin que su decisión comprometa todos sus años de vida hasta la mayoría de edad, es una carga que parece excesiva para un niño (y tampoco es justo apartarlo de la decisión). Estas mo-

¹⁰ Otra cosa es que los padres, de acuerdo con el artículo 5 de la Convención, conservan la facultad de orientar y dirigir a los niños en el ejercicio de sus derechos, “en conformidad con la evolución de sus facultades”, de modo que ellos podrían prohibir a un niño de cierta edad, participar en determinadas reuniones, siempre que ello esté justificado desde el punto de vista de un ejercicio más conveniente para el niño, de sus propios derechos; pero para un adolescente de 14 o 15 años, normalmente la “dirección y orientación” en el ejercicio de sus derechos no permitirá una prohibición absoluta, sino otras formas de orientación y oposición parental, más apropiadas a las mayores facultades del niño (por ejemplo hacerle responsable de las consecuencias indeseadas de la participación en la reunión que los padres consideran inconveniente).

¹¹ La ley chilena, sin embargo (antes y después de la modificación de la regulación civil de las relaciones de filiación), dispone expresamente que, en caso de separación, y salvo acuerdo de los padres en contrario o inhabilidad de la madre u otra causa calificada, el cuidado personal de los hijos quedará en poder de la madre. La entrega del cuidado personal, en estos casos, como regla general, sólo a la madre, podría considerarse contraria al principio de la Convención, según el cual ambos padres tienen obligaciones comunes respecto a la crianza y desarrollo del niño (art. 18.1), y contraria a la exigencia de que la decisión acerca de quién cuidará del niño en caso de separación, debe adoptarse atendiendo a su interés superior (art. 9.1): no hay razones para presumir legalmente que el interés superior (en el sentido de promoción y protección de sus derechos) del niño aconseja entregar por regla general el cuidado personal a la madre. Por tanto, si se descarta esa presunción, son los tribunales los que deben examinar si con alguno de los padres se pondría en juego el interés superior del niño, y si no lo está, no podría descartarse un sistema de cuidado personal compartido. La afirmación de que la división del niño en dos hogares familiares es contraria a su bienestar o interés es un lugar común, muchas veces desmentido por la práctica, en la que padres igualmente hábiles y sensibles comparten el cuidado personal o aplican un sistema de visitas que equivale prácticamente a compartirlo. Es posible que en casos concretos sí sea contrario al interés del niño, cosa que deberá probarse en un juicio, con aportación de pruebas, pero no presumirse legalmente.

En 1994, en una acción de inconstitucionalidad, planteada en Costa Rica, por el señor José Eduardo Gutiérrez Rojas, Exp. 1823-S-91.-NO 1975-94.-, se resuelve que la atribución legal de la patria potestad por regla general exclusivamente a la madre (y sólo excepcionalmente a ambos padres), respecto de los hijos extramatrimoniales, es contraria a la Convención, que considera que las obligaciones son comunes para ambos padres y que, en principio, los deberes y los derechos de los padres respecto de los hijos, son inescindibles entre sí, de modo que no puede cargarse al padre sólo con los deberes, negándole los derechos. Más aún, sostiene que los derechos del niño, según la Convención, así como los deberes y derechos de los padres respecto de aquéllos, son los mismos si se trata de filiación matrimonial que si se trata de filiación extramatrimonial, sin perjuicio de que, en caso de reconocimiento unilateral de paternidad (es decir, mediante una declaración del presunto padre, sin consentimiento de la madre, caso en el que no es del todo cierta la paternidad), la disposición legal impugnada es constitucional.

dificaciones en su voluntad no hay por qué enrostrárselas al niño, pues bien pueden ser consecuencia de la falta de armonía con que los padres llevan la cuestión de la relación del niño con ellos dos. Y tampoco parece haber razones que obliguen a una decisión definitiva. Si se trata de evitar entrapar al niño en un ir y venir oscilante, puede pensarse tal vez en plazos mínimos de algunos meses para la permanencia con el padre o madre con que el niño escoja vivir, sin posibilidades de decidir cambiar de situación entretanto, salvo que hayan cambiado condiciones objetivas.

Pero el artículo 12.1 se refiere no sólo a que el niño esté en condiciones de formarse un juicio propio. También se refiere a que la opinión del niño se tendrá en cuenta según su edad y madurez. Esto puede entenderse tal vez, como una regla especial que debe combinarse con la del interés superior del niño, en los casos en que sí puede estar en juego este interés, para permitir al adolescente, cada vez con mayor intensidad a medida que se va haciendo mayor y más maduro, intervenir en la decisión aún en contra de supuestas consideraciones objetivas sobre su interés, siempre que no sean demasiado graves: un adolescente de 15 o 16 años, suficientemente maduro, tal vez puede decidir vivir con una madre que ofrece peores condiciones para la vigencia de sus derechos que el padre, si no se trata de una situación que constituya una amenaza grave a esos derechos. La opinión del niño, entonces, a medida que avanza su edad y madurez permitiría desplazar consideraciones perfeccionistas incluso desde el punto de vista de la “mejor vigencia de sus derechos”, pues el derecho a decidir sobre su propia vida va adquiriendo cada vez más un peso específico mayor.

Ahora bien, si se trata de decidir la eventual separación del niño de ambos padres, o del único con que vive (como en el caso chileno analizado), podría operarse sobre la base de los siguientes principios:

- Mientras el niño no esté en condiciones de formarse un juicio propio, no puede separarse al niño de su padre y/o su madre, salvo que se presenten situaciones de gravedad que hagan necesaria la separación en interés del niño.

Ahora bien, si la separación ya se produjo, pero no se ha consolidado mediante la adopción, porque el padre y/o madre biológicos conservan la intención y posibilidades de volver a hacerse cargo del niño en el futuro, una vez que la situación que provocó la separación se supere, debiera volver a reunirse al niño con ellos. Por tanto, las supuestas desventajas de un desarraigo del niño, difícilmente justificarán, por sí solas, una negativa a devolverlo a un padre o una madre que se encuentran en condiciones de garantizar el desarrollo y protección de los derechos del niño, pues desde la perspectiva del derecho preferente del niño a vivir con sus padres, siempre habrá un principio jurídico que pesará relativamente en contra de

mantener la separación. Sin embargo, en casos particulares, podrá evaluarse si una permanencia ya muy prolongada de un niño en otro hogar, particularmente de otros parientes del niño, en el que no sólo esté muy arraigado, sino que se le facilite además el contacto con el padre o madre de quien está separado (atenuando el inconveniente de la separación), hace cambiar aquella otra valoración. Y ello no tiene que ver con si el padre o madre es inhábil -puesto que no se trata de un castigo para él o ella- sino de si la separación del niño de sus actuales guardadores, y el consiguiente desarraigo y sufrimiento que padecerá, va a afectar su situación y sus derechos de manera grave.

- Ahora bien, si el niño está en condiciones de formarse un juicio propio, y manifiesta su voluntad de vivir con otra persona, particularmente si se trata de un pariente cercano, la consideración del desarraigo (poniéndonos en la hipótesis del caso chileno), unida a la opinión del niño, pueden volverse determinantes. Más aún, incluso si no se da la cuestión del desarraigo, en la hipótesis de que una niña que vive con su madre manifiesta el deseo de vivir con su abuela, parece lícito aplicar el criterio de que, mientras mayor y más madura es, su opinión puede llegar a pesar incluso como para alterar una situación que en principio parece más apropiada a la vigencia de sus derechos (a saber, permanecer con la madre), siempre que no haya otras razones que impliquen una amenaza grave a los mismos; así, seguramente no sería lícito oponerse a la decisión de una adolescente de 14 ó 15 años de vivir con su abuela en lugar de con su madre, si ello no implica riesgos graves para sus derechos (por ejemplo, podría imaginarse que los hay, si la abuela induce a la adolescente a la prostitución o al consumo de drogas).

CASO 2

DERECHO DEL NIÑO A LA LIBERTAD PERSONAL

(CASO ARGENTINO)

SENTENCIA:

C.C. y C.F.
Sala II da.
Reg. N° 11.950

Buenos Aires, 4 de Mayo de 1995.-

Y VISTOS: Y CONSIDERANDO:

Por resolución de fecha 7 de Febrero del corriente, este Tribunal dispuso hacer lugar al recurso de queja interpuesto por O.J.J. -padre de la menor N.J.- y conceder el recurso de apelación deducido a fojas 192 contra el auto interlocutorio de fojas 189 del expediente tutelar.

En aplicación del artículo 454 del Código Procesal Penal de la Nación, O.J.J. en representación de su hija N. y con el patrocinio letrado de los Dres. Gloria Bonatto y Daniel Martínez, manifiesta que la resolución dictada por el Sr. Juez de Primera Instancia -que pretende revertir- y que consiste en no permitir que su hija, dispuesta tutelarmente, cuente con asistencia letrada, afecta el derecho a defensa en juicio, previsto en el artículo 18 de la Constitución Nacional y resulta violatorio del tratado internacional que contiene la "Convención sobre los derechos del Niño", ratificada por nuestro país mediante ley número 23.849.

Por otra parte, con sustento en lo previsto en la regla 11-b de la resolución 45/113 de las Naciones Unidas (reglas mínimas para la protección de los menores privados de libertad) resalta que su descendiente debe ser considerada en tal situación -privada de libertad- pues, la mencionada resolución, determina que así debe entenderse a "...toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permite salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública".

Asimismo, el recurrente resalta, que el artículo 37 inciso d de la ley 23.849 (Convención sobre los Derechos del Niño), establece que "todo niño privado de su libertad tendrá derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica así como derecho a impugnar la legalidad de dicha privación".

Por otra parte, afirma que en la misma línea argumental del a quo, de considerar que N.J. no se encuentra detenida sino que se le impuso un tratamiento médico destinado a lograr su curación, recuerda que la resolución número 46/119 de la Asamblea General de las Naciones Unidas aprueba ciertos principios que se relacionan con la protección de los derechos de los enfermos mentales, entre los cuales, se encuentra el de nombrar abogado defensor.

Planteada así la cuestión, esta Sala tuvo oportunidad de expresar con anterioridad que la “Convención de los Derechos del Niño” fue incorporada, por vía de la ley 23.849, como ley suprema de la Nación (causa 9008, “Marcenal, Esteban L.” del 8-6-93).

Asimismo, el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, al mencionar las atribuciones del Congreso Nacional, establece que la “Convención sobre los Derechos del Niño”, junto con otros tratados y convenciones sobre derechos humanos, poseen jerarquía constitucional y deben considerarse complementarios de los derechos y garantías enunciadas por ellas.

El artículo 9 -inciso primero- de la citada Convención consagra que en toda disposición emanada de autoridad competente y que se relacione con la separación de los niños de sus padres, debe prevalecer “el interés superior del niño” y que durante el procedimiento que se realice para decidir tal cuestión debe ofrecerse “... a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones” (inc. 2do.).

A la luz de tales normas y especialmente teniendo en cuenta la interpretación amplia que debe realizarse sobre el concepto “privación de libertad de un menor” (según la resolución de la Asamblea de las Naciones Unidas 45/113), resulta adecuado acceder a la petición solicitada por el recurrente.

El régimen tuitivo legislado en beneficio del menor por intermedio de las leyes 10.903, 14.394 y 22.276 debe armonizarse con la recepción en nuestro derecho interno de las normas internacionales elaboradas sobre la materia que otorgan al menor mayores garantías.

En otro orden de ideas, acceder a la petición del padre de la incapaz de permitirle contar con asistencia letrada no se vislumbra como tendiente a alterar el rol protagónico que el Juez posee como representante del Patronato Estatal, si, en cambio, se deduce conveniente para colaborar con su función y evitar un innecesario poder coercitivo estatal, que, cualquiera sea su denominación, practica el Estado sobre los menores dispuestos tutelarmente.

Por otra parte, la medida solicitada por el progenitor de la menor, tiende indudablemente a reforzar sus garantías procesales, máxime, en procesos que, como el presente, se omitió cumplir con el traslado a la Asesoría de Menores.

Efectivamente, se advierte que en el incidente tutelar de la menor N.J. y en las actua-

ciones principales el Sr. Juez de Primera Instancia no dio traslado al Sr. Asesor de Menores, de adverso a lo establecido en tal sentido por el Código Procesal Penal de la Nación en su artículo 412, segundo párrafo, previo a resolver sobre la disposición provisoria de la menor.

El artículo 76, tercer párrafo, del mismo cuerpo legal establece que el menor de dieciocho años, imputado de un delito, será representado por sus padres o tutor. Sin embargo, la actuación de los representantes necesarios de los menores no excluye la intervención obligatoria que en todo proceso penal deben practicar las Asesorías de Menores, creadas por el artículo 56 de la ley 24.121 de "Implementación y Organización de la Justicia Penal".

Por otra parte, se advierte a fojas 227 de las actuaciones principales, que el Dr. Daniel Bran informó al Tribunal que la menor N.J. abandonó la "Clínica Claude Bernard" el día 6 de Diciembre del año próximo pasado. Ante el silencio del Sr. Juez de grado sobre el particular, se le hará saber que deberá disponer lo necesario para procurar su paradero y efectivizar la disposición tutelar ordenada en autos.

Por todo lo expuesto, la resolución dictada por el Sr. juez de Primera Instancia en el sentido de denegarle la posibilidad a la menor de contar con asistencia letrada, debe ser modificada.

Por ello, el Tribunal RESUELVE:

- I) REVOCAR el auto de fojas 189 del incidente tutelar de la menor N.J., y, en consecuencia, TENER PRESENTE la designación de los Dres. Gloria Bonatto y Daniel Martínez, como letrados asistentes de la mencionada.
- II) HACER SABER al Sr. Juez de grado que deberá cumplir con lo dispuesto en el artículo 412 del Código Procesal Penal de la Nación y disponer -en el presente incidente tutelar- las medidas pertinentes para efectivizar la disposición tutelar de la menor.

Regístrese y devuélvase sin más trámite, junto con el incidente tutelar y las actuaciones principales.-

Eduardo Luraschi - Horacio Rolando Cattani - Martín Irunzún -

COMENTARIO

Presentación del tema

Los niños, como sujetos de derecho, cuentan por lo menos con los mismos derechos con los que cuentan las personas adultas en un Estado de Derecho. Entre los derechos ocupa un lugar central el derecho a la libertad personal.

Según las reglas del Estado de Derecho, una persona -niño o adulto- puede ser objeto de una intervención estatal coactiva que afecte sus derechos -coerción- y, en particular, que afecte su derecho a la libertad personal, siempre en relación con la comisión

de delitos. Si se trata de coerción personal durante el proceso, será un supuesto de coerción procesal; si tiene lugar después de una sentencia que declara la responsabilidad penal, se tratará de un supuesto de coerción material. La diferencia no está, básicamente, en la calidad de la coerción, sino en los fines que la justifican.¹

Si se trata de una privación de libertad durante el proceso, hay que distinguir los supuestos de detención por flagrancia o detención por orden de autoridad judicial competente, del dictado de una medida cautelar de privación de la libertad. En realidad, sólo excepcionalmente y cuando el titular de la persecución penal haya demostrado que existe peligro de fuga o peligro de entorpecimiento de la investigación, el juez podrá convertir esa detención originaria en una medida cautelar privativa de la libertad, para asegurar los fines de correcta averiguación de la verdad y actuación de la ley penal.

Para las leyes de la situación irregular la privación de la libertad tenía lugar sin distinguir entre imputados de delitos o niños amenazados o violados en sus derechos, y, en el primer caso, sin que se precisara si se trataba de una medida de coerción procesal o material. Esto es, estando confundidas la vía penal con la vía de la protección, toda intervención estatal coactiva -que en la mayoría de los casos consistía en privación de libertad- era realizada sin límite o garantía alguna y con el argumento de que se dictaba para proteger y reeducar al niño objeto de tal intervención. Se trataba de las llamadas medidas tutelares.

Desde el origen de esa concepción existen quienes plantearon la violación de garantías que implicaba. Esto es particularmente claro en la jurisprudencia norteamericana. Así, en 1870, en Illinois, se resolvió favorablemente un recurso de habeas corpus interpuesto a favor de un niño que fue internado en un reformatorio sobre la base de que no contaba con un cuidado parental adecuado y que estaba creciendo en la mendicidad, la ignorancia, la vagancia y el vicio²; y en 1967, en el célebre caso Gault, la Corte Suprema de los Estados Unidos afirmó:

“De este modo, los motivos más elevados y los impulsos más iluminados condujeron a un sistema peculiar para jóvenes desconocido para nuestro derecho en ningún contexto comparable. La base constitucional y teórica de este sistema peculiar, es -por lo menos- discutible. Y, en la práctica, como lo pusimos de manifiesto en el caso Kent, los resultados no han sido enteramente satisfactorios. La historia de la corte juvenil ha demostrado una vez más que la discrecionalidad sin freno aunque benévola y motivada, es con frecuencia un pobre sustituto de los principios y del procedimiento (...).”

“La ausencia de estándares sustantivos no ha significado necesariamente que los niños hayan recibido un tratamiento cuidadoso, compasivo e individualizado. La ausencia de

¹ Cfr. Maier, Julio B.J., *Derecho Procesal Penal, Tomo 1. Fundamentos*, Buenos Aires, Eds. Del Puerto, 2da. ed. 1996, pág. 510 y siguientes.

² *The People ex rel. v. Turner, Sept. T., 1870:280.*

reglas procesales basadas en la Constitución no siempre ha producido procedimientos justos, eficientes y efectivos. Apartarse de los principios establecidos del debido proceso con frecuencia no ha derivado en un procedimiento iluminado, sino en arbitrariedad.(...)”.

“(En este caso) Un niño es acusado de mala conducta. El niño es internado en una institución en la que puede quedar privado de su libertad por años. No tiene consecuencia constitucional alguna -ni significado práctico- que la institución a la que es enviado se llame escuela industrial. El punto es que, por más eufemístico que sea el nombre, un “hogar de recepción”, o una “escuela industrial” para jóvenes, es una institución de confinamiento en la que el niño es encarcelado por mayor o menos tiempo. Su mundo deviene un edificio con paredes blanqueadas, rutina regimentada y horas institucionales ... En lugar de madre y padre y hermanas y hermanos y amigos y compañeros de escuela, su mundo está poblado por guardianes, custodios, y “delincuentes” confinados con él por hechos que van desde desorden a violación y homicidio.

Sobre la base de esto, sería extraordinario si nuestra Constitución no requiriera la regularidad procesal y el ejercicio de cuidado implicado en la frase “debido proceso”. Bajo nuestra Constitución, la condición de ser un muchacho no justifica un simulacro”.³

Por eso, desde los primeros instrumentos internacionales específicos de protección a los derechos de los niños, de los que surge el sistema de protección integral de derechos, se ha establecido:

1. que todas las garantías que son reconocidas a los adultos deben ser reconocidas a los niños;
2. que la protección a los derechos de los niños no se realiza en el ámbito de la justicia, y menos aún, de la justicia penal;
3. que la privación de libertad solo procede respecto de imputados o declarados responsables de la comisión de delitos;
4. que la privación de libertad debe dictarse -en cualquiera de los dos casos, coerción procesal o material- excepcionalmente, por el menor tiempo posible y siempre por tiempo determinado.

Así, en las Reglas Mínimas para la Administración de la Justicia de Menores (Reglas de Beijing) se trata del tema de la privación de libertad como coerción procesal en la Regla # 13, que trata de la prisión preventiva. Allí se establece que:

- “13.1 Solo se aplicará la prisión preventiva como último recurso y durante el plazo más breve posible.
- 13.2 Siempre que sea posible, sea adoptarán medidas sustitutorias de la prisión preventiva, como la supervisión estricta, la asignación a una familia o el traslado a un hogar o a una institución educativa.

³ 387 US. 1.

- 13.3 Los menores que se encuentren en prisión preventiva gozarán de todos los derechos y garantías previstos en las Reglas Mínimas para el Tratamiento de los Reclusos aprobadas por las Naciones Unidas.
- 13.4 Los menores que se encuentren en prisión preventiva estarán separados de los adultos y reclusos en establecimientos distintos o en recintos separados en los establecimientos en que haya detenidos adultos.
- 13.5 Mientras se encuentren bajo custodia, los menores recibirán cuidados, protección y toda la asistencia -social, educacional, profesional, psicológica, médica y física- que requieran, habida cuenta de su edad, sexo y características individuales.”

Además, se establece que:

“ 17.1...b) las restricciones a la libertad personal del menor se impondrán solo tras cuidadoso estudio y se reducirán al mínimo posible; c) Sólo se impondrá la privación de libertad personal en el caso de que el menor sea condenado por un acto grave en el que concurra violencia contra otra persona o por la reincidencia en cometer otros delitos graves y siempre que no haya otra respuesta adecuada...”

En la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño esta garantía es abordada especialmente por el artículo 37 y en general por el artículo 40.

El art. 37 establece:

“Los Estados Partes velarán porque:

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

legalidad de la privación de su libertad ante un tribunal u otra autoridad competente, imparcial e independiente, y a una pronta decisión sobre dicha acción.”

El inc. b) plantea la privación de libertad (a la que llama detención, encarcelamiento o prisión) como medida de último recurso y a ser adoptada por el plazo más breve posible. También establece que nunca podrá tener lugar de manera arbitraria o ilegal. Este inciso permite entonces plantear en los procesos en los que se encuentren involucrados niños privados de la libertad algunas preguntas fundamentales:

- En este proceso, ¿la adopción de la medida de privación de la libertad ha sido el último recurso? ¿se han agotado otras medidas antes de decidir la aplicación del internamiento?
- En este proceso, ¿el tiempo que lleva el niño privado de su libertad puede considerarse el más breve que procede, teniendo en cuenta que la noción de brevedad, en la vida de un niño, tiene un significado diferente que en la vida de un adulto?
- En este proceso, ¿la privación de la libertad del niño ha sido realizada de conformidad a la ley -a una ley obviamente válida, no en el sentido de validez formal o mera existencia sino en el sentido de la coherencia de sus significados con la constitución-?
- En este proceso, ¿la privación de la libertad del niño ha tenido lugar de manera arbitraria? ¿Cómo ha fundamentado el juez la adopción de esta medida?

El inc. d) es también muy claro en este sentido, ya que garantiza a todo niño privado de su libertad tres derechos: el de contar con asistencia jurídica y otra asistencia adecuada -nótese que dice y no, o/u-; el de impugnar la legalidad de su detención ante un tribunal u otra autoridad competente; y el de que esa acción sea resuelta rápidamente.

Podría quizás alguien inmerso en la lógica de la situación irregular sostener por ejemplo que un niño inimputable, esto es, menor de dieciseis años o un niño víctima, o que haya sido sobreseído o absuelto o sobre el que no haya existido una imputación penal, pero que en cualquiera de esos casos haya sido dispuesto e internado en una institución por su situación, esto es, por encontrarse en estado de peligro o riesgo moral o material, no se encuentra privado de la libertad; y que, por lo tanto, estos artículos no son aplicables al caso, ya que la internación es una medida de protección. Tal posición no tendría ya sustento alguno. Por un lado, hace décadas que la doctrina penal sostiene que las penas y las medidas, si bien pueden ser diferenciadas a nivel teórico y mediante los discursos que las justifican, cumplen en la práctica el mismo papel y tienen, de hecho, la misma

⁴ Cfr. Muñoz Conde, Francisco, *Derecho Penal y Control Social*, Fundación Universitaria de Jerez, Jerez, 1985, pág. 59. En la doctrina nacional, Zaffaroni, Eugenio Raúl, *Tratado de Derecho Penal: Parte General*, Ediar, Buenos Aires, 1982.

finalidad y contenidos.⁴ Por otro lado, la doctrina de la protección integral ha superado definitivamente esa discusión con la aprobación por la Asamblea General de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad. Así, la regla 11 b) establece que “por privación de libertad se entiende toda forma de detención o encarcelamiento, así como el internamiento en un establecimiento público o privado del que no se permita salir al menor por su propia voluntad, por orden de cualquier autoridad judicial, administrativa u otra autoridad pública.”

El art. 40 establece en lo pertinente que:

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

l) que se lo presumirá inocente mientras no se pruebe su culpabilidad conforme a la ley;

4. Se dispondrá de diversas medidas ... así como otras posibilidades alternativas a la internación en instituciones.”

El caso (C.C. y C. F., Sala Ilda., Reg. 11.950)

El padre de una adolescente dispuesta tutelarmente interpone recurso de apelación contra la decisión que resuelve no permitir que su hija cuente con asistencia letrada. El recurso es rechazado por el Juzgado Federal de 1ra. Instancia, por lo que el padre recurre en queja ante la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Criminal y Correccional Federal, donde se admite la queja y se concede el recurso de apelación.

El padre, con patrocinio letrado, argumenta que la decisión impugnada afecta el derecho de defensa en juicio, reconocido por el art. 18 de la Constitución Nacional y que viola la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, ratificada por la República Argentina.

El razonamiento del padre es el siguiente. Sostiene que debe considerarse que su hija se encuentra privada de libertad, según la definición de la Regla # 11 b) de las Reglas de las Naciones Unidas para la Protección de los Menores Privados de Libertad. Por lo tanto, en función del art. 37 de la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, su hija tiene derecho a un pronto acceso a la asistencia jurídica así como a impugnar la legalidad de su privación de libertad. Para el caso de que no se considerara que su hija se encuentra detenida sino en tratamiento, recuerda las normas de las Naciones Unidas para la protección de los derechos de los enfermos mentales (resolución Nº 46/119 de la Asamblea general de la O.N.U.), entre las que se encuentra el derecho de nombrar abogado defensor.

La solución del caso

Relato de la solución del caso

La Sala de la Cámara argumenta, en primer lugar, que ya ha sostenido con anterioridad que la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño fue incorporada como ley suprema de la Nación (Causa 9.008 del 8/6/93).

En segundo lugar, afirma que la mencionada Convención, junto con otros tratados y convenciones sobre derechos humanos, posee jerarquía constitucional y debe considerarse complementaria de los derechos y garantías constitucionales, de conformidad con el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

En tercer lugar, argumenta sobre la base del art. 9 de la Convención en cuestión, que establece que en toda disposición emanada de autoridad competente y que se relacione con la separación del niño de sus padres, debe prevalecer el interés superior del niño; y que durante el procedimiento que se realice para decidir tal cuestión debe ofrecerse a todas las partes interesadas la oportunidad de participar en él y de dar a conocer sus opiniones.

Por lo tanto, y sobre la base también de la interpretación amplia que debe hacerse del concepto de privación de libertad según las Reglas 45/113 de las Naciones Unidas, la Sala concluye que debe accederse a lo peticionado.

Ahora bien, a partir de reconocer la legitimidad del reclamo del padre de la niña tutelada, la Sala desarrolla una serie de argumentos sobre la base de las leyes de Patronato de Menores # 10.903,14.394, y del Régimen Penal de la Minoridad # 22.278/22.803.

La Sala considera que el régimen tuitivo legislado en beneficio del “menor” debe ser armonizado con las normas internacionales que otorgan al “menor” mayores garantías.

En este punto es importante transcribir el párrafo en el que la Sala resuelve el conflicto entre los dos sistemas (el de la situación irregular y el de la protección integral):

“En otro orden de ideas, acceder a la petición del padre de la incapaz de permitirle contar con asistencia letrada no se vislumbra como tendiente a alterar el rol protagónico que el Juez posee como representante del Patronato Estatal, sí, en cambio, se deduce conveniente para colaborar con su función y evitar un innecesario poder coercitivo estatal, que, cualquiera sea su denominación, practica el Estado sobre los menores dispuestos tutelarmente”.

Otro argumento similar al anterior es el de la justificación del reconocimiento al pedido del padre de la niña como refuerzo de las garantías procesales de esta última, porque, en este caso, no se cumplió con el traslado al Asesor de Menores (la Sala dedica tres párrafos a este tema).

Por todo ello la Sala resuelve revocar la decisión del juez de primera instancia y *tener presente* la designación de los abogados como letrados asistentes de la niña (las cursivas son propias); así como hacer saber al juez de grado que deberá dar cumplimiento al artículo 412 del Código Procesal Penal de la Nación que dispone sobre la presencia obligatoria del Asesor de Menores en este tipo de procesos.

Planteo de preguntas

¿Qué solución habría dado la Cámara de haber intervenido el Asesor de Menores?

¿Cómo habría intervenido el Asesor de Menores?

¿Es asimilable la función del Asesor de Menores a la del abogado defensor?

¿Qué alcance tiene la decisión de tener presente la designación de los abogados defensores?

¿Es posible compatibilizar las leyes # 10.903 y 22.278/22.803 con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño?

¿Existen otros argumentos para apoyar la solicitud del padre?

¿Cómo debe interpretarse el interés superior del niño en el marco de la protección integral de los derechos?

CASO 3

DETERMINACIÓN DE MEDIDAS O SANCIONES: ROL DE LAS CIRCUNSTANCIAS PERSONALES, FAMILIARES Y SOCIALES VS. PRINCIPIO DE NO-DISCRIMINACIÓN

(CASO URUGUAYO)

SENTENCIA:

Nº 3.- MINISTRO REDACTOR: Dr. Juan P. Tobía Fernández
Montevideo, 19 de Febrero de 1997.

VISTOS:

Para definitiva de segunda instancia estos autos caratulados “R. A., C. U.; Menor infractor”, ficha Nº. 293/1996, venidos a conocimiento de la Sede en mérito al recurso de apelación interpuesto por la Defensa de Oficio del afectado contra la sentencia Nº 113 de fecha 16 de Setiembre de 1996, provenientes del Jdo. Ltda. De Menores de 2do. Turno,

RESULTANDO:

I) Que por la referida decisión (fs. 235-239), a cuya relación de antecedentes corresponde remitirse por ajustarse a las resultancias de la tramitación, se declaró al menor C. U., R. A. autor inimputable de tres delitos de homicidio agravados en régimen de reiteración real, imponiéndosele como medida educativa a partir del auto de disposición el término de cinco (5) años, seis (6) meses y once (11) días de internación con medidas de seguridad, en establecimiento adecuado de Iname, sin perjuicio de su revisión si su reinserción y rehabilitación lo ameritare (casi sic, fs.239 vto).

II) Que contra la indicada se agravó el señor Defensor de Oficio actuante (fs. 244-245), expresando, en lo concreto y sintéticamente, que en los criterios generales de la materia, que pulcra y profundamente analiza y particulariza, y en el entendido de que el objetivo de las medidas educativas es la rehabilitación y no la privación de libertad del menor, sin perjuicio de anotar los inconvenientes de ésta, y habida cuenta, por demás, las características de personalidad de aquél y especialidades de situación de inserción social, no puede concluirse en que el tratamiento rehabilitatorio adecuado importe una

privación de libertad tan larga como la establecida en la decisión apelada.

Solicita, en definitiva y en lo concreto, se revoque la sentencia impugnada en el extremo preciso del agravio y en su mérito, se disponga un plazo de internación con medidas de seguridad no superior a la mitad del término establecido en aquella.

III) Del recurso interpuesto se confirió legal traslado y al evacuarlo (fs. 245 vto., 246-247), abogó el Representante del Ministerio Público convocado por el mantenimiento integral de la apelada en las fundamentaciones desarrolladas.

IV) Se franqueó la correspondiente alzada, recibidos los autos en la Sede, se dio nueva intervención al Ministerio Público en forma innecesaria, se dispuso para el pasaje a estudio del caso y, finalmente, se acordó el dictado de decisión anticipada (fs. 247, 250, etc; arts. 200, 344.2 y conc. CGP).

CONSIDERANDO:

La Sala tiene reiteradamente admitido (sent. Nos. 214/94; 116,129/95, etc.), que el proceso de menores resulta conformado según una estructura contradictoria con la especialidad, principal, de que la totalidad de los sujetos intervinientes deben de tomar en cuenta el superior interés del menor, y en tal sentido, entonces, el objetivo y/o finalidad de éste se dirige no a imponer sanciones sino a procurar la readaptación del menor a la vida social propendiendo al desarrollo de un tratamiento terapéutico con intención de obtener, en definitiva, una solución de profilaxis a las faltas o delitos que los menores pudieren cometer, debiéndose admitir, por consecuencia, que el derecho de menores se orienta a la protección del menor afectado y, a la vez, debe de cumplir un importante papel en el proceso educativo y de formación de la personalidad de éste de manera de asegurar el necesario proceso de maduración moral y de socialización esclareciéndole que, como individuo, debe de asumir la responsabilidad que le corresponde por sus actos agresores, razón por la cual, corresponde combinar la protección con medidas correctivas que nada tienen que ver con la represión y, menos aún, con la expiación del hecho cometido.

Por consecuencia, entonces, se impone la necesaria conclusión de que lo verdaderamente importante y/o trascendente para decidir en materia de medidas educativas (provisionales o definitivas) es la consideración de la situación integral (familiar, de personalidad, etc.) del menor infractor, y no, meramente, sobre la posible gravedad objetiva de las conductas antijurídicas acreditadas, con lo cual, debe de habilitarse el entendimiento, de que las medidas de privación de libertad deben de utilizarse como últimos recursos en ausencia de posible utilitaria aplicación de medidas alternativas diferenciales (arts. 119 y sgtes. Del C. Del N.; 40 y conc. Convención sobre los Derechos del Niño (ley N° 16.137 del 28/IX/1990); 17 y conc. Reglas de Beijing; 25 y conc. Ley n° 16.707 y demás disposiciones aplicables; sent. cit., etc.).

Por lo tanto, en aplicación de los criterios rectores de mención, deberá analizarse la situación comprometida sub-lite.

En cuanto a la gravedad de las conductas antijurídicas desarrolladas por el afectado, no resultan posibles mayores comentarios, habida cuenta de la secuencia fáctica y calificación jurídica determinadas en la recurrida (fs. 235-239), y contenidos de los agravios articulados (fs. 244-245), que delimitan precisamente el objeto de la alzada, razón por la cual aquellos extremos deben de considerarse en contenidos de cosa juzgada parcial (arts. 257 y conc. CGP).

El menor involucrado, nacido con fecha 20/09/1978 (fs. 59), resultó detenido el 7/3/1996 (fs. 13-16, etc.), en relación con los hechos mencionados, cometidos al encontrarse fugado de dependencias del Iname desde el 24/12/1995 por participación en conductas antijurídicas similares, y se encuentra internado, por los hechos ventilados en los procedimientos, en dependencias del referido Instituto bajo el régimen de medidas de seguridad desde el 9/3/1996 (fs. 60, 104-105, 110-111, 118-119, etc.).

Por demás, debe de tenerse presente, de conformidad con los informes periciales rendidos y restantes probanzas incorporadas, que se trata de un menor proveniente de un núcleo familiar desintegrado, que padeció en su oportunidad de caracteres de menor abandonado, cursando episodios de drogadicción, con escaso rendimiento escolar por problemas conductuales, con inserción social deficitaria sin aplicación a tareas laborales, con personalidad en la que no se evidenciaron gestos o sentimientos de culpa o arrepentimiento por las conductas destacadas, frecuentes episodios de agresión y, por otra parte, con identificación en modelos adultos de tipo transgresor (fs. 112, 113, 213, 215-216, 217-218, 231, 240, etc.), circunstancias contextuales que aconsejaban la medida de internación inicialmente adoptada (fs. 118-119, etc.).

Ahora bien, en los contenidos relevados, con la valoración correspondiente de la información pericial recogida (arts. 140, 184 y conc. CGP), en la ausencia de extremos que posibiliten un frontal apartamiento de las conclusiones de aquella, y, en lo fundamental, ponderadas las finalidades del proceso especial comprometido, estima la Sala que los agravios articulados no resultan de recibo, en cuanto postulación de abatimiento de las medidas educativas aplicadas y por los fundamentos movilizados.

En efecto, de acuerdo a los contenidos periciales multicitados y restantes probanzas integradas, en la actualidad no puede dudarse de que debe mantenerse la situación de discriminación del afectado con relación a su núcleo familiar habitual y demás componentes del entorno social, de forma tal de habilitar, plenamente, su proceso de maduración social y de resocialización posibilitándose, entonces, un adecuado y estructurado desarrollo integral de su personalidad.

Razón por la cual, la solución de internación se revela como absolutamente necesaria en la etapa en ausencia de posibilidades de actuación de medidas alternativas diferen-

ciales de conformidad con la concurrente desintegración del núcleo familiar propio y de otros familiares y alejamiento y desinterés de la madre del interesado, y por demás, necesidad de apoyo psicológico y terapéutico (fs. 229, 242, etc.), que en otras condiciones, razonablemente, no se advierte como podría ser efectivizado.

Cierto es, que las medidas adoptadas, pretenden situarse en los máximos legalmente habilitados (arts. 92, 94, 95 y conc. CP; 119 y conc. C del N.), pero si se advierte que las dispuestas, como no podía ser de otra manera, resultaron igualmente sometidas al principio del “rebus sic stantibus” de impostergable actuación en la materia, en tanto, su mantenimiento o su cese (total o parcial), al igual que el mecanismo de cumplimiento del régimen de internación resultan elementos a ponderar en el futuro de conformidad con las opiniones de los técnicos actuantes en punto a la evolución de personalidad del afectado y avances en el proceso de readaptación social y reeducación que se pretende, no puede entenderse configurada *sui-iuris* una solución de fractura de los principios de proporcionalidad y de valoración integral de la personalidad del menor infractor, en tanto, y en lo sustancial, se propende a la consolidación de un sistema educativo-tutelar amplio comprometiendo a los órganos especializados del Estado para el desempeño integral de sus cometidos, en la finalidad del logro de los objetivos últimos de este proceso especial cuya verificación, en la etapa, no puede ser objeto de especial “acertamiento” en punto a su duración o temporalidad, es decir que, en lo concreto, debe habilitarse un sistema reeducativo integral que no admite ser acotado en la etapa en la insuficiencia del tratamiento de apoyo desarrollado y ausencia de opiniones periciales que posibilitaran una solución diferencial en punto a su necesaria duración.

Sin embargo, debe precisarse, que la solución de la recurrida de computar el plazo de las medidas de seguridad educativas habilitadas a partir de la fecha del dictado de auto de disposición que dio inicio al proceso de menores culminando la fase indagatoria preliminar (Nº. 768 del 9/3/1996, fs. 118-119), no puede entenderse de recibo habida cuenta que supone, en lo concreto, no valoración de la situación de afectación del menor, con privación de su libertad ambulatoria, desarrollada desde la primera intervención jurisdiccional, y en tal sentido, entonces, la considerada deberá de ser revocada en el extremo de mención para disponer el inicio del cómputo correspondiente al partir de la fecha de detención del mencionado (7/3/1996, fs. 13, 16, etc.).

Con lo cual, el mecanismo de medidas educativas a imponerse deberá concretarse no ya en consideración del acceso del infractor a la edad de 23 años con inicio de cómputo al partir del dictado del auto de disposición, como se pretendió consolidar por la sentenciante *a-quo*, sino, en cambio, por estricta observancia del criterio de legalidad de aplicación en la materia (arts. 113, 119, 124 y conc. C. Del N.; 92, 95 y conc. CP; 40 y conc. Conv. Int. Der. Del Niño; 17 y conc. Reglas de Beijing y restantes disposiciones aplicables), computando el término de internación determinado en la decisión apelada (5 años, seis meses y 11 días), en las posibilidades indudables de revisión según los parámetros

relacionados supra, al partir de la fecha de detención del afectado (7/3/1996, fs. 13-16, etc.), con sus consecuencias en punto al cese del máximo de duración posible.

Por los fundamentos expuestos, disposiciones enunciadas y aplicables, el Tribunal FALLA:

Confirmando la sentencia apelada salvo en cuanto dice relación con el inicio de cómputo de las medidas de seguridad educativas habilitadas en cuya parte se la revoca y en su mérito, determinando que éstas deben de ser computadas al partir de la fecha de detención del mencionado (7/3/1996), en los lineamientos relacionados supra.

Oportunamente, devuélvanse.

Elsa Viña Guillén de Prigue; Juan Tobía Fernández; Elías Piatniza Altman; Dinorah Bassini Pigoll.

COMENTARIO:

Introducción

Justicia de infancia y no-discriminación, en el ordenamiento jurídico uruguayo.

I. En primer lugar, debe tenerse presente los siguientes artículos de la Constitución de la República:

El Artículo 7, según el cual, los habitantes de la República tienen derecho a ser protegidos en el goce de su vida, honor, libertad, seguridad, trabajo y propiedad. Nadie puede ser privado de estos derechos sino conforme a las leyes que se establecieron por razones de interés general.

El Artículo 8, que establece el principio de que todas las personas son iguales ante la ley, no reconociéndose otra distinción entre ellas sino la de los talentos o las virtudes.

El artículo 43, que dispone que la Ley procurará que la delincuencia infantil esté sometida a un régimen especial.

II. En seguida, del Código del Niño de 1934 (aún vigente, aunque modificado parcialmente por la Ley de Seguridad Ciudadana, dictada con posterioridad a la Convención) deben mencionarse las siguientes disposiciones:

El artículo 113, que establece la competencia del Juez Letrado de menores, para:

- a) Instruir las causas por acciones u omisiones castigadas por la ley penal que sean imputadas a menores de 18 años de edad y dictar las resoluciones respectivas en la forma establecida en esta ley.

...

- c) Recluir en los establecimientos destinados a este objeto a los menores que observen mala conducta cuando los padres, tutores o guardadores lo soliciten.

...

- f) Ejecutar las medidas de seguridad que disponga la justicia competente a efectos de lograr la rehabilitación y educación de los menores infractores.

El artículo 119, que regula algunos aspectos de la competencia del Juez Letrado de Menores respecto de los delitos imputados a personas menores de 18 años, dispone que estas personas serán puestas a disposición de dicho juez, quien, previa la investigación sumaria del caso (proveyendo al imputado de defensor), dictará sentencia sometiénolos al régimen de vigilancia y protección de acuerdo con las disposiciones de esta ley, régimen que podrá prolongarse hasta los 23 años.

El artículo 124, enuncia las alternativas de que dispone el juez al decidir qué hacer con el menor: colocar al menor en el propio hogar de sus padres o guardadores, o confiar la guarda del menor a otros parientes o extraños, en ambos casos con o sin vigilancia especial; imponer arrestos escolares; disponer la internación en establecimientos del INAME o en otros públicos o particulares; destinar menores al servicio del Ejército o de la Marina, cuando aquéllos tengan condiciones y vocación para la carrera militar y, en casos especiales, tratándose de menores de más de 18 años de edad, destinarlos al servicio militar, como medida disciplinaria sin fijación de término y bajo la vigilancia del INAME.

III. Por lo que respecta a la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, deben tenerse presente los artículos 2 (ambos párrafos); 37, letra b); y 40, párrafos 1 y 4.

El caso a analizar

Se trata de una apelación, interpuesta ante el Tribunal de Apelaciones de Familia de 2º Turno, Uruguay (Sentencia nº 3/97, del 19 de Febrero), por la defensa de oficio de un adolescente, en contra de la resolución de primera instancia que, considerándolo autor inimputable de tres delitos de homicidio, le impuso como medida educativa, la internación con medidas de seguridad, por un término de cinco años, seis meses y once días (hasta los 23 años de edad, que es el máximo permitido por el Código del Niño), sin perjuicio de su revisión si su reinserción y rehabilitación lo ameritare. El fallo de segunda instancia confirma la sentencia apelada, destacando en la fundamentación una serie de aspectos relativos a las circunstancias personales, familiares y sociales del adolescente, y explicitando una determinada doctrina acerca del valor de este tipo de circunstancias en la determinación de la medida para adolescentes infractores de ley penal.

Doctrina aplicada:

- i) El proceso de menores “se dirige no a imponer sanciones sino a procurar la readaptación del menor a la vida social, propendiendo al desarrollo de un tratamiento terapéutico con intención de obtener, en definitiva, una solución de profilaxis a las faltas o delitos que los menores pudieren cometer el derecho de menores se orienta a la protección del menor afectado y, a la vez, debe cumplir

un importante papel en el proceso educativo y de formación de la personalidad de éste de manera de asegurar el necesario proceso de maduración moral y de socialización esclareciéndole que, como individuo, debe asumir la responsabilidad que le corresponde por sus actos agresores, razón por la cual, corresponde combinar la protección con medidas correctivas que nada tienen que ver con la represión y, menos aún, con la expiación del hecho cometido”.

- ii) En consecuencia, “lo verdaderamente importante y/o trascendente para decidir en materia de medidas educativas (provisionales o definitivas) es la consideración de la situación integral (familiar, de personalidad, etc.) del menor infractor, y no meramente, sobre la posible gravedad objetiva de las conductas antijurídicas acreditadas, con lo cual, debe de habilitarse el entendimiento, de que las medidas de privación de libertad deben de utilizarse como últimos recursos en ausencia de posible utilitaria aplicación de medidas alternativas diferenciales”.
- iii) Los antecedentes individuales, familiares y sociales del menor (núcleo familiar desintegrado, abandono, episodios de drogadicción, fracaso escolar por problemas conductuales, falta de actividad laboral, falta de sentimientos de culpa o arrepentimiento, frecuentes episodios de agresión, identificación con modelos adultos de tipo transgresor) aconsejan la medida de internación inicialmente adoptada. Esta discriminación en base a su situación familiar y entorno social del niño, debe mantenerse “de tal forma de habilitar, plenamente, su proceso de maduración social y de resocialización posibilitándose entonces, un adecuado y estructurado desarrollo integral de su personalidad”, **siendo inaplicables medidas alternativas diferenciales “de conformidad con la concurrente desintegración del núcleo familiar propio y de otros familiares y alejamiento y desinterés de la madre del interesado, y por demás, necesidad de apoyo psicológico y terapéutico... que, en otras condiciones, razonablemente, no se advierte cómo podría ser efectivizado”**.
- iv) La medida de internación, aunque situada en los máximos legales habilitados (hasta cumplimiento de los 23 años de edad), está sometida al principio “rebus sic standibus” “en tanto, su mantenimiento o su cese (total o parcial), al igual que el mecanismo de cumplimiento del régimen de internación resultan elementos **a ponderar en el futuro de conformidad con las opiniones de los técnicos actuantes en punto a la evolución de la personalidad del afectado y avances en el proceso de readaptación social y reeducación que se pretende**”.

Solución adoptada y soluciones alternativas

I. La sentencia destaca que la finalidad de las medidas, más que sancionar al adolescente, es la readaptación y profilaxis delictual, mediante un tratamiento responsabilizador, que va unido a una dimensión de protección del mismo adolescente. Como consecuen-

cia de ello, prosigue la sentencia, para decidir qué “medidas educativas” aplicar (así las llama) no debe considerarse la mera gravedad objetiva, sino especialmente la situación integral del adolescente, incluyendo tanto su personalidad como su situación familiar, que es “lo verdaderamente importante y/o trascendente” para adoptar tal decisión.

Así, en el caso concreto, la internación (privación de libertad) hasta por cinco años, seis meses y once días, no viene decidida fundamentalmente por el hecho de que el adolescente haya cometido tres homicidios, sino porque así lo aconsejan los antecedentes individuales, familiares y sociales del menor (núcleo familiar desintegrado, abandono, episodios de drogadicción, fracaso escolar por problemas conductuales, falta de actividad laboral, falta de sentimientos de culpa o arrepentimiento, frecuentes episodios de agresión, identificación con modelos adultos de tipo transgresor).

La inaplicabilidad de medidas alternativas, entonces, no se debe a la gravedad objetiva de los delitos cometidos, explica finalmente la sentencia, sino que viene impuesta “de conformidad con la concurrente desintegración del núcleo familiar propio y de otros familiares y alejamiento y desinterés de la madre del interesado, y por demás, necesidad de apoyo psicológico y terapéutico...que, en otras condiciones, razonablemente, no se advierte cómo podría ser efectivizado”.

II. Desde el punto de vista de la Convención, frente a este tipo de argumentación tal vez podrían surgir objeciones a partir del principio de no-discriminación (...arbitraria). Las mismas objeciones podrían plantearse, tal vez, desde la propia Constitución de la República (de Uruguay) a partir del principio de igualdad ante la ley (que corresponde a un nivel determinado del principio de no-discriminación).

Según el artículo 2.1 de la Convención, los Estados Partes deben respetar los derechos enunciados en ella y asegurar su aplicación a cada niño “sin distinción alguna, independientemente de... cualquier otra condición del niño, de sus padres o de sus representantes legales”. En el párrafo segundo del mismo artículo 2, se dispone que “Los Estados Partes tomarán todas las medidas apropiadas para asegurar que el niño sea protegido contra toda forma de discriminación o castigo por causa de la condición, las actividades, las opiniones expresadas o las creencias de sus padres, de sus tutores o de sus familias”.

Pues bien, si la argumentación del Tribunal de Apelaciones fuese objetable desde el punto de vista del principio de no-discriminación (artículo 2 de la Convención, recién citado), ¿respecto de qué derecho concretamente estaría siendo lesionado ese principio, en el caso analizado? Podría sostenerse que la discriminación (arbitraria) se produce en relación con un derecho reconocido en el artículo 37, letra b, de la Convención, que dispone que “Ningún niño será privado de su libertad ilegal o arbitrariamente” y que luego añade que “La detención, encarcelamiento o la prisión de un niño se llevará a cabo de conformidad con la ley y se utilizará tan sólo como medida de último recurso y durante el período más breve que proceda”.

Entonces, relacionando esta disposición -que garantiza que la prisión sea el último recurso y por el período más breve posible- con aquella que exige al Estado velar por que al niño no se le discrimine en la aplicación de los derechos por causa de cualquier condición del niño o de sus padres, podría pensarse que la aplicación -en el caso analizado- del máximo de privación de libertad legalmente posible, precisamente a causa de “desintegración del núcleo familiar propio y de otros familiares y alejamiento y desinterés de la madre del interesado”, junto a la necesidad de apoyo psicológico y terapéutico del adolescente (por episodios de drogadicción, fracaso escolar, agresividad, etc.), es una medida que incurre en discriminación arbitraria, en el sentido del artículo 2 de la Convención.

III. Frente a ello podría objetarse, tal vez, que el principio de no discriminación, de acuerdo con lo señalado en el artículo 2.1 se refiere a la aplicación de “los derechos enunciados en la presente Convención”, y que el artículo 37 b) de ésta, no “enuncia el derecho”, sino que establece una prohibición y un deber al Estado Parte (el deber de aplicar la privación de libertad sólo como último recurso).

Pero parece que esa objeción pecaría de formalismo, pues bien puede entenderse, en una lectura sistemática de la Convención, que este tipo de prescripciones hechas al Estado, tienen como contrapartida, un derecho del niño. Además, como se vio, el propio principio de no-discriminación viene reiterado, con otra expresión, en el párrafo segundo del artículo 2, como un deber de los Estados: ellos deben tomar todas las medidas para asegurar que el niño sea protegido contra toda forma de discriminación (entre otras) “por causa de la condición... de sus padres... o de sus familias”. Y todo parece indicar que, de acuerdo con el artículo 4, que consagra el principio de efectividad de los derechos de la Convención, cuando se habla del Estado, debe entenderse que la Convención se refiere a todos las funciones o poderes públicos, incluida la función jurisdiccional, que también queda obligada por tanto, a proteger al niño contra toda forma de discriminación arbitraria basada en su condición o la de sus padres (o su familia, en general).

IV. En base a ello, podría sostenerse que la Convención proscribe los llamados sistemas de “derecho penal de autor” (e incluso -podría parafrasearse- los sistemas de derecho penal “de familia”): aquéllos que basan la respuesta sancionatoria fundamentalmente en las características personales del infractor, especialmente aquéllas características que, desde el punto de vista de los operadores del sistema de justicia, permitirían calificar al infractor como un individuo peligroso, poseedor de un “status de delincuente”, como si esto fuera una condición ontológica, natural, de ciertas personas, de ciertas familias. A este derecho penal “de autor” se opone, en cambio un derecho penal “de acto”, en el que la sanción se impone fundamentalmente en atención a la gravedad de la infracción (objetiva y subjetivamente).

La objeción de que aquí no nos encontramos frente a un derecho penal, porque el objetivo es la educación del niño, se podría responder fácilmente si nos atenemos (como propone Zaffaroni¹) a una definición “ontológica” de la pena (qué es la pena) y no a una “teleológica” (qué finalidades se proponen las penas). Pues entonces, no importa tanto si las agencias de control social de la infancia se proponen castigarla o educarla con las medidas que les aplican como consecuencia de sus infracciones, sino lo que importa es si acaso esas medidas se acercan o no a lo que la pena es. Y a partir de una observación de los sistemas penales, se podría concluir que la pena consiste fundamentalmente en la privación de derechos, especialmente privación de libertad (actual o potencial), impuesta por autoridades públicas como consecuencia de la infracción de normas jurídicas (o sociales, incluso). Con ello, no cabría duda de que la medida impuesta por la justicia uruguaya, en el caso analizado, es (“ontológicamente”) una pena, y que debe someterse a las garantías a las que las personas tienen derecho cuando se les aplica el sistema penal, entre ellas, la proscripción del derecho penal de autor.

V. Sin embargo, frente a la afirmación de que la Convención proscribe el derecho penal de autor, acaso podría objetarse que la propia Convención exige tener en cuenta, junto con la gravedad y las circunstancias de la infracción, las “circunstancias” del propio niño, tal como lo señala expresamente en el artículo 40.4, al enunciar -a modo de ejemplo- las diversas medidas que debieran contemplar los sistemas especiales de juzgamiento y respuesta a las infracciones penales cometidas por niños (en general, adolescentes menores de 18 años).

Pero una lectura atenta de este artículo parece impedir esa objeción. El artículo 40.4, en efecto, habla expresamente de medidas alternativas a la internación, y en ese contexto señala que ellas deben atender (junto con la infracción) a las circunstancias del niño: y es que sólo de éstas medidas puede esperarse algún tipo de efecto positivo, como la que cabría en el sistema de justicia especial para adolescentes que promueve el artículo 40 (integración social del niño). Y justamente, una selección personalizada de la medida, que se fije en datos relativos a la personalidad del niño y a su familia, sólo parece justificada cuando se espera de la medida ese tipo de efecto positivo.

En cambio, de la lectura del artículo 37 b), podría concluirse que la Convención no espera nada positivo de la internación: no la concibe como una respuesta adecuada a ciertas características personales del niño y de su familia. La entiende como una realidad, que hay que limitar todo lo posible. Una realidad tan negativa y contraproducente para el niño, que debe utilizarse sólo como último recurso y por el más breve tiempo posible.

Y entonces, si no son las circunstancias personales y familiares, ¿cuáles son los criterios para decidir cuándo aplicar este último recurso? Si se sigue la línea argumental ensayada hasta ahora, según parece deben ser criterios de justicia que no

¹ Cfr. Zaffaroni, “En busca de las penas perdidas. Deslegitimación y dogmática jurídico-penal”, 2º ed., Bogotá, 1990.

discriminen al niño de acuerdo con su condición personal, familiar y social. Es decir, criterios que no permitan aplicar una justicia socialmente selectiva, que a los niños de situaciones socioeconómicas más desventajosas les aplique la cárcel, mientras que a los más favorecidos les aplique las medidas alternativas a la cárcel. En consecuencia, básicamente los criterios serían: la gravedad (y número) de la infracción cometida (gravedad objetiva y subjetiva), la edad del niño, y, eventualmente, criterios humanitarios que atiendan a la reducción -en la medida de lo posible- de los daños de la internación, que, en determinadas circunstancias más o menos objetivables, pueden afectar más gravemente a unos niños que a otros (por ejemplo, a los que tienen algún tipo de discapacidad).

VI. Podría objetarse que con esos criterios, en el caso analizado, de todos modos resultaría aplicable la medida efectivamente impuesta por el Tribunal de Apelaciones, en atención al número y la gravedad de los delitos cometidos (tres homicidios). Con la desventaja, además, de que se priva a la justicia de un argumento para reducir las internaciones en otros casos: niños escolarizados, de familias bien constituidas, sin dependencia de las drogas, etc., pero que han cometido delitos tan graves como éstos, ya no podrían librarse de la privación de libertad.

Es una objeción seria, digna de tenerse en cuenta. Pero creemos que dos consideraciones debieran ser consideradas para evaluar la consistencia de la propuesta político-jurídica que esa objeción postula. En primer, el respeto de la dignidad y derechos fundamentales de todos los niños, incluyendo el principio de no-discriminación. Y, en segundo lugar, cierta lógica que se puede adivinar en los sistemas de justicia socialmente selectivos, penosa, pero muy plausible.

La primera consideración permite postular que, desde el punto de vista ético-político no son tolerables las instituciones individualmente injustas, aún cuando ellas “globalmente” sean funcionales a objetivos deseables: como por ejemplo una justicia selectiva que, no obstante permitir que continúe la privación de libertad de los adolescentes socialmente marginales, evita que además sean privados de libertad los adolescentes socialmente más favorecidos (disminuyendo -supuestamente- en término “netos” el uso de la privación de libertad).

La segunda, permite aventurar, acaso con cierto respaldo en algunas experiencias de democratización de los sistemas penales y de control social, que en sociedades democráticas la sensibilidad garantista y de limitación de la actividad punitiva del Estado crece cuando (por aplicación de sus reglas formales) llegan a ser víctimas de esta actividad personas pertenecientes a los sectores sociales correspondientes a quienes tienen poder para adoptar decisiones políticas; simplificando: podría aventurarse (y ciertas experiencias confirmarían esta hipótesis) que cuando, en un país democrático, los hijos de los legisladores o de sus amigos caigan en las redes de la justicia juvenil y lleguen a las cárceles, probablemente crecerá la conciencia social y política sobre la

duresa y los efectos contraproducentes de la cárcel; y los cambios legales que entonces se produzcan, para atenuar esos efectos, probablemente beneficiarán también a otros niños, de sectores más desfavorecidos. Esa hipótesis relativizaría la idea de que una disminución “neta” de la privación de libertad sólo se logra con una justicia socialmente selectiva, sin perjuicio de que este tipo de justicia parece ser intolerable desde el punto de vista ético-político (o filosófico-jurídico).

ACCIONES CIVILES PÚBLICAS EN BRASIL

LA ACCIÓN CIVIL PÚBLICA EN EL ESTATUTO DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE <i>HUGO NIGRO MAZILLI</i>	<i>159</i>
UN CASO DE ACCIÓN CIVIL PÚBLICA EN EL ESTADO DE RORAIMA	<i>164</i>
UN CASO DE ACCIÓN CIVIL PÚBLICA EN EL ESTADO DE RIO GRANDE DO SUL	<i>177</i>

LA ACCIÓN CIVIL PÚBLICA EN EL ESTATUTO DEL NIÑO Y DEL ADOLESCENTE

HUGO NIGRO MAZILLI

Miembro del Ministerio Público de Sao Paulo

(Publicado en el texto colectivo “E.C.A., estudios socio-jurídicos”, Tania da Silva Pereira, coordinadora, 1992, Librería y Editora Renovar Ltda.)

Qué es la Acción Civil Pública

El primer texto legal en mencionar la expresión “acción civil pública” fue el artículo 3º, III de la Ley Orgánica Nacional del Ministerio Público (Ley Complementaria Federal Nº 40, de 13/12/1981). La expresión, sin embargo, solo vino a ser consagrada en la ley Nº 7347/85, que cuidó la defensa del medio ambiente, del consumidor y de valores culturales.

Posteriormente, la Constitución Federal de 1988, abandonando la fórmula de *numerus clausus*, confirió la acción civil pública al Ministerio Público para la defensa del patrimonio público y social, del medio ambiente y de otros intereses difusos y colectivos.

Siguieron diversas leyes ordinarias, en el mismo sentido, como la Ley Nº7853/89 (para defensa de personas portadoras de deficiencia), la Ley Nº7913/89 (de responsabilidad por daños causados a los inversionistas en el mercado de valores mobiliarios), y, finalmente, la Ley Nº8069, de 13 de junio de 1990 (Estatuto del niño y del adolescente).

En su creación, con “acción civil pública”, se quería por cierto distinguir apenas la acción de objeto no-penal propuesta por el Ministerio Público. Se trataba de un enfoque nítidamente *subjetivo*, basado en la titularidad activa de cualquier acción civil, sin objeto más específico, mientras fuera interpuesta por el Ministerio Público.

Tanto la Ley Nº7347/85, como las leyes posteriores, y la propia constitución, al reglamentar la “acción civil pública”, no la restringieron a la iniciativa del Ministerio Público.

Acción civil pública pasó a significar no sólo la acción interpuesta por el Ministerio Público, como la acción propuesta por otros legitimados activos -personas jurídicas de derecho público interno, asociaciones y otras entidades- cuando su objeto fuese la tutela de intereses difusos o colectivos (se trata ahora de un enfoque *subjetivo-objetivo*, basado en la titularidad activa y en el objeto específico de la prestación jurisdiccional).

El concepto de acción civil pública alcanza hoy, por tanto, más que las acciones de iniciativa ministerial; es útil, con todo, dar atención especial a estas últimas, porque,

ordinariamente, es el Ministerio Público quien toma la iniciativa de su proposición. Tratándose de las acciones que contempla el Estatuto del Niño y del Adolescente (Ley N°8069/90), en rigor su interposición cabe a los órganos del Ministerio Público investidos de las funciones de la Curadoría de Menores (los cuales, en las nuevas Leyes Orgánicas del Ministerio Público, ciertamente oficiarán ante los Jueces de Infancia y Juventud, siendo probable que vengan a llamarse Curadores de Infancia y de Juventud, cf. Arts. 146 y 148, IV, del Estatuto).

Qué son los Intereses Difusos

Partiendo de una distinción ya propiciada por los estudios de Carnelutti, Renato Alessi procuró distinguir dos facetas del interés público.

El *interés público* identifica el bien común, o sea, el interés de la colectividad como un todo: ese es el que se puede llamar *interés público primario*.

El *interés público* advertido por el Estado es lo que se puede llamar *interés público secundario*.

Aunque naturalmente fuese deseable la perfecta y permanente coincidencia entre el interés público secundario y el interés público primario, es más que claro para todos nosotros que el interés del Estado como persona jurídica no siempre coincide con el interés público primario.

Así, la decisión de construir una usina nuclear en tal o cual lugar puede o no, efectivamente, ser una opción segura en pro de la población; la decisión de inundar más temprano o más tarde una vasta región de tierras, para construir una usina hidroeléctrica puede ser más o menos acertada, bajo el ángulo del interés general. Las acciones populares están allí para confirmar que no siempre el interés público, visto por el legislador, coincide con el verdadero interés de la colectividad.

Se han confundido con el interés público primario los más auténticos intereses difusos (el ejemplo por excelencia del medio ambiente); y, en un sentido lato, también los intereses que, en atención a sus efectos, incumban a toda la sociedad (en este sentido, incluso un interés individual, si es indisponible, debe ser considerado interés público).

Por *difuso* se quiere entender, exactamente, el interés de un grupo o de grupos menos determinados de personas, entre las cuales no haya un vínculo jurídico o fáctico muy preciso.

A su vez, interés *colectivo* es el que comprende una categoría determinada o por lo menos determinable de individuos, como la de los asociados de una entidad gremial o intermedia.

Así como ocurre con el interés individual indisponible, también el interés colectivo, si

es indisponible, está inserto en aquella noción más amplia de interés público.

Todas estas nociones introductorias son indispensables para conceptualizar lo que es la acción civil pública, aún con el propósito más específico de situarla dentro del campo de competencia del Estatuto del Niño y del Adolescente.

Legitimación Ordinaria y Extraordinaria

Todavía en el campo introductorio de este estudio, es necesario señalar que la manera clásica de perseguir en juicio la defensa de intereses se da por medio de la llamada *legitimación ordinaria*, o sea, el afectado defiende su propio interés.

En nuestro sistema jurídico, queda limitada a hipótesis excepcionales la llamada *legitimación extraordinaria*, o sea, la posibilidad de que alguien, en *nombre propio*, defienda intereses ajenos (artículo 6° del CPC). Cuando esto ocurre, se configura una verdadera *sustitución procesal*, inconfundible con la *representación*, pues en esta última alguien, en *nombre ajeno*, defiende el interés ajeno.

En materia de intereses colectivos y difusos, antes de las leyes ya citadas - Ley N°7347/85 (Ley de acción civil pública, de protección al medio ambiente, al consumidor y al patrimonio cultural), Ley N°7853/90 (Ley de acción civil pública de protección a personas portadoras de deficiencia), Ley N°1913/89 (Ley de acción civil pública para protección de inversionistas en el mercado de valores mobiliarios), y Ley N°8069/90 (Estatuto del niño y del Adolescente)-, pocas fórmulas había para la defensa global en juicio de dichos intereses colectivos y difusos (como la acción popular y las acciones civiles propuestas por el Ministerio Público). En estos casos, la legitimación ordinaria no sería practicable, pues no sería viable la comparecencia de todos los afectados al juicio.

En el caso de los conflictos de intereses difusos, se hizo necesario encontrar una fórmula que, dentro de la tradición de nuestro Derecho, diera acceso a lo judicial

Esa fórmula fue la *acción civil pública*.

La Defensa de Intereses Difusos y Colectivos en el Area de protección al niño y la juventud

A la vista de los buenos frutos de la Ley N°7347/85, la Constitución de 1988 no solo amplió el número de los legitimados activos para la defensa de los intereses transindividuales, como también amplió las hipótesis de cabida de tutela judicial (v.g., art. 5°, XXI -que confiere a las entidades asociativas la representación de sus afiliados en juicio o extrajudicialmente; art.5°, LXX -que cuida del mandato de seguridad colectiva; art.8°, III -que confiere a los sindicatos la representación judicial o administrativa de los intereses colectivos o individuales de su categoría, etc.).

Analizando los principales derechos ligados a la población infantil y juvenil, como fueron enumerados por el artículo 227, *caput*, de la Constitución de la República, vemos que la indisponibilidad es su nota predominante, lo que hace al Ministerio Público naturalmente legitimado para su defensa (art. 127 de la Constitución de la República).

En efecto, dice el artículo 227 de la Constitución que es *“deber de la familia, de la sociedad y del Estado asegurar al niño y al adolescente, con absoluta prioridad, el derecho a la vida, la salud, la alimentación, la educación, la recreación, la profesionalización, la cultura, la dignidad, el respeto, la libertad y la convivencia familiar y comunitaria, además de ponerlos a salvo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión”*.

El análisis del Estatuto del Niño y del Adolescente, como un todo, refuerza esta conclusión, sea cuando cuida de sus derechos fundamentales (art.7º y siguientes: derecho a la vida y salud; a la libertad, al respeto y dignidad; a la convivencia familiar y comunitaria, a la educación, al deporte y recreación; a la profesionalización y la protección en el trabajo), sea cuando cuida de sus derechos individuales (art. 106 y siguientes).

Hipótesis de Acciones Civiles Públicas

La actuación del ministerio público, en el área de la protección al niño y la juventud, puede hacerse mediante la proposición de innumerables acciones civiles públicas.

Inicialmente, no se puede apartar la posibilidad de interposición de representaciones interventivas o de acciones directas de inconstitucionalidad de normas federales, estatales o municipales (hasta por omisión) o, incluso, de interposición de orden de obligatoriedad, cuando la falta de norma reguladora torne inviable el ejercicio de derechos y libertades constitucionales.

También debe tenerse presente el importante papel fiscalizador ejercido por el Ministerio Público en cuanto a los gastos públicos, las campañas, los subsidios e inversiones estatales ligados al área en examen.

Igualmente, deben ser consideradas las acciones civiles públicas destinadas a proteger al niño y al adolescente en cuanto destinatarios de propaganda o en su calidad de consumidores (arts. 77-82 del Estatuto y Ley N°7347, de 1985).

De acuerdo al nuevo Estatuto, se rigen por las disposiciones de la ley N°8069/90 las acciones de responsabilidad por ofensa a los derechos asegurados al niño y adolescente, referidas al no ofrecimiento u oferta irregular:

- de enseñanza obligatoria;
- de atención educacional especializada a los portadores de deficiencia;
- de atención en guardería o pre-escuela;

- de enseñanza nocturna;
- de programas suplementarios de oferta de material didáctico-escolar, transporte y asistencia a la salud;
- de servicio de asistencia social;
- de acceso a las acciones y servicios de salud;
- de escolarización y profesionalización de los adolescentes privados de libertad (cf. art.208).

Como ejemplos concretos, pueden ser mencionadas las siguientes acciones civiles públicas:

- a) contra la Hacienda Pública y los empleadores en general, para asegurar las condiciones del amamantamiento materno (art.9º);
- b) contra la Hacienda pública para asegurar condiciones de salud y de educación (arts.11 y 2º, y 54, 1º);
- c) contra hospitales, para que cumplan disposiciones del Estatuto (art.10);
- d) contra empresas de comunicación (arts.76 y 147, 3ª);
- e) contra editoras (arts.78-79 y 257);
- f) contra entidades de atención (arts.97, párrafo único; 148, V; 191);
- g) contra los propios padres o responsables (arts.129,155,156);
- h) de ejecución de las multas (art.214, 1º).

Se reiteran, en fin , dos cuestiones fundamentales, así interpretadas en un contexto que concurre para la mejor protección del niño y del adolescente.

Por una parte, la enumeración de acciones civiles públicas de iniciativa ministerial es meramente ejemplificativa, vista la norma residual o de extensión contenida no solo en el art.201, VI, del Estatuto, como en el art.129, III, de la Constitución Federal.

Por otra parte, en esta área, no es ni podrá ser exclusiva la legitimidad activa del Ministerio Público (arts.201, 1º, y 219 del Estatuto; art.129, 1º, de la Constitución de la República); su iniciativa no excluye a la de terceros, de acuerdo a la ley.

UN CASO DE ACCIÓN CIVIL PÚBLICA EN EL ESTADO DE RORAIMA (A: INTERPOSICIÓN DE LA ACCIÓN)

MINISTERIO PÚBLICO DE RORAIMA
Procuraduría General de Justicia

EXCELENTÍSIMO SEÑOR DOCTOR JUEZ DE DERECHO DE LA RAMA DE INFANCIA Y JUVENTUD DE LA COMARCA DE BOA VISTA-RORAIMA

EL MINISTERIO PÚBLICO DEL ESTADO DE RORAIMA por su agente signatario en el fin asignado, en ejercicio del PROMOTOR DE JUSTICIA DE INFANCIA Y JUVENTUD, viene respetuosamente a la presencia de Vuestra Excelencia - con base en el artículo 127, 129, III, 5º, XXXV, todos de la Constitución Federal/88; artículos 1 y 12 de la ley 7.347/85; artículo 4º, 201 y 208 de la ley 8.069/90 - propone la presente

ACCION CIVIL PUBLICA N°. 2028/97
CON PETICION PRELIMINAR

Para la defensa de los derechos difusos y colectivos de niños y adolescentes, contra el GOBIERNO DEL ESTADO DE RORAIMA, persona jurídica de derecho público interno, el cual deberá ser citado en la persona de su Procurador General, en la sede de la Procuraduría General del Estado de Roraima, por los hechos y el derecho adelante expuesto:

I-DE LA LEGITIMIDAD DEL MINISTERIO PÚBLICO

El artículo 129, inciso II, de la Constitución Federal dispone que es una función institucional del Ministerio Público “velar por el efectivo respeto por los Poderes Públicos y los servicios de relevancia pública de los derechos asegurados en esta Constitución, promoviendo las medidas necesarias a su garantía”, mientras el artículo 227, caput, del mismo cuerpo legal, establece que es deber “del Estado asegurar al niño y al adolescente, con absoluta prioridad, el derecho a la vida, a la salud, a la alimentación, a la educación, a la vivienda, a la profesionalización, a la cultura, a la dignidad, al respeto y a la convivencia familiar y comunitaria, además de ponerlos a salvo de toda forma de negligencia, discriminación, explotación, violencia, crueldad y opresión”.

En la misma esfera, el Estatuto del Niño y Adolescente en su artículo 201 establece:

“Compete al Ministerio Público:

VIII - velar por el efectivo respeto a los derechos y garantías legales asegurados a los niños y adolescentes, promoviendo las medidas judiciales y extrajudiciales pertinentes;

XI - inspeccionar a las entidades públicas y particulares de atención y los programas de que trata esta Ley, adoptando de pronto las medidas administrativas o judiciales necesarias para la remoción de irregularidades por ventura verificadas”.

Además, en el nivel de la legislación ordinaria, dispone el Código Civil en su artículo 26 que “velará por las fundaciones el Ministerio Público del Estado, donde estén situadas”. Así además de ser corolario lógico de esta función fiscalizar, el órgano tiene el deber de representar a la autoridad judicial competente siempre que constate cualquier irregularidad, anhelando la pronta remoción de las mismas.

II-DE LA COMPETENCIA

En principio, la cuestión de la competencia se presenta destituida de cualquier complejidad, ya que el Estatuto del Niño y del Adolescente expresamente señala a la Justicia de Infancia y Juventud como la competente para conocer las acciones constitutivas de irregularidad en entidades de atención, gubernamentales o no gubernamentales, aplicando las medidas pertinentes (artículo 148, “caput” e inciso V).

De otra parte, el Juez de Infancia y Juventud que tiene competencia para el procedimiento de persecución de irregularidades en entidades de atención (artículos 191 y siguientes del ECA) será exactamente aquel dentro de cuyos límites territoriales se encuentra la respectiva entidad de atención, al que le compete también la fiscalización de la misma (art. 95 del ECA). Consecuentemente, ese Juez es el que debe procesar y juzgar el presente pedido, por cuanto se refiere a niños y adolescentes asistidos en entidades localizadas en la Jurisdicción de la Rama de Infancia y Juventud de la Comarca de Boa Vista.

III-DE LOS HECHOS

Es pública y notoria la total desatención de los niños y adolescentes usuarios de sustancias entorpecientes por parte del Estado de Roraima, toda vez que no existe un centro de tratamiento a toxicómanos; como ejemplo está el C.A.T. (doc. 01) que, iniciado precariamente, hoy ya no existe efectivamente y que no fue instituido con la política de atención integrada con la Secretaría de Educación, SETRABES y Salud, de acuerdo a la teoría de protección integral preconizada en el ECA.

Conforme a documentos (doc. 02 y siguientes), los adolescentes que reciben medidas socio-educativas en el Centro Socio-Educativo y medidas de protección en las Casas

de Abrigo, no reciben ningún tratamiento especializado, cuyos derechos y garantías implican, necesariamente, en la adopción de medidas y atención técnico-especializada a nivel estatal, a saber:

a) PRONTA ATENCION

- Atención médico-clínica.

Es la atención pronta cuando el usuario llega de urgencia al hospital.

- Atención psiquiátrica y/o neurológica.

Es la atención que debe ser dada al usuario para el fortalecimiento de sus condiciones orgánicas y neurológicas.

- Acompañamiento psicosocial.

Debe ser iniciado a partir del momento en que el usuario de drogas entra al hospital, para que sea encaminado de inmediato al Centro de Atención al Toxicómano - CAT.

Obs.: En la atención hospitalaria deben ser seleccionadas camas para ser exclusivamente destinadas a los casos en que hubiere internación.

b) CENTRO DE ATENCION AL TOXICOMANO - CAT

- Acompañamiento:

Corresponde a la atención técnica que se debe realizar con el niño o adolescente y la familia.

- Equipo técnico necesario:
 - Asistentes Sociales
 - Psicólogos
 - Pedagogo
 - Nutricionista
 - Terapeuta Ocupacional
 - Enfermero
 - Educador de arte
 - Médico
 - Profesor de Educación Física.

IV-DE LA PETICION PRELIMINAR

Conforme a la estructura, organización, y proyecto técnico del Centro Socio-Educativo y procedimientos en trámite en este órgano y en el juzgado de infancia y juventud, el factor principal en el no cumplimiento integral de las medidas socio-educativas aplicadas a los adolescentes, es la inexistencia de un Centro de Tratamiento de Drogadictos.

Hecho este que inviabiliza totalmente la aplicación del Estatuto del Niño y del Adolescente, las normas sustantivas y procesales penales subsidiarias, poniendo en riesgo la salud personal de los adolescentes, la seguridad social y la credibilidad de la Justicia, lo que evidencia el “fumus boni juris” y el “periculum in mora”, presupuestos posibilitadores de decisiones preliminares en la especie, y además de todo elemento desencadenador de mecanismos de salvaguarda de la dignidad de los ciudadanos y de la entereza de la salud pública.

V-DEL PEDIDO

Por lo expuesto, requiere este Organó:

- I- Atención integral al niño y al adolescente usuarios de drogas, dentro de la Política de Atención Integrada entre las Secretarías Estatales de Salud, SETRABES y Educación, en la forma del artículo 5º, 1, inciso XIV y artículo 143 de la Constitución Estatal, para acciones específicas, preventivas, protectivas y socio-educativas, en la forma de los artículos 53, 60, 70, 101 y 112 y demás disposiciones del ECA;
- II- Implantar el Centro de Tratamiento de niños y adolescentes usuarios de drogas, conforme a las especificaciones de las líneas anteriormente expuestas, bajo la responsabilidad de la Secretaría de salud, con el debido equipo interprofesional, de acuerdo a las normas previstas en el Estatuto en relación al niño y a las de atención a la salud integral del adolescente, del Ministerio de Salud y sus Organos y servicios Auxiliares de Asistencia;
- III- Implantar la estructura física, de personal, de materiales específicos de rehabilitación, instrumentos, medicamentos y demás que constan en la propuesta de este escrito inicial, de modo que el niño y el adolescente usuarios de drogas tengan la atención prevista en el artículo 7º y 1 del ECA;
- IV- Implantar el programa de atención, a través del proyecto específico de ejecución, de acuerdo a los ítems anteriores, en el Centro Socio-Educativo;
- V- Concesión del pedido inicial, de acuerdo al artículo 213 y parágrafos de la Ley N° 8.069/90, imponiendo al reo la multa diaria del valor de R\$ 3.000,00 hasta que las providencias postuladas en los ítems anteriores sean tomadas;
- VI- Procedencia de la presente acción, en todos sus términos, con condenación del reo con costas;
- VII-Citación del reo, en la persona del Procurador General del Estado, para responder los términos de la presente, en el plazo legal, bajo pena de confesión y rebeldía.

Para probar lo alegado el Ministerio Público ofrece la producción de todos los medios de prueba admitidas en derecho, especialmente el acompañamiento de nuevos documentos, producción de prueba testimonial y pericial.

Dese a la causa el valor de R\$ 500,00 (quinientos reales), ya que se trata de la defensa de derecho de los intereses colectivos y difusos del niño y el adolescente, cuyos valores son inestimables.

Boa Vista, 31 de Julio de 1997.

WANDERLEY GODOY

Promotor de Justicia de Infancia y Juventud

(B: RESPUESTA DEL ESTADO)

Procuradoría General Del Estado de Roraima

EXCELENTISIMO SEÑOR DOCTOR JUEZ DE DERECHO DE LA RAMA DE INFANCIA Y JUVENTUD DE LA COMARCA DE BOA VISTA ESTADO DE RORAIMA

REF. ACCION CIVIL CON PETICION PRELIMINAR

REQUIRENTE: MINISTERIO PUBLICO ESTATAL

REQUERIDO: ESTADO DE RORAIMA

PROCESO N.º 2.028/97

EL ESTADO DE RORAIMA, persona jurídica de derecho público interno, inscrito en CGC/MF bajo el número 84.012/0001-26, con sede en esta capital de Boa Vista en la plaza del Centro Cívico, Palacio Senador Hélio Campos, via su Procurador General Adjunto viene, ante V.Ex.a., en los presentes autos de Acción Civil Pública, Proceso n.º 2.028/97, que en este juicio promueve el Ministerio Público Estatal, a presentar las siguientes exposiciones, para después requerir lo siguiente:

El autor en su pieza Vestibular acciona al Estado de Roraima, en la figura de su gobierno, para que el mismo asuma la atención integral del niño y adolescente usuario de drogas, dentro de la política de atención e integración entre las secretarías de Salud, SETRABES y Educación, de conformidad al art. 5º, II, inciso XIV y art. 143 de la Constitución Estatal, para acciones específicas y preventivas, protectivas y socio-educativas, de acuerdo al art. 53, 60, 70, 101 y 112 y demás disposiciones del ECA.

Requiere la implementación de un Centro de tratamiento de Niños y Adolescentes usuarios de drogas conforme a las normas previstas en el estatuto en relación al niño y las de atención a la salud integral del adolescente, del Ministerio de Salud y sus órganos y servicios auxiliares de asistencia.

Pide además que sea implementada la estructura física, de personal, de materiales específicos de rehabilitación, instrumentos y medicamentos de modo que el niño y adolescente usuarios de drogas tengan la atención prevista en el artículo 7º y 11 del ECA.

Bajo esa argumentación, pide la decisión preliminar, alegando el “fumus iuris” y el “periculum in mora” por entender que la causa y los motivos posibilitan esa decisión.

MM Juez:

Como se desprende por la fecha de protocolización del escrito inicial, así como por el despacho de ese noble Juez, ...con certeza, la decisión que V.Ex.a. tome, debido a peculiaridades propias de la Administración Pública, no sería posible armar una estructura exigida por la legislación en los moldes en que la presenta el digno representante del Ministerio Público.

En realidad, es legítima la postulación del noble Promotor de Justicia y el Gobierno del Estado tiene legítima conciencia de ello, y es dentro de este reconocimiento que montó toda una estructura que ya se encuentra en funcionamiento, de acuerdo a las disposiciones constantes del proyecto de asistencia Psicosocial a las Escuelas de la SECD/RR y Propuesta de Acción Integrada para la atención al drogadicto, que adjunto a ésta para su conocimiento. Tal proyecto y Propuesta ya fueron objetivos de apreciación junto al Ministerio Público Estatal en reunión realizada en una de las salas del Juzgado de Infancia y Juventud con la participación del digno Promotor Dr. Wanderley Godoy, el signatario de ésta, el Secretario de Salud, Dr. Sérgio Pillo, Jefa de Gabinete Civil del Gobierno Profesora Cilene Salomao, el Secretario de Obras Ingeniero Flamarion Portela, la Representante de la Primera Dama, Carmen Linares, la Representante de la Secretaría de Educación, Profesora Anna Ferst, la Asistente Social Ana Laura, y el Enfermero Ananias Noronha Filho, donde fue mostrada la acción del Estado en la asistencia a los menores infractores y en situaciones irregulares o en ambas situaciones separadamente.

El Gobierno del Estado, mediante esta exigencia del Ministerio Público y del Judicial, quiere sumar esfuerzos en el sentido de montar en el menor espacio de tiempo toda esta estructura postulada en la presente Acción, con todo, ante el carácter formal exigido por la Administración Pública en sus negocios contractuales, es necesario que dispongamos de un plazo más elástico para el pronto cumplimiento de lo solicitado.

De esta forma, como ya fue abordado en la reunión ya citada, en que fueron apuntadas todas las variables que determinan el lapso temporal pretendido para el montaje de esta estructura, bien como el compromiso de los Secretarios de salud y de obras para con el Ministerio Público, requiero a Vuestra Excelencia la SUSPENSIÓN DE LA PRESENTE ACCIÓN JUDICIAL por un plazo de 45 (cuarenta y cinco) días, prorrogables por otros 15 (quince), a fin de que el Gobierno del Estado pueda atender, construyendo la estructura física, poniendo en pleno funcionamiento, concretizando así lo que también es de interés del Gobierno del Estado, para que junto al Ejecutivo y Judicial se practique una política de recuperación y prevención del joven y adolescente.

Con esta propuesta, se requiere sea dada vista al representante del Parquet para que se manifieste como autor y fiscal de la ley que es este el fiel compromiso del Gobierno del

Estado y hará todo para cumplir lo que se ha propuesto y ver la extinción del presente juicio sin juzgamiento de mérito, en los términos del artículo 269 inciso II del CPC.

Término en que,

Pide se conceda.

FRANCISCO VILEBALDO DE ALBUQUERQUE

Procurador General Adjunto del Estado

(C: SENTENCIA)

Justicia del Estado de Roraima

Comarca de Boa Vista

Juzgado de Infancia y Juventud

PROC. N.º 2.028/97

ACCION CIVIL PUBLICA CON PEDIDO LIMINAR

AUTOR: MINISTERIO PUBLICO DEL ESTADO DE RORAIMA

REO: ESTADO DE RORAIMA

DECISION:

Vistos etc.,

Se trata de una Acción Civil Pública propuesta por el Ministerio Público del Estado de Roraima, con petición preliminar, para la defensa de los derechos difusos y colectivos de niños y adolescentes usuarios y dependientes de sustancias capaces de causar dependencia física y/o psíquica, en contra del Estado de Roraima.

En el escrito inicial el Ministerio Público alega ser parte legítima para la proposición de la acción, invocando los artículos 129, II y 227 de la Constitución Federal y el artículo 201 del Estatuto del Niño y el Adolescente.

La “causa petendi” se basa en los hechos y fundamentos de ser pública y notoria la total desatención al niño y adolescente usuarios y dependientes de sustancias entorpecientes por parte del Estado de Roraima, toda vez que no existe un centro de tratamiento de toxicómanos y el que existió se inició precariamente, ya no existe efectivamente y en realidad ni siquiera fue instituido con una política de atención de la propia Secretaría Estatal de Salud integrada con la Secretaria de Estado de Educación y de Trabajo y Bienestar Social, como determinan los artículos 86 y 87, I, todos del Estatuto del Niño y del Adolescente.

El Ministerio Público, aun en su causa de pedir, aclara que los programas relativos a entidades de atención (arts. 90 y siguientes del ECA), como por ejemplo, el Centro Socio-Educativo “Homero de Souza Cruz Filho”, pionero en América Latina en el cumplimiento de medidas socio-educativas de privación y restricción de libertad, y los Hogares para niños y niñas de la calle, no están recibiendo ninguna atención técnico-especializada en la cuestión de los institucionalizados usuarios y dependientes de drogas, con lo cual los programas se distancian del cumplimiento de sus objetivos.

Se observa, a través de un análisis de la petición ministerial, que el objeto de la demanda se restringe a la ausencia de una política estatal básica referente al tratamiento de drogadictos, prevención y represión de la cuestión del uso de drogas, lo que ha inviabilizado el cumplimiento de decisiones y sentencias judiciales de adolescentes en conflicto con la ley y de niños y adolescentes en situación de riesgo personal y social, además de tornar ineficaces las normas del Estatuto del Niño y el Adolescente, manteniendo la salud del ciudadano menor en riesgo y consecuentemente a toda la sociedad roraimense.

Basado en esta argumentación, el Ministerio Público requirió una petición preliminar en el sentido de que el reo pague una multa diaria de valor de R\$3.000,00 (tres mil reales) hasta que atienda a las siguientes peticiones:

“I- Atención integral al niño y adolescente usuarios de drogas dentro de la política de atención e integración entre las Secretarías Estatales de Salud, Trabajo y Bienestar Social y Educación de conformidad a los artículos 5º, 11, XIV y 143 de la Constitución Estatal, para acciones específicas y preventivas, protectoras y socio-educativas, de acuerdo a los artículos 53, 60, 70, 101 y 112, y demás disposiciones del ECA;

II- Implementar el centro de tratamiento a niños y adolescentes usuarios de drogas, conforme a las especificaciones de las líneas anteriormente expuestas, de responsabilidad de la Secretaría de salud, con el debido equipo interprofesional, de acuerdo a las normas previstas en el Estatuto en relación al niño y las de atención a la salud integral del adolescente, del Ministerio de Salud y sus órganos y servicios auxiliares de asistencia.

III- Implementar la estructura física, de personal, de materiales específicos, de rehabilitación, instrumentos, medicamentos y demás que constan en la propuesta de este expediente, de modo que el niño y el adolescente tengan la atención prevista en el artículo 7º y 11 del ECA;

IV- Implementar el programa de atención, a través del proyecto específico de ejecución, de acuerdo a los items anteriores, en el Centro Socio-Educativo.”

El órgano ministerial en forma diligente tramitó la Acción Civil Pública y reunió diversas pruebas a través de documentos como declaraciones de adolescentes, niños y

familiares de usuarios y dependientes de drogas en el Estado, quienes declararon que no existía una política de atención en el área referida y que aquellos que asistieron a un programa embrionario denominado Centro de Atención al Toxicómano - CAT, terminaron desistiendo por la total falta de estructura del servicio puesto a disposición de la comunidad, además de una declaración firmada por padres de adolescentes institucionalizados en el Centro Socio-Educativo “Homero de Souza Cruz Filho” en la que piden providencias urgentes para que se implemente una política de tratamiento a los drogadictos en la referida unidad, y un estudio muy bien elaborado por el técnico Marinaldo José Soares, donde consta el informe que concluye que el Estado de Roraima carece de una política pública dirigida a la prevención, represión y tratamiento en la cuestión de las drogas.

El informe referido incluye un cuadro estadístico preocupante mostrando 189 casos de atención relativa a diversas sustancias capaces de causar dependencia física y/o física, incluyendo en estas el surgimiento del “crack”.

El trabajo elaborado considera que el citado Centro de Atención al Toxicómano - CAT, no está funcionando y que según el propio administrador del Centro “el CAT está en la UTI agonizando” (subrayado nuestro).

El estudio presenta una centena de oficios de Directores de Escuelas ubicadas en todo el Estado pidiendo ayuda al Sector Interprofesional del Juzgado de Infancia y Juventud en virtud de que sus alumnos estarían haciendo uso de algún tipo de droga, sin que las Secretarías del Estado de Salud o Educación hayan tomado alguna providencia.

Según consta del proceso esa omisión ocurre por falta de una política pública de atención, verificada en la I Conferencia Estatal de los Derechos del Niño y el Adolescente, realizada en Junio del 97 en el Palacio de Cultura.

Otro dato que refuerza las alegaciones ministeriales que fue traído a los autos es el certificado de la Asamblea Legislativa que da constancia de que en los últimos años nunca existió o hubo un proyecto presupuestario por parte del Gobierno del Estado que incluyese recursos financieros para la elaboración de una política pública de represión, prevención y tratamiento en el asunto de las drogas.

El Ministerio Público tuvo incluso el cuidado de reunir también diversas noticias divulgadas por la prensa local acerca de casos y denuncias de grupos de niños y adolescentes usuarios de drogas esparcidos por todas las esquinas de la ciudad, sin que el Gobierno del Estado tomase las medidas necesarias para enfrentar el problema, hasta la fecha.

El juez despachó el escrito inicial determinando la distribución, el registro y su incorporación al expediente, además de determinar la citación del demandado. El examen de la petición preliminar fue diferido para cuando retornaran los autos del distribuidor.

En este tiempo, el Estado de Roraima, a través de su Procuraduría General, al acompa-

ñar la publicación de la distribución en el Diario Oficial, peticionó a fs.156/214 proponiendo al Ministerio Público la suspensión del proceso por el plazo de 45 (cuarenta y cinco) días, prorrogables por 15 (quince) más, a fin de que el Gobierno del Estado pueda elaborar una política de tratamiento, represión y prevención sobre el asunto de las drogas en relación a niños y adolescentes. El Estado de Roraima reconoce la ausencia de esta política pública y así manifiesta:

“En realidad es legítima la postulación del noble Promotor de Justicia y el Gobierno del Estado tiene legítima conciencia de ello, y es dentro de este reconocimiento que montó toda una estructura que ya se encuentra en funcionamiento, de acuerdo con las disposiciones constantes del proyecto de asistencia psicosocial para las escuelas del SECD/RR y propuesta de acción integrada para la atención al drogadicto, que adjunto a ésta para su conocimiento...El Gobierno del Estado, mediante esta exigencia del Ministerio Público y del Judicial, quiere sumar esfuerzos en el sentido de montar en el menor espacio de tiempo toda esa estructura postulada en la presente acción, con todo, dado el carácter formal exigido por la administración pública a sus negocios contractuales, es necesario que dispongamos de un plazo más elástico para el cumplimiento de lo solicitado...”

Oído el Ministerio Público éste se manifestó favorable a la suspensión solicitada por el demandado, a contar del día 20.08.97, y requirió la formación de un equipo técnico del juzgado para fiscalizar el cumplimiento de la propuesta en referencia al proyecto adjuntado por el estado de Roraima.

El Juzgado nombró a los técnicos José Segundino Filho (psicólogo) y Jeanne Morais e Silva (asistente social), ambos integrantes del Sector Interprofesional del Juzgado de Infancia y Juventud de la Comarca de Boa Vista/RR, para atender lo requerido por el Ministerio Público.

El pedido de suspensión elaborado por el Estado de Roraima, actual demandado en esta acción, con el acuerdo del Ministerio, no encuentra obstáculo alguno en la legislación vigente, puesto que el demandado compareció en juicio y reconoció la ausencia de política pública, conforme a la causa de pedir expuesta en el escrito inicial.

El reconocimiento de los hechos y fundamentos está condicionado a la implementación de la política pública requerida por el Ministerio Público, o sea, la naturaleza jurídica de la petición consiste en una obligación de hacer, que el estado de Roraima pretende cumplir en un plazo de 45 días prorrogables por 15 días más. Cumplida esta obligación, la misma quedará extinguida, toda vez que el cumplimiento de la obligación es la forma primaria de extinción de la obligación.

Dentro de la teoría de la lesividad, expuesta en la disposición constitucional prevista en el art. 227, niños y adolescentes son titulares de un derecho subjetivo público relativo a la implementación de una política pública de represión, prevención y tratamiento en

los asuntos de drogas, siendo el Poder Público el sujeto pasivo de esta relación jurídica que tiene como prestación la obligación de hacer (prestar el servicio), recayendo su objeto en el derecho a la salud, y así, cuando el Poder Público no cumple con su deber jurídico, ocurre una lesión del derecho que debe ser subsanada a través de una acción judicial o a través del propio sujeto pasivo de forma voluntaria.

En este caso, se vislumbra la lesión del derecho a la salud de los niños y adolescentes del Estado de Roraima, en lo relativo a la cuestión de las drogas, conforme lo reconoce el propio Poder Público Estatal, naciendo de esta forma una relación jurídica secundaria, materializada en esta acción, donde el Ministerio Público representa la garantía de los derechos difusos y colectivos de este segmento llamado niños y adolescentes.

Se subraya que la pretensión del demandado es cumplir de forma voluntaria su deber jurídico, antes del examen del mérito de la acción. Otro aspecto que refuerza la posibilidad de suspensión del juicio en esta fase es que todo proceso está basado en la teoría finalista, por lo cual el proceso camina hacia una decisión de mérito, mejor aún, hacia la composición del conflicto. Luego, si el demandado se propone en el plazo de 60 días subsanar la lesión en la forma acordada con el actor y bajo la fiscalización del Poder Judicial, nada impide que esto se haga a través de la suspensión del juicio.

EXPUESTO LO ANTERIOR, homologo el acuerdo de suspensión de la presente acción elaborado por el Ministerio Público y por el Estado de Roraima, para suspender el proceso por el plazo de 45 días, pudiendo ser prorrogados por otros 15 días, a contar del día 26.08.97. Envíese copia de esta decisión a la Corregiduría General de Justicia para efectos de estadística. Anótese. Costas por el Estado.

Publíquese.

Regístrese.

Intímese.

Boa Vista/RR, 26 de Agosto de 1997.

MAURO CAMPELLO

Juez de Derecho de la Rama de Infancia y Juventud
Comarca de Boa Vista/RR

(D: ANEXO)

Poder Judicial
Justicia del Estado de Roraima
Comarca de Boa Vista
Juzgado de Infancia y Juventud

Oficio/GAB N.º399/97

Boa Vista/RR, 22 de Octubre de 1997

Señor Presidente,

Saludando a Vuestra Excelencia, venimos a través de esta a acompañar copia de la petición de la Procuraduría del Estado de Roraima, en la que informa que el día 23/10/97 a las 11 horas será inaugurado el Centro de Atención al Toxicómano - CAT, objeto de Acción Civil Pública N.º2028/97, que se tramita en este juzgado.

En el otrosí, solicitamos la divulgación del trámite de la referida acción, puesto que en todas las unidades de la Federación actualmente se discute la cuestión del aumento del uso de drogas entre los jóvenes.

Atentamente,

MAURO CAMPELLO

Juez de Derecho de la Rama de Infancia y Juventud
Comarca de Boa Vista/RR

Exmo. Sr.
Des. AMARAL E SILVA
Presidente de la ABMP
Florianópolis/SC

UN CASO DE ACCIÓN CIVIL PÚBLICA EN EL ESTADO DE RIO GRANDE DO SUL

Nota: El siguiente texto constituye el resumen de una sentencia dictada por la Séptima Cámara Civil del Tribunal de Justicia de Rio Grande de Sul, Brasil, conociendo de un apelación civil interpuesta por el Estado de Rio Grande do Sul contra una sentencia de primera instancia que dio lugar a la acción civil pública ejercida por el Ministerio Público. Dicha acción civil pública tuvo por objetivo exigir al Estado que cumpliera con su obligación legal de instalar y mantener programas de internación y semilibertad para adolescentes infractores. Por razones de espacio, teniendo en cuenta la extensión de la sentencia, algunas partes fueron eliminadas, cuidando de conservar el sentido de los razonamientos hechos por el tribunal.

(En la relación, el fallo se remite primero a la exposición hecha en la sentencia de primera instancia de la discusión sostenida en los escritos principales y réplica).

Relator: Des. Sérgio Gischkow Pereira.

1. “El Ministerio Público, por su promotor de Justicia Curador de Infancia y Juventud, interpuso acción civil pública contra el Estado de Rio Grande do Sul.

“Alega, en síntesis, que el Estatuto del Niño y del Adolescente instituye una serie de medidas socio-educativas persiguiendo, en un proceso de responsabilización del joven, persona en desenvolvimiento, asegurar al adolescente autor de acto infraccional su reinserción en el contexto social.

“Entre estas medidas prevé dos privativas de libertad, a saber, la inclusión en programas de semi-libertad y el internamiento, para ser cumplidas en unidades especializadas (artículo 112, V y VI).

“Sostiene el actor que el artículo 124 del ECA señala los derechos del adolescente privado de libertad, estando en los artículos 94 y 120, parágrafo segundo, las obligaciones de las entidades que desarrollen los ya mencionados programas. Dentro de los derechos asegurados al joven infractor privado de libertad se encuentra el de cumplir la medida en la misma localidad o en la más próxima a la residencia de su familia, con garantía de visitas por lo menos semanales.

“En esta línea la Asamblea Legislativa del Estado aprobó y el Poder Ejecutivo sancionó, la Ley Nº9.896/93, de 9 de Junio de 1993, por la cual fueron creados en el ámbito estatal diez Juzgados de Infancia y Juventud. Uno de ellos, ya instalado, en la Comarca de Santo Angelo, con base territorial en la región noreste del Estado, con sede en Santo Angelo y jurisdicción en las siguientes comarcas....”

“La ejecución de las medidas socio-educativas privativas de libertad está incluida entre las tareas de los Juzgados Regionales, y todavía no se ha implementado por el Estado la creación de una unidad adecuada en Santo Angelo.

“Señala el escrito inicial que en las piezas que acompañan la acción civil que instruye el pedido se verifica la omisión del Gobierno del Estado en la atención a las previsiones legales relativas al adolescente infractor. Consta de los autos documentación enviada por el entonces presidente de la FEBEM, Sr. Ricardo Souza Quiroga (fls. 31/63), dando cuenta de que el mencionado órgano estatal, responsable por el cumplimiento de las medidas privativas de libertad para adolescentes infractores, poseía un proyecto para la implementación de una unidad, de valor de U\$250.000,00 (doscientos cincuenta mil dólares americanos) con capacidad de atención a 30 adolescentes, habiendo sido tal propuesta incluida en el Plan Pluri-anual de la FEBEM para el cuatrienio 91/95.

“La misma documentación informa que no fueron destinados recursos por el Gobierno para la ejecución de la obra y que, consecuentemente, no existe previsión acerca del cronograma de implementación de una unidad de esta especie en Santo Angelo.

“Sustentando la responsabilidad del Estado de Rio Grande do Sul en la implementación y mantención de los programas de atención al adolescente infractor privado de libertad, respaldado en el contenido de la Resolución Nº 01/94 del Consejo Estatal de los Derechos del Niño y el Adolescente, publicada en el Diario Oficial del Estado, en el uso de sus atribuciones, requiere el órgano del parquet estatal la condena del Estado al cumplimiento de obligación de hacer, consistente en incluir en el próximo presupuesto fondos suficientes para crear, instalar y mantener en funcionamiento programas de internación y semi-libertad para adolescentes infractores, en Santo Angelo, con observancia estricta de las normas del artículo 94 del Estatuto del Niño y del Adolescente, que posibiliten el respeto a los derechos previstos en el artículo 124, del mismo cuerpo legal y que atiendan la demanda del Juzgado Regional, bien como a concluir las obras y poner en funcionamiento los referidos programas en el plazo de seis meses contados a partir del inicio del ejercicio presupuestario, todo bajo pena de pago de multa diaria de valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reales).

“Con la inicial acompañó harta documentación.

“El requerido fue regularmente citado y ofreció contestación (fls. 107/119).

“Preliminarmente pretende notificación del litigio a la Unión Federal - Ministerio de Justicia, con base en protocolo de intenciones con aquél Ministerio tendiente a la construcción y creación de casas de internación destinadas a adolescentes infractores en el Estado.

“Exige además la notificación del litigio al Municipio de Santo Angelo, con fuerza en el mismo Protocolo.

“Aduce la imposibilidad jurídica de la petición, por entender que la pretensión contenida en el escrito inicial confronta el poder discrecional del administrador público, con violación del principio de armonía entre los poderes (art. 2 de la C.F. y 149 y siguientes de la Carta Estatal).

“En cuanto al fondo, sostiene la inviabilidad de la demanda, retomando la cuestión de la discrecionalidad del administrador público, a quien incumbe trazar los planes y/o programas que entienda más adecuados para la atención de los problemas de la infancia y de la juventud, siempre bajo el prisma del binomio necesidad/posibilidad, refiriéndose a lecciones de administrativistas, estatutistas y jurisprudencia que considera avalan su posición.

“Afirma que la presente causa extrapola los límites de la acción civil pública, postulando el juzgamiento anticipado de la litis, y acompaña documentos.

“Hubo réplica (fls. 176/179), donde el actor rebate los argumentos del reo, no procediendo la notificación del litigio, y procediendo la petición, que no confronta los principios aducidos por el reo en sus razones.

“A fl. 182 consta la respuesta del Poder Público Municipal de Santo Angelo, a consulta formulada por este Juez, donde informa que existe a disposición del FEBEM un área del Municipio para la edificación de la unidad de internación reclamada.

2. “El Magistrado sentenció a fls. 185/210, juzgando procedente la pretensión deducida en juicio por el Ministerio Público para efecto de condenar al Estado de Rio Grande do Sul al cumplimiento de obligación de hacer consistente en incluir en el próximo presupuesto recursos suficientes para crear, instalar y mantener en funcionamiento programas de internación y semilibertad para adolescentes infractores, en Santo Angelo, que observen estrictamente las normas del artículo 94 del ECA, que posibiliten el respeto a los derechos previstos en el artículo 124 del mismo cuerpo legal y que atiendan a la demanda del Juez Regional; bien como concluir las obras y poner en funcionamiento los referidos programas en el plazo de seis (06) meses contados a partir del inicio del ejercicio presupuestario, todo bajo la pena de pago de multa diaria de valor de R\$ 5.000,00 (cinco mil reales), en favor del Fondo Municipal del Niño y del Adolescente del Municipio de Santo Angelo.
3. “Disconforme, apeló el Estado de Rio Grande do Sul (fls. 216/231).

“Renovó las preliminares aducidas en la contestación, solicitando:

“a) Notificación del litigio a la Unión Federal-Ministerio de Justicia, ya que fue firmado en 1995 un Protocolo de Intenciones entre el Ministerio de Justicia y el Gobierno del Estado persiguiendo la creación y construcción de casas de interna-

ción destinadas a adolescentes infractores sujetos a medidas privativas de libertad y semi-libertad. De esta forma, el Ministerio de Justicia se comprometió a proporcionar los recursos materiales, teniendo un innegable interés en la causa, y, en los términos del artículo 70, inc. III del CPC, debe ser citado para responderla.

“b) Notificación del litigio al Municipio de Santo Angelo, ya que siendo este Municipio sede del Juzgado Regional de Infancia y Juventud debe componer la relación procesal, puesto que está constitucionalmente obligado a coordinar y ejecutar tales programas.

“Invocó los arts. 204, I c/c art. 227, 7º de la C.F., bien como el art. 88, inc.I del ECA, el cual establece la municipalización de la atención al niño y al adolescente, en obediencia a la Carta Magna, que establece la descentralización político-administrativa.

“Finalmente, aludió al Protocolo de Intenciones referido, en la cláusula segunda, ítem 2, letra “c”, ponderando haber ligamen constitucional e infra-constitucional ateniendo al Municipio, debiendo el mismo ser citado para responder la presente acción.

“c) La Imposibilidad Jurídica de la Petición.

“La petición formulada por el Ministerio Público e integralmente acogida por el juez a quo culmina por confrontar el poder discrecional del administrador público, pues retira de éste todo y cualquier juicio de discrecionalidad y de conveniencia y oportunidad. Además de eso, viola el principio de armonía de los poderes (art. 2º de la C.F.) y las normas relativas al Presupuesto (art. 149 y sgtes. de la C.E.).

“La elaboración del presupuesto del Estado es atribución del Poder Ejecutivo, con la aprobación del Poder Legislativo, no teniendo el Poder Judicial competencia para alterar dichas atribuciones. Así considerado, la decisión singular extrapoló los límites legales, desconsideró el plan plurianual, las directrices presupuestarias y la ley presupuestaria anual. Impónese, así, que la petición y la sentencia sean consideradas jurídicamente imposibles.

“En lo que concierne al mérito del recurso, insiste que la decisión invadió la esfera privativa del Poder Ejecutivo, ingresando en aspectos de oportunidad y conveniencia.

“La inclusión de los recursos en el presupuesto del Estado sería atribución afecta al juicio de discrecionalidad del Poder Ejecutivo. El Poder Judicial no puede, al margen de la ley, adentrarse en criterios de oportunidad y conveniencia en la ejecución de las obras y servicios públicos reclamados por la sociedad.

“En este sentido, agregó bastante doctrina y jurisprudencia, reclamando la improcedencia de la demanda.

“Al final, se manifestó en contra de la conminación de plazo máximo para la conclusión de las obras (seis meses) con pena de multa diaria, cuyo valor fijado es exorbitante.

“Expuesto todo, requirió fuesen acogidas las preliminares y, en el fondo, fuese juzgada improcedente la acción, dándose total acogida a la apelación.

4. “El MINISTERIO PÚBLICO ofreció contra-argumentaciones (fls. 233/241).

“Argumentó por la improcedencia de las alegaciones recursales, las cuales se limitaron a reiterar los fundamentos ya totalmente superados en el proceso.

“Inicialmente aludió a la improcedencia de las pretendidas notificaciones del litigio. La obligación, inequívocamente, es del Estado de Rio Grande do Sul y el Protocolo de Intenciones firmado por el Ministerio de Justicia y por el Municipio de Santo Angelo no hace a éstos sujetos pasivos de la pretensión deducida en el escrito inicial.

“El repaso de los recursos federales es un asunto a ser ecuacionado por el requerido, pero no en los límites de la acción, ya que apenas a él incumbe la responsabilidad de la ejecución y mantención de los programas de semi-libertad e internación. En cuanto al Municipio, conviene resaltar que él no tiene ningún encargo legal en la ejecución de las medidas socio-educativas, cabiéndole sólo la ejecución de medidas de protección.

“Aseveró ser inequívoca la responsabilidad de los Estados Miembros por la mantención de los programas de atención a adolescentes infractores privados de libertad.

“Además, se remitió a las alegaciones expendidas en el escrito inicial y en la réplica, pidiendo que las mismas integren las presentes contra-argumentaciones.

“Con relación a la alegada imposibilidad jurídica, mencionó que jamás se pretendió negar la existencia del poder discrecional atribuido al administrador público, aun más, enfatizó que hoy, mediante la moderna doctrina del Derecho Administrativo, no posee aquella la amplitud pretendida por el Estado, actual apelante.

“Es también, incorrecta la visión que señala interferencia en la órbita del Poder Ejecutivo y del Poder Legislativo, bien como son insostenibles las referencias hechas en la apelación viendo un atropello de parte del Poder Judicial, visto que la sentencia se limitó a condenar al Estado a adoptar el comportamiento que le es exigible ante los dictámenes legales y que se niega a adoptar.

“De la misma forma, no procede la disconformidad del Estado de que hubo sustitución del pronunciamiento de los poderes Ejecutivo y Legislativo de forma indebida, de igual forma no prosperan las afirmaciones atingentes a la violación de la ley presupuestaria.

“En cuanto al fondo, se impugna la tesis defendida por el Estado, diciendo que aceptar tal argumentación significaría aceptar el hecho de que se puede promulgar una Constitución, aprobar y entrar en vigencia una ley como el ECA y no podría la

Judicatura exigir que se cumplan las determinaciones contenidas en tales textos legales, entre ellos la Ley Suprema.

“De acuerdo con estas disposiciones constitucionales, niño y adolescente son prioridades en nuestro país. Ocurre que tal prioridad, en la práctica, especialmente en lo que se refiere a la ejecución de medidas socio-educativas, no puede ser demostrada. Los Juzgados Regionales de Infancia y Juventud fueron creados por ley, teniendo la judicatura providenciada la casi inmediata instalación y funcionamiento de los mismos. Con todo, por la inexistencia de unidades en la sede de los Juzgados Regionales, se torna imposible hacer eficaz la ejecución de las medidas aludidas. Así, en el cuadro caótico hoy existente, la desobediencia a lo que determinan la CF y el ECA estará caracterizada. Por este motivo, es correcta e inatacable la decisión de primer grado, pues al Poder Judicial le incumbe corregir tal situación, en que el Estado no cumple lo que le corresponde de acuerdo a los mandatos legales.

“Además, la creación de la unidad reclamada en Santo Angelo está prevista en el plan plurianual de la FEBEM desde 1991, sin que se verifique cualquier medida concreta de ejecución, siendo indisculpable la omisión del Estado de Rio Grande do Sul.

“La disconformidad del apelante con el plazo fijado para la finalización de las obras con pena de multa diaria, además del valor de esta multa, igualmente no encuentra respaldo. Hasta hoy ni siquiera fue dado inicio a la obligación que surge de la CF y el ECA, siendo necesaria la intervención del Poder Judicial para ello.

“De acuerdo a lo expuesto, se pidió la mantención de la decisión.

“Se agregó la documentación de fls.242/244.

5. “El Dr. Procurador de Justicia emitió su parecer a fls. 248/255, en que opinó fuesen rechazadas las preliminares invocadas por el Estado y, en el fondo, fuese rechazado el recurso.
6. “Redistribuidos, quedaron conclusos estos autos. Y la relación.

VOTO

1. “No procede la preliminar de notificación del litigio a la Unión.

El escrito inicial bien demostró cómo la obligación es del Estado Miembro de la Unión, que, además, ya aceptó, de acuerdo a la Resolución Nº 01/94, del Consejo Estatal de los Derechos del Niño y el Adolescente, en cuanto estableció que compete “al Poder Ejecutivo crear, instalar y mantener los programas de atención en régimen de internación y semi-libertad, destinados a la atención del adolescente autor de acto infraccional, privado de libertad” (fl.6). Por lo demás, ni la contestación del Estado de Rio Grande do Sul negó el deber señalado en el escrito inicial y a él imputado.

“Pues bien, no hay norma legal o contractual que obligue a la Unión a “indemnizar”, en “acción regresiva”, el “perjuicio” del Estado, si este resultare derrotado, o sea, no hay como incidir en el artículo 70, inciso III, del Código de Procedimiento Civil. Es sabido que esta hipótesis tiene que ver con la garantía denominada propia (formal) o impropia (responsabilidad civil), conforme a la lección de Aroldo Plínio Gonçalves...La contestación invoca los artículos 204, inciso I, y 227, 7º, ambos de la Constitución Federal (fl. 108). El artículo 227, 7º, se remite al artículo 204. Ahora, este último, en su inciso I, con la debida venia, no apoya la tesis del apelante, pues expresamente prevé incluso lo contrario, en la medida en que quiere la descentralización política-administrativa y coloca el deber de ejecución de programas en las esferas estatal y municipal y no en las manos de la Unión; ésta solamente coordina y da normas generales. Tampoco hay contrato, en los términos contemplados por el Código de Procedimiento Civil. Existe sólo el protocolo de intenciones (fls. 170 a 173) entre el Ministerio de Justicia y el Gobierno del Estado de Rio Grande do Sul.

2. “La otra preliminar es la relativa a notificación del litigio al Municipio de Santo Angelo. No tiene mejor suerte.

“Igualmente aquí no hay como vislumbrar aplicación del art. 70, inciso III, del Código de Proceso Civil. Es evidente la ausencia de contrato. Por otro lado, a pesar del texto del art. 204, inciso I, de la Constitución Federal, ya destaqué que el propio Estado de R.G. do Sul aceptó su responsabilidad de otorgar recursos para programas de atención en régimen de internación y semilibertad; es más: el Estatuto del Niño y del Adolescente, como señaló la sentencia del Dr. Joao Batista Costa Saraiva, especificó el ámbito de responsabilidad municipal, que tiene que ver con encargos relativos a la ejecución de medidas de protección, “imponiendo la creación de Consejos Tutelares y programas de atención para las hipótesis del art. 101, del ECA” (fls. 204 y 205); además de eso, ya fue más allá el Municipio, pues colocó a disposición de la FEBEM un área para la edificación del internado (noticia dada por la sentencia a fl. 205).

“Véase, de esto, la extrema dificultad de trabajar con categorías como “indemnización en acción regresiva por perjuicio del Estado”, prevista en el artículo 70, inciso III, del Código de Proceso Civil, en un caso como el presente. Son categorías relativas a otras modalidades de relaciones jurídicas.

3. “El apelante hace alegación de imposibilidad jurídica del pedido. Versa aquella sobre la ruptura del poder discrecional del Poder Ejecutivo y de los criterios consagrados de conveniencia y oportunidad, con infracción al principio de armonía de los poderes y las normas que rigen el presupuesto.

“Aquí prácticamente no hay que acrecentar la bien dictada sentencia del Dr. Joao Batista Costa Saraiva, que, a su vez, reprodujo el magnífico trabajo sentencial del

Dr. Eugenio Fachini Neto, uno de los grandes magistrados brasileros, hombre de inusual cultura jurídica y noble carácter, Maestro en Derecho y realizando su doctorado en Italia. La relevancia de la materia conduce a que se reproduzca íntegramente el pensamiento del insigne jurista:

‘La alegación básica del contestante es en el sentido de que ante la actuación del poder discrecional del Estado, no puede ser discutido por el Poder Judicial. Así, en tal óptica, cabría al Estado, esto es, al jefe del Poder Ejecutivo del momento decidir si, cuando y donde irá a construir instalaciones necesarias de refugio de adolescentes infractores a los cuales se haya impuesto medida privativa de libertad.

‘Tal enfoque -de no limitación e incontrolabilidad del llamado poder discrecional- efectivamente fue observado en esta patria tupiniquim a lo largo de décadas. Todavía, pero recientemente tal posicionamiento viene siendo objeto de críticas doctrinarias, con alguna resonancia en la jurisprudencia.

‘De hecho, se vive (se busca vivir) en un Estado de Derecho, cuya característica mayor es sujetarse el propio Estado (en cualquiera de sus manifestaciones) a los parámetros de legalidad (a nivel de normas constitucionales, normas ordinarias, y actos normativos inferiores). De este esquema, ciertamente, no podrá huir agente estatal alguno, esté o no en ejercicio del poder discrecional.

‘Es patente, en derecho administrativo, que en cuanto el particular puede hacer todo aquello que no le es legalmente prohibido, la Administración sólo puede hacer lo que le es normativamente permitido. Luego, como señala el gran tratadista Celso Antonio Bandeira de Mello, “la existente entre el particular y la ley es meramente una relación de no contradicción, mientras que la relación existente entre la Administración y la leyes no sólo una relación de no contradicción, sino también una relación de subsunción”...”el poder discrecional jamás podría resultar de ausencia de ley que dispusiese sobre determinado asunto, sino que solamente podrá irrumpir como fruto de un cierto modo que la ley haya regulado, por cuanto no se admite actuación administrativa que no sea previamente autorizada en la ley...” (en *Discrecionalidade e Controle Judicial*, SP, Malheiros Editores, 1991, p.13).

‘...Reflexionando de estas premisas, se constata que de este carácter funcional de la actividad administrativa, de esta necesaria sumisión de la administración a la ley el llamado poder discrecional tiene que ser simplemente el cumplimiento del deber de alcanzar la finalidad legal, o sea, siempre y siempre el bien público, el interés común. Aunque se entiende que tales conceptos (bien público, interés común, interés público, etc.) son semánticamente abiertos y comportan intelecciones diversas, hay un límite para tal generalidad.

‘La moderna doctrina alemana, referida por dos de los más notables administrativistas de la actualidad (Eduardo García Enterria y Tomás-Ramón Fernández), sos-

tiene que los conceptos indeterminados o fluídos sólo presentan tal característica considerados en abstracto: no la conservan frente a casos concretos, esto es, con ocasión de su aplicación. A la vista de las situaciones del mundo real ganarían consistencia y univocidad, de tal suerte que, delante de casos concretos, siempre se podría reconocer si una situación dada es o no urgente; si el interés puesto en una causa es o no relevante; si existe o no un peligro grave, y así sucesivamente. Pretenden que la cuestión suscitada por tales conceptos es meramente una cuestión de interpretación definible, como cualquier otra, por el Poder Judicial (en Curso de Derecho Administrativo, traducción de Arnaldo Setti, RT, 1990, p.393).

‘Cabe hacer algunas consideraciones más sobre esta cuestión, frente al carácter recurrente y relevante de la misma, en que las opiniones de los doctos muchas veces están vinculadas a paradigmas teóricos ya sobrepasados, pues se refieren a una sociedad política liberal-individualista que ya caducó.

‘Cuando se habla de actividad discrecional como reducto privativo del administrador, normalmente se tiene como telón de fondo a la clásica teoría de la separación de poderes, que encuentra su base histórica en los siglos XVII y principalmente XVIII, encontrándose en Montesquieu a su sistematizador. Pues bien, como es sabido que la razón que inspiró al célebre Barón a proponer la separación de los poderes derivó de la observación de un hecho, por él tenido como constante, o sea que todo aquel que tiene un poder, tiende a abusar de él -” *c’est une expérience éternelle, que tout homme qui a du pouvoir est porté a en abuser; il va jusqu’à ce qu’il trouve des limites. Qui le droit! La vertu même a besoin de limites*” (Es una experiencia eterna que todo hombre que detenta el poder es llevado a abusar de él; él va hasta donde encuentra límites. ¡Quién lo diría! La propia virtud necesita de límites).

‘Pues bien, percibiendo tal fenómeno se aprovechó él de la experiencia inglesa, en la que el parlamento limitaba los poderes reales, y entendió que si el poder fuese dividido entre órganos distintos uno controlaría al otro, evitando que hubiera abuso de poder. De allí su célebre fórmula: “*Le pouvoir arrête le pouvoir*” (El poder detiene -en el sentido de limitar, parar- al poder). Esa teoría clásica, además, fue engendrada como tentativa de poner límites al poder absolutista de los monarcas (que representaba el poder ejecutivo de esa época). Por tanto, se veía en el parlamento el órgano capaz de hacer frente al rey. En cuanto a la judicatura, se le reservaba el papel singular de “boca que pronuncia las palabras de la ley”, en la conocida expresión montesquiana. Una vez sobrepasada esta fase y definitivamente asimilada la idea de que el poder no es ilimitado, y aceptada igualmente la premisa de que los agentes del poder sólo pueden actuar para la defensa y efectiva consecución del bien común, se llega a una nueva idea sobre el papel desempeñado por el poder judicial.

‘En primer lugar lo judicial sólo puede ser entendido en el contexto del poder. Este, como se sabe, es uno. Su ejercicio es hecho a través de funciones diferenciadas

(administrativas, legislativas y jurisdiccionales) no apenas como forma de control recíproco sino también como medio de mejor desempeño desde el punto de vista técnico de la jurisdicción que se entiende debe ser otorgada a agentes de poder reclutados por el carácter técnico (concursos públicos) (además de algunos Estados Miembros de la Federación Norteamericana, solamente los países denominados socialistas optaron por el criterio de elección de los miembros de la Magistratura).

‘Esa inserción de lo judicial en el contexto del poder es punto común entre los grandes juristas de nuestra época. Representativa de esto es la admirable obra del renombrado procesalista paulista Cândido Dinamarco, “A instrumentalidade do processo”..., en que dedica más de cien páginas al tema “Jurisdicción y Poder”...

‘...Pues bien, estando claro que lo Judicial es también un órgano del Poder (y por tanto, también comprometido, teleológicamente, con el bien común) es que es inseparable el carácter político de su actuación (no, evidentemente, en el sentido partidario del término, mas entendida la Política como el arte de la búsqueda del bien común), no hay como apartar al juez, apriorísticamente, del conocimiento de opciones denominadas discrecionales de los demás poderes. Lo que jamás se podrá permitir es que el juez busque sustituir el criterio del administrador o del legislador por el suyo propio. No se trata de eso. Lo que se defiende es la posibilidad permitida (diríase incluso, exigida) por el sistema de que el juez aprecie las manifestaciones de la voluntad política (en el sentido arriba señalado) de los demás poderes, confrontándolas con el sistema legal, especialmente Constitucional, para verificar su adecuación al mismo.

‘Es evidente que se reconoce a todos los poderes del Estado un cierto margen de discrecionalidad, ya que no podría el legislador prever, de antemano, todas las hipótesis fácticas ocurribles en la sociedad, para definir apriorísticamente cuál es la única conducta a ser adoptada por el administrador. Ahora, en cualquier situación cabrá siempre al administrador hacer la mejor opción ante la situación fáctica que se le presente.’

(a continuación el fallo sigue citando doctrina de administrativistas como Celso Antônio Bandeira de Mello, Luciano Ferreira Leite, Antônio Carlos de Araújo Cintra, Mauro Cappelletti y Lúcia Valle Figueiredo..., que por razones de espacio no es posible reproducir aquí).

“...La discrecionalidad no puede enfrentar a la Constitución Federal, menos todavía un texto contundente y claro como es el contenido en el artículo 227, caput, de aquella, al referirse a la “absoluta prioridad” de las obligaciones estatales en lo atingente a los niños y adolescentes. No son sólo reglas presupuestarias las que aparecen en la Constitución Federal, y la exégesis necesita ser sistemática.

“Correctamente demuestra Claus-Whilhelm Canaris (Pensamiento Sistemático e Conceito de Sistema na Ciência do Direito, Lisboa, Fundação Calouste Gulbenkian,

1989, pág. 280), el sistema jurídico es un “orden axiológico o teleológico de principios jurídicos generales”. Difícil poner en duda que los valores ligados a la vida y la vida digna de los menores no estén entre los de mayor jerarquía en nuestro sistema jurídico.

“Si se pretende que el art. 227, Constitución Federal, en su caput, contiene un principio, digo yo, en compañía del Supremo Tribunal Federal y de Celso Antônio Bandeira de Mello, que violar un principio es mucho más grave que transgredir una norma (Revista Jurídica, 219/85...).

“La Suprema Corte de nuestro país ya proclamó, inclusive, que ni siquiera el legislador puede practicar desvío ético-jurídico, siendo limitado el poder normativo del Estado: LEX-Jurisprudencia del STF, 202/88. Si hasta para el legislador es así, con mayor razón para el Poder Ejecutivo.

“En atención a lo expuesto, rechazo la cuestión preliminar pertinente a la imposibilidad jurídica del pedido.

4. “En el fondo, considero que también fue acertada la sentencia.

“Merecen transcripción los motivos expuestos por el Dr. Joao Batista Costa Saraiva:

‘La lengua portuguesa es una de las más ricas en expresiones capaces de definir la idea que se pretenda exponer. De ahí que existen términos que sólo se conocen en portugués (como “saudade”, que la lengua inglesa, por ejemplo, desconoce).

‘Pues bien, “prioridad”, que Aurélio Buarque de Holanda Ferreira, nuestro renombrado filólogo, define como “cualidad de los que está en primer lugar, o de lo que aparece primero; primacía”, por sí sola designa algo que debe, pues, ir antes que cualquier otra actividad, recibe de nuestro legislador constituyente el adjetivo “absoluta” en el art. 227, de la CF, cuando trata de los niños y adolescentes.

‘Por tanto, Niño y Adolescente son prioridad absoluta del Brasil (además la expresión prioridad absoluta no es utilizada en ningún otro dispositivo constitucional). Es así la prioridad de las prioridades del Estado.

‘En esta línea, fiel al texto constitucional, priorizando de forma absoluta la cuestión, el Poder Judicial gaúcho encaminó a la Asamblea Legislativa el proyecto de Ley que creó los Juzgados Regionales de Infancia y Juventud, donde la principal atribución es la de funcionar como Jueces de Ejecución de las Medidas Socio-Educativas privativas de libertad en relación a los adolescentes infractores de todas las comarcas a las que sirve.

‘El proyecto tuvo atención prioritaria en la Asamblea, donde se tramitó rápidamente y recibió aprobación unánime (!). Sancionada la ley (nº 9.896/93), a pesar de las notorias deficiencias presupuestarias, el Poder judicial gaúcho -siempre tratando

con carencia de jueces, a pesar de la realización de concursos donde las vacantes ofrecidas acaban no siendo todas cubiertas- providenció la instalación de estos juzgados especializados, dotándolos de jueces y funcionarios, proveyendo los cargos, cumpliendo la prioridad absoluta preconizada por la Magna Carta.

‘Estos Juzgados y el espíritu que orientó su creación se ven ahora inviabilizados en la actividad que les es fundamental, vertida a la garantía de los derechos fundamentales del adolescente privado de libertad -en función de los cuales fueron concebidos- ante la no existencia de casas para acogimiento de infractores sujetos a medida de internamiento y semi-libertad, obligados a renovar la nefasta rutina de encaminar jóvenes a las únicas entidades de esta especie existentes, en Porto Alegre, lo que viola frontalmente aquellos derechos del adolescente privado de libertad -enumerados en el ECA-, llevados a un medio diferente, distantes en más de quinientos kilómetros de sus ciudades, en otra realidad socio-cultural, conviviendo con jóvenes con otras vivencias y experiencias, en serio y -muchas veces- irreparable perjuicio al proceso socio-educativo que se busca realizar.

‘En este país, que además del fútbol y del carnaval, es célebre en el exterior por ser aquél que mata a sus niños y adolescentes, no es posible seguir conviviendo con estos cuadros.

‘Quejarse de la violencia de los adolescentes, proponer la absurda reducción de la imputabilidad a los 16 años, clamar equivocadamente que el adolescente infractor resulta impune, es no querer efectivizar el Estatuto e incumplir el mandato Constitucional de PRIORIDAD ABSOLUTA del País.

‘Los recursos para estos programas de atención a adolescentes infractores son la gran prioridad de cualquier presupuesto delante del cuadro que vivimos. Solamente la inversión en esta área permitirá que no sea necesario cada año proclamar la necesidad de la ampliación de las redes penitenciarias.

‘En el art. 4º del ECA está señalada la norma a ser cumplida (parágrafo único, línea ‘c’: PREFERENCIA EN LA FORMULACION Y EN LA EJECUCION DE LAS POLITICAS SOCIALES PUBLICAS, y la línea ‘d’: DESTINACION PRIVILEGIADA DE RECURSOS PUBLICOS EN LAS AREAS RELACIONADAS CON LA PROTECCION DE LA INFANCIA Y LA JUVENTUD).

‘Como se hace imposible la creación de unidades de internación en todas las Comarcas del Estado -ni se hace oportuno por la necesidad de dotarlas de un equipo técnico adecuado- fueron creadas las sedes regionales, como Santo Angelo.

‘La petición civil pública que informa esta acción demuestra la imperiosa necesidad de la instalación de la unidad de atención reclamada, ya que hoy hay diversos adolescentes internados en la Capital, apartados de su medio social, lejos de las referencias que serían fundamentales en un proceso terapéutico (psicológico, pe-

dagógico y educacional) apto para garantizar la eficiencia de la medida socio-educativa que los priva de libertad.

‘Hay omisión del Poder Público, tanto que desde 1991 está incluido en el plan plurianual de la FEBEM la creación de esta Casa en Santo Angelo, sin ninguna medida efectiva de ejecución (ni siquiera la destinación de un fondo para el inicio de las obras, previstas en cualquier presupuesto del Estado). ¿Dónde queda la prioridad absoluta?.

‘El referido protocolo de intenciones es la renovación del reconocimiento por el Estado de su obligación y responsabilidad. Mas, como demuestra la inclusión en el plan plurianual de la FEBEM para el período 91/95, sin realizar nada, solamente con buenas intenciones no se resuelve la problemática de la infancia y la juventud. El momento reclama acción, decisión y voluntad política.

‘El Consejo Estatal de los Derechos del Niño y del Adolescente, a quien incumbe trazar normas de política de atención en el Estado, con recomendaciones a los órganos del Poder, el 27 de Mayo de 1994 editó Resolución, donde clamaba por la creación de unidades de internación de infractores en todas las sedes de Juzgados Regionales de Infancia y Juventud (por tanto incluyendo a Santo Angelo), estableciendo que DEBERA EL PODER EJECUTIVO ESTATAL PREVER, EN EL PRESUPUESTO PARA EL EJERCICIO DE 1995, LOS RECURSOS NECESARIOS PARA LA INSTALACION Y LA MANTENCION DE LOS PROGRAMAS DE QUE TRATA ESTA RESOLUCION (fl. 27).

‘Lo que lamentablemente se verifica, al justificar plenamente la acción del Ministerio Público, es que entre año y año, mucho se habla y poco se realiza en esta área, pues pese a lo explícita de la declaración del CEDICA, el presupuesto del Estado para este año no contempló la creación de las unidades de internamiento (eso que se está tratando con la “prioridad absoluta” del Estado...).

‘En un cuadro como este, pleno de buenas intenciones, pobre de realizaciones, ante la gravedad del problema, basado en la experiencia de la implementación del ECA en este Estado, que tiene demostrado que cuando es posible la adecuada ejecución de la medida socio-educativa, incluso en los casos más graves, se han alcanzado índices significativos de recuperación de jóvenes infractores, se impone la procedencia de la demanda, en estricto cumplimiento de la disposición constitucional y en el más legítimo interés público...

‘...O el País toma el destino en sus manos, encarando de frente la cuestión de la infancia y juventud, implementando el ECA; o se deja conducir por el destino, que inevitablemente nos llevará al caos` (fls.205/210).

“...La importancia del tema y la posibilidad de publicación de este acuerdo recomiendan las transcripciones de los excelentes argumentos de la sentencia y del Dr.

Procurador de Justicia, porque no tengo cómo ir más allá y adopto sus fundamentos. A propósito, por cuestión de justicia, elogio el trabajo del Dr. Gustavo Ramos Vianna, Dignísimo Promotor de Justicia, que propuso la acción y firmó las contraargumentaciones, en la medida que evidenció operatividad, iniciativa, idealismo y sentido del deber.

“La apelación insiste en que la sentencia invadió la esfera privativa del Poder Ejecutivo, ingresando en aspectos de oportunidad y conveniencia. Con el máximo respeto, no es de esto de lo que se trata cuando se da cumplimiento a una norma constitucional explícita.

“No se argumente que la norma jurídica del art. 227 de la Constitución Federal, en su caput, es meramente programática, bajo pena de una vez más dejar de aplicar la Constitución con esta especie de pretexto, el cual, infelizmente, viene sirviendo para no aplicarla, muchas veces, en lo que tiene de mejor.

“El respetable y diligente apelante se muestra disconforme porque el juez sólo se habría preocupado de la comarca de Santo Angelo y olvidó las demás. Sucede que cada juez sólo puede realmente resolver los litigios sometidos a su apreciación dentro de los límites en que la materia es puesta por las partes y dentro de su competencia. El Magistrado se limitó a cumplir su deber de juzgador y a aplicar el texto legal que le pareció pertinente. ¡El Juez no puede dejar de decidir un problema porque este problema existe también en otras comarcas! O porque su decisión pueda tener una determinada repercusión en los cofres públicos. Repito: tiene él que cumplir con su obligación constitucional y legal de decidir el litigio que le es sometido a juzgamiento, consonante con sus convicciones jurídicas. Al prevalecer el raciocinio de la apelación, nadie haría nada esperando que otros lo hicieran primero, o, entonces, nada se haría hasta que el Estado, en ciertos asuntos, primero señalizara favorablemente.

5. “Discrepo de la sentencia únicamente cuando fija el plazo de seis meses para la conclusión de la obra y funcionamiento de los programas, contado a partir del inicio del ejercicio presupuestario. Y también cuando fija la multa en R\$ 5.000,00 por día. Sobre estos puntos fue expresa la disconformidad de la apelación.

“Los factores descritos por el apelante son ponderables (necesidad de todo un tiempo para el cumplimiento de las reglas de licitación, problemas con la construcción, no coincidencia de la fecha de aprobación del presupuesto con el inicio del ejercicio; valor elevado de la multa, en perjuicio de la colectividad).

“Sitúo el plazo en un año y seis meses, contado desde el inicio del ejercicio presupuestario, salvo si todavía no es aprobado el presupuesto, caso en que el plazo correrá de la fecha desde la referida aprobación. La multa queda reducida a R\$ 3.000,00 (tres mil reales) por día.

6. “En mérito de lo expuesto, acojo en parte la apelación, para el fin de aumentar el plazo de conclusión de la obra y de los programas y para reducir la multa diaria, todo conforme a lo explicitado en el ítem 5 de mi voto. Es el voto.

EN CUANTO A LA PRIMERA PRELIMINAR:

DES. ELISEU GOMES TORRES- También rechazo.

DR. CARLOS ALBERTO ALVES MARQUES- Rechazo.

EN CUANTO A LA SEGUNDA PRELIMINAR:

DES. ELISEU GOMES TORRES- Acompaño.

DR. CARLOS ALBERTO ALVES MARQUES- También acompaño.

EN CUANTO AL FONDO:

DES. ELISEU GOMES TORRES- Señor Presidente, dicen que fue el General De Gaulle, entonces Presidente de Francia -y coincide la referencia con la visita del Presidente Chirac- quien dijo que Brasil no es un país serio. Efectivamente no lo es. Es un país en que todos deben someterse al imperio de la ley, menos los gobernantes, porque desde hace un tiempo, pasaron a entender los gobernantes electos por el pueblo que esa elección los ungió como semi-dioses, más allá del bien y del mal, por encima de la ley, del orden y de la Constitución.

Mientras todo ciudadano está obligado a cumplir la ley, esta obligación no vincula al gobernante. ¿Prueba de esto? Es muy fácil. La recogemos el día entero, en los periódicos y revistas de todo el país.

El Presidente de la República asumió la presidencia, se obligó a cumplir la Constitución, se programó para ser Presidente de un País que tenía una Carta aprobada en 1988, Carta que no tiene 10 años. ¿Y cuál fue el primer acto del Presidente de la República? Romper la Constitución que el juró cumplir, intentando suprimir, justamente, las cláusulas pétreas que siempre fueron señaladas por él y por su partido como simplemente intocables.

La Constitución brasilera, entonces, no es, como se pretendía, una carta de principios de una nación, estatuto perenne, duradero y que sirva para orientar a la ciudadanía, sino que la Constitución brasilera es como una “sanfona”, que se encoge y se abre al sabor y al impulso de quien la toca...

...Entonces, no vivimos en un País serio, y realmente se explican las resistencias al Poder Judicial y los intentos de reducir el papel del Ministerio Público cuando nos enfrentamos con acciones y sentencias como esta. El Ministerio Público, realmen-

te, no puede estar pretendiendo exigir que el Gobernador cumpla la ley. Es el absurdo de los absurdos. El Gobernador debería cumplir la ley antes de que el Ministerio Público exigiese y el Poder Judicial determinase.

Nosotros vivimos en un país así, que no es serio, infelizmente.

En cuanto al proceso, evidentemente que concuerdo integralmente con todo el voto de V. Exa., inclusive en cuanto a la modificación del plazo y de la multa.

DR. CARLOS ALBERTO ALVES MARQUES- Sr. Presidente, mientras V. Exa. votaba, me estaba acordando de la época en que estuve en la jurisdicción de los Menores, bajo la vigencia del anterior Código. Vivencí aquí aquel sentimiento, aquella impotencia, aquella dificultad de no poder contar con los instrumentos adecuados para la correcta jurisdicción en aquella área de la Justicia.

Mi sentimiento ahora, cuando estoy votando, es de regocijo por la iniciativa del Ministerio Público en el sentido exactamente de alcanzar la jurisdicción del Niño y el Adolescente los instrumentos que la ley prevé para el cumplimiento de su papel.

Esta demanda del Ministerio Público me parece que tiende a resolver este tipo de problema que es la falta de recursos de la jurisdicción de Infancia y de Juventud.

Entonces, nada significativo tendría para agregar al voto de V. Exa. que fue en la línea de la sentencia apelada, que se sirvió del trabajo del Dr. Fachini, que yo no leí, pero me quedo imaginando su valor jurídico, tratándose de quien se trata.

No tengo la mínima duda en acompañar a V. Exa.

Apelación Civil N° 596 017 897 de Santo Angelo.

“RECHAZADAS LAS PRELIMINARES, PROVEYERON, EN PARTE, LA APELACION Y, EN REEXAMEN NECESARIO, CONFIRMARON PARCIALMENTE LA SENTENCIA. UNANIME”.